

En los supuestos de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista se ponen de manifiesto los sucesivos cambios de criterio sobre el alcance y la finalidad a que ha de responder la garantía final: desde el Primer Pliego de Condiciones Generales de 1846, hasta la legislación contractual de 1965 que en su artículo 53 establecía claramente su carácter punitivo que fue, sin embargo, desvirtuada por la doctrina precedente a este texto del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo, pasando por el artículo 113.4 del TRLCAP en que la garantía prestada se vinculaba a la indemnización de daños y perjuicios y sólo en caso de insuficiencia de ésta cabía ejercitar una acción de daños con lo que aúna una función liquidatoria en caso de que los daños sean superiores y punitiva en caso de que no sea así, ya que impedía su devolución en la parte no necesaria⁷⁵. Para algunos autores y para nosotros en particular, en el tenor de esta última legislación, el resarcimiento de daños y la penalización derivada del mismo incumplimiento pueden convivir, puesto que se trata de conceptos distintos e independientes, dado que una cosa es la pena convenida y otra los daños y perjuicios.

Aun así, y a la vista del artículo 225.3 y 4 del TRLCSP, la polémica parece de nuevo servida ya que, en principio y atendiendo a su tenor literal, parecería que la garantía pierde todo valor punitivo quedando siempre afectada a la indemnización de daños y perjuicios que se produzcan de tal forma que, si éstos son inferiores, la resolución deberá acordar lo procedente sobre la devolución de la garantía en la parte no estrictamente necesaria. Ahora bien, se nos plantea la siguiente pregunta: ¿Quiere decir esto que, en caso de que no se produzca daño o perjuicio alguno, ha de devolverse íntegramente? La realidad es que la doctrina de los Consejos Consultivos no es unánime en este punto⁷⁶, si bien atendiendo a la dicción de estos preceptos así pareciera deducirse, sobre todo si se pone en conexión con los antecedentes normativos anteriores.

Sin embargo, dicha inicial conclusión a la vista de los preceptos anteriores vuelve de nuevo a complicarse si atendemos al tenor del artículo 271.4 TRLCSP que contempla el mismo supuesto de incautación de la garantía en supuestos de resolución del contrato por culpa del contratista en los contratos de concesión de obra pública. Aquí, de nuevo, el legislador vuelve a la fórmula anterior de la legislación contractual que representaba la LCAP y expresamente establece la incautación de la garantía definitiva, además de la indemnización de los daños y perjuicios que procedan. ¿Es una excepción a la regla general? ¿Cabría interpretarlo cómo una fórmula distinta para cada tipo de contrato?

⁷⁵ BARRERO RODRIGUEZ, C. (2011, ps. 363 y ss).

⁷⁶ Cabe señalar aquí lo apuntado por el Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha 54/2012, de 28 de marzo, que explica la diversidad de criterios acontecida y concluye que desaparece el carácter de cláusula penal de incautación de la garantía prestada.

Desde mi punto de vista, y admitiendo que la cuestión es controvertida, es preciso optar por la interpretación conjunta de todos estos preceptos que nos conduzca a que las garantías definitivas conservan su tradicional naturaleza de pena convencional, sin perjuicio eso sí, de las soluciones de equidad a la vista de los casos concretos que puedan introducir los tribunales. La resolución de un contrato siempre implica perjuicios para ambas partes. Ciertamente en algunos supuestos que son difíciles de cuantificar como las demoras que eventualmente se produzcan, la puesta en marcha de un nuevo procedimiento contractual, etc., y a ello debe responder la garantía definitiva, sin perjuicio, valga la redundancia, de la indemnización de daños y perjuicios que no deberá contemplar por tanto este tipo de perjuicios que quedarían garantizados por la pérdida de la garantía definitiva, aunque suavizando dicha cuestión con soluciones de equidad derivadas de la actuación de la Administración pública, concurrencia de culpas, en el final anticipado del contrato.

A esta última cuestión ha atendido la jurisprudencia que en esos supuestos se suaviza la regla de la incautación automática de la garantía definitiva atendiendo a la conducta del contratista y de la Administración⁷⁷ y también es un lugar común en la doctrina de los órganos consultivos que se han hecho eco en este concreto punto de la jurisprudencia que emana de los órganos jurisdiccionales.

16.2 La extensión de su protección a terceros

Ya hemos indicado que el régimen de responsabilidades a la que se encuentra afecta la garantía definitiva responde parcialmente, según hemos comprobado, a las características de una pena convencional por lo que en caso de incumplimiento en los distintos supuestos contemplados en el art. 100 TRLCSP responde con un importe mínimo para satisfacer los daños ocasionados⁷⁸, aunque cierto es que sin perjuicio del derecho a reclamar por la cuantía íntegra de éstos, siempre ciñéndose eso sí de forma exclusiva a la directamente derivada de la contratación administrativa.

