



León, 18 de noviembre de 2019

**Ayuntamiento de XXX
XXX (LEÓN)**

**Asunto: Devolución de garantía para la ejecución de contratos de obras. /
Resolución.**

De nuevo nos dirigimos a V.I. una vez recibido el informe solicitado en relación con el expediente que se tramita en esta Institución con el número **20186309**, referencia a la que rogamos haga mención en ulteriores contactos que llegue a tener con nosotros.

Constituía el objeto de este expediente la negativa a devolver la garantía prestada por la empresa adjudicataria mediante aval bancario en el contexto de dos contratos de obras suscritos por ese Ayuntamiento.

La Entidad XXX S.A. había constituido un aval para responder de las obligaciones derivadas de la ejecución de dos obras adjudicadas por acuerdo del Pleno, adoptado en la sesión de 18/08/2010: instalación de la caldera de biomasa y agua caliente sanitaria e instalación de alumbrado exterior, ambas en el edificio municipal XXX.

Señalaba el reclamante que los contratos se habían suscrito como contratos menores y el aval hubo de formalizarse el 02/12/2011, cuando ya había finalizado el plazo de duración de los contratos y se había emitido el certificado de finalización de la obra el 04/10/2010.

En varias ocasiones la representación de la empresa adjudicataria ha solicitado la cancelación del aval, sin conseguirlo, la última de ellas por escrito presentado en el Registro municipal el 26/11/2018; manifiesta también que aunque la empresa se extinguió XXX, esta circunstancia fue comunicada al Ayuntamiento, no siendo obstáculo para la devolución del aval.

Iniciada la investigación oportuna, se solicitó de ese Ayuntamiento información sobre las cuestiones planteadas.

En atención a dicha petición se remitió informe en el cual señala que dichos contratos fueron realizados por el procedimiento del contrato menor, bajo la vigencia de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

También indica que *“la obra no fue ejecutada en su totalidad, aunque sí fue certificada por la dirección técnica para poder dar cumplimiento a los plazos de*



ejecución de la subvención, y con la condición de instalar la caldera de biomasa una vez realizadas obras estructurales ajenas al proyecto. (Era necesario acondicionar el habitáculo donde se iba a instalar para una mejor funcionabilidad y seguridad de la instalación). Esta circunstancia fue plenamente aceptada por el contratista, a cambio de recibir el precio total del contrato (57.181,95 euros) y para lo cual aportaba un aval por importe de 46.220,01 euros, equivalente al valor de la caldera y su instalación.

Añade que “el aval cumple con los requisitos exigidos en la legislación vigente, teniendo la consideración de “garantía a primer requerimiento”. Respecto a la consideración jurídica de esta garantía se trata de un pacto contenido en el artículo 1255 del Código Civil, dotado de suficiente garantía para el cobro del aval bancario. Por tanto no se trata de un aval de garantía del contrato, sino de una garantía específica que asume libre y voluntariamente el contratista por recibir el pago “anticipado” del precio de la caldera y su instalación.

Indica que “el Ayuntamiento va a exigir el estricto cumplimiento de las obligaciones asumidas las cuales se encuentran pendientes de ejecución, cuestión esta que se ha informado reiteradamente al contratista. Este Ayuntamiento tiene previsto en breve requerir formalmente a la empresa contratista para que proceda a la ejecución y cumplimiento de las obligaciones asumidas y no realizadas hasta el momento, y en su defecto procederá ejecutar el aval que garantiza su obligación.

De acuerdo con las informaciones recabadas por este Ayuntamiento, no se tiene constancia de que el contratista haya adquirido ni dispuesto de la caldera de biomasa, ni se ha aportado documentación alguna en tal sentido que pudiera determinar el posible perjuicio del Contratista que permitiera al Ayuntamiento compensar los gastos del aval”.

A la vista de la información remitida, se ha considerado preciso realizar las siguientes consideraciones:

Al tratarse de un expediente de contratación iniciado antes de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, debe traerse a colación su disposición transitoria primera, apartado 2, que establece que “*los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior*”.

