



Se ha recibido en esta Abogacía del Estado para informe consulta urgente, en el día de hoy, en relación con el proceder respecto de la situación vinculada a los daños ocasionados en la planta desaladora del Bajo Almanzora en Almería.

Con relación a la consulta que se formula, cúmpleme darle traslado de las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- Con carácter previo, vaya por delante el que la consulta se formula con diversa documentación adjunta que se ha recibido escaneada por correo electrónico, que se citará en el presente informe, y cuya autenticidad se da por buena como hipótesis de trabajo juntamente con todas las referencias a las circunstancias de hecho concurrentes en el presente caso. Se ruega que, en caso de no ser así, se proceda por ese órgano consultante a formular nueva petición de informe a este Servicio Jurídico sustituyendo la anterior.

Segunda.- Sentado lo anterior, procede traer a colación el vínculo jurídico que establece la relación entre la sociedad estatal y la unión temporal de empresas "Desaladora del Bajo Almanzora" (la UTE en lo sucesivo). A este respecto y considerando el régimen jurídico aplicable, la relación de naturaleza contractual que vincula como *lex inter partes* a la sociedad estatal AcuaMed y a la UTE la compone, en sus aspectos jurídicos más relevantes (y sin perjuicio del Pliego de Prescripciones Técnicas), un binomio contractual formado por:

- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (no informado por la Abogacía del Estado), PCAP en lo sucesivo, fechado el 26 de abril del 2006 y sin más referencias en la petición de informe sobre su publicación y licitación.
- El contrato suscrito entre la UTE y ACUAMED para la "redacción del proyecto, ejecución de las obras y operación y mantenimiento de la nueva planta desaladora del Bajo Almanzora (Almería)" firmado el día 25 de septiembre de 2.006.

En virtud de ello, de acuerdo con el artículo 2.1 así como con la disposición adicional sexta del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP) en su redacción dada por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo de Reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública y según se afirma en el mencionado PCAP, *la contratación queda sujeta a las prescripciones del TRLCAP relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación. Respecto de esas materias, en lo no previsto en el Pliego se estará a lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Por otro lado, la ejecución del contrato, sus efectos y extinción se regirán por lo establecido en el documento de formalización del contrato que se anexa a este Pliego, integrado por la legislación Civil y Mercantil.*

Interesa destacar, amén de lo anterior, que el contrato se configura inicialmente como un contrato mixto o único que aúna diversas prestaciones a ejecutarse de manera sucesiva o por fases, a saber, la redacción de un proyecto constructivo, la ejecución de las obras definidas en dicho proyecto y, finalmente, la operación y mantenimiento de la planta construida por un periodo de quince años.

Como otros datos de interés, aparentemente (pues no se dispone más que de su cita sin aportarse documentación alguna al respecto ni fecha ni dato alguno), se procedió, al poco tiempo, a la firma del *"Modificado nº1 del Proyecto de construcción de la Nueva Desaladora del Bajo Almanzora, término municipal de Cuevas de Almanzora (Almería)"*. También se menciona (sin más datos) el que, posteriormente, fue suscrito por las Partes el *"Proyecto Complementario nº1 de la Nueva Desaladora del bajo Almanzora, término municipal de cuevas de Almanzora (Almería)"*. No parece que ello haya generado controversia alguna en las relaciones entre AcuaMed y la UTE.

Tercera.- Entrando al contenido de Pliego y contrato, interesa destacar de los mismos que, en el primero de ellos (el Pliego), figura en su apartado 7 (página 11) el que *si antes de la Constatación de las Obras fuera posible y resultara necesario hacer una operación parcial de las instalaciones, el Adjudicatario vendrá obligado a realizar esta Operación Provisional en la forma que se establece en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares*. Del propio modo, el contrato disciplina en su cláusula 27 el que, una vez concluidas las obras, se realizarían las pruebas de puesta a punto y de sistemas y, realizadas éstas, siempre que estuviesen en condiciones las instalaciones, las de funcionamiento de la planta. También se acuerda que, terminado el período de las pruebas de funcionamiento, con resultado positivo, se constataría la ejecución de las obras mediante acta, a partir de cuya fecha comenzaría a contar el plazo de quince años de operación y mantenimiento de la planta y se procedería a la determinación de las mediciones definitivas y del valor de la obra ejecutada, así como a su liquidación.

Por otro lado y en lo que hace al aseguramiento de los daños, el Pliego establecía en su apartado 11.1 de la página 42 la obligatoriedad de proceder con carácter previo a la formalización del contrato a *Que el Adjudicatario haya presentado los seguros exigidos en la cláusula 31 del documento de formalización del Contrato*.

Ciertamente, en el contrato de fecha 25 de septiembre de 2.006 se pacta la contratación de diversos seguros, unos durante las fases de redacción del proyecto y de ejecución de la obra (seguro del tipo "todo riesgo de construcción" y seguro de garantía decenal de daños para la construcción previstos en la cláusula 31 y de necesaria suscripción antes de la formalización del contrato según lo visto en el Pliego) y otros durante la fase de explotación contemplados en la cláusula 34.4 con el detalle del anexo 10 al contrato.

