



Roj: **STSJ CL 1188/2013 - ECLI: ES:TSJCL:2013:1188**

Id Cendoj: **09059330012013100075**

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

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **08/03/2013**

Nº de Recurso: **285/2012**

Nº de Resolución: **94/2013**

Procedimiento: **APELACIÓN**

Ponente: **EUSEBIO REVILLA REVILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la ciudad de Burgos, a ocho de marzo de dos mil trece.

La Sección Primera de la **Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de** Castilla y León, con sede en Burgos, ha visto en grado de apelación el recurso núm. 285/2012, interpuesto por el Excmo. Ayuntamiento de Soria, representado y defendido por el letrado consistorial D. José-Luis López Navarro, contra la sentencia de **fecha** 31 de julio de 2.012, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Soria en el procedimiento ordinario núm. 520/2011, por la que estimando la demanda interpuesta por la mercantil "INDEZA EDIFICACIÓN Y OBRA CIVIL, S.L." se condena al Ayuntamiento de Soria a devolver de manera inmediata a dicha mercantil los avales 47-10029362 y 560-500-720/6-23 otorgados por Iberaval y Caixagalicia para proceder a su cancelación y con abono de los intereses de demora devengados por el retraso en la devolución de dichos avales; ha comparecido como parte apelada la Mercantil "INDEZA EDIFICACIÓN Y OBRA CIVIL, S.L.", representada por la procuradora D<sup>a</sup> Mercedes Manero Barriuso y defendida por el letrado D. Enrique J. Besada Ferreiro.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** - El Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Soria ha dictado sentencia de fecha 31 de julio de 2.012 en el procedimiento ordinario núm. 520/2011 por la que estimando la demanda interpuesta por la mercantil "INDEZA EDIFICACIÓN Y OBRA CIVIL, S.L." se condena al Ayuntamiento de Soria a devolver de manera inmediata a dicha mercantil los avales 47- 10029362 y 560-500-720/6-23 otorgados por Iberaval y Caixagalicia para proceder a su cancelación, reconociendo el derecho de mencionada mercantil al abono de los intereses de demora devengados por el retraso en la devolución de dichos avales correspondientes a la obra de rehabilitación del edificio La Presentación a contar desde la fecha en que se procedió a la solicitud de devolución por parte de "Indeza Edificación y Obra Civil, S.L." (nueve de enero de 2.009) y hasta la fecha de su efectiva devolución, condenando al Ayuntamiento de Soria a su abono. Nos e hace especial pronunciamiento en costas.

**SEGUNDO.** - Por el Ayuntamiento demandado se ha interpuesto recurso de apelación mediante escrito de fecha 25 de septiembre de 2.012, el cual fue admitido a trámite, solicitando se dicte sentencia, por la que se estime el recurso de apelación y se revoque la sentencia de instancia y en consecuencia desestime el recurso interpuesto por la mercantil Indeza Edificación y Obra Civil, S.L. en los términos que figuran en el presente escrito y, en todo caso, se condene a este Ayuntamiento del pago de los costes financieros desde que finalizó el plazo de garantía hasta su devolución, cuantificación que deberá efectuarse en ejecución de sentencia.

**TERCERO.** - De dicho recurso se dio traslado a la parte apelada, que presentó escrito de fecha 19 de noviembre de 2.012 oponiéndose al mismo y solicitando se dicte sentencia que desestime el recurso de apelación formulado de contrario, ratificando íntegramente la sentencia de instancia, todo ello con la expresa imposición de las costas de este recurso a la Administración apelante.



**CUARTO.-** Mencionado recurso fue recibido en esta Sala, habiéndose señalado para su votación y fallo el día 7 de marzo de 2.013. En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Siendo ponente el *Ilmo. Sr. D. Eusebio Revilla Revilla*, Magistrado integrante de esta Sala y Sección:

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - Es objeto de apelación la sentencia dictada en la instancia y reseñada en el Antecedente de Hecho Primero. Y referida estimación se verifica con base en los siguientes razonamientos jurídicos:

