

Acuerdo nº: **11/18**
Consulta: **Consejera de Transportes, Vivienda e
Infraestructuras**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **22.11.18**

ACUERDO del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 22 de noviembre de 2018, emitido ante la consulta formulada por la consejera de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre interpretación del contrato de *“Aseguramiento de los riesgos de responsabilidad civil y daños materiales de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 6 de noviembre de 2018 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora una solicitud de dictamen preceptivo formulada por la consejera de Transportes, Vivienda e Infraestructuras el día 29 de octubre, sobre expediente de interpretación del contrato de *“Aseguramiento de los riesgos de responsabilidad civil y daños materiales de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid”* suscrito con Zurich Insurance PLC, sucursal en España (en adelante, *“la contratista”*).

Admitida a trámite, con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 496/18, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 23.1 Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA), cuyo vencimiento se fijó el 6 de octubre de 2016.

Ha correspondido su ponencia al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de Acuerdo, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en su sesión de 22 de noviembre de 2018.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos, de interés para la emisión del dictamen:

1.- La Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid (AVS) adjudicó el 13 de febrero de 2017 el contrato de servicios “Aseguramiento de los riesgos de responsabilidad civil y daños materiales de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid” a la empresa Zurich Insurance PLC, sucursal en España por un importe de 923.120,08 euros con un plazo de ejecución de dos años. El contrato fue formalizado el 31 de marzo de 2017.

2.- Constan en la documentación remitida los pliegos de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas. De los mismos interesa destacar los siguientes aspectos:

-El contrato tiene carácter privado conforme el artículo 20 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP). En consecuencia se rige, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por el TRLCSPP y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho

administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado. De forma innecesaria el pliego remarca que se regirá asimismo por la legislación vigente en materia de seguros.

-El objeto del contrato es el aseguramiento de los siniestros que afecten a la AVS en lo relativo a la responsabilidad civil general, la responsabilidad civil profesional y los daños materiales.

-En cuanto a las franquicias se distinguía entre la responsabilidad civil general para la que se establecía una franquicia general de 3.000 euros y en el caso de responsabilidad civil inmobiliaria la franquicia para cada anualidad sería hasta 150.000 euros por daños por agua a terceros o hasta los 300.000 euros para el resto de cobertura sin franquicia. En exceso de esos límites se aplicará la franquicia de responsabilidad civil general; la responsabilidad civil profesional en la que la franquicia sería de cero euros y los daños materiales para los que se fijaba una franquicia general de 25.000 euros por siniestro excepto para los tres primeros siniestros declarados en cada anualidad para los que sería de aplicación una franquicia de 10.000 euros, en caso de realizar trabajos de reparación a instancias del cliente bajo la cobertura de asistencia, el mismo se compromete a devolver a la compañía el pago de la franquicia adelantada por la aseguradora.

-La cláusula 20 del capítulo V (ejecución del contrato) bajo la rúbrica “*dirección de los trabajos*” establece que esa dirección corresponde al responsable del contrato o, en su defecto, al representante que designe el órgano de contratación. En concreto ese responsable o representante podrá “*a) interpretar el pliego de prescripciones técnicas y demás condiciones técnicas establecidas en el contrato o en disposiciones oficiales*”.

-La cláusula 25 contempla la modificación del contrato de acuerdo con lo establecido en el TRLCSP.

-La cláusula 42 bajo la rúbrica “*prerrogativas de la Administración, revisión de decisiones y tribunales competentes*” tan solo alude al régimen de impugnación de los actos de la Administración partiendo de la condición del contrato como sujeto a regulación armonizada y a la competencia jurisdiccional que corresponderá al orden contencioso administrativo en lo relativo a la preparación, adjudicación y modificación y al orden jurisdiccional civil en lo relativo a los efectos, cumplimiento y extinción.

