

Con fecha de de 2016 y número de registro se recibió, remitido por la señora Alcaldesa del Ayuntamiento de una solicitud de informe sobre procedencia de devolución de la garantía definitiva constituida con ocasión de la adjudicación de un contrato de obras. Accediendo a lo solicitado se procede a emitir el presente

INFORME

Con base, por resultar de la solicitud de informe y de la documentación de que se acompaña, en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- Con fecha de se procedió a la adjudicación definitiva del contrato de obras del Centro Polivalente de a favor de la empresa por un precio, IVA incluido, de euros.

II.- En los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares por los que se rige dicha adjudicación, se dispone:

Cláusula Duodécima. Garantías exigibles.

Provisional: Los licitadores deberán presentar una garantía provisional por el importe del 3% del presupuesto base de licitación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Definitiva: El licitador que resulte adjudicatario provisional del contrato deberá prestar una garantía del 5% del importe de la adjudicación del contrato, sin incluir el IVA.

Cláusula Trigésimo Segunda. Cumplimiento del contrato.

La recepción del contrato se regirá por lo establecido en el artículo 218 de la Ley del Contratos del Sector Público y en los artículo 163 y siguientes del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Al tiempo de la recepción se comprobará en particular el cumplimiento por el contratista de las siguientes obligaciones:

- 1) El despeje final de las obras, debiendo el contratista haber restituido a su situación inicial las zonas afectadas por las obras y no ocupadas por ellas.*
- 2) El cumplimiento no defectuoso del contrato.*
- 3) El cumplimiento de los criterios de adjudicación.*

4) *El cumplimiento de las condiciones de ejecución.*

Durante la ejecución del contrato la empresa adjudicataria informará al órgano de contratación mediante la presentación de la correspondiente declaración acreditativa de los puestos de trabajo creados así como de las altas de nuevos trabajadores y de las bajas que se produzcan.

Cláusula trigésimo cuarta. Plazo de garantía.

El plazo de garantía será de 1 año y comenzará a partir de la fecha de la recepción.

Durante ese plazo se aplicará lo establecido en el artículo 167 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto a las obligaciones del contratista, así como en lo relativo a la facultad de la Administración de, en caso de incumplimiento, ejecutar a costa de aquel los trabajos necesarios para la conservación de la obra.

Todos los gastos que se ocasionen por la conservación de las obras durante el periodo de garantía serán de cuenta del contratista no teniendo derecho a ninguna indemnización por este concepto. Se exceptúan los daños ocasionados en la obra por fuerza mayor, que serán soportados por la Corporación, si bien esta tendrá la facultad de exigir al contratista que realice las obras de reparación.

III.- Con fecha de se constituyen por la adjudicataria sendos avales por importe de euros en cumplimiento de lo previsto en la Cláusula duodécima del Pliego de Prescripciones Administrativas arriba transcrita.

IV.- Con fecha de se formaliza el acta de recepción de la obra contratada, suscrita por el constructor de la obra, el arquitecto director de la obra, el arquitecto técnico director de la ejecución de la obra y el representante del promotor de la misma, esto es, el Alcalde del Ayuntamiento de En ella se consigna que la obra se ha realizado de acuerdo con el proyecto de ejecución, que se entrega al promotor todos los elementos e instalaciones que le son propios y que la representación del promotor la recibe "*acabada y a completa satisfacción suya*".

V.- El 12 de diciembre de 2011 la contratista solicita la devolución del aval una vez finalizado el plazo de garantía.

VI.- El se presenta un informe elaborado por una empresa privada; en él se dice que se ha elaborado a instancias del Ayuntamiento de Villarrubia, que la obra no se halla terminada y que en la parte ejecutada de la misma se observan varias deficiencias. El levanta acta de presencia notarial en que se consigna el estado de la edificación en esa fecha.

VII.- El, la contratista requiere notarialmente al Ayuntamiento para que devuelva la garantía.

VIII.- El la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de acuerda denegar la solicitud de devolución de los avales constituidos por por entender que las obras no se hallan ejecutadas conforme a lo establecido en el contrato y que las declaraciones vertidas en el acta de recepción mencionada en el antecedente IV anterior son falsas; anuncia además que se han ejercido acciones penales al respecto y que, la devolución del aval depende del resultado de dichas acciones.

IX.- El el Juzgado de Instrucción de inadmitió a trámite la querrela por entender que faltaba relevancia penal en los hechos descritos en la misma.

X.- El y el, la contratista reproduce las peticiones de devolución de los avales constituidos.

XI.- El, la Alcaldesa dicta providencia pidiendo a los servicios técnicos municipales un informe técnico sobre la solicitud de devolución de la fianza constituida; no consta que el mismo se haya emitido.

