



Roj: **STSJ MU 394/2012 - ECLI: ES:TSJMU:2012:394**

Id Cendoj: **30030330022012100160**

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

Sede: **Murcia**

Sección: **2**

Fecha: **24/02/2012**

Nº de Recurso: **172/2010**

Nº de Resolución: **176/2012**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOAQUIN MORENO GRAU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.MURCIA SALA 2 CON/AD**

**MURCIA SENTENCIA: 00176/2012**

**ROLLO APELACION Nº 172/10**

**SENTENCIA Nº 176/12**

**LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA**

**SECCIÓN SEGUNDA**

compuesta por los Ilmos. Srs.:

D. Abel Ángel Sáez Doménech

Presidente

Dª. Leonor Alonso Díaz Marta

D. Joaquín Moreno Grau

Magistrados

ha pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**SENTENCIA nº 176/12**

En Murcia, a 24 de febrero de dos mil doce.

En el rollo de apelación nº. **172/10** seguido por interposición de recurso de apelación contra la sentencia 747/09, 10 de diciembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 6 de Murcia dictada en el recurso contencioso administrativo 399/2009, tramitado por las normas del procedimiento ordinario, en cuantía indeterminada, en el que figuran como parte apelante **Undemur, SGR**, representada por el Procurador D. Manuel Sevilla Flores y defendida por el Abogado D. Antonio Fuentes Segura y como parte apelada el **Ayuntamiento de Murcia**, representado por la Procurador Dña. Cristina Lozano Semitiel y defendido por la abogada Dña. Ana Mª Vidal Maestre, sobre contratación administrativa, incautación de fianza; siendo Ponente el **Magistrado Ilmo. Sr. D. Joaquín Moreno Grau**, quien expresa el parecer de la Sala.

#### **I- ANTECEDENTES DE HECHO**

**ÚNICO.-** Presentado el recurso de apelación referido, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 6 de Murcia, lo admitió a trámite y después de dar traslado del mismo a la Administración demandada para



que formalizara su oposición, remitió los autos junto con los escritos presentados a Sala, la cual designó Magistrado ponente y acordó que quedaran los autos pendientes para dictar sentencia; señalándose para que tuviera lugar la votación y fallo el 17-2-2012.

## II- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Interpone Undemur el presente recurso de apelación contra la sentencia 747/09, de 10 de diciembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 8 de Murcia que desestima el recurso contencioso administrativo nº. 399/2009, presentado contra el acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Murcia de 1 de octubre de 2008, desestimatorio del recurso de reposición planteado contra el acuerdo de 9 de julio de 2008 por el que se procede a la incautación de la garantía definitiva constituida para responder de la ejecución del contrato administrativo que ligaba a ambas partes.

La sentencia de instancia analiza si la incautación de la fianza está justificada por el incumplimiento del contratista del contrato. Llegando a la conclusión afirmativa estima que no puede alegarse en ningún caso la existencia de enriquecimiento sin causa para el Ayuntamiento. Igualmente rechaza la concurrencia de desviación de poder por no concurrir los requisitos para estimar su existencia.

Por la apelante se alega en apelación que la sentencia es incongruente pues no hace referencia al alto nivel de ejecución que tenía el contrato y que la fianza tiene por función cubrir los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, pero no tiene naturaleza penitencial.

En definitiva, entendemos que el debate está muy claramente centrado en el punto relativo a si la resolución del contrato por causa imputable al contratista lleva aparejada la incautación de la fianza sin tener en cuenta los perjuicios que el incumplimiento haya producido a la otra parte contratante. Esto es, si la incautación de la fianza es punitiva o se dirige a garantizar el resarcimiento de los perjuicios causados.

**SEGUNDO.-** De conformidad con el artículo 113.4 del TR de Contratos de las Administraciones Públicas cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

De la redacción de este artículo llegamos a la conclusión de que la finalidad es puramente de garantía y no penitencial por cuanto el importe de la fianza incautada se aplica a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración, pues esa obligación de indemnizar sólo surge cuando los perjuicios excedan del importe de la garantía incautada.

Esta interpretación es la que se desprende del texto analizado y es además coherente con el régimen de exigencia de responsabilidad por incumplimiento contractual contenido en el Código civil. Desde una perspectiva práctica, la interpretación que propone la Administración llevaría a la consecuencia de que la incautación de la fianza aprovecharía al gran incumplidor puesto que siempre beneficiaría que los perjuicios superaran el importe de la fianza ya que, así, la fianza se entendería perdida a cuenta de la indemnización, mientras que el contratista más cumplidor vería desvanecerse la totalidad de la fianza aunque los perjuicios producidos por su incumplimiento no alcanzasen el valor afianzado. Esto, obviamente, no es sostenible.

En correspondencia con la mecánica del artículo y el destino de la fianza, la Administración debe en todo caso proceder a liquidar los perjuicios producidos a fin de decidir si el contratista ha de indemnizar en mayor importe que el correspondiente a la fianza o si debe reintegrar a aquél el exceso de fianza incautado.

**TERCERO.-** En razón de todo ello procede estimar el recurso de apelación, pero esta estimación ha de ser parcial, puesto que el suplico de la demanda pedía la devolución de la fianza íntegra y esto no es posible sin la realización de la liquidación de los perjuicios a que nos referimos en el fundamento anterior, sin pronunciamiento en cuanto a las costas de esta instancia de acuerdo con lo dispuesto en art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional.

En atención a todo lo expuesto, Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

## FALLAMOS

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Undemur SGR contra la sentencia 747/09, 10 de diciembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 6 de Murcia dictada en el recurso contencioso administrativo 399/09, que se revoca en el sentido de declarar la nulidad de la resolución administrativa impugnada para que por la Administración se proceda a la liquidación de los perjuicios ocasionados por el



incumplimiento de la contratista, con devolución, en su caso, del importe de la fianza incautada en la medida que supere el importe de los perjuicios causados. Sin costas.

Notifíquese la presente sentencia, que es firme al no darse contra ella recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** : En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

**DILIGENCIA** : Seguidamente se procede a cumplimentar la **no** tificación de la anterior resolución. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