3.- Con fecha 15 de diciembre de 2017 la contratista dirige un escrito a la AVS en relación con un siniestro en el que según afirma sus servicios de asistencia han efectuado las reparaciones y la carga siniestral es superior a la franquicia estipulada en la póliza. Por ello reclama a la AVS el pago de 25.000 euros

4.- Constan en el expediente una serie de correos electrónicos entre personal de la AVS y la mediadora de seguros TAT sobre la interpretación de la franquicia de 25.000 euros excepto los seis primeros de cada anualidad para los que será de 10.000 euros.

5.- El 18 de julio de 2018 se emite por el jefe de la Unidad Técnica de Contratación Administrativa un informe sobre la interpretación del contrato.

En el mismo se indica que tras la comunicación a la contratista del siniestro consistente en un incendio en un garaje propiedad de la AVS se recibió la citada comunicación de la contratista reclamando el abono de 25.000 euros.

Considera que ha de interpretarse la cláusula 4.15 del PPT según la cual:

“Se establece una franquicia general para Daños Materiales de 25.000 euros por siniestro, excepto para los tres primeros siniestros declarados en cada anualidad para los que será de aplicación una franquicia de 10.000 euros, en caso de realizar trabajos de reparación a instancias del cliente bajo la cobertura de asistencia, el mismo se compromete a devolver a la compañía el pago de la franquicia adelantada por la aseguradora.”

Asimismo, la contratista en su oferta mejoró las condiciones elevando a seis el número de siniestros con franquicia de 10.000 euros.

Afirma que la contratista entiende que la comunicación de un seguro con cargo a la póliza de responsabilidad civil general llevaría aparejada la apertura de siniestro en la póliza daños materiales aunque no tenga consecuencias económicas la reparación de los daños al no superar la franquicia establecida en póliza. De esta forma ya se habría superado el número mínimo de siniestros con franquicia de 10.000 euros al incluir como “*declarados*” todos aquellos que se han abierto a instancia de la AVS como siniestros imputables a la póliza de responsabilidad civil general.

Recuerda el informe que los pliegos distinguen entre responsabilidad civil general, responsabilidad civil profesional y daños materiales, cada una con objeto distinto y condiciones y franquicias diferentes. Además ha de tenerse en cuenta la exclusión general de la cláusula 2.12 del PPT según la cual la póliza no cubre los siniestros cuya cuantía indemnizatoria sea inferior a la estipulada en la póliza como franquicia.

Considera que por “*siniestro declarado*” ha de entenderse los comunicados formalmente por el asegurado a la aseguradora. Por ello si se comunica al amparo de la póliza de responsabilidad civil general no puede entenderse que se comuniquen daños cubiertos por la póliza de

daños materiales, máxime cuando tales daños no se encuentran cubiertos al no superar la franquicia.

A ello se suma el que en la póliza facilitada por la contratista (no remitida a esta Comisión) se configura un procedimiento para la comunicación de siniestros que, si no se cumple, determina que la contratista no tenga el siniestro por declarado.

Por ello considera que los seis siniestros anuales con franquicia de 10.000 euros se computan solo si se han comunicado con arreglo a ese protocolo previsto en la póliza sin computarse las actuaciones que, en su caso, hubiera tenido que acometer la contratista con cargo a la AVS en relación con daños propios con ocasión de un siniestro formalmente comunicado y declarado con arreglo a la póliza de responsabilidad civil general.

Por ello no se habría alcanzado el número de seis siniestros declarados y cubiertos por la póliza de daños materiales debiendo aplicarse la franquicia de 10.000 euros.

El informe considera que el régimen sustantivo del contrato se rige por el TRLCSP pero en cuanto al procedimiento de interpretación ha de aplicarse el artículo 191 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 (LCSP/17) y el artículo 97 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

6.- Por resolución de 7 de septiembre de 2018 la gerente de la AVS acuerda el inicio del procedimiento de interpretación contractual.

7.- El 11 de septiembre de 2018 se notifica a la contratista el inicio del procedimiento y se le concede un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. Con fecha 16 de septiembre se amplía el plazo tres días hábiles más.