Respecto de éstos últimos, ACUAMED se obliga a su contratación por cuenta del contratista adjudicatario en los términos que explica detalladamente el anexo 10 cuyos apartados correspondientes se reproducen más adelante en el presente informe. Tan solo destacar, en el momento presente, que en el caso del seguro todo riesgo para la operación y mantenimiento mencionado en el apartado 2.2.2. incumbía a ACUAMED su suscripción como Tomador del Seguro incluyéndose como Asegurado Adicional al Contratista Adjudicatario, el cual haría frente al pago de la prima del seguro a cada renovación anual.

Cuarta.- A la vista de lo anterior, resulta preciso conocer el exacto momento en que, según los documentos contractuales suscritos, habría procedido cumplimentar las obligaciones que se acaban de mencionar en la medida en que, aparentemente, no pudo consumarse para la totalidad de las instalaciones el paso de la fase de construcción a la de operación y mantenimiento durante la que tuvo lugar el episodio de fuertes lluvias causante de los daños.

Así y de los hechos referidos en la consulta formulada a este Servicio Jurídico que se toma como base de trabajo del presente informe, figura que el día 31 de julio de 2.012 se firmaron, entre otras, las siguientes actas:

- Actas de inspección conjunta de las obras (proyecto modificado y proyecto complementario) donde se afirma:

“Que en el día de hoy se ha procedido a la inspección conjunta de las obras, conforme a lo estipulado en el contrato entre ACUAMED y el CONTRATISTA. De la revisión realizada se desprende que las obras se encuentran finalizadas, habiéndose procedido a efectuar las pruebas de funcionamiento de las mismas, por lo que se puede proceder a la recepción de las mismas.”

- Acta de terminación parcial de las pruebas de funcionamiento en donde se dice que:

“TERCERO: (...) Que las obras objeto del contrato referido en el punto SEGUNDO [Complementario n°1] han sido probadas conforme al mencionado protocolo [el “Protocolo de pruebas de funcionamiento de la Planta Desaladora de Bajo Almanzora” suscrito por las Partes en fecha 5 de octubre de 2.011] verificándose su correcto funcionamiento. Que en relación con las obras referidas en el punto PRIMERO [modificado n°1] se han finalizado las pruebas especificadas en el protocolo correspondientes a gran parte de los elementos comunes y los bastidores n°1 y n°2, constatándose que se cumplen los parámetros previstos”

- Acta de inicio parcial del período de operación y mantenimiento donde figura lo siguiente:

“QUINTO: Que a la vista de las especiales circunstancias que concurren se decide, conforme a la cláusula 32 del contrato de 25 de septiembre de 2006 y a los condicionantes propios de un inicio parcial de explotación, con esta misma fecha iniciar el periodo de quince (15) de años de Operación de la Planta y sus Obras Complementarias, dándose comienzo a la Tercera Fase del mismo”.

Pues bien, toda vez que en el acta de terminación parcial de las pruebas de funcionamiento se dice que las obras correspondientes al proyecto complementario han sido probadas y se ha verificado su correcto funcionamiento y que las correspondientes al proyecto modificado han sido probadas en lo que se refiere “a gran parte de los elementos comunes y los bastidores n° 1 y n° 2, constatándose que se cumplen los parámetros previstos” parece evidente que las partes contratantes suscriben en conformidad (no consta impugnación o disenso al respecto) que se ha concluido satisfactoriamente, al menos en parte, la fase de construcción de obra y procede el paso a la última fase del contrato, esto es, la de operación y mantenimiento.

Aunque se emplee el término recepción en las actas, ni el Pliego de cláusulas administrativas particulares ni el contrato de fecha 25 de septiembre de 2.006 prevén, ni la terminación parcial de las pruebas de funcionamiento de la planta, ni el inicio parcial del período de operación y mantenimiento ni, menos aún, la posibilidad de recibir parcialmente la obra. Téngase en cuenta que si se hubiera tratado de un contrato administrativo al uso suscrito por una Administración, de conformidad con el artículo 147.5 del TRLCAP y 165 del Reglamento, la recepción parcial solo cabría respecto de contratos de obras susceptibles de ser ejecutados por fases que puedan ser entregadas al uso público según lo establecido en el contrato. Por otro lado, parece que, de tener que existir acto formal de recepción en el contrato, dicho acto será el que realice la administración encomendada, el Estado (algo de lo que no se tiene constancia al menos en la documentación remitida), dentro del plazo de un año desde la finalización del periodo de operación y mantenimiento según la cláusula 29 del contrato, es decir, a la conclusión de la totalidad del contrato mixto tal y como reza la cláusula 9.11 del contrato que dice:

9.11. En virtud del carácter de ACUAMED, que actúa como órgano de gestión directa de las competencias que corresponden a la Administración General o Institucional en materia de ejecución y explotación de obras hidráulicas, y en función de los intereses públicos afectados por las obras objeto del contrato, se conviene expresamente, y con total representación por las partes de esta situación, que la constatación del cumplimiento por el CONTRATISTA de sus obligaciones, según este contrato, así como la determinación final del objeto del mismo –en el marco del derecho a modificarlo que se deja expresado– se supeditan a la aprobación por la Administración del Estado de tales circunstancias. En consecuencia, y en virtud de lo aquí expresado, la recepción de las obras y la conformidad respecto de su ajuste al proyecto y a la forma y términos de la ejecución quedan sometidas a la posterior constatación y aprobación por la Administración Pública actuante a través de ACUAMED.

