

URBANISMO  
Contratación

# JDO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 7 DE MÁLAGA

C/ FISCAL LUIS PORTERO GARCIA S/N

Tel.: 951938460/951938310/951938525 Fax: 951939177

N.I.G.: 2906745020120001992

Procedimiento: Procedimiento abreviado 279/2012. Negociado: B

Recurrente:

LOPD

Letrado:

LOPD

Procurador:

LOPD

Demandado/os: EXCMO. AYUNTAMIENTO DE VELEZ-MALAGA

EXCMO. AYUNTAMIENTO  
DE VÉLEZ-MÁLAGA

Representante:

LOPD

Letrados:

LOPD

Procuradores:

LOPD

LOPD

14-10-2014 12:45

Libro General de Entrada

Documento Judicial

Por haberlo así acordado en el recurso arriba reseñado, y para su debida constancia y efectos, dirijo a V.I. el presente adjuntando testimonio de la sentencia firme recaída en el mismo, así como el expediente administrativo que en su día fue remitido a este Juzgado por ese organismo. Se interesa que, en el plazo de **DIEZ DÍAS** desde la recepción del presente, se libre a este Juzgado el preceptivo acuse de recibo.

En MALAGA, a treinta de septiembre de dos mil catorce.

EL/LA SECRETARIO/A JUDICIAL



EXCMO. AYUNTAMIENTO DE VELEZ-MALAGA

RECIBIDO EN URBANISMO

15 OCT. 2014

# JDO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 7 DE MÁLAGA

C/ FISCAL LUIS PORTERO GARCIA S/N

Tel.: 951938460/951938310/951938525 Fax: 951939177

N.I.G.: 2906745O20120001992

Procedimiento: Procedimiento abreviado 279/2012. Negociado: B

Recurrente: LOPD

Letrado: LOPD

Procurador: LOPD

Demandado/os: EXCMO. AYUNTAMIENTO DE VELEZ-MÁLAGA

Representante: LOPD

Letrados: LOPD

Procuradores: LOPD

D./D<sup>a</sup>. LOPD, Secretario del JDO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 7 DE MÁLAGA.

Doy fe de que en el recurso contencioso - administrativo número 279/2012, se ha dictado Sentencia del siguiente contenido literal:

## SENTENCIA N. 261/2014

En la ciudad de Málaga, a 30 de septiembre de 2.014.

Vistos por el Magistrado-Juez de este Juzgado, Ilmo. Sr. D. LOPD, los presentes autos de Recurso Contencioso-Administrativo número 279 / 2012, interpuesto por LOPD, representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. LOPD y defendida por el Letrado D. LOPD LOPD, contra el AYUNTAMIENTO DE VÉLEZ-MÁLAGA, representado por el Procurador D. LOPD y defendida por el Letrado D. LOPD LOPD, siendo la cuantía del recurso 6.849,13 euros

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por escrito que tuvo entrada en el Juzgado Decano de Málaga el día 20 de abril de 2012, se interpuso recurso contencioso-administrativo solicitando "se declare la nulidad del procedimiento administrativo de resolución de contrato de ejecución de obras de construcción de edificio de usos múltiples para temas sociales en Benajárfes (FEESL.27.10), e incautación de garantía otorgada en su día por mi representada, así como la improcedencia del acuerdo de incautación de garantía ..." (sic).

RECIBIDO EN URBANISMO

15 OCT. 2014

**SEGUNDO.-** Subsanados los defectos del escrito inicial, por decreto de 5 de septiembre de 2012 se acordó reclamar el expediente administrativo y señalar día para la vista, que se inició el 13 de noviembre y el 18 de diciembre de 2013 con la asistencia de ambas partes y el resultado que consta en autos, quedando a continuación el recurso para dictar sentencia.

**TERCERO.-** En la tramitación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales esenciales a excepción del plazo para dictar sentencia, por la acumulación de asuntos pendientes de resolución.

