

**ASUNTO: CONTRATACIÓN.**

*Reclamación previa a la vía judicial por no devolución de  
garantía definitiva depositada mediante aval  
bancario*

**174/10**

FC

\*\*\*\*\*

**INFORME****I HECHOS.ANTECEDENTES**

Se ha recibido reclamación previa a la vía judicial por el adjudicatario de una obra municipal, en la que se plantea la devolución/cancelación de garantía definitiva depositada mediante aval bancario.

Con fecha \_\_\_\_ febrero de 2008 la dirección facultativa de la obra emite el certificado final de obra en el que se acredita que *"la obra se ha ejecutado conforme al proyecto. la documentación técnica que las define y las normas de buena construcción, cumpliendo con las normas básicas municipales y seguridad que le son de aplicación."*

Existe documento de fecha \_\_\_\_\_ julio de 2008 que parecer un informe emitido por funcionario de la Junta de Extremadura, en el que se ponen de manifiesto un número importante de deficiencias en el inmueble Residencia de Ancianos cuya puesta en funcionamiento se pretende.

Consta un informe de \_\_\_\_\_ mayo de 2009 emitido por la empresa \_\_\_\_\_, SL, en el que se indican una serie de deficiencias en elementos de seguridad del edificio; acompañándose a dicho informe una factura, de fecha \_\_\_\_ marzo de 2009, emitida



asimismo por \_\_\_\_\_, por importe de \_\_\_\_\_ euros correspondiente a la instalación de diversos elementos de seguridad.

## II. LEGISLACIÓN APLICABLE

Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público

### III. FONDO DEL ASUNTO

En la documentación remitida por el Ayuntamiento consta, como se ha indicado en los antecedentes, certificado final de obra pero no consta el acta de recepción. No olvidemos que el artículo 218 de la Ley 30/2007, determina que el acto formal de recepción de la obra, y al que deben concurrir el responsable del contrato, si se hubiese nombrado, o un facultativo designado por la Administración representante de ésta, el facultativo encargado de la dirección de las obras y el contratista asistido, si lo estima oportuno, de su facultativo, *es anterior a la certificación final*. Sin embargo, del texto del documento denominado certificación final nos sorprende su contenido, por cuanto con arreglo a lo dispuesto en el mencionado artículo 218 de la Ley 30/2007, ésta debe indicar parámetros de ejecución de unidades de obra y que será abonada al contratista a cuenta de la liquidación del contrato; sin embargo, ésta se refiere al modo en el que se ha ejecutado la obra.

Por tanto, no podemos deducir de los documentos aportados si la obra ha sido formalmente recepcionada y si se han cumplido las demás formalidades exigidas por el mencionado artículo 218 de la Ley 30/2007. Como tampoco podemos conocer si las deficiencias observadas en la inspección realizada por la Junta de Extremadura y subsanadas por una empresa distinta de la adjudicataria son deficiencias de ejecución o deficiencias en el proyecto.

No obstante, el mantenimiento de la vigencia de las garantías exigidas y depositadas por los adjudicatarios para los fines previstos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no puede tener un plazo indefinido y sujeto al arbitrio de la Administración contratante. Antes al contrario, deben moverse en el estrecho margen que éstas fijan.

Así, el artículo 90 de la Ley 30/2007 dispone a este respecto que *«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 siempre que no se hayan producido las responsabilidades a que se refiere el artículo 43».*

Por su parte, el ya mencionado anteriormente artículo 218 de la Ley 30/2007, determina el modo de proceder en la recepción y plazo de garantía. Así, se establece que *Cuando las obras no se hallen en estado de ser recibidas, se hará constar así en el acta y el **director de las mismas señalará los defectos observados y detallará las instrucciones precisas fijando un plazo para remediar aquellos. Si transcurrido dicho plazo el contratista no lo hubiere efectuado, podrá concedérsele otro nuevo plazo improrrogable o declarar resuelto el contrato.***

Por tanto, es responsabilidad de la Administración a través de la dirección facultativa, designada por ésta, comprobar que las deficiencias observadas y señalamientos han sido reparadas por el contratista en el plazo otorgado para ello.

Pero es más, el propio precepto citado, artículo 218 de la Ley 30/2007 determina que *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.*

Por tanto, y como conclusión, es responsabilidad de la Administración contratante, a través de la dirección facultativa designada por ésta, cumplir lo determinado el mencionado precepto; que de no hacerse así, y existiendo la culpa in vigilando de la propia Administración, debió entrar en aplicación lo dispuesto en el también mencionado artículo 90 de la Ley 30/2007, es decir, que *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 88.* Por tanto, no puede mantenerse discrecionalmente y *sine díe* la garantía depositada por los adjudicatarios.

Cuestión diferente es la posible responsabilidad en la que pudiera haber incurrido la dirección de obra en el supuesto de que los elementos de seguridad estuviesen incluidos en el proyecto y se hubiese certificado no obstante no haberse ejecutado.

Este es el informe del Servicio de Asesoramiento y Asistencia a la EE.LL -Oficialía Mayor en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculante para el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente resolverá lo pertinente.

Badajoz, junio de 2010