

**TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia 162/2025, de 17 de febrero de 2025*

*Sala de lo Contencioso-Administrativo*

*Rec. n.º 6034/2021*

**SUMARIO:**

**Contratación administrativa. Contrato de obras. Resolución por incumplimiento. Vicios ocultos. Responsabilidad del avalista.**

La sentencia aborda la cuestión de si es extensible al avalista la responsabilidad por vicios ocultos exigible en los contratos de obras al contratista (artículo 244 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), y cuál es el momento en que se inicia el plazo de prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad por vicios ocultos, si en el momento en que se detecten los vicios ocultos o cuando se emitan los correspondientes informes acreditativos de su existencia.

Aunque la sentencia recurrida utiliza en algún momento y de manera impropia la expresión vicios ocultos, lo cierto es que la Sala sentenciadora no se está refiriendo a un supuesto de esa índole -vicios ocultos advertidos con posterioridad a la expiración del plazo de garantía- sino a un caso de resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista y con incautación de la fianza. Y aunque la sentencia que resuelve el recurso de apelación no lo precisa, todo indica, por las consideraciones que expone sobre el contenido de los preceptos que cita, que se está refiriendo a los artículos 110 y 213.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, siendo así que ninguno de dichos preceptos se refiere a los vicios ocultos.

Así las cosas, debemos concluir que el debate casacional ha sido planteado de una manera desenfocada pues tanto el auto de admisión como el escrito de interposición del recurso se apartan de lo resuelto en la sentencia y plantean una cuestión ajena a lo decidido en ella. No procede entonces que se formule una doctrina jurisprudencial que venga a dar respuesta a la primera cuestión de interés casacional planteada y respecto a la segunda cuestión, está estrechamente vinculada a la primera y por tal razón resulta igualmente desenfocada.

**PONENTE:** D. EDUARDO CALVO ROJAS

Magistrados:

D.EDUARDO CALVO ROJAS  
D.PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA  
D.JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT  
D.DIEGO CORDOBA CASTROVERDE  
D.ISAAC MERINO JARA

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 162/2025**

Fecha de sentencia: 17/02/2025

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6034/2021

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 11/02/2025

Síguenos en...



Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA CON/AD SEC.5

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 003

Transcrito por: MAB

Nota:

R. CASACION núm.: 6034/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 003

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 162/2025**

Excmos. Sres.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Isaac Merino Jara

En Madrid, a 17 de febrero de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 6034/2021 interpuesto por el BANCO SANTANDER S.A., representado por la procuradora D<sup>a</sup> María José Bueno Ramírez y defendido por el letrado D. Pablo Fuertes Martínez, contra la sentencia nº 463/2021, 1 de junio de 2021, de la Sección 5<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (recurso de apelación nº 72/2019). Se ha personado como parte recurrida el AYUNTAMIENTO DE PILAR DE LA HORODADA, representada por la procuradora D<sup>a</sup> Rosa María Correcher Pardo y defendido por el letrado D. Carlos Morales Ruiz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**-La representación procesal de Banco Popular Español interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Pilar de la Horadada de 15 de mayo de 2017 por el que se decide «Reclamar al Banco Pastor S.A. (Grupo Banco Popular) la ejecución de cuatrocientos sesenta mil cuatrocientos sesenta y un euros con cuarenta y cinco céntimos (460.461,45 euros) cantidad correspondiente al importe de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración, con cargo al aval depositado en su día».

El Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Elche dictó sentencia nº 1006/2018, de 5 de noviembre (procedimiento ordinario nº 775/17) en la que se desestima el recurso, sin hacer imposición de las costas procesales.

La representación de Banco Santander, S.A. (sucesor procesal de Banco Popular) interpuso contra la anterior sentencia recurso de apelación que fue resuelto por sentencia nº 463/2021, 1 de junio de 2021, de la Sección 5<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (apelación nº 72/2019), en la que se desestima el recurso de apelación con imposición de las costas a la parte apelante hasta un máximo de 1.500 euros por todos los conceptos.

Síguenos en...



En la fundamentación de la sentencia que resuelve el recurso de apelación, ahora recurrida en casación, se expone, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

" (...) TERCERO.- Una vez expuesta la naturaleza del aval a primer requerimiento y de las posibles causas de oposición debe rechazarse los motivos de oposición planteados por el apelante:

I.- "(...) Inexistencia de vicios ocultos (...) la sentencia no ha entrado a analizar la esencial obligación de la demanda sobre inexistencia de responsabilidad por vicios ocultos (...)

El incumplimiento de las obligaciones esenciales del contratista (ejecución incorrecta de obras/defectos constructivos/aparición de vicios ocultos) constituye una cuestión de fondo que no puede ser alegada por el banco avalista en virtud del principio de ejecutividad del aval a primer requerimiento.

II.- "(...) el avalista no responde por vicios ocultos.

El art. 43 del TRLCAP fija la extensión de las responsabilidades: "(...) 2. Las garantías definitivas responderán de los siguientes conceptos: a) De las penalidades impuestas al contratista en razón de la ejecución del contrato, en especial las comprendidas en el artículo 95, cuando no puedan deducirse de las certificaciones. B) De las obligaciones derivadas del contrato, de los gastos originados a la Administración por 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 en el supuesto de incumplimiento del mismo, sin resolución (...)".

Y dentro de esos daños y perjuicios ocasionados a la Administración se encuentran los daños y perjuicios por vicios ocultos detectados durante la ejecución de las obras de terminación de la urbanización de la UE1 del PGGOU, cuantificados en 460.461,45 euros, según el informe pericial obrante en el expediente y aprobados por el Acuerdo de la Junta de Gobierno de 14/11/2016 (notificado a la contratista y a la entidad avalista).

Se ha hecho uso de la facultad prevista en el artículo 43.2.b) del citado cuerpo legal, a cuyo tenor las garantías definitivas responden, entre otros supuestos, de las obligaciones derivadas del contrato y, en especial, de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución de aquél. Por ello, debe considerarse ajustada a Derecho la repercusión sobre la fianza de los gastos derivados de la reparación de aquellas deficiencias observadas en la ejecución de la obra. De ello debe deducirse que la fianza quedó constituida precisamente para responder de la buena ejecución de las obras realizadas hasta entonces por la recurrente, por lo que la imputación a dicha garantía de los gastos de reparación de las deficiencias que se observaron posteriormente durante la continuación de los trabajos de urbanización.