*"Los términos en los que debe resolverse el presente pleito quedan fijados en la demanda puesto que en la escueta demanda presentada por el Ayto no se impugnan los elementos fácticos más allá del inicio del cómputo del plazo para la devolución del aval. Se invocan por la defensa del Ayto dos hechos impeditivos sobre los que no se ha practicado prueba alguna. No se acompaña ningún documento con la contestación a la demanda ni se ha solicitado prueba alguna sobre el retraso de la obra, sobre la necesidad de la cesión, sobre la pérdida de una subvención y sobre los supuestos daños aparecidos en una escalera. No basta en un proceso judicial con invocar hechos sino que los mismos han de ser acreditados por cualquiera de los medios admisibles en Derecho, máxime cuando la reclamación previa formulada por la actora no recibió respuesta expresa por el Ayto. Dado que los hechos sustentadores de la demanda quedan acreditados por la prueba documental aportada con la demanda, unido a la falta de prueba de contrario que desvirtúa la de la demandante, ha de estimarse la demanda, a salvo de lo que exponemos en el siguiente FD.*

**TERCERO.** - Respecto a la procedencia del pago de intereses, ha de admitirse la interpretación que efectúa la actora con base en el art. 114 RDLvo 2/2000 y la Jurisprudencia recaída sobre el mismo, siendo destacable la **STSJ Madrid**, Sección 2 de 30 de enero de 2007 (re. 856/200 1), Asturias Sección primera de 11 de julio de 2007 (re.1149/2003), Andalucía, Granada, sección 1a, de 16 de febrero de 2009 (re. 1046/2006) a las que nos remitimos en aras de la brevedad. Deben asimismo rechazarse las alegaciones de la demandada sobre el cómputo del plazo, dado que una vez producida la subrogación de la cesionaria debía haberse procedido a la devolución de los avales en el momento de la escritura de la cesión".

**SEGUNDO.** - Frente a dicha sentencia y en apoyo de sus pretensiones se levanta la parte apelante esgrimiendo los siguientes motivos de impugnación:

1º).- Que los hechos impeditivos alegados en la contestación a la demanda y a los que se refiere la sentencia en el F.D. Segundo *"son simplemente eso, hechos impeditivos que aconsejan la no devolución de las fianzas, sin más consideraciones"*.

2º).- Y que se muestra disconforme con las consideraciones realizadas en el F.D. Tercero de la sentencia, porque entiende que al encontrarnos no ante una garantía en metálico (en cuyo caso si procedería el pago de intereses) sino ante un aval bancario no procede el pago de intereses moratorios pues a su juicio un aval bancario no genera intereses sino gastos financieros, por lo que considera que procedería en todo caso el abono de los gastos causados por dicho aval por un tiempo superior al legalmente establecido; y considera que el plazo de garantía de un año debe computarse desde la finalización y recepción de la obra, pues el cedente responde siempre de la parte ejecutada por él, y a lo sumo, un año desde la cesión.

**TERCERO.** - A dicho recurso se opone la parte actora, hoy apelada con base en los siguientes argumentos:

1º).- Que procede desestimar el recurso de apelación porque no justifica cuál ha sido el error cometido por el Juzgador de instancia en su sentencia, ni tampoco la normativa vulnerada, limitándose a reiterar lo esgrimido en su escrito de contestación a la demanda.

2º).- Que procede el pago de intereses moratorios y ello por lo siguiente: porque la Administración dio la llamada por respuesta en vía administrativa; y porque el pago de intereses viene establecido no solo en la Jurisprudencia sino también en el art. 90 de la Ley de Contratos del Sector Público, cuando la falta de devolución de la garantía fuera imputable a la Administración.

3º).- Que en lo que se refiere al cómputo del plazo, debe mantenerse el criterio acogido en la sentencia de instancia, y ello por lo siguiente: porque operada la subrogación de la cesionaria se debía de proceder a la devolución de los avales; porque además nada dijo la Administración al respecto en vía administrativa, porque no justifica en el recurso de apelación el nuevo cómputo de plazo que pretende cuando además a este respecto la escritura de cesión es meridianamente clara, y la entidad cesionaria aceptó y adquirió la posición contractual de esta parte cedente, subrogándose desde el momento de la firma en todos los derechos y obligaciones de dicha apelada como entidad cedente, y también entre otras en la obligación de presentar garantía, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 114 del RDLeg. 2/2000.