Debe por tanto desecharse cualquier interpretación que permita entender que las actas firmadas constituyen un supuesto de recepción de las actuaciones siquiera parcial en los términos del TRLCAP que permitan proceder a la liquidación formal y conclusión del contrato y, antes bien, debe entenderse que se trata de un acto de mera constatación, en conformidad, de la corrección de lo ejecutado posibilitando, al menos en parte, la apertura de la última fase del contrato. Ha de valorarse así lo que las partes han firmado y aceptado poniendo de manifiesto su intención al amparo del artículo 1.282 del Código Civil que dice "Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato".

Por otro lado, debe considerarse, también, que el bloque normativo aplicable a la fase de efectos y extinción del contrato en que nos encontramos se sujeta a Derecho privado donde opera el principio de autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1255 del código civil. No aparenta, finalmente, a la luz de la información suministrada, que la voluntad de AcuaMed generadora de su consentimiento a este proceder haya sido objeto de vicio, error invalidante o engaño alguno sin perjuicio de las consecuencias que el singular proceder al margen del contrato por acuerdo entre las partes pudiera tener lo cual no es objeto del presente informe.

Es razonable concluir a la vista de todo ello el que las partes manifestaron su voluntad de dar por concluida, al menos parcialmente, la fase de obra y de pasar a la fase última de operación y mantenimiento con todos los efectos que ello conllevaría según contrato.

Quinta.- Siendo, pues, la intención de los contratantes que existiesen, si así fuese posible, terminaciones e inicios parciales, sus efectos no han sido expresamente pactados, lo que excluye una interpretación y aplicación literal de las cláusulas del contrato. Es decir, se hace preciso determinar de cara a la exigibilidad de las obligaciones ulteriores cuál es la verdadera voluntad de las partes. Para ello habrá de estarse a otros criterios, fundamentalmente tres, la interpretación conjunta de las cláusulas, la interpretación de las cláusulas oscuras del contrato y la interpretación a favor de los intereses en juego.

Procede para ello traer a colación lo que en materia de interpretación de contratos establece el Código Civil considerando que se aplica el Derecho privado que no el TRLCAP. Concretamente, ha de acudirse a los artículos 1285, 1288 y 1289. Concretamente, afirman los dos primeros que:

1285: *Las cláusulas de los contratos habrán de interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.*

1288: *La interpretación de las cláusulas oscuras del contrato no deberá favorecer a la parte que hubiera causado la oscuridad.*

Finalmente, dispone el artículo **1.289** del Código Civil que *cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses.*

La transmisión de riesgos debe tener relación directa con terminación y la puesta en funcionamiento parciales. Admitir la inexistencia de transmisión alguna no favorece en absoluto la reciprocidad de intereses (Cfr. sentencia de Tribunal Supremo de 26 de enero de 2.001 - RJ 2552/2001).

Esa transmisión de riesgos es fruto de una interpretación que resulta más próxima a la intención de los contratantes, que puede deducirse de los actos de éstos coetáneos y posteriores al contrato, y de lo que se considera como más favorable a la mayor reciprocidad de intereses, criterios éstos que motivan que dicha interpretación se incline por entender que la terminación y la puesta en funcionamiento parciales han tenido como consecuencia una transmisión, siquiera parcial (doblemente por no haberse podido constatar totalmente y, por otro lado, por el hecho de que el contrato no se habría extinguido sino que pasaría de una fase a otra), de los riesgos; y, en particular, la extinción y el nacimiento, también al menos parciales, de las obligaciones pactadas de contratación de seguros en relación con la ejecución de las obras y con la puesta en funcionamiento (Vid., por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1.998 - RJ 761/1999).

Admitida esta interpretación, concurrirían, en caso de que no se entendiere la transmisión de riesgos como total, incumplimientos de ambas partes, que, sin perjuicio de otras consecuencias, originarían responsabilidad, por los daños causados, en las dos, en proporción al grado de terminación y de puesta en funcionamiento.

Sexta.- Dicho lo anterior, ha de analizarse qué consecuencias se han producido en el presente caso a la luz de los acontecimientos ulteriores a la parcial constatación de actuaciones e inicio de la fase de operación y mantenimiento.

Concretamente, se hace mención a un episodio de fuertes lluvias habido el día 28 de septiembre de 2012 que habrían ocasionado cuantiosos daños a la planta al punto de hacer imposible su funcionamiento. No se concreta, sin embargo, en ningún lugar la fuerza e intensidad del fenómeno meteorológico (por ejemplo mediante documentación de la Agencia Estatal de Meteorología) con la suficiencia que habría resultado menester luego, al no haber prueba sobre ello en la petición de informe, se entiende como hipótesis de trabajo que las lluvias no debieron de tener el grado ni la intensidad para ser catastróficas o constitutivas de alguno de los supuestos del artículo 1105 del código civil. Por otro lado, esta Abogacía del Estado tampoco ha sido capaz de encontrar disposición alguna que permita atender como situación de catástrofe o emergencia los daños sufridos en la planta por la lluvia ni tampoco consta que se haya solicitado o planteado solicitar ayuda o compensación oficial alguna por parte de AcuaMed o el contratista a este respecto.

