



Roj: **STSJ AND 4857/2008 - ECLI: ES:TSJAND:2008:4857**

Id Cendoj: **41091330012008100246**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **17/07/2008**

Nº de Recurso: **139/2008**

Nº de Resolución: **2/2008**

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **MARIA LUISA ALEJANDRE DURAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA. (SEDE DE SEVILLA)

SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA

APELACIÓN NÚMERO Nº 139/2008

Recurso nº 168/2005

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 1 DE CÁDIZ

### **SENTENCIA**

Ilmo. Sr. Presidente:

DON JULIÁN MANUEL MORENO RETAMINO

Ilmos. Sres. Magistrados:

DOÑA MARÍA LUISA ALEJANDRE DURAN.

DON EUGENIO FRÍAS MARTÍNEZ

En la ciudad de Sevilla, a diecisiete de julio de dos mil ocho. La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso

Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla ha visto la apelación referida en el encabezamiento, interpuesta por el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE BARBATE, representado y defendido por el LETRADO SR. MATA QUINTANA, contra Sentencia dictada por el JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 1 DE CÁDIZ, en fecha 2 de Noviembre de 2.007 . Ha sido parte apelada ACC, SEGUROS Y REASEGUROS DE DAÑOS, S.A., representada por el PROCURADOR SR. LEPIANI VELÁZQUEZ y defendido por LETRADO.

### **ANTECEDENTES**

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso - Administrativo nº 1 de Cádiz, se dictó Sentencia en el Recurso nº 168/2005, que contiene parte dispositiva del siguiente tenor literal:

"F A L L O

Que, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Fernando Lepiani Velázquez, en nombre y representación de la entidad ACC Seguros y Reaseguros de Daños, S.A., contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Barbate de fecha 8 de Junio de 2.005, que se describe en el primer fundamento de derecho, debo anularla y la anulo por no ser ajustada a derecho, sin hacer expresa imposición de las costas de este recurso."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE BARBATE y tramitado el mismo de acuerdo con lo establecido en la Ley, se han remitido las actuaciones a este Tribunal para su resolución.



TERCERO.- Al no solicitar las partes la práctica de prueba, ni la celebración de vista o presentación de conclusiones, la Sala dejó conclusos los autos para dictar Sentencia. Se señaló para votación y fallo el día 14 de julio del presente año, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA MARÍA LUISA ALEJANDRE DURAN.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se sustenta el presente recurso de apelación, en la infracción a los artículos 44.b), 48.4 y 148 que disponen la responsabilidad del contratista por los daños y perjuicios con motivo de la ejecución del contrato o su incumplimiento sin resolución y por ende de la garantía definitiva al producirse las responsabilidades del art. 44, siendo de quince años su duración conforme al art. 148 y por tanto según el texto del aval solicitado estará en vigor hasta que el Ayuntamiento autorice su cancelación y respondería de aquellos por aplicación de la regla general del art. 1.101 del Código Civil y 148 de la Ley de Contratos .

SEGUNDO.- Aceptamos los exhaustivos razonamientos jurídicos de la Sentencia apelada, que tras la cita de los preceptos aplicables y relato de los hechos probados, llega a la conclusión que transcurrido un año desde la recepción de la obra- el 13 de Noviembre de 2.002- procedía la cancelación y devolución de la garantía y no su incautación.

Efectivamente dada la naturaleza accesoria de la garantía prestada por el contratista o por un tercero ,como en el presente caso, debe ser devuelta o cancelada una vez extinguida aquella relación jurídica principal. Relación jurídica principal que según el art. 111 termina cuando se cumple su objeto, que en el caso del contrato de obras, se plasma en el acta de recepción de la obra positiva ,por encontrarse en buen estado y ejecutadas conforme al Proyecto, comenzando entonces el plazo de garantía.

En el caso enjuiciado como relata la Sentencia, el Acta fue positiva y no condicionada, pues aunque se hacía referencia a ciertos repastos de humedades, la obra fue recibida a conformidad el 13 de Noviembre de 2.002, (lo que no ocurrió un año antes Octubre de 2.001, aunque el I.E.S. comenzara a funcionar en dicha fecha). Comenzaba entonces el plazo de garantía de un año (al no existir otro distinto en el Pliego de Cláusulas administrativas del contrato). Ciertamente durante ese plazo existe un Informe de 7 de Abril de 2.003 que aunque en un principio y de modo genérico se refería al Acta, se pronunciaba sobre obras distintas a las allí recogidas y una vez expirado el plazo de garantía, las relacionadas en el informe de Marzo de 2.004, nada tienen que ver con las recogidas en el Acta de recepción. Por lo que transcurrido el plazo de garantía ,la responsabilidad del contratista y por tanto de la garantía afecta, se extinguiría según los preceptos invocados por el apelante.

Es cierto que el art. 149 LCAP dispone que si la obra se arruina con posterioridad a la expiración del plazo de garantía por vicios ocultos de la construcción, debido al incumplimiento del contrato por parte del contratista, responderá éste de los daños y perjuicios durante el término de 15 años.

De modo que la responsabilidad del contratista no queda definitivamente extinguida sino después del mencionado período. Ahora bien, como quiera que la devolución de la garantía definitiva procede una vez transcurrido el plazo de garantía, esta responsabilidad quinquenal no puede hacerse efectiva con cargo a la garantía que como dice la Sentencia de instancia debió ser cancelada y devuelta.

TERCERO.- En el propio escrito del recurso de apelación se reconoce que los defectos se detectaron con posterioridad al plazo de garantía (7 de Marzo de 2.004), y que ninguna relación tienen con los no fundamentales que se consignaron en el Acta, de ahí que se haga hincapié en la responsabilidad quinquenal del contratista para justificar su incautación así como en el propio texto de la constitución del aval que según el Letrado otorga al Ayuntamiento de Barbate la potestad de autorizar su cancelación a devolución. Olvidado que según dicho texto debe hacerse de acuerdo con lo establecido en la Ley 13/1995, y los artículos 45 y 48 obligan a su cancelación y devolución una vez transcurrido el plazo de garantía. Preceptos cuya finalidad no es otra que impedir que la Administración puede prolongar injustificada o indebidamente el plazo de garantía, que insistimos había expirado, por lo que cancelada de acuerdo con la Ley, la responsabilidad exigida por los defectos constructivos al contratista en el plazo de quince años no puede hacerse efectivo con cargo a una garantía ya cancelada por imperativo legal.

CUARTO.- Procede la expresa imposición de costas a la parte apelante conforme a los criterios regulados en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional .

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y obligada aplicación,

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY



**FALLAMOS:**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE BARBATE, representado y defendido por el LETRADO SR. MATA QUINTANA, contra Sentencia dictada por el JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 1 DE CÁDIZ, en fecha 2 de Noviembre de 2.007 que confirmamos. Con costas.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en legal forma a las partes, haciéndoles saber que no cabe recurso contra ella, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Intégrese la presente resolución en el libro correspondiente. Remítase testimonio de la misma, junto con las actuaciones del Juzgado al órgano que las remitió para su cumplimiento.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