



Informe 10/16, de 27 de abril de 2017” Inclusión en el pliego de póliza de seguros obligatoria para el adjudicatario. D.G. DE LA GUARDIA CIVIL “

Clasificación del Informe. 10. Régimen de las garantías. 10.2. Garantías definitivas. 11. Pliegos de cláusulas administrativas y pliegos de prescripciones técnicas. 11.2. Pliegos de cláusulas administrativas particulares. 21. Contratos de obras. 21.11. Otras cuestiones.

ANTECEDENTES

La Dirección General de la Guardia Civil dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando que se emita informe en los siguientes términos:

“El Servicio de Acuartelamiento mediante correo-e núm. 4403 de fecha 09/12/2015, participa que la Administración viene quedando obligada a afrontar gastos derivados de una incompleta o deficiente ejecución por vicios ocultos de las obras contratadas.

La circunstancia antes citada proviene, entre otras razones, del hecho de que la empresa contratada cambia de razón social tras la finalización de la obra, con lo que resulta complejo reclamarle los gastos.

A fin de proteger los intereses de la Administración General, liberándola de la carga que se derive de la situación, se considera oportuno la posibilidad de evacuar consulta a la Dirección General del Seguro, sobre la posibilidad de incluir en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que se incluyen en los expedientes de contratación de obras, la siguiente cláusula:

“Póliza de seguro.- La empresa adjudicataria quedará obligada a la suscripción y presentación de una póliza de seguro, por una duración de 10 años, y por un importe equivalente al valor del Presupuesto de Ejecución Material contratado.

De este modo se cubrirían los gastos derivados de la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones de la empresa contratada por:



- La no finalización de las obras, por causas no imputables a la Administración.
- La ejecución defectuosa de las obra por vicios ocultos.

En concreto, los gastos derivados de:

- La responsabilidad civil frente a terceros, por daños personales o materiales sufridos como consecuencia de la ejecución de la obra contratada, por un importe del 100% sobre el valor del Presupuesto de Ejecución Material del contrato.
- La demolición de la construcción por ejecución incompleta o deficiente de la obra contratada, que tenga peligro de ruina, por un importe del 50% sobre el valor del Presupuesto de Ejecución Material del contrato.
- La finalización de la obra, por ejecución incompleta del contrato, por un importe del 100% sobre el valor del Presupuesto de Ejecución Material del contrato que no haya sido ejecutado.
- Por la reparación de los defectos en la ejecución de la obra por vicios ocultos, durante un periodo de 10 años, hasta un importe del 20% sobre el valor del Presupuesto de Ejecución Material del contrato. Sería supletoria durante el periodo de garantía.

Así mismo, todos los gastos derivados de la constitución de esta póliza de seguro correrán por cuenta de la empresa adjudicataria del contrato...”

Con carácter previo se formuló la presente consulta ante la Subdirección General de Ordenación y Mediación en Seguros, del Ministerio de Economía y Competitividad. Con fecha 26 de enero de 2016 la citada Subdirección contestó informando que la competencia para resolver cuestiones relativas a la contratación administrativa reside en la junta Consultiva de Contratación Administrativa.

En base a lo anterior se solicita el parecer de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la posibilidad de incluir en las cláusulas del PCAP la obligatoriedad del



adjudicatario del contrato de obras en cuanto a constituir una póliza de seguros que cubra los daños y perjuicios, ocasionados a la Administración o a terceros, que se manifiesten a él imputables, hasta el fin del plazo de responsabilidad por vicios ocultos de la obra.”

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. La consulta planteada a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa alude a varias cuestiones que procedemos a ordenar para su posterior tratamiento:

1. Si es posible incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares una cláusula en la que se establezca la necesaria contratación de un seguro que garantice determinados riesgos relacionados con el contrato público.
2. En caso afirmativo, si los diferentes gastos a que alude la consulta podrían ser objeto de la póliza que se suscriba.
3. En último término, cuál sería su extensión y su duración, y concretamente si esta abarca hasta el fin del plazo de responsabilidad por vicios ocultos de la obra.

2. La primera de las cuestiones, relativa a la genérica posibilidad de exigir la suscripción de un contrato de seguro con el fin de garantizar los riesgos que apareja la ejecución de un contrato público, debe obtener una respuesta favorable. No debemos olvidar que un contrato público es, antes que cualquier otra cosa, un contrato al que, en consecuencia, es aplicable el principio de autonomía de la voluntad descrito en el artículo 1255 del Código Civil, de modo que siguiendo la dicción legal *“los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.”* Esta característica general de los contratos es aplicable sin discusión a los contratos públicos salvo excepciones derivadas de la imprescindible satisfacción del interés público al que sirve el contrato. No es de extrañar, por lo tanto, que el propio Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establezca expresamente en el artículo 25 el que denomina principio de libertad de pactos señalando que *“en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y*



condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.”