No constando a este Servicio Jurídico documentación en el sentido señalado que permita pronunciarse con fundamento sobre el carácter extraordinario de las lluvias parece, así, que podría tratarse de un fenómeno meteorológico que podría tener perfecto amparo en los supuestos de riesgo asegurado por la cláusula 2.2.2. del anexo 10 al contrato antes recogida. Por ello, puede defenderse que se trataría de una contingencia de las que resultaría posible atender con el contrato de seguro que hubiera debido formalizarse en la fase de explotación cuando menos parcialmente o, al menos, con el de la fase de obras parcialmente si se entendiera que para las partes no constatadas aun aplicaba la fase de construcción.

Ello no obstante y sin ofrecerse razón alguna, parece darse a entender que tal seguro (el de la fase de explotación) no llegó a existir en ningún momento, lo que fuerza a analizar qué consecuencias tendría tal circunstancia de cara a poder concluir quién ha de hacerse en su caso responsable de los daños producidos.

Para ello, se hace necesario acudir a los términos del contrato que disponen en dos cláusulas diferentes previsión al respecto:

1.- De un lado y en lo que hace al principio de riesgo y ventura con carácter general:

CLÁUSULA 41. RIESGO DEL CONTRATO

41.1. *La ejecución del Contrato se realizará a riesgo y ventura del CONTRATISTA y, en consecuencia, no se reconoce por las partes virtualidad a ningún acontecimiento, de cualquier clase que sea, para anular, dejar sin efecto, disminuir o modificar la obligación del CONTRATISTA de ejecutarlo conforme a lo prevenido en el mismo.*

41.2. *Será obligación del CONTRATISTA realizar los trabajos objeto del presente contrato de manera que se procure evitar cualquier daño o perjuicio a los bienes públicos y privados, siendo de su cuenta y cargo las indemnizaciones a que diese lugar o se derivasen de la ejecución de los trabajos, liberando a ACUAMED de toda responsabilidad o reclamación que le fuese exigida al respecto.*

41.3. *La responsabilidad del CONTRATISTA se referirá, no sólo a su propia actuación sino también de la de los SUBCONTRATISTAS, y de la del personal que le preste servicios y de las otras personas por quien haya de responder, de acuerdo con la legislación vigente.*

41.4. *El CONTRATISTA responderá ante la Propiedad de los daños causados a la obra por terceros, antes de su recepción.*

El CONTRATISTA responderá así mismo, de los daños y perjuicios causados a ACUAMED y/o a cualesquiera terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

Si descuidase la policía de la obra o la reparación de los daños causaos, ACUAMED podrá tomar, a cargo del CONTRATISTA las medidas necesarias para evitar o reparar tales daños por falta de vigilancia.

El CONTRATISTA será responsable de cuantos perjuicios se deriven de las perturbaciones que se causen a las comunicaciones, red viaria de todo tipo y servicios de cualquier clase, habiendo de tener previstos los medios precisos de investigación previa de los que puedan quedar afectados, a fin de limitar la afección a lo indispensable, así como proyectar y programar su oportuna sustitución en su caso.

41.5. *Si la obra se arruinase total o parcialmente con posterioridad al plazo de expiración de la garantía por vicios ocultos de la construcción, debido a incumplimiento contractual por parte del CONTRATISTA, éste responderá de cualesquiera daños y perjuicios durante el plazo de quince (15) años a partir de la Constatación de la ejecución. Transcurridos estos plazos sin que se haya puesto de manifiesto ningún daño ni perjuicio, la responsabilidad del CONTRATISTA por esta causa quedará extinguida.*

2.- La específica previsión de la cláusula 34.4 y del apartado 2.2.2. del anexo 10 al contrato que sería la que define el seguro que permitiría, de haberse constituido, la atención de los daños ocasionados por las lluvias:

34.4. Póliza de Seguro durante la operación y el mantenimiento: El adjudicatario suscribirá el programa de seguros correspondiente a la fase de operación y mantenimiento con el contenido y alcance que se detalla en el Anexo nº 10.

Deberán mantenerse seguros vigentes durante el período de operación y mantenimiento de la obra, y su importe deberá adecuarse a los incrementos del valor de las obras a ejecutar que pudieran producirse.

En las pólizas deberán quedar totalmente cubiertos los riesgos que, de cualquier manera, puedan afectar a ACUAMED. ACUAMED habrá de aprobar los términos concretos del seguro, así como las condiciones generales y particulares de las pólizas a suscribir, y muy especialmente, en su caso, las exclusiones de cobertura de la misma.

...

Las pólizas de seguro exigidas por ACUAMED al CONTRATISTA preverán que el asegurador notificará a ACUAMED todo incumplimiento de dichas pólizas por parte del CONTRATISTA así como todo rechazo a la prórroga o renovación en un plazo que no podrá ser inferior a quince (15) días antes de la fecha de expiración de las pólizas. A estos efectos, cualquier modificación unilateral sobre la naturaleza o el importe de riesgos cubiertos será considerada como un incumplimiento.

En ausencia del consentimiento por parte de ACUAMED, todo incumplimiento del Adjudicatario de su obligación de suscribir y/o mantener la cobertura de seguros será considerado como una causa de resolución del Contrato imputable al Adjudicatario, sin perjuicio del derecho de ACUAMED a deducir del pago de las facturas a abonar al Adjudicatario una cantidad equivalente al importe de las pólizas de seguro no suscritas y/o mantenidas.