**CUARTO.-** Vistos los términos en que se plantea el presente recurso, considera la Sala que en esta segunda instancia no parece que el Ayuntamiento apelante discuta la condena a devolver los avales a que se refiere el fallo de la sentencia, por cuanto que desiste de rebatir y desvirtuar con argumentos bastantes y suficientes los razonamientos dados en torno a este extremo en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia apelada, motivo por el cual la Sala en este extremo desestima el recurso de apelación y confirma esa condena que se realiza al Ayuntamiento de Soria para que devuelva de manera inmediata a la entidad actora sendos avales, por considerar que el recurso de apelación no desvirtúa en la sentencia de instancia en estos concretos extremos.

Sin embargo, sí discute la actora la condena al abono de intereses de demora así como el computo de plazo que para calcular dichos intereses se realiza en el F.D. Tercero de dicha sentencia y que luego se traslada al fallo de la misma, siendo estos dos únicos extremos los que van a ser objeto de un examen más amplio y detallado en el presente recurso de apelación por ser los únicos extremos verdaderamente impugnados.

Así la parte actora denuncia que la sentencia de instancia no es ajustada a derecho cuando impone al Ayuntamiento el pago de intereses de demora devengados por retraso en la devolución de dichos avales, y ello porque entiende dicha que al encontrarnos no ante una garantía en metálico (en cuyo caso si procedería el pago de intereses) sino ante un aval bancario no procede el pago de intereses moratorios pues a su juicio un aval bancario no genera intereses sino gastos financieros, por lo que considera que procedería en todo caso el abono de los gastos causados por dicho aval por un tiempo superior al legalmente establecido. Por el contrario la parte actora, que en su demanda reclamaba como pretensión principal ese pago de intereses y subsidiariamente el abono de los gastos de mantenimiento del aval, sin embargo en esta apelación solicita que se confirme la condena de intereses impuesta en sentencia.

Para resolver esta primera cuestión es preciso reseñar en primer lugar que lo constituido en su momento por la parte actora no fue el depósito de una fianza en metálico sino la constitución de dos avales que aparecen en el expediente administrativo; y en segundo lugar hemos de tener en cuenta que la normativa aplicable al presente caso es el RD Leg. 2/2000 por el que se aprueba el TRLCAP toda vez que el contrato firmado en su momento entre el Ayuntamiento de Soria y la mercantil actora, que luego fue objeto de cesión, se firmó el día 10 de julio de 2.007, es decir cuando se encontraba en vigor dicho Texto Refundido, y por ello antes de entrar en vigor la entonces Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Y de conformidad con el citado TRLCAP, en su art. 114 se prevé la "cesión de contratos" lo que tuvo lugar en el caso de autos con el consentimiento y autorización expresa del Ayuntamiento de Soria, como consecuencia de la cual y en aplicación del art. 114.3 citado, la entidad cesionaria quedó "*subrogada en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente*", quedando el Ayuntamiento obligado a la devolución del aval de conformidad con lo dispuesto en el art. 47.3 de dicho Texto Refundido, en el que nada se dice sobre las eventuales consecuencias derivadas del incumplimiento de dicha devolución, a diferencia de lo contemplado en el art. 90.2 de la citada Ley 30/2007 que prevé lo siguiente, aunque ello no es aplicable por razones temporales al caso de autos: "*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*".

En todo caso con carácter general y como uno de los efectos de la resolución se prevé en el art. 113 3 del TRLCAP que: "*El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquélla, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista*". En este mismo sentido se pronuncia la TSJ Andalucía (sede Sevilla) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 11-7-2006, rec. 1476/2003 . Pte: Frías Martínez, Eugenio cuando señala que:

"Existiendo retraso en la devolución de las garantía prestadas, la actora ha de ser indemnizada en los daños y perjuicios que le haya causado la no devolución de las fianzas una vez finalizado el plazo de garantía".