8.- Por escrito fechado el 21 de septiembre sin que conste fecha de entrada, la contratista presenta alegaciones.

Afirma que estamos ante un único contrato con tres escenarios de responsabilidad del asegurado (responsabilidad civil general, responsabilidad civil profesional y daños materiales).

Entiende que todos los siniestros declarados en el 2017 cuya relación adjunta (relación que no consta en la documentación remitida) están encuadrados en el apartado daños materiales.

Afirma que la exclusión de la cláusula 2.12 solo es de aplicación a la responsabilidad civil general (apartado 2) frente al criterio manifestado por la AVS sin comprender los daños materiales y su referencia a “*todas las coberturas*” se limita a las que son objeto de responsabilidad civil general. Por la misma razón, el apartado 3.12 recoge la misma expresión referida a la responsabilidad civil profesional.

Aun cuando los siniestros cuya cuantía indemnizatoria sea inferior a la franquicia no se indemnicen lo cierto es que siguen siendo siniestros y debe aplicarse la franquicia correspondiente a su tipología.

Por ello la póliza establece unos beneficios para estos siniestros como, por ejemplo, incluirlos en el protocolo de tramitación de reclamaciones a terceros y así el PPT establece que si los hechos hubieran tenido cobertura de no existir franquicia, la contratista realizará actuaciones de reclamación tendentes a recuperar el importe asumido por la AVS.

Por tanto, los siniestros comunicados, aun no cubiertos por la existencia de franquicia, deben calificarse como siniestros que han generado un coste a la contratista.

Destaca que la cláusula 4.15 relativa a los daños materiales hace referencia a “*siniestros declarados*”:

“Se establece una franquicia general para Daños Materiales de 25.000 euros por siniestro, excepto para los tres primeros siniestros declarados en cada anualidad para los que será de aplicación una franquicia de 10.000 euros, en caso de realizar trabajos de reparación a instancias del cliente bajo la cobertura de asistencia, el mismo se compromete a devolver a la compañía el pago de la franquicia adelantada por la aseguradora.”

Por todo ello los siniestros comunicados en el año 2017 por la AVS deben calificarse como “*siniestros declarados*” y entenderse superado el límite de siniestros con franquicia de 10.000 euros.

En cuanto a lo afirmado por la AVS en referencia a la existencia de un protocolo de comunicación de siniestros (apartado 10.2 de las condiciones generales específicas) se trata de un protocolo aplicable a siniestros indemnizables por el Consorcio de Compensación de Seguros.

De esta forma los siniestros se imputan a la póliza y en función de su tipología pertenecen a una u otra cobertura y en este caso se han comunicado 40 siniestros de daños materiales por lo que debe considerarse comprendidos en el apartado 4 del PPT.

Por ello, en el cuadragésimo primer siniestro que motiva el presente procedimiento ha de aplicarse la franquicia de 25.000 euros.

9.- Con fecha 16 de octubre de 2018 se solicita informe a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

10.- El 22 de octubre de 2018 el Servicio Jurídico en la AVS devuelve el expediente al no ser preceptivo el informe de acuerdo con el artículo 4.1 de la Ley 3/1999, de 30 marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

11.- Con fecha 16 de octubre de 2018 el secretario general de la AVS redacta una propuesta de resolución del procedimiento.

En la misma, además de lo recogido en el informe de julio de 2018, se rechazan las alegaciones de la contratista.

Además de destacar que las alegaciones no contienen ningún anexo, afirma que todos los siniestros comunicados durante el año 2017 se refieren de forma inequívoca a daños ocasionados a un tercero por lo que no pueden imputarse al apartado de daños materiales. Esa interpretación vaciaría de contenido la parte relativa a responsabilidad civil general que en ese caso solo se aplicaría a daños a terceros que no tengan su origen en averías o defectos en viviendas propias, supuesto de difícil producción en la práctica.