El artículo 113.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contempla la incautación de la fianza en los casos de resolución del contrato por causa imputable al contratista, y su aplicación, hasta donde alcance, a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración. El art. 113.4 del mismo cuerpo legal fija el máximo de responsabilidad de la garantía. (...) 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. (...).

La garantía definitiva responde como máximo de la cuantía por la que se presta; no obstante, si la cuantía de los daños y perjuicios que ha producido la resolución son inferiores se debe devolver el exceso, criterio que se desprende de la sentencia de la Sala Tercera- Sección Cuarta del Tribunal Supremo núm. 1277/2019 de 30 de septiembre de 2019- (rec. 3556/2017). Por tanto, el garante "a primer requerimiento" debe responder ante la Administración entregando el total importe garantizado. La administración en el plazo más breve posible debe practicar la liquidación y dar traslado al avalista a primer requerimiento y contratista, fijar el importe definitivo de la liquidación y a partir de este momento puede seguirse la vía administrativa de recursos y contencioso-administrativa, se discutirá únicamente la cuantía de liquidación. De ser inferior a la garantía, el garante sólo debe responder por esa cantidad máxima.

III.- "(...) Inobservancia del procedimiento. Omisión del procedimiento declarativo de cuantificación de daños (...) ausencia de reclamación previa al contratista del importe de los vicios ocultos cuyo pago exigió única y directamente al Banco (...)"

El presente expediente administrativo comienza con las actas de recepción de las obras para la terminación de la UE-1 del PGOU de Pilar de la Horadada.

Obra en los folios 25 a 53 informe técnicos de GOES ingeniería Civil S.L.P y ATISAE de los daños causados por vicios ocultos detectados durante la ejecución de las obras para la terminación de la UE-1 y su cuantificación. Y en los folios 54 a 59 informe del técnico municipal.

Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno de fecha 14 de noviembre de 2016 se aprobó: "TERCERO: Cuantificar los daños y perjuicios ocasionados a la Administración por vicios ocultos en 460.461,45 E, IVA incluido, derivados de la ejecución del contrato inicial de urbanización de la UE 1 por el adjudicatario inicial Levante Promosa. CUARTO.- Dan audiencia al administrador concursal de la mercantil Levante Promosa así como a la entidad avalista para que en el plazo de quince días puedan presentar cuantas alegaciones estimen pertinentes (...)"

Obra en el folio 62 a 65 la notificación al administrador concursal el 5/12/2016 y en el folio 67 la notificación al Banco Pastor el 5/12/2016 (notificación recogida por empleado del Banco (Sr. Gervasio).

Ante la falta de presentación de escrito alguno, en fecha 15 de mayo 2017 se adopta el Acuerdo de requerir al banco la ejecución de 460.461,54 euros con cargo al aval depositado en su día.

Se ha de tener en cuenta que consta en el expediente administrativo la concesión de trámite de audiencia a la entidad recurrente, sin que ninguna de las partes efectuara alegación alguna.

IV.- "(...) prescripción de la acción para exigir la fianza (...)"

"(...) El presente aval estará en vigor hasta que el Excmo. Ayuntamiento de Pilar De La Horadada autorice su cancelación o devolución de acuerdo con lo establecido en el Ley de Contratos de las Administraciones Publicas y legislación complementaria. (...)"

No se ha autorizado la cancelación ni la devolución de la garantía al haber sido incautada ante la resolución contractual imputable al contratista.

No ha prescrito la acción para reclamar el aval. A tenor de lo dispuesto en el artículo 44 LCAP "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 resuelto éste sin culpa del contratista".

No ha transcurrido el plazo de cuatro años desde los informes de determinación de los vicios ocultos.

Por otra parte la ejecución del aval fue suspendida por resolución judicial dictada en el POR 724/2011 que finalizó por sentencia de 15/11/2015 confirmada por sentencia de esta misma Sala y Sección nº 56772018 de 23 de enero (RAP 15/16).

V.- Respecto a la alegada "improcedencia de nueva ejecución", no cabe apreciar el motivo de impugnación. No existe imposibilidad alguna de ejecutar el aval en contra del criterio de la anterior sentencia indicada puesto que en la misma no se cubría el importe total del aval y respondió a un concepto distinto al aquí reclamado.

Mediante Resolución de 13 de mayo de 2011 se acordó en el procedimiento de resolución contractual la incautación del aval, resolución objeto de recurso contencioso administrativo (POR 724/2011) dictándose sentencia en fecha 15/09/2015 que estimo parcialmente la demanda y acordó incautar la garantía por importe de 783.857,89 euros. En el curso de dicho procedimiento se adoptó la medida cautelar de suspensión de ejecución del aval.

Dicha sentencia fue confirmada por esta misma Sala y Sección en fecha 23 de enero 2018 (sentencia 56/2018) en base a que la cantidad respondía exactamente a las obras pendientes de ejecutar y a daños y perjuicios causados cuantificados en el informe de la Dirección Técnica de fecha 16 de noviembre de 2010.

Las presentes actuaciones derivan de conceptos diversos (vicios ocultos detectados en catas durante la ejecución de obras pendientes en el año 2016, y el importe reclamado no excede del total del aval garantía que, por otro lado, su ejecución se encontraba suspendida en el momento del dictado de la resolución recurrida.

El recurso de apelación debe desestimarse".

**SEGUNDO.**-Notificada a las partes la sentencia que resolvió el recurso de apelación, preparó recurso de casación contra ella la representación procesal de Banco Santander, S.A., siendo admitido a trámite el recurso por auto de la Sección Primera de esta Sala de fecha 19 de enero de 2023 en el que, asimismo, se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Cuarta.

En la parte dispositiva del auto de admisión se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

" (...) se entiende que tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la cuestión suscitada en la instancia, circunscrita, a determinar si:

1. Determinar si la responsabilidad por vicios ocultos exigible en los contratos de obras al contratista, en los términos en lo que es prevista en el art. 244 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, es extensible al avalista y

2. Cuál es el momento en que debe considerarse se inicia el plazo de prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad por vicios ocultos, en concreto, si el mismo debe situarse en el momento en que se detecten los vicios ocultos o cuando se emitan los correspondientes informes acreditativos de la existencia de estos.

La norma jurídica que, en principio, debería ser objeto de interpretación es el artículo el artículo 244 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Lo señalado debe entenderse sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex. artículo 90.4 de la LJCA ".