Por tanto, se trata en el presente caso de dilucidar los daños y perjuicios que en el presente caso el incumplimiento imputable a la Administración de la no devolución de sendos avales le ha causado a la parte actora. Y sobre esta misma cuestión se ha pronunciado la sentencia del TSJ Castilla-León (sede Valladolid) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª de fecha 6.3.2007, nº 406/2007, dictada en el recurso. 694/2002 (siendo ponente: Reino Martínez, Jesús Bartolomé) y lo ha hecho con el siguiente tenor:

<<Aplicando el régimen jurídico que queda expuesto al supuesto enjuiciado, cuyos aspectos fácticos de mayor importancia quedaron expuestos más atrás, es posible realizar las siguientes consideraciones:



-El Ayuntamiento de Salamanca dejó transcurrir el plazo de vigencia de la garantía -un año- con total pasividad por su parte: tanto para requerir el informe al director facultativo, como para liquidar el contrato, también para dictar resolución concerniente a las garantías en su día prestadas por la parte contratista.

-El expresado incumplió, además, el deber de resolver expresamente la petición de devolución de los avales que en su momento dirigió la sociedad ahora demandante con posterioridad al vencimiento del plazo de vigencia de la garantía.

-Más de dos años después de la recepción "positiva" de las obras esa Corporación inicia un expediente de retención parcial de la garantía por defectos en la obra.

Esas conductas de la parte demandada, además de vulnerar formalmente el expresado régimen jurídico sobre la terminación de un contrato de obra, prolongan más allá del ámbito cronológico que es propio el período de la garantía y dilata injustificadamente el marco temporal de exigencia de responsabilidad a la contratista por defectuosa ejecución del proyecto de obra (el original o el modificado). Esta actitud de dejadez y de cierto abuso lesiona abiertamente el derecho de la empresa contratista de obtener la devolución o la cancelación de los avales que prestó, por lo cual los actos administrativos recurridos están incurso en anulabilidad al amparo de lo previsto en el artículo 63 del RDL 2/2000 en concordancia con igual ordinal de la Ley de Régimen y Procedimiento 30/1992.

CUARTO.- Con lo dicho ya es posible aplicar los artículos 68.1.b), 70.2 y 71.1.a) y b) de la Ley Jurisdiccional de 1998, acogiendo así la vertiente anulatoria de la pretensión de la demandante. Respecto al reconocimiento de la situación jurídica individualizada, decir que los actos administrativos impugnados acordaron retener un importe de 7.033,28 euros y que la empresa adjudicataria de la obra en su momento prestó dos avales: por el contrato inicial en cuantía de 3.688.123 pesetas y por el modificado de 560.198 pesetas; por tanto y dado el importe de la retención sólo podrá operar por la primera de esas garantías. Por lo demás, el acuerdo municipal de 24 de agosto de 2001 también dispuso devolver el resto de la fianza definitiva. Con lo dicho a lo que se quiere llegar es que sólo cabe declarar el derecho a la devolución del aval realmente afecto por la retención y que ha sido el primeramente constituido, pues el segundo -dado su importe- no alcanzaba el "quantum" de esa retención; quedando la segunda garantía fuera del ámbito de eficacia material del expresado acuerdo local. Por tanto, el derecho a la devolución postulado, a sus intereses, a sus gastos de mantenimiento, en tanto que estos dos últimos deben ser reconocidos por ser daños resarcirles, sólo quedará circunscrito al aval de mayor cuantía, único sobre que puede operar la retención".

Con este mismo tenor se ha pronunciado la TSJ Madrid, Sec. 3ª de fecha 27.2.2009, dictada en el recurso núm. 868/2007, Pte. Álvarez Tejero, Mª Isabel, a que se refiere la actora en su demanda cuando señala que:

"...procede estimar sin más la pretensión de la demandante, condenando a la Administración a la devolución de la fianza definitiva, constituida por la contratista a su favor, así como el abono de los daños y perjuicios ocasionados que se concretan en el coste de mantenimiento del aval por plazo superior al legalmente establecido"