Además, tal y como reconoce la contratista, en la práctica totalidad de los casos, no tiene que hacerse cargo de los daños propios que puedan estar en el origen de los causados a terceros ya que o no alcanzan la cuantía franquiciada o son reparados por la AVS o bien la AVS reembolsa a la contratista tales reparaciones.

Tampoco admite la alegación de la contratista en cuanto a que estos siniestros le originan gastos ya que la franquicia debe entenderse como un valor exento de cobertura que se deducirá del valor de los daños para establecer la cantidad de la indemnización o prestación a satisfacer por el asegurador en caso de siniestro de tal forma que esos gastos no serían imputables a la aplicación de la franquicia.

Quedando acreditado que los siniestros son imputables a la “*responsabilidad civil general*” quedaría por determinar que se entiende por “*siniestro declarado*”. Para la propuesta es aquel que ha sido formalmente comunicado a la aseguradora. Por ello si son comunicados conforme la póliza de responsabilidad civil general no puede entenderse que se comuniquen con arreglo a la póliza de daños materiales máxime si no se encuentran cubiertos al no superar la franquicia.

Rechaza que todo siniestro se califique como “declarado” ya que en ese caso el establecimiento de un umbral inicial que rebaja la franquicia y que fue mejorado por la contratista solo entraría en juego si los primeros seis siniestros superasen la cantidad franquiciada lo cual es altamente improbable.

Por todo ello

“(...) considera que los seis primeros siniestros declarados con cargo a la póliza de daños materiales y cuya franquicia se ha fijado en 10.000 euros, se computan siempre y cuando se efectúe la correspondiente comunicación formal y con arreglo al procedimiento previsto con cargo a la citada póliza, no pudiendo computarse, a estos efectos, las actuaciones que, en su caso, hubiera tenido que acometer la aseguradora con cargo a la Agencia en relación con daños propios con ocasión de un siniestro formalmente comunicado y declarado con cargo a la póliza de responsabilidad civil general.”

Con base en ello no se habría alcanzado el número de seis siniestros por lo que debe aplicarse la franquicia de 10.000 euros.

12.- Con fecha 24 de octubre de 2018 la directora gerente de la AVS remite el expediente a la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras a los efectos de recabar el dictamen de esta Comisión.

13.- Con fecha 8 de noviembre de 2018 se acuerda la suspensión del procedimiento para recabar el Dictamen de esta Comisión notificándose a la contratista.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3 f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”*.

La solicitud de dictamen se ha formulado por la consejera de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, órgano legitimado para ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3 a) del ROFCJA.

El artículo 211.3 a) del TRLCSP, vigente en el momento de aprobación de los pliegos (sin perjuicio de lo que a continuación se expondrá) establece que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, en los casos de *“a) interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.”*

SEGUNDA.- La LCSP/17 establece en su disposición transitoria 1ª:

“1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

(...)

4. Las revisiones de oficio y los procedimientos de recurso iniciados al amparo de los artículos 34 y 40, respectivamente, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo.

En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor. (...)”

La entrada en vigor de la LCSP/17 se produjo el 9 de marzo de 2018 de conformidad con lo establecido en su disposición final 16ª.

Por ello el presente contrato se rige por la normativa anterior si bien en lo relativo al procedimiento de interpretación debe aplicarse lo establecido en la nueva LCSP/17 tal y como viene recogiendo la doctrina de esta Comisión Jurídica Asesora.

TERCERA.- En primer lugar es necesario hacer una especial consideración sobre la naturaleza del contrato cuya interpretación se pretende realizar.

Como es sabido, la legislación de contratación pública distingue entre contratos públicos y contratos privados.

Esta distinción, consecuencia de la génesis histórica del contrato administrativo en nuestro ordenamiento y reflejo de la *summa divisio iuris* entre el derecho público y el privado, resulta a menudo muy problemática.

Así los artículos 19 y 20 del TRLCSP distinguían entre contratos administrativos y contratos privados.