A petición de ACUAMED, el CONTRATISTA entregará las pólizas de seguros exigidas por ACUAMED en virtud de la presente cláusula.

...

ANEXO 10

2. SEGUROS A CONTRATAR DURANTE LA FASE DE EXPLOTACIÓN

2.1. Condición preliminar

...

Para los seguros indicados en los apartados 2.2.1. y 2.2.2., además de lo establecido en el párrafo anterior, se estipular que esta póliza será suscrita por ACUAMED como Tomador del Seguro incluyéndose como Asegurado Adicional al Contratista Adjudicatario, el cual hará frente al pago de la prima del seguro a cada renovación anual.

...

2.2.2. Seguro de Todo Riesgo de Daños Materiales

Para cubrir los daños materiales causados a la obra civil e instalaciones tanto principales como auxiliares, centros de transformación, instalaciones informáticas, mobiliario, elementos decorativos y enseres y cualquier otro bien o elementos que formen parte o se empleen en la explotación de las instalaciones adjudicadas para su Explotación.

Esta póliza tendrá un carácter anual renovable desde el inicio de la operación y mantenimiento y durante todo el periodo que dure la operación y mantenimiento.

La Suma asegurada cubrirá el 100% del valor de reconstrucción o reemplazo a nuevo de los bienes asegurados.

Para la cobertura de Pérdida de Beneficios se cubrirá el denominado "Beneficio Bruto" (compuesto por la suma de los gastos fijos más el beneficio neto antes de impuestos) con una cobertura automática del 30 % sobre la suma asegurada estimada inicialmente.

Se cubrirá con carácter enunciativo pero no limitativo:

- Incendio, explosión, caída del rayo.

- Daños por agua.

- Riesgos de la naturaleza.

- Huelgas, motín, conmoción civil, actos de vandalismo o malintencionados de terceros.

- Daños eléctricos a aparatos de generación, conducción y transformación, así como equipos electrónicos incluidos los de tratamiento de datos y demás equipos informáticos.

- Robo y expoliación de bienes.

- Gastos de Desescombro.

- Gastos de Extinción.

- Gastos de reposición de archivos.

- Honorarios profesionales.

- Riesgos extraordinarios amparados por el Consorcio de Compensación de Seguros; terremoto, inundación, terrorismo y demás riesgos en los términos previstos en su Reglamento y legislación vigente.

- Pérdida de Beneficios.

De forma adicional se contratará la garantía de Avería de Maquinaria, de las instalaciones que sean susceptibles de poder incluirlas y en función del alcance del contrato de garantía facilitado por los suministradores.

Respecto a la cobertura de Pérdida de Beneficios a consecuencia de un siniestro cubierto por la cobertura de Todo Riesgo de Daño Material el periodo indemnizatorio mínimo será de 12 meses de duración.

Pues bien y recuperando lo que ya se había avanzado al principio del presente informe, de una simple lectura resulta clara una primera conclusión cual es que a AcuaMed incumbía la facultad o deber de suscribir la póliza "como tomador", es decir, como aquella persona que en un contrato de seguros ha de proceder a la celebración del contrato de seguros juntamente con la compañía aseguradora. Por ello, siendo la posición del tomador la del contratante o persona que contrata el seguro es evidente que sólo a AcuaMed incumbía la suscripción de la póliza sin perjuicio de que fuera otro sujeto (la UTE) el obligado al pago de las primas de la póliza. Se recuerda que las obligaciones derivadas del contrato de seguro son asumidas por el tomador salvo aquellas que correspondan al asegurado tales como la inmediata declaración a la aseguradora del evento catastrófico asegurado, no pudiendo el asegurador, no obstante, rechazar el cumplimiento de las obligaciones del tomador por parte del asegurado tales como, por ejemplo sucede en el presente caso, el pago de la prima. Por otro lado, la figura del tomador tiene importante reflejo en diversos preceptos de la Ley 50/1980 de contrato de seguro cuando se dispone:

Artículo 5

El contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones deberán ser formalizadas por escrito. El asegurador está obligado a entregar al tomador del seguro la póliza o, al menos, el documento de cobertura provisional. En las modalidades de seguro en que por disposiciones especiales no se exija la emisión de la póliza el asegurador estará obligado a entregar el documento que en ellas se establezca.

En el presente caso, se pactó que el tomador (AcuaMed) sea el asegurado juntamente con la UTE lo que requiere traer a colación lo que dispone el artículo 7 que establece:

Artículo 7

El tomador del seguro puede contratar el seguro por cuenta propia o ajena. En caso de duda se presumirá que el tomador ha contratado por cuenta propia. El tercer asegurado puede ser una persona determinada o determinable por el procedimiento que las partes acuerden.

Si el tomador del seguro y el asegurado son personas distintas, las obligaciones y los deberes que derivan del contrato corresponden al tomador del seguro, salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado. No obstante, el asegurador no podrá rechazar el cumplimiento por parte del asegurado de las obligaciones y deberes que correspondan al tomador del seguro.

Los derechos que derivan del contrato corresponderán al asegurado o, en su caso, al beneficiario, salvo los especiales derechos del tomador en los seguros de vida.