A los que resultan de aplicación los presentes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El fin que persigue la exigencia de garantías en la contratación pública es el aseguramiento de que por parte del contratista se va a proceder al cumplimiento de la obligación que en virtud del contrato ha asumido frente a la Administración contratante. Por ello la garantía, en tanto que obligación accesoria de la principal que constituye el objeto del contrato, queda extinguida una vez cumplida esta.

Este carácter accesorio de la fianza respecto de la obligación garantizada implica que por el garantizado sólo puede exigirse el mantenimiento de esta cuando indica en qué consiste el incumplimiento del obligado y le pide que proceda al cumplimiento exacto de la obligación.

Segundo.- Dispone el artículo 102 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en adelante TRLCSP:

1. La garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, o hasta que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista.

2. Aprobada la liquidación del contrato y transcurrido el plazo de garantía, si no resultaren responsabilidades se devolverá la garantía constituida o se cancelará el aval o seguro de caución.

El acuerdo de devolución deberá adoptarse y notificarse al interesado en el plazo de dos meses desde la finalización del plazo de garantía. Transcurrido el mismo, la Administración deberá abonar al contratista la cantidad adeudada incrementada con el interés legal del dinero correspondiente al período transcurrido desde el vencimiento del citado plazo hasta la fecha de la devolución de la garantía, si ésta no se hubiera hecho efectiva por causa imputable a la Administración.

3. En el supuesto de recepción parcial sólo podrá el contratista solicitar la devolución o cancelación de la parte proporcional de la garantía cuando así se autorice expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

4. En los casos de cesión de contratos no se procederá a la devolución o cancelación de la garantía prestada por el cedente hasta que se halle formalmente constituida la del cesionario.

5. Transcurrido un año desde la fecha de terminación del contrato, sin que la recepción formal y la liquidación hubiesen tenido lugar por causas no imputables al contratista, se procederá, sin más demora, a la devolución o cancelación de las garantías una vez depuradas las responsabilidades a que se refiere el artículo 100.

Cuando el importe del contrato sea inferior a 1.000.000 de euros, si se trata de contratos de obras, o a 100.000 euros, en el caso de otros contratos, o cuando las empresas licitadoras reúnan los requisitos de pequeña o mediana empresa, definida según lo establecido en el Reglamento (CE) n.º 800/2008, de la Comisión, de 6 de agosto de 2008, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado y no estén controladas directa o indirectamente por otra empresa que no cumpla tales requisitos, el plazo se reducirá a seis meses.

De lo que resulta que la garantía deberá devolverse una vez terminado el plazo de garantía sin que se hayan manifestado vicios, los cuales habrán de ponerse de manifiesto por la Administración contratante, manifestación que deberá hacerse en la forma prevenida en el artículo 235.3 del TRLCSP:

El plazo de garantía se establecerá en el pliego de cláusulas administrativas particulares atendiendo a la naturaleza y complejidad de la obra y no podrá ser inferior a un año salvo casos especiales.

Dentro del plazo de quince días anteriores al cumplimiento del plazo de garantía, el director facultativo de la obra, de oficio o a instancia del contratista, redactará un informe sobre el estado de las obras. Si éste fuera favorable, el contratista quedará

relevado de toda responsabilidad, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente, procediéndose a la devolución o cancelación de la garantía, a la liquidación del contrato y, en su caso, al pago de las obligaciones pendientes que deberá efectuarse en el plazo de sesenta días. En el caso de que el informe no fuera favorable y los defectos observados se debiesen a deficiencias en la ejecución de la obra y no al uso de lo construido, durante el plazo de garantía, el director facultativo procederá a dictar las oportunas instrucciones al contratista para la debida reparación de lo construido, concediéndole un plazo para ello durante el cual continuará encargado de la conservación de las obras, sin derecho a percibir cantidad alguna por ampliación del plazo de garantía.

Tercero.- Lo procedente es pues, dentro del plazo de garantía, que se emita un informe por el director facultativo de la obra en que se advertirán los defectos que se observen en la obra, la circunstancia de deberse estos a defectos de ejecución de la obra y que se dirijan al contratista las instrucciones oportunas para la corrección de los mismos. Por otra parte, si lo que se observa es que no se ha ejecutado la obra, deberán iniciarse las acciones administrativas pertinentes para dejar sin efecto el acta de recepción expedida.