Sentada la anterior premisa también es menester aludir a otra de las reglas fundamentales en las que la legislación contractual española ha regulado el reparto de los riesgos derivados de la ejecución del contrato. El denominado por el artículo 215 de la ley principio de riesgo y ventura atribuye ambos al contratista en la ejecución del contrato, sin perjuicio de ciertas reglas concretas establecidas para el de obras y de lo que las partes puedan haber pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Es obvio que la ejecución de cualquier contrato de obras, como el que menciona la consulta, puede generar riesgos derivados de diferentes factores y repercutir de manera desfavorable en la propia entidad contratante o en terceras personas ajenas al contrato. De ser esto así, la aplicación del principio de riesgo y ventura puede imputar los efectos indemnizatorios de los daños ocasionados bien al contratista o bien a la entidad pública contratante. Para precaverse de tal eventualidad y asegurar una rápida y eficaz satisfacción del daño causado por el contratista no parece improcedente que los pliegos rectores del contrato puedan exigir como requisito de ejecución del contrato que el contratista disponga de un seguro que garantice aquellos daños.

Es ésta una opción ampliamente empleada en la contratación pública española y que ha tenido su refrendo, por ejemplo, en la doctrina del Consejo de Estado. En efecto, el supremo órgano consultivo en su dictamen de 29 de enero de 2004 alude a un contrato en el que el propio pliego de condiciones técnicas particulares preveía la obligación de que el contratista concertase un seguro de daños, considerando incluso que la meritada cláusula citada no era nula por el hecho de no estar incluida en el pliego de cláusulas administrativas particulares, pues al cumplimiento de la misma se obligaba la contratista por remisión de este pliego.

También los tribunales de justicia han ratificado este criterio, entre otras muchas, en la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 3 de julio de 2006, donde afirma la validez de una cláusula que exige la constitución de un



seguro, señalando que desde que el contratista adjudicatario acepta la adjudicación y firma el contrato suscribe plenamente los pliegos de cláusulas, de modo que aquella obligación formaba parte de lo pactado y constituía la Ley del contrato.

Esta conclusión ha sido admitida también en la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales cuando ha conocido de la validez de cláusulas de los pliegos en los que se incluía la exigencia de un seguro de responsabilidad civil como requisito imprescindible para acreditar la solvencia técnica. En su Resolución número 332/2016, de 27 de mayo de 2016, el Tribunal admite la posibilidad de que el órgano de contratación exija en el pliego de cláusulas administrativas particulares la suscripción de un seguro, pero niega que tal circunstancia pueda operar como condición de solvencia. Señala la meritada resolución que *“el artículo 77 del TRLCSP establece de manera taxativa los medios que deben acreditar la solvencia técnica en el contrato de suministro. El órgano de contratación dispone de la facultad de elección de estos medios dentro de los previstos en la Ley. Como este Tribunal ha expresado reiteradamente (Resoluciones núm. 60/2011, de 9 de marzo, 287/2014, de 4 de abril y 730/2015, de 30 de julio) es preciso que los requisitos de solvencia se encuentren entre los establecidos en el TRLCSP según el contrato de que se trate. Sin embargo, la cláusula cuestionada incluye medios de acreditación de la solvencia técnica que no están previstos en dicho precepto legal. Así sucede con el primer requisito, esto es, disponer de un seguro de responsabilidad civil. Este requisito no es un requisito de solvencia técnica, sino económico-financiera, previsto en la letra b) del apartado 1 del artículo 75 del TRLCSP. Además, según dispone el artículo 11.4 a) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en la redacción que a este precepto proporciona el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, la disposición de un seguro solo es exigible para los contratos cuyo objeto consista en servicios profesionales, lo que no es el caso. La existencia de un seguro podría incluirse como un requisito para la ejecución del contrato, pero no como un requisito de solvencia, por lo que esta exigencia debe ser anulada.”*

Obviamente, esta conclusión debe matizarse en los casos en que la solvencia puede acreditarse en el caso de profesionales mediante la existencia de un seguro de indemnización de riesgos profesionales al que se alude en el artículo 58.3 de la Directiva



2014/24/UE, de 26 de febrero, y que mencionamos en nuestro informe 78/2009, de 23 de julio de 2010.