**TERCERO.**-Mediante providencia de la Sección 4ª de 1 de febrero de 2023 se acuerda, de conformidad con el acuerdo de la Presidencia de la Sala de 30 de mayo de 2022, que por ulterior acuerdo de 17 de enero de 2023 fue prorrogado durante el año 2023, que pasen las actuaciones a la Sección 3ª para que continúe en ésta la sustanciación del recurso de casación.

**CUARTO.**-La representación procesal de Banco Santander, S.A. formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito presentado el 6 de marzo de 2023 en el que, tras exponer los antecedentes del caso, aduce los siguientes argumentos de impugnación:

**1/Sobre la irresponsabilidad del avalista por vicios ocultos.**

La sentencia recurrida afirma la responsabilidad del avalista invocando al efecto los artículos 43.2 y 113.4 del TRLCAP, pero lo cierto es que ninguno de dichos preceptos se refiere a los vicios ocultos y, desde luego, la extensión a estos de la garantía menos aún resulta de la glosa de los mismos que realiza la sentencia. Respecto al artículo 113.4 TRLCAP, la sentencia se limita a citar el texto de la norma y a decir que la garantía responde como máximo de la cuantía por la que se presta (cuyo límite, según se verá más adelante, aquí no se ha respetado), pero nada dice sobre la extensión de la garantía a la responsabilidad por vicios ocultos.

En todo caso, los dos preceptos que la sentencia cita contemplan genéricamente la responsabilidad por daños y perjuicios, estando ubicados en el TRLCAP (al igual que los homólogos - artículos 110 y 213.3 de la LCSP-) dentro de las disposiciones generales, pero en ellos, como dijimos, no se hace mención alguna a los vicios ocultos; mientras que el artículo 148 del TRLCAP (al igual que el análogo 244 LCSP) está encuadrado dentro de la regulación especial del contrato de obras, y se refiere única y específicamente a la "responsabilidad por vicios ocultos", norma especial que, en caso de concurso de normas, prevalece sobre la general.

El precepto aplicado que la sentencia infringe es, volvemos a repetir, el artículo 148 TRLCAP, con el que coincide sustancialmente el artículo 244 LCSP a cuya interpretación por ese Supremo Tribunal se refiere en primer lugar el auto de admisión del presente recurso de casación, siendo de aplicación "si la obra se arruina con posterioridad a la expiración del plazo de garantía" (un año, si así se establece en el pliego de cláusulas administrativas particulares - artículo 147.3 TRLCAP y hoy 243.3 LCSP-, transcurrido el cual debe procederse a la cancelación y devolución de la garantía ( artículos 44 TRLCAP y 111 de la LCSP), cancelación que, obviamente, no podría realizarse si la garantía cubriese los vicios ocultos, puesto que la responsabilidad del contratista por los daños causados por tales vicios se extiende durante los quince años siguientes a la recepción de las obras ( artículos 148 TRLCAP y 244 LCSP).

Si la garantía cubriese durante esos quince años los daños a que se extiende la responsabilidad por vicios ocultos, las contragarantías que el avalista exigiría para prestar el aval serían mucho más onerosas para el avalado, lo cual se produciría una importantísima restricción en el empleo de esta forma de garantía, que es la más utilizada en la actualidad.

Por otra parte, el artículo 148 TRLCAP, al igual que el 244 de la actual LCSP, tras referir la ruina de la obra por vicios ocultos al incumplimiento del contrato por parte del contratista, dice claramente que "*responderá este*"-el contratista, no su garante- de los daños y perjuicios de que se trata.

Tal como dice el auto de admisión, así lo vienen declarando también diversos Tribunales Superiores de Justicia en las sentencias citadas en el escrito preparatorio del recurso, cuya doctrina contradice la sentencia ahora impugnada ya que, mientras esta última considera que el avalista debe responder por los vicios ocultos, las anteriores mantienen la tesis contraria, coincidente con la defendida en el presente recurso: únicamente responde de los vicios ocultos el contratista, pero no el avalista, por lo que el importe adeudado por tal concepto no puede exigirse mediante la ejecución de la garantía.

Todas las sentencias que se citan de diversos Tribunales Superiores de Justicia examinan la misma cuestión que aquí se plantea (responsabilidad del avalista por vicios ocultos) y llegan a conclusión contraria e incompatible con la de la sentencia aquí recurrida, que extiende la responsabilidad por vicios ocultos al avalista a primer requerimiento, sin reparar que la inexigibilidad de los daños ocasionados por vicios ocultos se refiere a todas las garantías, cualquiera que sea el tipo de las mismas ( artículos 36 TRLCAP y 108 LCSP), y por consiguiente, también a las prestadas mediante aval a primer requerimiento. Y como tales sentencias, por razón de los órganos que las han dictado, no constituyen jurisprudencia, para la formación de esta es por lo que el auto de admisión considera que existe interés casacional objetivo, por lo que procede que la Sala a la que ahora nos dirigimos se pronuncie sobre dicha cuestión en el sentido que se propone.

## 2/Sobre el *dies a quod* del plazo de prescripción.

La sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana (FD 3.iv) que "No ha transcurrido el plazo de cuatro años desde los informes de determinación de los vicios ocultos", viniendo así a hacer supuesto de la cuestión, pues lo que tendría que fundamentar es por qué el plazo de prescripción de la acción sobre exigencia de responsabilidad por daños derivados de vicios ocultos lo inicia "desde los informes de determinación de los vicios ocultos", y no desde el momento en que estos se detectaron, como esta parte ha venido sosteniendo.

La cuestión está contemplada explícitamente en la actualidad en el apartado 2 del artículo 244 de la vigente LCSP, que establece un plazo de prescripción de dos años para las acciones sobre exigencia de responsabilidad por daños materiales dimanantes de vicios ocultos, a contar "desde que se produzcan o se manifiesten", norma que no hace más que confirmar el régimen anterior en que, a falta de una norma específica, era de aplicación la norma general del artículo 1969 del Código Civil y el artículo 15.a/ de la Ley General Presupuestaria, que sitúa el *dies a quod* del plazo de prescripción de la acción o el derecho desde que pudo ejercitarse (doctrina de la "*actio nata*").Ello es lógico, y acorde con el principio de seguridad jurídica, ya que, en otro caso, estaría en manos de la Administración iniciar arbitrariamente el plazo prescriptivo pues, aun habiéndose producido y puesto de manifiesto los daños, le bastaría con solicitar y emitir a su antojo los informes correspondientes a la cuantificación de los mismos.