La normativa aplicable al presente contrato es la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), por ser la norma en vigor en el momento de la adjudicación del contrato principal, norma derogada por el Real Decreto



Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, a su vez derogada por la Ley 9/2017.

Con arreglo a la normativa aplicable en aquel momento, lo que determinaba la posibilidad de acudir a la figura del contrato menor era la cuantía, en el caso del contrato de obras debía ser inferior a 50.000 euros (excluido el IVA), así como su duración, que no podía ser superior a un año.

Con relación al expediente de contratación disponía el artículo 95 LCSP:

“1. En los contratos menores definidos en el artículo 122.3, la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

2. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de supervisión a que se refiere el artículo 109 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra”.

La constitución de garantías en los contratos celebrados con las Administraciones Públicas se regulaba en los artículos 83 y siguientes de la LCSP, siendo el aval bancario una de las garantías admitidas por dicha norma. Asimismo, el artículo 88 de este texto legal enumeraba las responsabilidades a que estaban afectas las garantías y el artículo 90 se refería a la devolución y cancelación de las garantías.

Transcurrido el plazo de garantía, según lo dispuesto en el artículo 90 de la LCSP, si no resultaban responsabilidades, debía procederse a la cancelación del aval bancario constituido, dictándose el correspondiente acuerdo de devolución que debía notificarse en el plazo de dos meses desde la finalización de dicho plazo, devengando intereses legales en caso de que la devolución se prolongara durante más tiempo.

De la información y documentación enviada se extraen los siguientes antecedentes:

- El contrato de obras se adjudicó por acuerdo del Pleno de 18/08/2010, según el cual el plazo límite para finalización de la obra era el 25/10/2010; entre el 25/09/2010 y el 30/09/2010 la empresa adjudicataria debía presentar las *“facturas de ejecución de las obras adjudicadas”*.

- Las facturas fueron emitidas el 29/09/2010, y consta en ellas el sello del Ayuntamiento de XXX, la transferencia bancaria para su abono, por importe de 57.181,95 €, se realiza a la empresa el 03/01/2012.



- Un mes antes del pago se constituye un aval (02/11/2/2012) por importe de 46.220,01 € para garantizar el cumplimiento de la siguiente obligación “*el suministro y equipamiento de calefacción y caldera de biomasa en el inmueble propiedad del Ayuntamiento de XXX denominado centro municipal en XXX, así como la realización de servicios técnicos de equipamiento complementario en dicho inmueble*”, cuando había transcurrido ya el plazo para su ejecución.

De todo ello se deduce que el contrato no se había cumplido ni en la fecha prevista (25/10/2010), ni en el momento de constituirse el aval (02/11/2011), ni cuando el Ayuntamiento abonó las facturas (03/01/2012), ni siquiera ahora (nueve años más tarde), todo lo cual se pretende justificar alegando la finalidad de evitar la pérdida de una subvención.

Carecemos de datos sobre la cuestión relacionada con la pérdida del derecho al cobro de una subvención, que efectivamente se habrá producido puesto que las obras no se han llevado a efecto, al margen por tanto de las demás responsabilidades que procedieran sobre esta cuestión, si dicha subvención no hubiera sido reintegrada.

Ciñéndonos al aspecto relacionado con la contratación, el plazo de duración de los contratos menores no podía superar el de un año, ni ser objeto de prórroga (artículo 23.3 LCSP), luego ningún sentido tiene que transcurrido el plazo de duración fijado se constituyera un aval para asegurar un cumplimiento que ya no procedía, mucho menos que acto seguido se abonara una prestación no realizada, previa constitución de una garantía de una obligación principal que ya no podía ser exigida, ni por tanto asegurada.

Precisamente por la propia naturaleza y significado de los contratos menores, en los que la tramitación del expediente exigía solo la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente, no resultaba requisito exigible la constitución de garantías definitivas, así lo entendió la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (Informe 12/2002, de 13 de junio). En estos contratos la incorporación de la factura hace las veces de la justificación de su ejecución, por tanto, solo cabe ordenar su pago si la prestación se ha ejecutado.