Por ello no es necesario incluir los conceptos de los que debe responder la garantía definitiva como por ejemplo el abono de salarios a obreros dejados de satisfacer por el contratista o pago de materiales suministrados por terceros⁷⁹ o los derivados de daños a terceros producidos una vez terminadas las obras, sin perjuicio de que si declara la responsabilidad de la Administración pública contratante por ese motivo, y se ejercita la correspondiente acción de repetición contra el contratista, se adopten por la Administración las medidas cautelares oportunas ya no contra aquella garantía sino

⁷⁷ STSJ de Castilla-León (Valladolid) de 13 de abril de 2012.

⁷⁸ Penalidades impuestas al contratista; obligaciones derivadas del contrato; gastos originados como consecuencia de la demora en la ejecución del contrato; daños y perjuicios ocasionados a la Admón. con motivo de la ejecución del contrato o en el supuesto de incumplimiento del mismo, sin resolución.

⁷⁹ STS de 3 de febrero de 1998 (RJ 7548).

en relación con sus bienes y derechos conforme a su orden de prelación legal. Si se incluyen, sin embargo, los que derivan de una cláusula contractual que obliga a abonar los desperfectos.

Este último aspecto tiene un especial interés en los daños a terceros y hasta que alcance responden las garantías. En efecto si no se ha producido la recepción de las obras y en dicho intervalo de tiempo se produce un daño como consecuencia de las mismas del que es declarado responsable la Administración⁸⁰, se podrá incautar la garantía, aunque en esta materia, lo cierto es que han convivido otras líneas jurisprudenciales, siendo la más apoyada la que hemos mencionado y con la cual nosotros nos mostramos más favorables.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2009 trata de clarificar el recurso de casación interpuesto por la Abogacía de Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de septiembre de 2004 donde reconoce el derecho a ser indemnizados los recurrentes por la Administración del Estado, razonando que, pese a la ejecución de las obras mediando un contrato de obras, la carga de reparar los daños corresponde a dicha Administración por no haber resuelto expresamente la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los perjudicados⁸¹.

La sentencia del Tribunal Supremo citada confirma la tesis de atribuir la responsabilidad al contratista por los perjuicios ocasionados a terceros como consecuencia de la ejecución de un contrato de obra, salvo vicios del proyecto u órdenes directas de la Administración, pero incluye un tercer supuesto de atribución de responsabilidad a la Administración y es el relativo a la falta de tramitación de la reclamación efectuada por el perjudicado, limitándose a declarar su irresponsabilidad cerrando a los perjudicados las puertas para actuar contra la empresa obligada a resarcirles.

Esta última tesis es la que parece avalar los textos normativos en la actualidad. En efecto, el actual art. 214 TRLCSP, sigue la tradición ya establecida por anteriores textos normativos y por otra legislación cómo la de la expropiación forzosa en el sentido de atribuir la responsabilidad de los daños, en primer término, al contratista salvo que mediase una orden inmediata y directa de la Administración, atribuyendo a los terceros la posibilidad de acudir a una especie de arbitraje por parte de la Administración en el plazo de un año a constar desde el hecho causante mediante un requerimiento lo que plantea numerosas dudas de diversos autores de si se ha producido la

⁸⁰ La jurisprudencia exige, como requisito previo, que se declare la responsabilidad de la Administración. En este sentido, la STSJ de Cataluña de 9 de septiembre de 2005.

⁸¹ De esta posición también se hicieron eco otros tribunales como la STSJ de Andalucía de 14 de junio de 2007, la STSJ de Castilla y León de 30 de noviembre de 2007 o la STSJ de Murcia de 23 de noviembre de 2007.

derogación del art. 123 de la Ley de Expropiación forzosa⁸², naturaleza y consecuencias del requerimiento, aunque a nuestro juicio no cabe, en ningún supuesto, que por el tercero se demande en la jurisdicción civil a la Administración cuando si cabe demandar en la vía civil al contratista, si bien lo lógico sería utilizar las vías que la jurisdicción contencioso-administrativa ofrece para demandar a particulares dado que así no se correría el riesgo de que prescribiera la acción contra la Administración.