Así, es razonable entender que la posición de AcuaMed, tal y como resulta del contrato que fuera objeto de pública licitación, era la de proceder, desde el inicio de la fase de operación, con carácter obligatorio a la suscripción del contrato de seguro en la posición de tomador del mismo sin perjuicio de que las primas fueran satisfechas por la UTE (no consta si directamente con la compañía aseguradora o a través de AcuaMed). La necesaria y formal constitución del contrato de seguros es lo que permitiría haber cobrado, en un normal desenvolvimiento de los hechos, la indemnización correspondiente sin llegar al momento actual donde no sólo no se ha cobrado cantidad alguna sino que no se posibilita el funcionamiento de la planta contrariamente a la encomienda de la sociedad.

Existe pues un fundamento de meridiana solidez para entender que, posiblemente, la sociedad AcuaMed no habría cumplido, salvo mejor explicación (por ejemplo si se justificase que la UTE no quiso pagar o planteó problemas al respecto de lo cual nada se dice en la consulta), con sus obligaciones resultando en este caso que la no suscripción del seguro podría resultar, en buena medida, imputable a AcuaMed.

Séptima.- No se desconoce que Pliego y contrato contienen otras cláusulas que pudieran conducir a una conclusión parcialmente diferente o incluso contradictoria con lo anterior cuando afirman que:

34.4. Póliza de Seguro durante la operación y el mantenimiento: El adjudicatario suscribirá el programa de seguros correspondiente a la fase de operación y mantenimiento con el contenido y alcance que se detalla en el Anexo nº 10.

Deberán mantenerse seguros vigentes durante el período de operación y mantenimiento de la obra, y su importe deberá adecuarse a los incrementos del valor de las obras a ejecutar que pudieran producirse.

En las pólizas deberán quedar totalmente cubiertos los riesgos que, de cualquier manera, puedan afectar a ACUAMED. ACUAMED habrá de aprobar los términos concretos del seguro, así como las condiciones generales y particulares de las pólizas a suscribir, y muy especialmente, en su caso, las exclusiones de cobertura de la misma.

...

Las pólizas de seguro exigidas por ACUAMED al CONTRATISTA preverán que el asegurador notificará a ACUAMED todo incumplimiento de dichas pólizas por parte del CONTRATISTA así como todo rechazo a la prórroga o renovación en un plazo que no podrá ser inferior a quince (15) días antes de la fecha de expiración de las pólizas. A estos efectos, cualquier modificación unilateral sobre la naturaleza o el importe de riesgos cubiertos será considerada como un incumplimiento.

En ausencia del consentimiento por parte de ACUAMED, todo incumplimiento del Adjudicatario de su obligación de suscribir y/o mantener la cobertura de seguros será considerado como una causa de resolución del Contrato imputable al Adjudicatario, sin perjuicio del derecho de ACUAMED a deducir del pago de las facturas a abonar al Adjudicatario una cantidad equivalente al importe de las pólizas de seguro no suscritas y/o mantenidas.

A petición de ACUAMED, el CONTRATISTA entregará las pólizas de seguros exigidas por ACUAMED en virtud de la presente cláusula.

Es decir, podría entenderse que hay una relativa contradicción entre esta cláusula que impone al contratista la suscripción del seguro previa su exigencia por AcuaMed y la del anexo 10 y concordantes antes transcritas si bien que, a juicio de este Servicio Jurídico, tanto ésta como otras cláusulas aparecen subordinadas a lo disciplinado en el anexo 10 con lo cual se entiende que serán las reglas de dicho anexo las que primen como norma especial sobre las generales. Del propio modo y para el caso de contradicción procede considerar la aplicación del principio consagrado en el artículo 1288 del código civil antes citado que decía:

1288: *La interpretación de las cláusulas oscuras del contrato no deberá favorecer a la parte que hubiera causado la oscuridad.*

Si se considera, en este caso, que ninguno de los documentos contractuales ha sido objeto de una negociación entre partes que se coloquen a un mismo nivel de competencia y decisión sino que, antes bien, es la sociedad contratante AcuaMed la que redacta, con los límites legales, Pliego, contrato y demás documentos, el contratista, por otro lado, no puede participar en la elaboración de las cláusulas a las que simplemente se adhiere. Es evidente que cualquier contradicción u oscuridad existente en las cláusulas que impida o dificulte formular una interpretación del contrato no debiera ser interpretada de manera que beneficie a AcuaMed que es quien, empleando la terminología del código civil, causó la oscuridad.

Octava.- Finalmente, no puede concluirse sin analizar si resultaría procedente acudir al seguro que durante la fase de construcción se impone al contratista en las cláusulas 31.1 y .2 del contrato como instrumento para atender los daños al tenor de dichas cláusulas que rezan:

31.1. EL CONTRATISTA viene obligado a suscribir un seguro de la modalidad "todo riesgo para la construcción" y "garantía decenal", que cumpla satisfactoriamente los requisitos que se determinen en el anexo nº 10 de este contrato. En la póliza deberá quedar totalmente cubierto los riesgos que, de cualquier manera, puedan afectar a ACUAMED.

El hecho de que el seguro sea de carácter decenal no eximirá al contratista de las obligaciones y responsabilidades derivadas de la aplicación del artículo 1591 párrafo 2º del Código Civil.