Síguenos en...



Como declara la STS 142/2020, de 2 de marzo, con remisión a la STS 449/2019, de 18 de julio y a la STS 326/2019, de 6 de junio, la jurisprudencia no puede derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico de la prescripción, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico ( STS 22 de febrero 1991 y STS de 16 de marzo 2010).

Pues bien, sin perjuicio de que, conforme a lo argumentado en el apartado anterior, para el avalista resulta indiferente cuál es el momento en que debe considerarse que se inicia el plazo de prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad por vicios ocultos, lo cierto es que en este caso los daños se detectaron e informaron antes de la resolución del contrato que tuvo lugar por acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de Pilar de la Horadada en fecha 13 de mayo de 2011.

Así, el informe valoración de daños emitido el 27 de octubre de 2016 por la empresa GOES Ingeniería Civil reconoce que "la gran mayoría" de las deficiencias ya habían sido "detectadas y reflejadas en los informes de seguimiento realizados durante la ejecución de las obras primitivas por ATISAE, a petición de Iberdrola Distribución Eléctrica, con fechas 11 de febrero de 2008 y 21 de mayo de 2009", por lo que tales daños han de entenderse comprendidos en los daños y perjuicios cuantificados en la resolución de 2011 de incautación de la garantía.

### 3/Otras cuestiones deducidas en el proceso.

Al margen de las cuestiones casacionales admitidas, se planteaban en el proceso otras de evidente relevancia y trascendencia en orden al fallo, como es la relativa a que la fianza no puede extenderse a más de lo contenido en ella (FD 1de la demanda y alegación 2ª.5 del recurso de apelación).

Nada dice al respecto la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana, limitándose a señalar que estamos ante un aval a primer requerimiento, donde el Banco avalista no puede efectuar alegaciones de fondo "en virtud del principio de ejecutividad del aval a primer requerimiento" (FD Tercero I).

Conforme se ha razonado en la demanda, así como en el recurso de apelación, por mucha amplitud o sentido interesado que quiera dársele a las expresiones "aval a primera demanda" o "primer requerimiento", la fianza no puede desvincularse en cualquier circunstancia de la obligación garantizada que constituye su objeto, pues la exigencia del carácter expreso de la fianza ( artículo 1827 Cc), aplicable a esta modalidad contractual, determina que la obligación del garante no pueda extenderse más allá de lo que constituye su objeto (según declara expresamente la STS de 27 de septiembre de 2005, recurso 80/1999) y frente a la reclamación el avalista puede oponer aquellas excepciones derivadas de la propia garantía, entre ellas las que se fundan en una clara inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada, pues así lo exigen los principios de buena fe contractual ( artículo 1258 CC) y prohibición del ejercicio abusivo de los derechos ( artículo 7.2 CC), ya que en semejantes circunstancias la ejecución de la garantía sería abusiva o fraudulenta y susceptible de ser paralizada mediante la *exceptio doli*[excepción de dolo] (en este sentido, STS -Sala de lo Civil, Sección1ª- nº 979/2007, de 1 octubre). En este sentido, la STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) nº 783/2009, de 4 diciembre, declara que la reclamación del beneficiario frente al garante siempre debe realizarse "dentro de la cantidad máxima garantizada, la que obviamente no se puede rebasar por la sencilla razón de que constituye el límite de la garantía pactada y la obligación del garante no puede extenderse más allá de lo que constituye su objeto".

En el presente caso, la reclamación efectuada al Banco por razón del aval prestado excede con mucho de la cantidad máxima garantizada y, por tanto, resulta manifiestamente improcedente: el aval otorgado asciende a 1.124.589,94 €, mientras que el total incautado suma 1.547.173,1 € (783.857,93 € de principal y 302.853,76 € de intereses en la primera incautación y 460.461,45 € en la segunda), lo que supone un exceso respecto de la cantidad avalada nada menos que en 422.583,16 €. En otras palabras, el importe reclamado al Banco por razón del aval mediante el acuerdo municipal de 15 de mayo de 2017 excede del máximo garantizado.

En conclusión, la recurrente interesa que se fije como doctrina de interés casacional que la responsabilidad por vicios ocultos exigible en los contratos de obras al contratista, en los términos en los que es prevista en el artículo 244 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, no es extensible al avalista. Y, como consecuencia de ello, pide que se declare haber lugar al recurso de casación interpuesto por Banco Santander, casando y

anulando la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que desestimó el recurso de apelación, y que se estime el recurso contencioso-administrativo nº 775/2017 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Elche.

**QUINTO.**-Mediante providencia de 8 de marzo de 2023 se tuvo por interpuesto el recurso formulado por la entidad recurrente y se dio traslado a las parte recurrida para que pudiese formular su oposición.

**SEXTO.**-La representación procesal del del Ayuntamiento de Pilar de la Horadada formalizó su oposición al recurso mediante escrito presentado el día 17 de mayo de 2023 en el que, tras reseñar los antecedentes del caso, articula su oposición sobre la base de los siguientes puntos:

**1/A** pesar de que el informe de la Dirección Facultativa haga referencia al concepto de vicios ocultos, se trata de una referencia con meros efectos dialécticos, para determinar cuándo afloraron y se detectaron los incumplimientos del contratista en la ejecución de la obra primitiva. Sin embargo, la referencia a los vicios ocultos no se corresponde al concepto que el artículo 148 de la LCAP. El Ayuntamiento no ejerció la acción la reclamación de vicios ocultos sino que incautó el aval por el incumplimiento de las obligaciones contractuales de Promociones Portman, S.L. en la ejecución de las obras.

Así, el 14 de noviembre de 2016 el Ayuntamiento acordó (i) cuantificar los daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento en 460.461,45 euros, y; (ii) dar audiencia al administrador concursal de Levante Promosa, S.L. y a la entidad avalista para que en el plazo de 15 días alegasen lo que estimasen oportuno. La resolución se notificó al administrador concursal de la contratista, al Banco Pastor y al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Murcia; y ni la administración concursal ni la entidad avalista presentaron alegaciones. Nótese que en la resolución del Ayuntamiento no se hace referencia a la finalización del período de garantía ni a la acción por vicios ocultos.