17. La obligación en la contratación de un seguro de responsabilidad en el contrato administrativo de obra

Las Administraciones Públicas nunca han vivido de espaldas al contrato de seguro: por un lado, regulan el sector e intervienen en la actividad de los aseguradores; por otro, ejercen convirtiéndose ellas mismas en aseguradoras y por último contratan seguros, como han hecho siempre, aunque de un modo marginal, para cubrir algunos riesgos que pudieran afectar a su patrimonio inmobiliario o para cubrir su responsabilidad civil en ámbitos en los que el seguro es obligatorio, como la circulación de automóviles. Al contratar estos seguros, la Administración se comportaba en principio como un particular, el cual se somete al Derecho privado, por lo que no recibían atención ni en las Leyes administrativas, ni por parte de la doctrina. El seguro no se tenía en cuenta al estudiar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas⁸³ puesto que, o bien la responsabilidad no estaba asegurada, o bien la responsabilidad civil sí estaba asegurada pero se refería a sectores que, como el automovilístico, circulaban de hecho al margen de la cláusula general de responsabilidad patrimonial y sometidos al Derecho privado. Sin embargo, en los últimos años las Administraciones Públicas, en especial los Ayuntamientos y algunas Comunidades Autónomas, se han lanzado a contratar seguros de responsabilidad civil.

IV. CONCLUSIONES

El anterior análisis de la responsabilidad por los defectos constructivos tanto en la contratación del Derecho privado como en la contratación pública, nos lleva a las siguientes conclusiones:

1. La regulación del Derecho Privado (Ley 39/1998 y art. 1591 CC, en los términos atrás expuestos) va a ser aplicable en defecto de regulación específica para la contratación pública. Ello se

⁸² Ley 30/2007 de 30 octubre, de Contratos del Sector Público (BOE 31/10/2007). Su artículo 198 sustituye al 123 de la LEF, por lo que éste queda derogado.

⁸³ Regulada inicialmente en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (BOE de 17 de diciembre de 1954).

explica tanto por el principio de “lex specialis” (la preferente aplicación de la norma especial sobre la general y de la general en defecto de la especial), como por la previsión expresa del art. 19.2 del RDLegis. 3/2011 de aplicación a los contratos administrativos de las normas de Derecho Privado en último término, en defecto de las normas de Derecho Administrativo.

2. Así como el Derecho privado discute si la Ley 39/1998 cubre no sólo la responsabilidad por defectos en los edificios sino en el resto de las obras (como ha cubierto el art. 1591 del Código Civil, en virtud de la jurisprudencia Tribunal Supremo), en el Derecho de la contratación pública no hay duda de que tal responsabilidad cubre la totalidad de las obras que entran dentro del objeto del contrato público de obras (conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinados a cumplir por sí mismos una función económica o técnica, que tengan por objeto un bien inmueble y aquellos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante, según reza el art. 6 del RDLegis. 3/2011.

3. En la contratación pública se establece un plazo de garantía que no existe en el Derecho privado y que no es más que una extensión de la responsabilidad durante la ejecución del contrato, una vez realizada la recepción de la obra, a lo largo del período fijado en el contrato, que no puede ser inferior a un año.

4. Durante la ejecución del contrato (que en los contratos públicos tienen continuidad en el plazo de garantía), la cobertura de los defectos de construcción por la responsabilidad del contratista es semejante en el Derecho público y el Derecho privado.

Pero tras la recepción de la obra, en el Derecho Privado, ahora se diferencian tres plazos de garantía, según que los defectos sean estructurales (10 años), de habitabilidad (3 años) y de terminado y acabado (un año), mientras que en el Derecho de contratación pública se contempla exclusivamente un plazo de 15 años, aunque solo para los defectos más graves, los de ruina, tanto de ruina en sentido propio como de ruina funcional, que incluyen tanto los defectos estructurales como los de habitabilidad, como pueden ser por ejemplo las humedades en las cubiertas.

5. Mientras que, en el Derecho privado, el plazo de ejercicio de la acción es de 2 años tras la manifestación del defecto, en el Derecho de la contratación pública, como hemos visto, se ha llegado a aplicar el plazo de cuatro años de prescripción de los derechos a favor de la Hacienda Pública.

6. En el Derecho de la contratación pública, junto a las acciones propias de el Derecho privado (de reparación, de daños y perjuicios, de resolución, etc.), se contempla la posibilidad de imponer penalidades (sanciones) al contratista.

7. En el Derecho privado se ha impuesto como garantía del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la responsabilidad por defectos de la construcción, el seguro obligatorio, mientras que en el Derecho de la contratación pública operan las garantías del art. 95 y siguientes del RDLegis. 3/2011, consistentes en una garantía del 5% del importe de adjudicación (a la que puede añadirse una complementaria de otro 5%), que puede ser en efectivo, en valores de la deuda pública, en aval bancario, en contrato de seguro de caución, y, cuando así se prevea en los pliegos, en retención del precio contractual.

La contratación de seguros de responsabilidad civil por el contratista en la contratación pública encarece el precio contractual, pero puede ser una garantía efectiva más, en casos en los que va haber terceros adquirentes de la obra, como es el supuesto de los beneficiarios de viviendas de protección pública.



BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ OLALLA, MARÍA DEL PILAR

(2002): *La responsabilidad por defectos en la edificación*, Ed. Aranzadi, Madrid.

ARNAU MOYA, FEDERICO

(2004): *Los Vicios de la construcción (su régimen en el código civil y en la Ley de Ordenación de la edificación)*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.

BARRERO RODRIGUEZ, CARLOS

(2011): *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, 2.ª Edición, Ed. Lex Nova, Madrid.

CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO

(2000): *La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Anuario de derecho civil Vol. 53, Nº 2, 2000, Universidad Carlos III de Madrid.

CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO

(2001): *Los perfiles de la recepción de la obra en la Ley de ordenación de la edificación*, Revista jurídica de Catalunya, Vol. 100, Nº 2, Barcelona.

CADARSO PALAU, JUAN

(1976): *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Ed. RDU, Madrid.

CASTILLO BLANCO, FEDERICO ANTONIO

(2010): *Las garantías en la contratación administrativa y las responsabilidades a las que están afectas*, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada.

CUESTA DE LOÑO, PILAR

(2015): Artículo, *Novedades en el Texto Refundido de La Ley de Contratos del Sector Público*, Valencia.

DIEZ PICAZO, LUIS

(2000): *Ley de Edificación y Código Civil*, Anuario de derecho civil, Vol. 53, Nº 1, Madrid.

DÍEZ PICAZO, LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO

(2012a): *Sistema de Derecho civil Volumen II Tomo 1, “El contrato en general y la relación obligatoria”*. Ed. Tecnos. Madrid.

DÍEZ PICAZO, LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO

(2012b): *Sistema de Derecho civil Volumen II Tomo 2, “Contratos en especial, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa y responsabilidad extracontractual”*, Ed. Tecnos. Madrid.

FERNÁNDEZ COSTALES, JAVIER

(1977): *El contrato del arquitecto en la edificación*, Ed. Derecho Reunidas, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRIA, EDUARDO

(1990): *Comentarios Monográficos, Riesgo, ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo*, Madrid.

GÓMEZ-ACEBO & POMBO ABOGADOS

(2015): Artículo, *La responsabilidad del contratista por las obras: periodo de garantía y responsabilidad por vicios ocultos*, Valencia.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, CARLOS RAFAEL

(1993): *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*, Barcelona.

GÓMEZ DÍAZ, ANA BELEN

(2014): *El acceso al recurso contencioso. Un estudio sobre la legitimación en el proceso administrativo*, Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid.

GONZALEZ PÉREZ, JESUS

(2011): *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 6ª ed. Ed. Civitas. Madrid.

HERRERA CATENA, JUAN

(1977): *Responsabilidades en la construcción. Responsabilidad decenal de técnicos y constructores Vol.II*, Anuario de derecho civil Vol. 23, Nº 3, Granada.

HUERGO LORA, ALEJANDRO

(2003): *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, Facultad de Derecho Universidad de Oviedo,

JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS

(2012): Artículo de Revista, *Los sistemas de responsabilidad por defectos o vicios en el contrato de obra en el Ordenamiento jurídico español*, Universidad de Granada.

KÖTZ HEIN y GERHARD WAGNER

(2010): *Deliktsrecht, 11. Aufl.*, München, Vahlen.

LUCAS FERNÁNDEZ, FERNANDO

(1986): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Ed. Edersa, Madrid.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, CELIA

(2007): *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación, 3.ª Edición*. Ed. Lex Nova. Valladolid.

MORENO-TORRES HERRERA, MARIA LUISA y RUIZ-RICO RUIZ, JOSÉ MANUEL

(2002): *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Ed. Comares, Málaga.

ORTEGA JIMÉNEZ, MARIA DEL PILAR

(2008): *Contratación del sector público local*, La Ley-El Consultor, Madrid.

SALVADOR CORDECH, PABLO

(1991): *Comentario al artículo 1591 del Código Civil Tomo II*, Ministerio de Justicia, Madrid.

SANTOS BRIZ, JAIME

(1989): *Lecciones sobre el seguro de responsabilidad civil*, Ed. Inese, Madrid.

SIERRA PÉREZ, ISABEL

(2000): *La responsabilidad en la construcción y la Ley de Ordenación de la Edificación*, Revista Aranzadi de derecho patrimonial, Nº 3, 1999, Madrid.

XIMENEZ DE SANDOVAL, ENRIQUE y SANTANA AROZENA, FERNANDO

(2000): *Estudio sobre la nueva Ley de Ordenación de la Edificación*, *Estudios de Derecho Judicial* nº 27, CGPJ, Madrid.

YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO

(2001): *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Ed. Dykinson, Madrid.