31.2. ACUAMED habrá de aprobar los términos concretos del seguro, así como las condiciones generales y particulares de la póliza a suscribir, y muy especialmente, en su caso, las exclusiones de cobertura de la misma. El seguro tendrá que presentarse a la aprobación de ACUAMED, y tendrá que estar vigente desde la fecha de formalización del presente contrato hasta la expiración del plazo de garantía señalado en la Cláusula 29 con la aprobación del acta del certificado del fin del período de garantía.

Ello se detalla y desarrolla en el anexo 10 que dice a este respecto:

1.2. Seguros a contratar durante las fases de redacción de proyecto y ejecución de obra

A) **SEGURO DEL TIPO "TODO RIESGO DE CONSTRUCCIÓN", que incluirá:**

...

1.2.4. Seguro de Todo Riesgo de Construcción y Montaje

Por el valor del 100% del Importe del Presupuesto de adjudicación de Contrata para cubrir los daños y pérdidas ocurridos en los Trabajos Objeto de este Contrato desde la fecha de inicio de los Trabajos en el Emplazamiento, hasta la entrega de los mismos a la Propiedad de acuerdo con el presente Contrato, incluyendo el período de pruebas, e incluyendo un período de mantenimiento amplio de 24 meses, desde su entrega.

Dicho seguro, deberá garantizar como mínimo:

- **Obra civil e instalaciones: 100% del valor del Contrato.**
- **Riesgos de la Naturaleza: 100% del valor del Contrato.**
- **Bienes preexistentes: 3.000.000 € a primer riesgo (si fuera preciso teniendo en cuenta las características de cada contrato) .**
- **Gastos de desescombro: 25% 10 % del valor del Contrato.**
- **Horas extras y transportes urgentes: 15% 10 % del valor del Contrato.**

- Gastos de extinción: 15% 10 % del valor del Contrato.
- Honorarios profesionales (no peritos) hasta un 5 % del valor del Contrato , incluidos los del Asegurado, de acuerdo con los baremos vigentes.
- Huelga, Motín y Conmoción Civil: 6.000.000 € 5 % del valor del Contrato por siniestro.
- Terrorismo: 6.000.000 € : 3.000.000 de € por siniestro.
- Aumento automático de sumas aseguradas: 25%. 20 %.
- Errores de diseño, incluyendo la pieza defectuosa.
- **Mantenimiento amplio: 24 meses.**

A simple vista y salvo mejor explicación debe descartarse que la previsión temporal que dispone la cláusula al establecerla ("*hasta la entrega de los mismos a la Propiedad de acuerdo con el presente Contrato, incluyendo el período de pruebas, e incluyendo un período de mantenimiento amplio de 24 meses, desde su entrega*") permita entender vigente la parte de seguro de daños por riesgos de la naturaleza una vez concluida, al menos en su mayor parte, la fase de construcción. No parece, por otro lado, que la fase denominada de "mantenimiento amplio" que sí debiera estar vigente, salvo mejor criterio o justificación, sea la procedente para atender la reparación de los daños causados por fenómenos de la naturaleza.

Otra cuestión distinta sea el que, si se acepta la premisa de que el formal inicio de la fase de operación y mantenimiento de mutuo acuerdo convenido en acta al menos parcialmente, se haya podido proceder a cancelar el seguro de la fase de construcción de la obra al menos en aquellas partes de la obra donde las partes acuerdan proceder al inicio de la fase de operación y mantenimiento (algo sobre lo que tampoco se dispone de información).

Lógicamente ésta situación requeriría, entre otras muchas cosas, el que la sociedad AcuaMed, que se presume debiera haber sido informada de la cancelación del seguro de la fase de obras a tenor de la literalidad del contrato, hubiera manifestado su parecer favorable a la cancelación parcial del seguro instando, ello no obstante, el mantenimiento del seguro en la parte de la instalación no afectada por el inicio de la fase de operación y mantenimiento. No consta que la sociedad haya realizado actuación en ningún sentido a este respecto. Se entiende, sin embargo y para el caso de que el contrato se hubiera desenvuelto con normalidad, que tanto el contratista como la aseguradora deberían haberle comunicado a AcuaMed esta circunstancia al objeto de que pudiera pronunciarse expresamente.

Lo que en ningún caso parecería admisible es sostener, con el debido fundamento, el que la sociedad AcuaMed debió disponer del seguro de construcción parcialmente vigente así como del seguro de explotación en su totalidad. Tal interpretación no sería correcta pues podría estar conduciendo a un supuesto de seguro doble o concurrencia de seguros si se interpretase en el sentido de que AcuaMed debió disponer de cobertura por estas dos vías (en la hipótesis, además, de que el segundo seguro se hubiera constituido). Se entiende que la situación de seguro doble se origina cuando el mismo riesgo está cubierto simultáneamente por dos o más entidades aseguradoras, de forma que el capital total asegurado excede del valor máximo asegurable. Así y teóricamente hablando, si se produjera la pérdida de dicho objeto a consecuencia de un siniestro, las indemnizaciones conjuntas debidas por las distintas aseguradoras sobrepasarían el valor real del objeto y serían, por tanto, causa de lucro para el tomador del seguro.