El 15 de mayo de 2017 el Ayuntamiento acordó reclamar al Banco Pastor los 460.461,45 euros en concepto de los daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento por el incumplimiento defectuoso del contrato obras por Promociones Portman, S.L. con cargo al aval depositado.

La incautación del aval trae causa de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contratista determinados gracias al informe de la Dirección Facultativa de octubre de 2016. Cuando el aval se incautó seguía vigente y no existía obligación alguna de devolverlo.

**2/**El Ayuntamiento incautó el aval por el incumplimiento del contratista de las obligaciones derivadas del contrato en ejercicio de la acción de responsabilidad contractual.

El Auto de admisión del recurso de casación parte de la premisa de que el Ayuntamiento incautó el aval por el Banco Santander como consecuencia del afloramiento de vicios ocultos del contratista y cita el artículo 244 LCSP. El Banco Santander planteó así el recurso de casación para que una posible estimación del recurso reconociese al Banco la devolución del aval por irresponsabilidad del avalista derivada de los vicios ocultos del contratista.

Este Ayuntamiento no va a discutir que el aval no responde de los vicios ocultos surgidos una vez expirado el plazo de la garantía. La cuestión es que este no es el objeto de la controversia. Tampoco ha sido lo resuelto por el TSJCV ya que, en nuestro caso, nunca comenzó el plazo de garantía.

La incautación del aval debatida se produjo como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del contratista de ejecutar las obras conforme al Proyecto Técnico adjudicado. El Ayuntamiento de Pilar de la Horadada no incautó el aval como consecuencia del hallazgo de vicios ocultos, sino porque resolvió el contrato por causa imputable al contratista y ejerció una acción de reclamación de los daños y perjuicios causados por el contratista. El Ayuntamiento no recibió las obras formalmente y no hubo período de garantía.

El aval se encontraba afecto al correcto cumplimiento del contrato. El Ayuntamiento estaba facultado para incautarlo con ocasión del ejercicio de la acción de responsabilidad contractual. La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Elche así lo entendió, como también la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que convalidaron la actuación de la Administración.

En el presente supuesto no se daba ninguna circunstancia para que el Ayuntamiento devolviese el aval al Banco Pastor. La obra no se había recibido y no había dado comienzo al período de garantía porque el Ayuntamiento resolvió el contrato por incumplimiento culpable del contratista. El Ayuntamiento no podía devolver el aval que se encontraba afecto a la determinación de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato, tal y como se desprende de la lectura conjunta de los artículos 43, 44 y 47 TRLCAP.

El Ayuntamiento no recibió las obras formalmente. El período de garantía nunca llegó a iniciarse. No hubo plazo de garantía cuya expiración facultase al Ayuntamiento al ejercicio de la acción de responsabilidad por vicios ocultos.

El artículo 148 de la LCAP exige tres requisitos para que pueda apreciarse vicios ocultos (i) que la obra ejecutada se arruine una vez expirado el plazo de garantía; (ii) que el incumplimiento sea imputable al contratista, y; (iii) que la ruina se deba a vicios ocultos en la construcción.

En el presente supuesto no se dan los requisitos para que opere la responsabilidad del contratista por vicios ocultos. Nunca comenzó el plazo de garantía porque nunca se recibieron las obras en estado de servir a su fin, en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas. En consecuencia, no se produce la premisa de la aplicación del artículo 148 TRLCAP (hoy 244 LCSP).

Una vez que la nueva adjudicataria comenzó a trabajar, advirtió que los daños y perjuicios causados por el anterior contratista eran mayores que los inicialmente estimados. El Ayuntamiento tuvo conocimiento de estos daños en octubre de 2016 tras la emisión y notificación del informe de la Dirección Facultativa. El Ayuntamiento no podía ejercer la acción de responsabilidad por vicios ocultos. No se daban los requisitos necesarios para su ejercicio. La única acción que podía ejercer el Ayuntamiento contra el contratista era la de responsabilidad contractual derivada del incumplimiento de las obligaciones derivadas de la ejecución del contrato.

El Ayuntamiento ejerció dos acciones: (i) la acción de responsabilidad contractual por incumplimiento del contratista, y; (ii) la acción de resarcimiento económico de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento contractual. Ninguna de las dos acciones se encontraba prescrita en el momento de su ejercicio. Y, como se ha expuesto, no se daban los requisitos para que el Ayuntamiento ejerciese la acción de responsabilidad por vicios ocultos al (i) no haberse recibido la obra, y; (ii) no haber expirado plazo de garantía alguno.

El 19 de septiembre de 2016 la JGL ejerció la acción de responsabilidad contractual frente Promociones Portman, S.L. exigiéndole el abono de los daños y perjuicios causados como consecuencia de su incumplimiento (nótese que, en aquella fecha, el contrato ya se había resuelto). El Ayuntamiento cuantificó los daños y perjuicios causados por el incumplimiento contractual del contratista e incautó el aval, previos los trámites oportunos. El aval respondía de la correcta ejecución del contrato y se encontraba vigente en el momento de su incautación, como han entendido la sentencia recurrida y la del Juzgado que en ella se confirma.

**3/**El plazo de prescripción aplicable al caso era de quince años, en virtud de la disposición transitoria 5ª de la Ley 42/2015, que redujo el plazo de prescripción de las acciones personales de 15 a 5 años.

El Tribunal Supremo ha mantenido esta tesis en varias sentencias que enjuiciaban casos similares -cita sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2020 (recurso 694/2018)-. Esta sentencia razonó que no existe regulación expresa en la normativa en materia de contratación pública del plazo de prescripción a que está sujeta la acción de responsabilidad contractual frente al contratista por un incumplimiento contractual de éste. Como norma de Derecho Administrativo aplicable supletoriamente, el único artículo aplicable en materia de prescripción de acciones sería el artículo 25 de la LGP; sin embargo, esta Sala concluyó que el precepto no colma completamente el vacío legal en la legislación específica en materia de contratación pública pues se trata de un precepto en materia presupuestaria cuyas previsiones no son trasladables a la contratación pública. Por ello, la Sala estableció que es aplicable el plazo de prescripción establecido en el 1964.2 del CC. Las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2020 (recurso 2782/2019), de 15 de junio de 2020 (recurso 2968/2019), de 21 de octubre de 2020 (recurso 6848/2019)

y de 10 de diciembre de 2020 ( recurso 7692/2019) se pronuncian en idénticos términos ante supuestos similares. La jurisprudencia es pacífica.