A los que son de aplicación los siguientes

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Solicita la actora en el suplico de su demanda que se anule la demandante su recurso contra "...el procedimiento administrativo de resolución de contrato de ejecución de obras de construcción de edificio de usos múltiples para temas sociales en Benajárfes (FEESL.27.10), e incautación de garantía otorgada en su día por mi representada, así como la improcedencia del acuerdo de incautación de garantía ..." (sic), aunque el acuerdo para recurrir presentado con el escrito de demanda en cumplimiento del artículo 45.2 d) de la LJCA, identifica con más precisión como acto administrativo impugnado el Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Vélez-Málaga nº. 692/2012, de 20 de febrero, desestimatorio del recurso de reposición interpuesto contra el Decreto de la Alcaldía nº. 5222/2011, que entre otros pronunciamientos acordó la resolución del contrato, requerir a la dirección facultativa para que resuelto el contrato de referencia ,lleve al efecto y en legal forma el acto de comprobación y medición para la liquidación de las obras realizadas fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista, acordar la pérdida e incautación de la garantía definitiva prestada por **LOPD** mediante el seguro de caución asegurado por **LOPD** por importe de 6.849,13 euros, e incoar expediente de reclamación de daños y perjuicios por los ocasionados por **LOPD**

Se alega como motivos del recurso la existencia de vicios esenciales en el procedimiento, al no haberse realizado la medición, comprobación y liquidación de la obra y de los daños y perjuicios causados, la caducidad del expediente, la omisión de ciertas notificaciones preceptivas y que la Administración debió admitir la cesión del contrato a un tercero

**SEGUNDO.-** El examen del expediente administrativo y la documentación aportada por los litigantes nos enseña que por decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Vélez-Málaga de 15 de noviembre de 2010, se acordó adjudicar a **LOPD** el contrato para la construcción de un edificio de usos múltiples para temas sociales, por un importe de 161.639,45 euros (IVA incluido), y el plazo de ejecución que especifica.

Consta unido al procedimiento el certificado de seguro de caución nº. 201007791, con fecha de efectos 9 de noviembre de 2.010, por el que **LOPD** **LOPD**, aseguraba a **LOPD**, en concepto de tomador del seguro, ante el Excmo. Ayuntamiento de Vélez-Málaga, hasta el importe de 6.849 euros, en los términos y condiciones establecidos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, normativa de desarrollo y pliego de cláusulas administrativas particulares por las que se rige el contrato ..., en concepto de garantía definitiva para responder de las obligaciones, penalidades y demás gastos que se puedan derivar conforme a la normas y demás condiciones administrativas precitadas frente al asegurado, comprometiéndose el asegurador a indemnizar al asegurado "al primer requerimiento del Ayuntamiento de Vélez-Málaga en los términos establecidos en la Ley de Contratos del Sector Público y normas de desarrollo".

Con fecha 28 de julio de 2011, **LOPD** solicitó la cesión del contrato a **LOPD** al amparo de lo dispuesto en el artículo 209 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, alegando la imposibilidad de cumplir los plazos fijados por la situación de insolvencia transitoria de la empresa. La solicitud de cesión fue denegada por Decreto de la Alcaldía nº. 4359/2011, de 18 de agosto, que acordó también iniciar un expediente de resolución del contrato de referencia, en el que se concedió audiencia a la contratista (folio 56) y a la aseguradora (folios 84 al 92); y tras recabar informe del Secretario General y el Interventor General, se dictó el Decreto nº. 5222/2011, que entre otros extremos acordó la resolución del contrato, requerir a la dirección facultativa para que resuelto el contrato de referencia, lleve al efecto y en legal forma el acto de comprobación y medición para la liquidación de las obras realizadas fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista (artículo 222 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre), acordar la pérdida e incautación de la garantía definitiva prestada por **LOPD** mediante el seguro de caución asegurado por **LOPD** por importe de 6.849,13

euros (artículos 88 c) y 208.4 de la Ley 30/2007), e incoar expediente de reclamación de daños y perjuicios por los ocasionados por **LOPD** (artículo 208 de la ley 30/2007 y artículo 113 del Real Decreto 1098/2011, de 12 de octubre).