A estos efectos, los tradicionalmente denominados “*contratos nominados*”, esto es, los de obras, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministros y servicios así como los de colaboración entre el sector público y privado tendrían naturaleza administrativa – artículo 19.1 a)- si bien el propio precepto excluye a los contratos de servicios de la categoría 6 del Anexo II, esto es, los contratos relativos a servicios financieros constituidos tanto por servicios de seguros como por servicios bancarios y de inversión.

Establecida esa naturaleza privada por la legislación aplicable y reconocida así por el propio pliego ha de recordarse que el apartado 2 del artículo 20 TRLCSP establecía que:

“Los contratos privados se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad

contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.

No obstante, serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos.”

A su vez el artículo 21 del TRCLSP establecía la competencia del orden jurisdiccional civil respecto a las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados si bien en lo relativo a su preparación y adjudicación la competencia corresponde al orden jurisdiccional contencioso administrativo.

CUARTA.- Establecida la naturaleza del contrato y su régimen jurídico aplicable ha de determinarse si es preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

Como se ha indicado, el dictamen de la Comisión en cuanto órgano consultivo equivalente al Consejo de Estado en el ámbito de la Comunidad de Madrid es preceptivo en los supuestos de interpretación, nulidad y resolución de “*contratos administrativos*”, expresión que recogen tanto el artículo 210 TRLCSP como el artículo 5 de la Ley 7/2015.

Ello es consecuencia lógica de que las prerrogativas de interpretación, modificación y resolución están limitadas a los contratos administrativos como consecuencia del fin público que persiguen si bien a partir de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible se extendió a los contratos privados la potestad de modificación.

Es cierto que en ocasiones se ha admitido la inclusión en los pliegos de las citadas potestades administrativas y así por ejemplo ha sido admitido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña en su Informe 14/2009, de 30 de septiembre.

Si bien plantea dudas el que el atribuir la interpretación del contrato a una de las partes respete lo establecido en el artículo 1256 del Código Civil en cuanto entregaría a una de las partes la decisión sobre el modo de cumplimiento del contrato, lo cierto es que tampoco el pliego establece que la Administración disponga de tal facultad puesto que tan solo la cláusula 20 “*dirección de los trabajos*” atribuye al responsable del contrato o persona que designe el órgano de contratación el interpretar el PPT y demás condiciones técnicas establecidas en el contrato o en disposiciones oficiales. En cambio no se recoge tal prerrogativa en la cláusula 42 relativa a las prerrogativas de la Administración.

En cualquier caso, el que una persona de la Administración pueda interpretar cuestiones técnicas no determina el que deba seguirse un procedimiento administrativo que la normativa legal aplicable limita claramente a los contratos administrativos.

Como destacó el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Acuerdo 8/14, de 26 de marzo, a propósito de la enajenación de una parcela por un Ayuntamiento, al tratarse de un contrato privado y no de un contrato administrativo, el Consejo carecía de competencia para emitir el dictamen solicitado conforme su ley reguladora a lo que se sumaba el que tampoco la resolución de ese contrato se regía por las exigencias procedimentales previstas en la legislación de contratación pública.

Este criterio se ve reforzado por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que, en sentencias como las de 25 de junio de 2007 (recurso 3508/2000) referida a un contrato de patrocinio y 27 de junio de 2017 (recurso 758/2015) en relación precisamente a un contrato de seguro, viene estableciendo que corresponde a la jurisdicción civil lo relativo a los efectos y extinción de tales contratos entre lo que incluye el incumplimiento contractual.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula el siguiente

ACUERDO

Devolver el expediente de interpretación del contrato “*Aseguramiento de los riesgos de responsabilidad civil y daños materiales de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid*” por no ser procedente el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 22 de noviembre de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Acuerdo nº 11/18

Excma. Sra. Consejera de Transportes, Vivienda e Infraestructuras

C/ Maudes nº 17 - 28003 Madrid