Por ello, a juicio de esta parte resulta necesario que el Tribunal Supremo confirme que el plazo de prescripción establecido en el artículo 1964.2 del Código Civil es aplicable a las acciones de responsabilidad contractual de la Administración frente a los incumplimientos de los contratistas y que, por tanto, la Administración dispone de un plazo de 5 años (15 años al caso que nos ocupa) para ejercer su acción de reclamación de daños y perjuicios frente al contratista incumplidor a contar desde la fecha de resolución del contrato por causa imputable a éste.

La segunda acción que el Ayuntamiento ejerció es la de resarcimiento de daños y perjuicios causados por el contratista por el incumplimiento culpable. El Ayuntamiento cuantificó los daños y perjuicios causados por el Contratista en 460.461,45 euros y ejecutó el aval por dicho importe. La sentencia del TSJCV indicó (i) que el plazo aplicable al ejercicio de la acción ejercida por el Ayuntamiento era de 4 años, y; (ii) que el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción fue el momento en que se emitió el informe que cuantificó los daños y perjuicios ocasionados a la Administración por el incumplimiento del contratista.

La sentencia recurrida no indica el precepto que motiva que el plazo de prescripción de la acción de la Administración sea de 4 años; aunque puede deducirse que la Sala del Tribunal Superior de Justicia hace referencia al plazo de prescripción para las obligaciones establecido en el artículo 15 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

La acción ejercida por el Ayuntamiento en todo caso se encontraría dentro del plazo de prescripción de 4 años establecido en el citado artículo 15 de la LGP. El plazo de 4 años comenzaría a computar desde que la obligación es liquidable, esto es, desde que se ha concluido la existencia de un incumplimiento que permite la liquidación de un saldo a favor de la Administración. De este modo, concluiríamos que la Administración dispone del plazo previsto en el artículo 1964.2 del Código Civil (15 años en el momento del enjuiciamiento) para ejercer la acción de responsabilidad contractual tomándose como *dies a quo* la fecha de resolución del contrato por incumplimiento y que dispone de un plazo de cuatro años ( art. 15 LGP) para liquidar el crédito a su favor que se derive del ejercicio de la acción de responsabilidad contractual por incumplimiento.

#### **4/Sobre la vigencia del aval para responder a obligaciones no prescritas del contratista.**

El incumplimiento culpable del contratista que dio lugar a la resolución del contrato determinó el inicio del plazo de prescripción de 15 años (debido a la normativa material aplicable *ratione temporis*, siendo actualmente este plazo de 5 años) de la acción del Ayuntamiento para ejercer la acción de responsabilidad contractual del contratista por el incumplimiento del contrato y por los daños y perjuicios causados. Asimismo, el Ayuntamiento no devolvió el aval porque no concurría el supuesto legalmente previsto para ello. El aval continuaba respondiendo de los daños y perjuicios causados ( artículo 43.2 TRLCAP).

Tras el acaecimiento de un nuevo incumplimiento del contratista de las obligaciones contenidas en el contrato de obras, el Ayuntamiento acordó incautar el resto del aval. Sin embargo, no existe jurisprudencia que concluya que en los supuestos de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, el aval estará vigente y quedará afecto a futuros incumplimientos durante la vigencia del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad contractual de la Administración frente al contratista que será el previsto en el artículo 1964.2 del Código Civil y se computará desde la fecha de resolución por incumplimiento.

Por ello, resulta necesario que la Excma. Sala confirme que en supuestos de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista el aval sigue vigente y responde de los incumplimientos del contratista durante el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad contractual de la Administración frente al contratista.

#### **5/Sobre la responsabilidad del aval a la correcta ejecución del contrato.**

La recurrente plantea una nueva cuestión aparte de las planteadas por la Sala. Así, señala la recurrente en su escrito de interposición que el aval incautado por el Ayuntamiento excede de los 1.124.589,94 euros. La actora entiende que el aval responde hasta el importe avalado.

El artículo 43.2 de la LCAP establece el régimen de responsabilidad de la garantía:

Síguenos en...



"2. Las garantías definitivas responderán de los siguientes conceptos:

- a) De las penalidades impuestas al contratista en razón de la ejecución del contrato, en especial las comprendidas en el artículo 95, cuando no puedan deducirse de las certificaciones.
- b) De las obligaciones derivadas del contrato, de los gastos originados a la Administración por 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 en el supuesto de incumplimiento del mismo, sin resolución.
- c) De la incautación que pueda decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo establecido en el mismo o con carácter general en esta Ley."

Por su parte, el artículo 113.4 de la LCAP establece lo siguiente respecto de los efectos de la resolución de los contratos:

"4. 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."

Se trata de una doble consecuencia. La resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista conlleva (i) a incautación de la garantía completa, y; (ii) la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a la Administración.

El Ayuntamiento ejecutó el aval por importe de 460.461,45 euros en concepto de daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento contractual. Si bien el aval era insuficiente para satisfacer la pretensión del Ayuntamiento, la interpretación conjunta de los artículos 43.2 y 113.4 TRLCAP preconiza que la Administración deberá ser resarcida de los daños y perjuicios ocasionados en el exceso por parte del contratista.

**6/A** modo de recapitulación, la representación del Ayuntamiento de Pilar de la Horadada aduce que los datos y argumentos expuestos deben llevar a esta Sala a reconsiderar las cuestiones objeto de interés casacional; y que la Sala debe aclarar si la acción de responsabilidad contractual de la Administración frente al contratista por incumplimiento culpable de éste se encuentra sujeta al plazo de prescripción para las acciones personales establecido en el artículo 1964.2 del CC y cuál es el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad contractual de la Administración por incumplimiento del contratista.

Esta conclusión se sustenta en la siguiente interpretación de las normas aplicables al caso:

El artículo 1964.2 del Código Civil determina el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad contractual de la Administración frente al contratista por incumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato. Por tanto, la Administración dispondrá del plazo previsto en el referido precepto para ejercitar las acciones dimanantes del contrato al efecto de exigir su cumplimiento o de exigir los daños y perjuicios que su incumplimiento le haya causado. El *dies a quo* de su ejercicio será la fecha de resolución del contrato por incumplimiento o desde el momento en que se conociera el incumplimiento.