3. Existiendo la genérica posibilidad de incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares la suscripción obligatoria de un seguro, cuyo coste previsiblemente sería repercutido a la Administración en la proposición del licitador, es necesario analizar a continuación si los daños y gastos a que alude la consulta pueden ser objeto de la póliza que se suscriba. Tales daños eran los siguientes:

- a) La responsabilidad civil por daños frente a terceros como consecuencia de la ejecución de la obra contratada.
- b) La demolición de la construcción por ejecución incompleta o deficiente de la obra contratada.
- c) La finalización de la obra por ejecución incompleta del contrato.
- d) La reparación de los defectos en la ejecución de la obra por vicios ocultos, durante un periodo de 10 años.

Los meritados daños tienen un origen y una función diversa en cada caso. En el primero de ellos se trata de hacer frente mediante un seguro a los daños causados a terceros por la ejecución de la obra, presumiéndose que tales daños provienen de la culpa exclusiva del contratista prevista en el artículo 214.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. En el segundo, en el tercero y en el cuarto supuesto se alude a una defectuosa ejecución del contrato, de modo que el seguro trataría de precaver los daños que tal conducta puede causar al interés público ínsito en la ejecución de la obra. En el caso de los vicios ocultos la cobertura del seguro alcanzaría un periodo de diez años, que sería equivalente al de la responsabilidad que establece el artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación y que no alcanza, sin embargo, la que establece el artículo 236 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que indica que en estos casos el contratista responderá de los daños y perjuicios que se manifiesten durante un plazo de quince años a contar desde la recepción.

El principio de autonomía de la voluntad que impera en los contratos públicos no puede tenerse por un principio absoluto puesto que, como es conocido, el régimen jurídico de



aquellos abarca algo más que la mera regulación civil. Por esta razón, cuando analizamos un problema que tiene que ver con la propia estructura de uno de los elementos esenciales del contrato, como es el consentimiento mutuo de las partes tendente a fijar las condiciones bajo las cuales estas quieren delimitar los términos de su acuerdo, hemos de tener en cuenta también que en los contratos públicos hay ciertas exigencias derivadas del interés público a que están sujetos y que matizan o excluyen la pura aplicación de las bases de la contratación privada. Puede ocurrir consecuentemente que exista alguna especialidad relevante en la legislación contractual pública que altere la aplicación ilimitada del principio de autonomía de la voluntad de las partes en el establecimiento de las condiciones del contrato y, en efecto, así ocurre en el caso que estamos analizando.

Una de las figuras fundamentales de la contratación pública es la garantía. La doctrina entiende que la misma tiene por objeto garantizar que el interés público que impregna este tipo de contratos no se vea defraudado por la falta de seriedad de una proposición o por la falta de rigor en la ejecución de la prestación contratada. El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público alude a esta última función con la figura de la garantía definitiva que, según el artículo 100, responderá, en lo que nos interesa, de los siguientes conceptos:

- a) De las penalidades impuestas al contratista.
- 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.

La Ley prevé la necesidad de constituir una garantía definitiva de un 5 por 100 del importe de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido y añade que en casos especiales el órgano de contratación podrá establecer en el pliego de cláusulas que, además de la garantía a que se refiere el apartado anterior, se preste una complementaria de hasta un 5 por 100 del importe de adjudicación del contrato, pudiendo alcanzar la



garantía total un 10 por 100 del precio del contrato. Además, otorga a dicha garantía una preferencia en el cobro y contiene la regla de que cuando la garantía no sea bastante para cubrir las responsabilidades a las que está afecta, la Administración procederá al cobro de la diferencia mediante el procedimiento administrativo de apremio, con arreglo a lo establecido en las normas de recaudación.

Por tanto, el legislador está estableciendo un sistema de aseguramiento de las responsabilidades mencionadas en el artículo 100, sistema que tiene carácter limitativo en cuanto a los instrumentos jurídicos que lo articulan y que se concreta en la garantía definitiva y en la garantía complementaria. Recordemos que el artículo 1 de la Ley de Ordenación de la Edificación señala que cuando las Administraciones públicas y los organismos y entidades sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones públicas actúen como agentes del proceso de la edificación se regirán por lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y en lo no contemplado en la misma por las disposiciones de esta Ley, a excepción de lo dispuesto sobre garantías de suscripción obligatoria. De esta manera, la entidad contratante disfruta de un medio específico de aseguramiento a través de la garantía y de un sistema preferente de cobro de las responsabilidades afianzadas o aseguradas hasta un 5% ó un 10% del precio del contrato. Si la responsabilidad es de un montante más elevado habrá que acudir al procedimiento de apremio, si es posible por la naturaleza del órgano de contratación, sin que pueda establecerse un nuevo sistema voluntario y convencional de aseguramiento de una responsabilidad que ya está delimitada por la propia ley.