Aplicando este mismo criterio al caso de autos, y como quiera que en el presente caso lo constituido no ha sido una fianza en metálico que fuera depositada en poder de la Administración sino sendos avales que obran a los folios 1 y 2 del expediente, es por lo que la Sala considera que los daños y perjuicios que la demora imputable a la Administración en la devolución de dichos avales ha causado al actor consisten en los gastos (bancarios, financieros, o en su caso de otra naturaleza) de mantenimiento que le ha supuesto a la entidad actora sendos avales y no los intereses de demora fijados en la sentencia de instancia. Por lo expuesto, procede estimar en este extremo el recurso interpuesto condenando al Ayuntamiento de Soria a que indemnice a la parte actora en los gastos que le ha supuesto el mantenimiento de sendos avales durante el plazo que concretaremos en el siguiente fundamento de derecho; y se revoca la sentencia de instancia al dejar sin efecto el pronunciamiento de la condena al pago de intereses moratorios

**QUINTO.-** Y por lo que respecta al tiempo o plazo respecto del cual el Ayuntamiento debe asumir los gastos de mantenimiento de sendos avales, señala dicha parte en su recurso de apelación y considera que el plazo de garantía de un año debe computarse desde la finalización y recepción de la obra, pues el cedente responde siempre de la parte ejecutada por él, y a lo sumo, un año desde la cesión.

La Sala no comparte dicho argumento por cuanto que como ya hemos reseñado, el cesionario se subrogó en la totalidad de los derechos y obligaciones del cedente, respondiendo por ello también el cesionario de la parte de obra ejecutada por el cedente y por ello también en la obligación de prestar fianza y aval, lo que no consta o al menos no ha probado el Ayuntamiento que no lo haya hecho el cesionario. Por lo expuesto considera la Sala que el Ayuntamiento debe asumir los costes o gastos de mantenimiento de sendos avales desde el día 9 de enero de 2.009 en que se reclamó su devolución, sin que la Administración diera respuesta alguna a



dicha pretensión, hasta el día en que materialmente se lleve a efecto su devolución. En todo caso considera la Sala que el importe de tales gastos de mantenimiento (generalmente de naturaleza bancaria o financiera) que debe abonar el Ayuntamiento de Soria a la actora durante dicho tiempo deberá ser cuantificados y fijados en ejecución de sentencia.

Por lo expuesto, procede estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto en los términos que se reseña en el fallo de esta sentencia.

**ÚLTIMO.-** Al haberse estimado parcialmente el recurso de apelación, procede en aplicación del art. 139.2 de la LRJCA, no hacer expresa imposición de las costas devengadas en esta segunda instancia a ninguna de las partes personadas en esta instancia.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha dictado el siguiente

## FALLO

1º).- Estimar parcialmente el recurso de apelación núm. 285/2012, interpuesto por el Excmo. Ayuntamiento de Soria, representado y defendido por el letrado consistorial D. José-Luis López Navarro, contra la sentencia de fecha 31 de julio de 2.012, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Soria en el procedimiento ordinario núm. 520/2011, por la que estimando la demanda interpuesta por la mercantil "INDEZA EDIFICACIÓN Y OBRA CIVIL, S.L." se condena al Ayuntamiento de Soria a devolver de manera inmediata a dicha mercantil los avales 47-10029362 y 560-500-720/6-23 otorgados por Iberaval y Caixagalicia para proceder a su cancelación y con abono de los intereses de demora devengados por el retraso en la devolución de dichos avales.

2º).- Y en virtud de dicha estimación parcial se dicta nueva sentencia en la que, tras mantener la condena al Ayuntamiento de Soria a que devuelva sendos avales, igualmente se condena a dicho Ayuntamiento a que abone a la entidad actora los costes o gastos que ha supuesto para esta mercantil el mantenimiento de sendos avales desde el día 9 de enero de 2.009 hasta el día en que materialmente se lleve a efecto su devolución, cuya cuantificación se fijará en ejecución de sentencia, dejándose por otro lado sin efecto la condena a abono de intereses de demora por retraso en la devolución de sendos avales que se verifica en la sentencia apelada por no ser ajustada a derecho, y todo ello sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes por las causadas en esta segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Esta sentencia es firme, y contra ella no cabe recurso ordinario alguno.

Devuélvase la presente pieza separada de suspensión al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Así por esta Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos, los Ilmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala al inicio indicados, de todo lo cual, yo el Secretario, Doy fe