El artículo 15 de la LGP determina el plazo de prescripción de la acción de la Administración para liquidar y exigir los daños y perjuicios causados lo que exigirá el ejercicio previo de la acción de responsabilidad contractual que deberá tener lugar en el plazo indicado en el artículo 1964.2 del Código Civil. El *dies a quo* para su ejercicio será el momento en que la deuda sea cuantificable porque se disponga de los informes y documentos necesarios para ser liquidada.

Los artículos 43, 44 y 47 TRLCAP obligan a concluir que el aval o garantía responden de los daños y perjuicios causados por el contratista en caso de incumplimiento del culpable hasta que expira el plazo de prescripción de la acción sin que la Administración esté obligada, hasta ese momento, a proceder a su devolución.

Termina el escrito solicitando que se dicte sentencia desestimando el recurso de casación interpuesto de contrario.

**SÉPTIMO.**-Mediante providencia de 1 de junio de 2023 se acordó no haber lugar a la celebración de vista y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y

fallo; fijándose finalmente al efecto el día 11 de febrero de 2025, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.-**Objeto del recurso de casación.

El presente recurso de casación nº 6034/2021 lo interpone la representación procesal de Banco Santander, S.A. contra la sentencia nº 463/2021, 1 de junio de 2021, de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (apelación nº 72/2019) que resuelve el recurso de apelación que interpuso la entidad bancaria recurrente contra la sentencia nº 1006/2018, de 5 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Elche (procedimiento ordinario nº 775/17).

Como hemos visto en el antecedente primero, la sentencia del Juzgado desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Banco Popular Español (al que sucedió luego Banco Santander, S.A.) contra el acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Pilar de la Horadada de 15 de mayo de 2017 por el que se decide reclamar al Banco Pastor S.A. (Grupo Banco Popular) la ejecución 460.461,45 euros, cantidad correspondiente al importe de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración, con cargo al aval depositado en su día.

Contra la sentencia del Juzgado interpuso Banco Santander, S.A. recurso de apelación que fue desestimado por la sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, ahora recurrida en casación.

En el antecedente segundo hemos dejado reseñadas las razones que se exponen en la sentencia recurrida para fundamentar la desestimación del recurso de apelación dirigido contra la sentencia del Juzgado. Procede entonces que pasemos a examinar las cuestiones suscitadas en casación.

### **SEGUNDO.-**Cuestiones de interés casacional y marco normativo señalado en el auto de admisión del recurso.

Como hemos visto en el antecedente tercero, el auto de admisión del presente recurso de casación declara que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar: 1/ Si es extensible al avalista la responsabilidad por vicios ocultos exigible en los contratos de obras al contratista, en los términos en lo que es prevista en el artículo 244 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. 2/ Cuál es el momento en que debe considerarse que se inicia el plazo de prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad por vicios ocultos, en concreto, si el mismo debe situarse en el momento en que se detecten los vicios ocultos o cuando se emitan los correspondientes informes acreditativos de la existencia de estos.

El auto de admisión del recurso identifica la norma jurídica que, en principio, ha de ser objeto de interpretación: artículo 244 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Ello, indica el propio auto, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

### **TERCERO.-**Algunas objeciones sobre la manera en que las cuestiones de interés casacional aparecen enunciadas en el auto de admisión del recurso.

A fin de propiciar un adecuado encuadre del debate que aquí se suscita, debemos hacer alguna puntualización sobre la manera en que las cuestiones de interés casacional aparecen formuladas en el auto de admisión del recurso. Veamos.

1/La primera cuestión que plantea el auto de admisión consiste en determinar "...si es extensible al avalista la responsabilidad por vicios ocultos exigible en los contratos de obras al contratista...".

Síguenos en...



La representación del Ayuntamiento de Pilar de la Horadada, en su escrito de oposición, señala que el auto de admisión del recurso de casación parte de la premisa de que el Ayuntamiento incautó el aval presentado por el Banco como consecuencia del afloramiento de vicios ocultos del contratista. Y que el Banco Santander planteó el recurso de casación para que su eventual estimación reconociese a la entidad financiera el derecho a la devolución del aval por irresponsabilidad del avalista derivada de los vicios ocultos del contratista.

Frente a ello, la representación del Ayuntamiento aduce que la cuestión señalada no es el objeto de la controversia ni ha sido tal el pronunciamiento de la sentencia recurrida; que el Ayuntamiento no incautó el aval como consecuencia del hallazgo de vicios ocultos sino porque resolvió el contrato por incumplimiento del contratista; que el Ayuntamiento no recibió las obras formalmente y no hubo período de garantía; y que el Ayuntamiento no va a discutir que el aval no responde de los vicios ocultos surgidos una vez expirado el plazo de la garantía.

Pues bien, es cierto que tanto el escrito de preparación del recurso de casación como el auto de admisión parten de una premisa desenfocada.

La sentencia recurrida -como también la sentencia del Juzgado que en ella se confirma- alude en algún momento a "vicios ocultos"; sin embargo, esta expresión se utiliza de manera impropia o, si se prefiere, inadecuada, pues el desarrollo argumental de la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia pone de manifiesto que nos encontramos ante una incautación de la fianza acordada en un caso de resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista.

Así lo confirma el hecho de que las normas que invoca la sentencia recurrida son los artículos 43 y 113.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que son preceptos comprendidos en la regulación general de los contratos administrativos y que se refieren a la "extensión de las garantías" (artículo 43) y a los "efectos de la resolución del contrato" (artículo 113). En particular, el segundo de los preceptos que cita la sentencia aquí recurrida (artículo 113.4) -que también aparece invocado en la sentencia del Juzgado, luego confirmada en apelación- se refiere específicamente a la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista y a la incautación de la garantía procedente en tal caso. Y aunque la sentencia que resuelve el recurso de apelación no lo precisa, todo indica, por las consideraciones que expone sobre el contenido de los preceptos que cita, que se está refiriendo a los artículos 43 y 113.4 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (cuyo contenido equivalente se encuentra ahora en los artículos 110 y 213.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público).

Es muy significativo que, en cambio, la sentencia recurrida en ningún momento invoca, ni menciona siquiera, preceptos específicamente referidos a la "responsabilidad por vicios ocultos", como son el artículo 148 del citado texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 16 de junio de 2000, o, ahora, el artículo 244 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público; precepto este último que es el único al que se refiere el auto de admisión del recurso de casación cuando delimita la cuestión de interés casacional y señala la normativa de aplicación al caso.