La consecuencia que debemos extraer de la anterior noción es que los supuestos que estén ya cubiertos por la garantía definitiva no deben tener una sobrecobertura diferente a la establecida por la ley mediante la suscripción de un seguro o de otro sistema de aseguramiento. En este sentido, es importante recordar que la garantía definitiva asegura, en todos los casos de la letra b) del artículo 100.1, daños y gastos que se ocasionan a la entidad contratante mientras no proceda la resolución del contrato y, por ende, mientras el mismo no haya finalizado. Por tanto, cualquier daño o gasto que se irrogase a la entidad contratante con la obra finalizada y extinguido el contrato no estaría cubierto por la garantía definitiva y no existiría inconveniente en que fuera cubierto mediante un contrato de seguro,



mientras que los gastos y daños causados durante la ejecución del contrato no podrían ser objeto de cobertura mediante aquel.

Por otro lado, la ley sólo habla de los daños causados a la Administración y no de los daños ocasionados a terceros.

En definitiva, de los casos mencionados en la consulta parece claro que los daños y gastos debidos a vicios ocultos que no se ponen de manifiesto hasta después de la finalización del contrato y los causados a terceros sí pueden ser asegurados voluntariamente por su propia naturaleza, al quedar al margen de la cobertura legal de la garantía definitiva. Por el contrario, todos aquellos generados durante la ejecución del contrato en relación con la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en él, con los gastos originados a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y con los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento no podrían ser objeto de un aseguramiento añadido. En esta categoría se incluirían, sin duda, la demolición de la construcción por ejecución incompleta o deficiente de la obra contratada y la finalización de la obra por ejecución incompleta del contrato, pues en ninguno de los dos casos puede entenderse que se hubiese ejecutado el contrato de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, (artículo 222) ni que las obras se encuentren en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas (artículo 235). Por ello, al no haberse ejecutado la totalidad de la prestación, las obras no deben haber sido objeto de recepción o conformidad por la Administración contratante y, por tanto, el contrato no ha finalizado por su cumplimiento, estando la ejecución cubierta por la garantía definitiva hasta que no se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato.

4. Por lo que hace a la extensión y duración del seguro, y concretamente si esta última abarca hasta el fin del plazo de responsabilidad por vicios ocultos de la obra, entiende esta Junta Consultiva que la naturaleza y la cobertura del seguro exigido por la entidad contratante debe guardar coherencia con el objeto del contrato que se va a licitar, no siendo su determinación absolutamente libre para el órgano de contratación. Esto, no obstante, una vez cumplida la condición de congruencia con el objeto del contrato, la determinación de las



coberturas del seguro puede hacerse por el órgano de contratación de modo discrecional, bajo un principio de prudencia que permita obtener la finalidad de aseguramiento perseguida por la entidad contratante.

En el caso de los contratos de obras, el artículo 236 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establece que si la obra se arruina con posterioridad a la expiración del plazo de garantía por vicios ocultos de la construcción debido al incumplimiento del contrato por parte del contratista, responderá éste de los daños y perjuicios que se manifiesten durante un plazo de quince años a contar desde la recepción y que, transcurrido este plazo sin que se haya manifestado ningún daño o perjuicio, quedará totalmente extinguida la responsabilidad del contratista. Por tanto, el plazo de responsabilidad del contratista por los vicios ocultos de la obra alcanza los quince años, de modo que si la cobertura del seguro suscrito incluye los riesgos derivados de la existencia de tales vicios, su duración puede perfectamente coincidir o ser inferior al periodo de responsabilidad marcado por la ley.

CONCLUSIÓN.

Con base en lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera:

- 1.- Que es correcta la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de un contrato de obra de una cláusula mediante la que se exija al contratista la suscripción de un seguro de responsabilidad civil, siempre que se incluya como requisito para la ejecución del contrato y no como condición de aptitud para contratar.
- 2.- Que entre los daños y gastos objeto de cobertura no pueden incluirse los que ya están cubiertos por la garantía definitiva.
- 3.- Que la extensión de la cobertura de riesgos y la duración del aseguramiento deben ser congruentes con el objeto del contrato.