Contra el Decreto nº. 5222/2011, la representación de **LOPD** presentó recurso de reposición, que fue desestimado por el nº. 692/2012, de 20 de febrero.

**TERCERO.-** Como normativa aplicable al caso, habrá que estar a lo establecido en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Sobre la garantía definitiva, decía el artículo 83.1 que

*“Los que presenten las ofertas económicamente más ventajosas en las licitaciones de los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán constituir a disposición del órgano de contratación una garantía de un 5 por ciento del importe de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido. En el caso de los contratos con precios provisionales a que se refiere el art. 75.5, el porcentaje se calculará con referencia al precio máximo fijado”...*

El artículo 85, sobre el “ Régimen de las garantías prestadas por terceros”, disponía que

*“1. Las personas o entidades distintas del contratista que presten garantías a favor de éste no podrán utilizar el beneficio de excusión a que se refieren los arts. 1.830 y concordantes del Código Civil.*

*2. El avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada, en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.*

El artículo 88 (“Responsabilidades a que están afectas las garantías”), establecía que

*“La garantía responderá de los siguientes conceptos:*

- a) De las penalidades impuestas al contratista conforme al art. 196.*
- b) De la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato, de los gastos originados a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución.*
- c) De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido.*
- d) Además, en el contrato de suministro la garantía definitiva responderá de la inexistencia de vicios o defectos de los bienes suministrados durante el plazo de garantía que se haya previsto en el contrato”.*

Y el artículo 208.4 (“Efectos de la resolución”), que

*“...Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada..”*

**CUARTO.-** En el supuesto de autos resulta determinante que el aval prestado tiene la condición de "a primer requerimiento", modalidad de garantía personal respecto de la que la sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 2ª, de 14 de marzo de 2007 (rec. 363/2002), invocando la doctrina de la Sala Primera del mismo Tribunal, declaró que

"... entre las nuevas modalidades de garantías personales nacidas para satisfacer las necesidades del tráfico mercantil al resultar insuficiente o inadecuada la regulación legal de la fianza, se encuentra el aval a primera solicitud, o a primer requerimiento, también denominado por la doctrina como garantía a primera demanda o a simple demanda o garantía independiente, contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad sancionada por el art. 1255 del Código Civil (así S. 14-11-1989), en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza; es nota característica de esta forma de garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el Código Civil, su no accesoriedad, nota a lo que se alude en la Sentencia de esta Sala 11-7-1983, al incidir "las garantías denominadas de primera solicitud en el comercio internacional" entre las "nuevas figuras que tendiendo a superar la rigidez de la accesoriedad, es decir la absoluta dependencia de la obligación garantizada para la existencia y la misma supervivencia...", así como en la S. 14-11-1989 en la que se afirma que "toda interpretación que trate de dar a la palabra garantía el sentido de la obligación accesoria de fianza o de aplicar la excusión que le es característica desvirtúa la naturaleza de la relación compleja a la que venimos haciendo mérito", de ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, si bien en aras del principio de la buena fe contractual (art. 1258 del Código Civil) se permita al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, produciéndose así una inversión en la carga de la prueba ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal, siendo suficiente, como se dice, la reclamación de aquel beneficiario para que nazca la obligación de pago del avalista, y así dice la Sentencia de 1989 citada que la beneficiaria "una vez que ha cumplido con los requisitos que le comunicó la **LOPD**" tiene un indiscutible derecho a exigirle el pago de la cantidad señalada, siendo la obligación de **LOPD** "de carácter abstracto en el sentido de ser independiente del contrato inicial", sin perjuicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía (de regreso, del garante frente al ordenante y las propias entre los interesados en la relación subyacente); no habiéndose acreditado en autos por el recurrente que el obligado principal cumplió con su obligación de garantía respecto de los materiales suministrados a la actora y habida cuenta del carácter no accesorio de la garantía prestada, son inaplicables al caso los preceptos que se invocan en el motivo ni el principio de accesoriedad de la fianza que los informa por lo que ha de rechazarse este primer motivo". Y más recientemente, la Sentencia de la misma Sala de 10 de noviembre de 1999, ha ratificado la doctrina anterior al declarar que "La modalidad de garantía personal conocida como aval a primera solicitud o a primer requerimiento, garantía a primera demanda, o a simple demanda o garantía independiente, cumple una función garantizadora tendente a conseguir una indemnidad del acreedor beneficiario frente al incumplimiento de su obligación contractual por el deudor ordenante de la garantía. Examinando la característica esencial de esta forma de garantía personal, su no accesoriedad de la obligación principal, la Sentencia de esta Sala de 27 de octubre de 1992, recopiladora de la jurisprudencia anterior, señala "de ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no haya cumplido, si bien en aras del principio de buena fe contractual (artículo 1258 del Código Civil) se permita al garante caso de

contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido con la consiguiente liberación de aquél".

... la Sentencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo de 12 de julio del 2001, afirma que el concepto de aval a primer requerimiento lo expone con claridad la sentencia de 27 de octubre de 1992 que se reitera en la presente: es una garantía personal atípica, producto de la autonomía de la voluntad proclamada por el artículo 1255 del Código Civil, que es distinta del contrato de fianza y del contrato de seguro de caución, no es accesorio y el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma.

~~El efecto, por tanto, se produce por la reclamación de tal beneficiario, lo que supone que el obligado garantizado no ha cumplido; tan sólo si el garante prueba que sí ha cumplido (inversión, por tanto, de la carga de la prueba) puede evitar el pago. El efecto último es, pues, que el beneficiario tiene un claro derecho a exigir el pago, siendo la obligación del garante independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial, sin perjuicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía (...).~~

De esta forma, en definitiva, si por el juego de la autonomía de la voluntad, primeramente ha quedado diluida la nota de subsidiariedad de la fianza, al convenirse la fianza solidaria, también con el mismo origen, se ha producido la dilución de la nota de accesoriedad mediante la fórmula del aval a "primer requerimiento", ampliamente reconocida por la jurisprudencia de la Sala Primera de este Tribunal, como obligación autónoma, si bien que doctrinalmente se ha llegado a la misma conclusión a partir de la fianza tradicional, entendiendo que el fiador renuncia a la defensa que le pudiera haber para oponerse a la reclamación, asumiendo él la carga de probar que no le corresponde pagar.

En consecuencia, el avalista sólo puede comprobar si la obligación que garantiza ha sido incumplida, pero no pretender una revisión del procedimiento seguido con el obligado principal, lo que nos lleva a rechazar los supuestos vicios de forma invocados por la actora que, por otro lado, ha intervenido activamente en el expediente de resolución con anterioridad al dictado del acuerdo de incautación de la garantía, lo que impide alegar con éxito una pretendida indefensión.

Solo resta añadir que no constituye vicio de ilegalidad que el acuerdo de resolución del contrato dispusiera además la incautación de la garantía, antes de sustanciar el procedimiento de liquidación de los daños, ya que esa actuación aparece amparada en la literalidad del artículo 208.4 "in fine" de la Ley 30/2007, procediendo por todo lo expuesto la íntegra desestimación del recurso.

**QUINTO.-** Habiendo sido desestimadas íntegramente las peticiones de la actora, procede condenarla al pago de las costas procesales (artículo 139 LJCA).

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

**FALLO**

**QUE DESESTIMO** el recurso interpuesto, y condeno a la actora al pago de las costas procesales.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella **No cabe Recurso ordinario.**

Y remítase **testimonio de la misma junto con el expediente administrativo, al lugar de origen de éste.**

Así por ésta mi sentencia, de la que se llevará certificación a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

E/.

Lo anteriormente reproducido concuerda bien y fielmente con el original a que me remito. Y para que así conste, libro el presente en MALAGA, a treinta de septiembre de dos mil catorce.