Según hemos visto, el propio recurrente en casación, Banco Santander, en su escrito de interposición del recurso, hace notar que la sentencia recurrida afirma la responsabilidad del avalista invocando al efecto los artículos 43.2 y 113.4 del TRLCAP siendo así que ninguno de dichos preceptos se refiere a los vicios ocultos (véase antecedente 5.1/ de esta sentencia). Pues bien, esta alegación de la entidad recurrente, que sin duda pretende ser un reproche a la sentencia recurrida por su falta de acierto en la cita de los preceptos, no hace en realidad sino corroborar lo que venimos señalando, esto es, que aunque la sentencia recurrida utiliza en algún momento y de manera impropia la expresión vicios ocultos, lo cierto es que la Sala sentenciadora no se está refiriendo a un supuesto de esa índole -vicios ocultos advertidos con posterioridad a la expiración del plazo de garantía- sino a un caso de resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista y con incautación de la fianza.

Así las cosas, debemos concluir que el debate casacional ha sido planteado de una manera desenfocada pues tanto el auto de admisión como el escrito de interposición del recurso se apartan de lo resuelto en la sentencia y plantean una cuestión ajena a lo decidido en ella. Y así lo ha constatado acertadamente la representación del Ayuntamiento de Pilar de la Horadada,

que en su escrito de oposición al recurso (véase antecedente quinto, apartado 2/, de esta sentencia) manifiesta que no va a entrar a discutir que el aval no responde de los vicios ocultos surgidos una vez expirado el plazo de la garantía, señalando la representación del Ayuntamiento que esa cuestión no es el objeto de la controversia ni se corresponde con lo resuelto en la sentencia recurrida.

No procede entonces que formulemos una doctrina jurisprudencial que venga a dar respuesta a la primera cuestión de interés casacional planteada en el auto de admisión del recurso; y ello, por las objeciones que hemos expuesto sobre la manera en que esa cuestión de interés casacional aparece formulada en el auto de admisión.

**2/**La segunda cuestión de interés casacional que señala el auto de admisión del recurso ("2. Cuál es el momento en que debe considerarse se inicia el plazo de prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad por vicios ocultos, en concreto, si el mismo debe situarse en el momento en que se detecten los vicios ocultos o cuando se emitan los correspondientes informes acreditativos de la existencia de estos") está estrechamente vinculada a la primera y por tal razón resulta igualmente desenfocada.

En efecto, una vez constatado que el Ayuntamiento de Pilar de la Horadada no activó una reclamación por vicios ocultos una vez concluida la obra sino que acordó la resolución del contrato, con incautación de la fianza, por incumplimiento imputable al contratista, carece de sentido que entremos a dilucidar cuál es y cómo debe computarse el plazo de prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad por vicios ocultos.

**3/**Otras cuestiones que plantea la entidad recurrente.

En el escrito de interposición del recurso, bajo la rúbrica de "otras cuestiones deducidas en el proceso" (apartado 6º del escrito), la parte recurrente plantea una cuestión adicional, referida a que a que el importe reclamado al Banco por el acuerdo municipal excede del máximo garantizado siendo así que la fianza no puede extenderse más allá de lo contenido en ella. Es ésta una cuestión que la entidad bancaria había suscitado en el proceso de instancia y en el recurso de apelación pero que la sentencia recurrida no aborda de manera directa y que no aparece recogida, ni mencionada siquiera, en el auto de admisión del recurso de casación.

Pues bien, no se aprecia una relación de conexidad lógico-jurídica entre las cuestiones de interés casacional señaladas en el auto de admisión -cuya formulación, por lo demás, ya hemos cuestionado- y esta otra alegación que se formula en el escrito de interposición del recurso. La relativa al alcance cuantitativo de la garantía prestada es una cuestión con entidad propia, muy distinta a esas otras cuestiones que, aunque de manera desacertada, se plantean en el auto de admisión.

En definitiva, es claro que la cuestión relativa a la extensión de la cobertura de la fianza no fue relevante para apreciar el interés casacional; ni guarda una relación de conexidad con aquellas cuestiones que determinaron la admisión del recurso.

Como tuvimos ocasión de señalar en nuestra sentencia nº 1566/2024, de 7 de octubre (casación 4294/2023), *"...si esta Sala entrara a examinar todas esas cuestiones relacionadas con la controversia de fondo (...), el presente recurso quedaría configurado como una segunda instancia en la que se revisarían todos los pronunciamientos de la sentencia de instancia, sin el tamiz que encarna el trámite de admisión del recurso, en el que se delimita la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia"*.

Por todo ello, consideramos que no procede que entremos a pronunciarnos sobre esta cuestión que pretende suscitar la parte recurrente en casación.

**CUARTO.-**Resolución del recurso.

Las mismas objeciones que hemos formulado en el apartado anterior sobre las cuestiones de interés casacional planteadas en el auto de admisión del recurso llevan a concluir que el presente recurso de casación ha de ser desestimado.

En efecto, en el escrito de interposición del recurso de casación (página 13) la representación de Banco de Santander pide "...que se fije como doctrina de interés casacional que la responsabilidad por vicios ocultos exigible en los contratos de obras al contratista, en los términos en los que es prevista en el art. 244 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de

Síguenos en...



Contratos del Sector Público, no es extensible al avalista". Pero ya hemos explicado que la sentencia recurrida no se refiere a una reclamación por vicios ocultos advertidos con posterioridad a la expiración del plazo de garantía sino a un caso de resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista y con incautación de la fianza. Por tanto, no procede que fijemos aquí doctrina sobre una cuestión que es ajena a la controversia planteada en el proceso y resuelta en la sentencia recurrida.

Por lo demás, la representación de Banco de Santander, S.A., precisamente por haber centrado su argumentación en una cuestión distinta, no ha desvirtuado las consideraciones que se exponen en la sentencia recurrida sobre resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista, con incautación de la fianza.

En consecuencia, procede que declaremos no haber lugar al recurso de casación.

**QUINTO.-**Costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4, 139.1 y 139.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes.

## **F A L L O**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.- No ha lugar al recurso de casación nº 6034/2021 interpuesto en representación de BANCO SANTANDER S.A. contra la sentencia nº 463/2021, 1 de junio de 2021, de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (recurso de apelación nº 72/2019).

2.- No se imponen las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

Síguenos en...