La regulación de ello se establece en los artículos 32 y 33 de la Ley del contrato de seguro antes citada que disponen:

Artículo 32

Cuando en dos o más contratos estipulados por el mismo tomador con distintos aseguradores se cubran los efectos que un mismo riesgo puede producir sobre el mismo interés y durante idéntico período de tiempo el tomador del seguro o el asegurado deberán, salvo pacto en contrario, comunicar a cada asegurador los demás seguros que estipule. Si por dolo se omitiera esta comunicación, y en caso de sobreseguro se produjera el siniestro, los aseguradores no están obligados a pagar la indemnización.

Una vez producido el siniestro, el tomador del seguro o el asegurado deberá comunicarlo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 16, a cada asegurador, con indicación del nombre de los demás.

Los aseguradores contribuirán al abono de la indemnización en proporción a la propia suma asegurada, sin que pueda superarse la cuantía del daño. Dentro de este límite el asegurado puede pedir a cada asegurador la indemnización debida, según el respectivo contrato. El asegurador que ha pagado una cantidad superior a la que proporcionalmente le corresponda podrá repetir contra el resto de los aseguradores.

Si el importe total de las sumas aseguradas superase notablemente el valor del interés, será de aplicación lo previsto en el artículo 31.

Artículo 33

Cuando mediante uno o varios contratos de seguros, referentes al mismo interés, riesgo y tiempo, se produce un reparto de cuotas determinadas entre varios aseguradores, previo acuerdo entre ellos y el tomador, cada asegurador está obligado, salvo pacto en contrario, al pago de la indemnización solamente en proporción a la cuota respectiva.

No obstante lo previsto en el párrafo anterior, si en el pacto de coaseguro existe un encargo a favor de uno o varios aseguradores para suscribir los documentos contractuales o para pedir el cumplimiento del contrato o contratos al asegurado en nombre del resto de los aseguradores, se entenderá que durante toda la vigencia de la relación aseguradora los aseguradores delegados están legitimados para ejercitar todos los derechos y para recibir cuantas declaraciones y reclamaciones correspondan al asegurado. El asegurador que ha pagado una cantidad superior a la que le corresponda podrá repetir contra el resto de los aseguradores.

Es decir, solamente en el supuesto de que el seguro de explotación hubiere sido suscrito parcialmente podría, con la salvedad del coseguro, sostenerse una vigencia también parcial, a su vez, del seguro de construcción algo que, a la vista de los hechos planteados, no parece haberse producido.

Se desconoce si tales preceptos han sido objeto de planteamiento en algún momento de las presentes actuaciones o si ellos hubieran sido la causa de no proceder a suscribir, contrariamente al contrato, el seguro de la fase de explotación por parte de AcuaMed (no se ofrece explicación alguna a este Servicio Jurídico). Desconociendo igualmente cuál ha sido el proceder de la UTE contratista en el sentido de si ha comunicado o no esta circunstancia a la sociedad AcuaMed, ciertamente y considerando que el contrato tiene un contenido confuso o incluso contradictorio, no se aprecia que la sociedad AcuaMed haya procedido como órgano de contratación a modificar el contrato en ejercicio de la potestad de que disponía ni tampoco a aclarar o interpretar el mismo en ningún momento de las presentes actuaciones en el sentido de que los dos contratos de seguro se hubieran formulado conforme el artículo 33 de la Ley 50/1980 lo que no demuestra (salvo prueba en contra) un ejercicio completamente diligente de sus facultades contractuales.

POR TODO ELLO, entiende este servicio jurídico, con las oportunas cautelas, que existe fundamento para sostener el que la sociedad AcuaMed ha contribuido con su actuación a la presente situación pudiendo entenderse como corresponsable de ella. Y ello no en el sentido de que hubiera podido evitar los daños ocasionados por un fenómeno natural ajeno a la voluntad de las partes, sino porque no obró con la diligencia y coherencia suficiente con su actuación previa cuando, habiendo procedido a una parcial constatación de las actuaciones, sin embargo no controló el mantenimiento del seguro de construcción en la parte correspondiente ni, por otro lado, parece que exigiera el cumplimiento de la cláusula que le facultaba a ella exclusivamente a la suscripción del seguro todo riesgo de la fase de explotación siquiera parcialmente (sin que conste razón alguna a este Servicio Jurídico). Todo ello sin exonerar de causa y culpa a la UTE que debió avisar de tal circunstancia (se desconoce si lo hizo por este Servicio Jurídico) desactivando o dando de baja los seguros de la fase anterior pero conociendo la existencia de un posible riesgo no cubierto y pudiendo, así, quedar beneficiada indebidamente de ello (especialmente si llegó a cobrar cantidad alguna en la fase de explotación destinada a atender los costes del seguro lo cual también se desconoce por este Servicio Jurídico) cuando pesa sobre la misma el principio de riesgo y ventura que el propio contrato establece.

Es cuanto tengo el deber de informar sin perjuicio de que, si así se manifiesta, pueda elevarse la cuestión a la Abogacía General del Estado y Dirección del Servicio Jurídico del Estado para consulta o ratificación del criterio, no obstante lo cual Usted resolverá.

Madrid, 10 de abril de 2014

EL ABOGADO DEL ESTADO COORDINADOR JEFE DEL CONVENIO
DE ASISTENCIA JURIDICA

Pablo Fernández Ruiz