En este caso la constitución de un aval fue exigido, según su informe no con arreglo a la normas de contratación pública, sino con arreglo a la libertad de pactos reconocida en el derecho privado, para asegurar que cumplía el contratista con las obligaciones derivadas de aquel contrato, ya que el Ayuntamiento había abonado la totalidad del precio (57.181, 95 €), señala también que el aval no se ha cancelado porque el contratista no ha cumplido las prestaciones a las que se había obligado.

El incumplimiento de un contrato administrativo de obras posibilita a la Administración contratante a llevar a cabo, en términos generales, dos actuaciones distintas: o bien a exigir el cumplimiento del contrato o bien proceder a la resolución del



mismo por incumplimiento.

En este caso más que apreciarse la inexistencia de actuación administrativa para conseguir el cumplimiento efectivo de todas las obligaciones contractuales, se observa una irregularidad administrativa consistente en el abono de la factura que justifica la ejecución de un contrato menor, sin que la prestación fuera realizada.

Reconoce que la obra *“no fue ejecutada en su totalidad”*, pero sí fue *“certificada por la dirección técnica para poder dar cumplimiento a los plazos de ejecución de la subvención”*.

En realidad, el gasto se aprobó y las facturas se abonaron como si la obra se hubiera realizado, aunque no fue así, todo lo cual quiso salvarse exigiendo al contratista la constitución de una garantía, que encubría la aprobación de un gasto que no procedía.

La naturaleza jurídica de la garantía que representa el aval, cuya duración se agota con la extinción de la obligación garantizada, no puede confundirse con un crédito personal del deudor.

Se trata de un contrato accesorio de garantía, cuya existencia aparece ligada íntimamente al contrato principal, por lo que si éste no podía ya cumplirse, no cabía asegurar ese cumplimiento, prueba de ello es que el Ayuntamiento no lo ha exigido.

En el momento en que se convino la constitución del aval el contratista no había cumplido la obligación convenida, plazo que no admitía prórroga, por lo que procedía no el pago como si la hubiera ejecutado, sino la revisión de oficio del acuerdo del Pleno de 10/08/2010 que, sin ser necesario, había formalizado la adjudicación de este contrato menor, con las indemnizaciones que en su caso procedieran, -pues el contratista afirma que la imposibilidad era imputable a la propia Administración-.

Por tanto entendemos que procede la revisión de oficio del contrato en virtud del cual se constituyó una garantía definitiva para asegurar el cumplimiento de un contrato menor de obras fuera del plazo establecido, por tratarse de un contrato que incurre en causa de nulidad de pleno derecho, por ser de contenido imposible [establecida en el artículo 62.1 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y actual artículo 47.1 c) de la Ley 39/2015, de 15 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas].

Igualmente será nulo el contrato principal que se aseguraba, el contrato menor de obras cuyo precio fue abonado sin que la prestación fuera recibida, y por tanto prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido [causa establecida en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992 y actual artículo 47.1 e) de la Ley



39/2015, de 15 de octubre].

Finalmente, en cuanto a los efectos de las declaraciones de nulidad, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 35.1 LCSP (cuyo contenido se reproduce en el artículo 35 TRLCSP y en el artículo 42.1 de la actual Ley 9/2017), que dispone *“La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”*.

En virtud de todo lo expuesto, y al amparo de las facultades conferidas por el Estatuto de Autonomía de Castilla y León y por la Ley 2/1994, de 9 de marzo, del Procurador del Común consideramos oportuno formular la siguiente **Resolución**:

Procede el inicio del expediente de revisión de oficio del contrato menor de obras para la realización del proyecto técnico de “caldera de biomasa y agua caliente sanitaria en edificio XXX” y del suscrito con el adjudicatario para la constitución de una garantía mediante aval bancario.

Esta es nuestra resolución y así se la hacemos saber, con el ruego de que nos comunique de forma motivada la aceptación o no aceptación de la misma en el plazo de dos meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley Reguladora de la Institución.

Una vez realizadas las comunicaciones oportunas, se acuerda publicar la presente Resolución en la página web de esta Institución, previa disociación de los datos de carácter personal que contuviera.

Pendiente de sus noticias, reciba un cordial saludo.

Atentamente,

EL PROCURADOR DEL COMÚN

Tomás Quintana López