No consta que ni uno –informe del director facultativo de la obra- ni otras – acciones administrativas- se hayan adoptado. Tan sólo constan, por una parte, un informe de una empresa privada, ni tan siquiera de un técnico municipal, y un acta notarial que constatan el estado del edificio en fecha posterior a la terminación del periodo de garantía y, por otra, la inadmisión, en el año, de una querella contra alguno de los firmantes del acta de recepción. La inadmisión se funda en la falta de relevancia penal de los hechos descritos en la querella pues en ella, y en relación con el acta de recepción, no se acredita la no ejecución del contrato de obra “*sino la mera inexistencia de defectos constructivos o incumplimientos de normas que desembocarían a una reclamación jurisdiccional distinta de la penal*”

En síntesis, el plazo de garantía finalizó en diciembre de, en se puso fin a las actuaciones penales –no consta que el auto citado fuera recurrido- y desde entonces el Ayuntamiento no realizó actuación alguna ni tendente a liquidar el contrato ni a lograr el exacto cumplimiento del mismo –caso de que no lo hubiera sido-, para lo que podría aplicar la garantía constituida en su favor. Ha pedido informes privados –no oficiales-, ha acusado de delitos, pero no ha determinado en el expediente de contratación los defectos observados ni ha requerido a la empresa para que los subsane ni lo ha hecho por sí o por terceros a cuenta de la contratista o de la garantía constituida, que era lo procedente.

El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 12 de junio de 2015, en un caso similar en que por un contratista, una vez recepcionada la obra, advertidos dentro del plazo de garantía ciertos defectos, corregidos estos y sin que constaran en el expediente administrativo actuaciones posteriores, reclamada la devolución del aval, se denegó por

la Administración. A este respecto razona y resuelve la sala –fundamento jurídico tercero-:

Lo anterior [artículos 89 y 90 de la LCSP] unido al clausulado del contrato firmado, determina claramente la extinción de las garantías con posterioridad al transcurso de un año desde la recepción de las obras. Dado que la Administración no ha llevado actuación alguna dirigida a depurar las posibles responsabilidades que pudiera derivarse de un defectuoso cumplimiento del contrato, no le queda otra opción que proceder a la devolución de la garantía constituida y, en consecuencia, procede estimar a este respecto el recurso interpuesto.

Además, en el caso estudiado en el presente informe, tampoco procedió el Ayuntamiento a la liquidación del contrato, sin que pueda imputarse esta falta al contratista, por lo que resulta aplicable lo previsto en el artículo 102.5 antes transcrito.

Cuarto.- Queda por resolver una cuestión de carácter procedimental. La petición de devolución del aval deducida por la contratista el día fue resuelta en sentido negativo por la Junta de Gobierno el día y no consta que fuera recurrida por la interesada, por lo que devino firme, por lo que podría plantearse si el Ayuntamiento puede ahora cambiar el sentido de su resolución, cuestión que debe responderse en sentido afirmativo, toda vez que el propio acuerdo de la Junta de Gobierno reconoce su carácter provisional “...hasta tanto no se sustancie dicha reclamación”. Siendo la fecha del acuerdo denegando la devolución del aval y la del auto inadmitiendo de plano la querella presentada por el Ayuntamiento el del mismo año, se ignora al emitir el presente informe si cuando Junta de Gobierno dictó su acuerdo lo hizo ignorando que ya se había inadmitido la querella por el Juzgado de Instrucción, si dicho auto había sido recurrido, o si existían o se preveían otras actuaciones jurisdiccionales en relación con el contrato de obras y el aval constituido en garantía del mismo.

Como quiera que sea, inadmitida la querella, no resultando de la documentación aportada por consultante la existencia de otros procedimientos jurisdiccionales en cuyo seno se haya ordenado el mantenimiento de las garantías, y no habiendo nada en dicha documentación de donde resulte –cuestión sobre la que se volverá a continuación- que la obra no se ha ejecutado o que se han realizado actuaciones para constatar y exigir la subsanación de defectos revelados en el plazo de garantía, procede devolver el aval constituido.

Quinto.- No obstante lo anterior, si en los archivos municipales existiera o se incluyera algún documento, como pudiera ser el informe del arquitecto municipal emitido en cumplimiento de la providencia de Alcaldía de, de donde resultara que la obra no se ejecutó conforme al proyecto –y no meros defectos constructivos o deterioros debidos al tiempo, pues las acciones administrativas para la exigencia de tales responsabilidades ya han prescrito- lo procedente, y sólo en tal caso, sería iniciar los

trámites para dejar sin efecto el acta de recepción; ello implicaría la no apertura del plazo de garantía y, en su caso, la no procedencia de devolución del aval.

Por tanto, con base en el relato fáctico expuesto y los fundamentos jurídicos expresados procede la formulación de la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede, con la salvedad contenida en el fundamento jurídico quinto anterior, la devolución del aval constituido como garantía definitiva del contrato referido en el antecedente primero del presente informe.

Es cuanto procede informar, parecer jurídico que queda sometido a cualquier otro mejor fundado en Derecho y que no supe el contenido de otros informes emitidos con carácter facultativo o preceptivo para la válida adopción de acuerdos.

Toledo a de octubre de 2016