

## **¿Tiene derecho el contratista de un contrato adjudicado hace doce años a que se le devuelva la garantía definitiva o ha prescrito dicho derecho?**

### **Planteamiento**

Este ayuntamiento licitó, adjudicó y firmó un contrato de obra hace 12 años aproximadamente. La obra se realizó y se firmó el acta de final de obra. La dirección de esta obra la realizaban técnicos externos de la administración los cuales hoy en día no se pueden localizar.

Han pasado los dos años de garantía que tenía esta obra y la empresa adjudicataria pide la devolución del aval correspondiente a la garantía definitiva del contrato. Si bien es cierto que la dirección de la obra debería haber hecho un informe pasado el plazo de garantía a efectos de poder devolver el aval, el mismo no se hizo.

Ahora han pasado diez años de estos dos de garantía.

¿Podría devolverse el aval en base a la prescripción del derecho de reclamación de daños de la administración? ¿De cuánto tiempo sería este plazo de prescripción? ¿O podría devolverse el aval en base a otra circunstancia que quizá se nos escape?

### **Respuesta**

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público -LCSP 2017-, prevé en el apartado 2 de su disp. Transitoria 1ª que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP 2017 se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

Partiendo de que, según la consulta, el contrato administrativo de obras se adjudicó y formalizó hace 12 años, tomaremos como normativa de aplicación la derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público -LCSP 2017-, en adelante, LCSP 2007.

Así, la LCSP 2007 prevé en el apartado 1 de su art. 90 que la garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, o hasta que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista, mientras que el apartado 2 del citado art. 90 señala que, aprobada la liquidación del contrato y transcurrido el plazo de garantía, si no resultaren responsabilidades se devolverá la garantía constituida o se cancelará el aval o seguro de caución.

El citado art. 90.2 LCSP 2017, además, señala que el acuerdo de devolución deberá adoptarse y notificarse al interesado en el plazo de dos meses desde la finalización del plazo de garantía, de forma que, 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.

Ahora bien, el apartado 5 del art. 90 LCSP 2007 recoge un supuesto para casos como el que nos ocupa, refiriéndose al supuesto 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.*
- *Cuando el importe del contrato sea inferior a 1.000.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 100.000 euros, en el caso de otros contratos, el plazo se reducirá a seis meses."*

En idénticos términos se pronuncia el art. 102.5 del derogado RDLeg 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público -TRLCSLP 2011-, así como el art. 111 LCSP 2017.

Por tanto, nos encontramos ante un supuesto en el que la Administración recepciona las obras mediante la emisión de la correspondiente acta de recepción final de las obras y no se realiza ningún otro trámite, habiendo transcurrido el plazo de garantía, de forma que, partiendo de lo dispuesto en los apartados 2 y 5 del art. 90 LCSP 2007, entendemos que el contratista tenía derecho a la devolución de la garantía, ya que, a pesar de la falta del informe de la dirección de obra, no podía trasladarse dicha carga al contratista.

Ahora bien, en relación a la prescripción, a falta de regulación expresa en la normativa sobre haciendas locales, consideramos aplicable respecto al plazo de prescripción de las fianzas y depósitos que se constituyen en la Tesorería municipal el contenido del art. 25.1.b) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria -LGP-, que fija el plazo de 4 años de prescripción en relación al *"derecho a exigir el pago de las obligaciones ya reconocidas o liquidadas, si no fuese reclamado por los acreedores legítimos o sus derechohabientes"*, añadiendo que *"el plazo se contará desde la fecha de notificación, del reconocimiento o liquidación de la respectiva obligación"*; entendemos, por tanto, que, salvo que por alguna causa se hubiera interrumpido la prescripción, si el depositante de la fianza no reclamó su devolución en el plazo correspondiente, su derecho a obtener la devolución de la fianza depositada se encuentra prescrito a los cuatro años, conforme al art. 25.3 LGP, y tal y como señalábamos en la consulta *"Plazo de prescripción para la devolución de garantía provisional entregada por un licitador en el Ayuntamiento"*.

Esta posición es mantenida en la práctica por numerosas entidades locales y sostenida doctrinalmente en la consideración de dichas garantías como ingresos de derecho público. En este sentido, puede verse el artículo *"De la prescripción de fianzas constituidas en la entidad local: plazo de prescripción, departamento competente y trámites"*.

Sin embargo, es más favorable para el administrado y también defendida por otro sector doctrinal la aplicación supletoria del art. 23 del RD 937/2020, de 27 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos, que señala que:

- *"1. Las garantías constituidas en efectivo que no se encuentren vigentes quedarán sujetas a lo previsto en el artículo 18 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, salvo en los casos en los que sea aplicable lo previsto en el artículo anterior sobre la prescripción de la obligación económica.*
- *2. Transcurrido el plazo de veinte años a que se refiere el artículo 18 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, el órgano competente en la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional o en las Delegaciones de Economía y Hacienda dictará*

*resolución declarando el abandono del efectivo y su incorporación al Tesoro Público, previa publicación en el «Boletín Oficial del Estado». En aquellos supuestos en que el importe de las garantías en efectivo no exceda de tres mil euros, los anuncios relativos al abandono y su incorporación al Tesoro Público se publicarán en la página web de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional, durante el plazo de un mes. Dicha cuantía podrá ser actualizada mediante resolución de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional."*

El TS en Sentencias de 11 de junio de 1996 y de 17 de septiembre de 2002 estima aplicable a la devolución de fianzas o depósitos el plazo de prescripción de veinte años que establecía el Reglamento de la Caja General de Depósito de 19 de noviembre de 1929. En el mismo sentido puede verse también la Sentencia del TSJ Madrid de 28 de septiembre de 2004.

En conclusión, podemos apreciar como la cuestión es discutida, encontrándose argumentos y defendiéndose doctrinalmente tanto el plazo de cuatro años como el de veinte años. Nosotros nos inclinamos en el presente caso por el plazo de prescripción de veinte años por ser más favorable para el administrado y por su respaldo jurisprudencial, como igualmente señalamos en las consultas "*Plazo de prescripción para solicitar la devolución de fianza depositada en el Ayuntamiento*" y "*¿Podría disponer el Ayuntamiento de unos fondos depositados por particulares hace más de 20 años para responder por posibles daños a la vía pública que no han sido reclamados?*".

## **Conclusiones**

**1ª.** Nos encontramos ante un supuesto en el que la Administración recibe las obras mediante la emisión de la correspondiente acta de recepción final de las obras y no se realiza ningún otro trámite, habiendo transcurrido el plazo de garantía, de forma que, partiendo de lo dispuesto en los apartados 2 y 5 del art. 90 LCSP 2007, entendemos que el contratista tenía derecho a la devolución de la garantía, ya que, a pesar de la falta del informe de la dirección de obra, no podía trasladarse dicha carga al contratista.

**2ª.** Dicha previsión enlaza con lo previsto en el art. 23 RD 937/2020.

**3ª** Nosotros nos inclinamos en el presente caso por el plazo de prescripción de veinte años por ser más favorable para el administrado y por su respaldo jurisprudencial.