

Dictamen nº: **229/17**  
Consulta: **Consejero de Transportes, Vivienda e  
Infraestructuras**  
Asunto: **Contratación Administrativa**  
Aprobación: **01.06.17**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 1 de junio de 2017, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del acuerdo marco para la contratación por lotes, zona este y oeste, de las obras de reforma, reparación y conservación en viviendas, locales, garajes, edificios y solares adscritos al patrimonio de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid, zona oeste.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 5 de mayo de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo formulada por el consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras el día 28 de abril, sobre resolución del acuerdo marco para la contratación por lotes, zona este y oeste, de las obras de reforma, reparación y conservación en viviendas, locales, garajes, edificios y solares adscritos al patrimonio de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid, zona oeste.

Admitida a trámite, con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 189/17, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 23 apartado 1 del Reglamento Orgánico de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

Ha correspondido su ponencia al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión, en su sesión de 1 de junio de 2017.

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

1.- El 17 de noviembre de 2015 se inició por la Agencia de Vivienda Social la tramitación del expediente de contratación del referido acuerdo marco. Tras la aprobación de los pliegos de contratación el 18 de diciembre y la preceptiva autorización del Consejo de Gobierno el 29 de diciembre se tramitó el correspondiente procedimiento por el que se adjudicó con fecha 15 de abril de 2016 el lote zona oeste a COPISA CONSTRUCTORA PIRENAICA S.A. (en adelante “*la contratista*”) por un importe total de 1.954.177,35 euros y un plazo de ejecución de 12 meses.

2.- El contrato se formalizó el 18 de mayo constituyéndose la garantía definitiva mediante seguro de caución de 80.751,32 euros acreditado en la Tesorería General de la Comunidad de Madrid con fecha 12 de abril.

3.- Con fechas 6 y 9 de marzo de 2017 se requirió a la contratista para que, en el plazo de cinco días naturales, firmase una serie de contratos derivados indicando en los requerimientos que la negativa a formalizar los contratos derivados del acuerdo marco era causa de resolución.

4.- El 22 de marzo de 2017 la directora gerente de la Agencia de Vivienda Social acordó el inicio del procedimiento de resolución del Acuerdo Marco (Lote zona oeste) puesto que a esa fecha la contratista no había accedido a la formalización de los contratos.

Asimismo en la citada resolución se acuerda la suspensión del acuerdo marco y se concede un plazo de 10 días naturales a la contratista y a los demás interesados en el procedimiento para formular alegaciones.

5.- El 22 de marzo de 2017 se notifica por correo electrónico la citada resolución a la contratista y el 28 de marzo a S.C. ONIX ASEGURARI S.A. Consta en el expediente la recepción de los correos electrónicos.

6.- El 24 de marzo la contratista remite un correo electrónico adjuntando los contratos derivados firmados.

7.- El 27 de marzo presenta escrito de alegaciones la contratista en el que manifiesta que no ha tenido nunca intención de no suscribir los contratos derivados pero no considera correcto el plazo de cinco días concedido para su formalización.

Entiende que de la remisión de la cláusula 35 del Pliego y del artículo 198.5 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCPS), el plazo para la formalización deberían ser quince días y no cinco.

No consta la presentación de alegaciones por la aseguradora.

8.- El 15 de diciembre de 2016 se formula propuesta de resolución por el secretario general de la Agencia de Vivienda Social.

A diferencia de la contratista considera que los artículos 156.3 y 198.5 así como la cláusula 35 del Pliego determinan que el plazo de

formalización de los contratos derivados no pueda ser superior a cinco días y la no formalización en plazo impide su formalización en un momento posterior (Informe 5/11, de 1 de marzo de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado).

Por ello procede la resolución contractual de conformidad con la cláusula 32 del Pliego así como la incautación de la garantía definitiva.

9.- Con fecha 25 de abril emite informe la Abogacía General de la Comunidad de Madrid. Considera que el plazo para formalizar los contratos era el de cinco días naturales procediendo asimismo la incautación de la garantía.

10.- Con fecha 5 de mayo de 2017 tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora la solicitud de dictamen.

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, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deber ser consultada en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público”*.

Al formularse oposición a la resolución del acuerdo marco por parte de la contratista, resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión.

**SEGUNDA.-** En cuanto a la normativa aplicable, tanto en cuanto al procedimiento a seguir como al fondo del asunto, al tratarse de un acuerdo marco adjudicado en abril de 2016 y de un procedimiento de resolución iniciado en marzo de 2017, resulta de aplicación lo dispuesto en el TRLCSP.

Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”*.

En esta materia de procedimiento de resolución de contratos administrativos, el artículo 211 TRLCSP exige que en el correspondiente expediente se de audiencia al contratista. Además, debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGLCAP, que exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*.

Consta en el expediente que se dio traslado a la contratista y a la reclamante del escrito de inicio del procedimiento que concedía plazo para alegaciones si bien solo la contratista ha hecho uso de ese derecho.

Además, el apartado tercero de dicho artículo dispone que *“será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista”*.

Por otra parte, el artículo 224.1 TRLCSP, dispone en su apartado primero que *“la resolución del contrato se acordará por el órgano de*

*contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca”.*

El presente procedimiento se ha iniciado por acuerdo la directora gerente que es el órgano de contratación de la Agencia conforme el artículo 6.2 g) del Decreto 244/2015, de 29 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la organización, estructura y régimen de funcionamiento de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid

Por otro lado, se ha dado audiencia a la contratista que ha manifestado su oposición a la resolución contractual, lo que hace preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

Ha emitido informe la Abogacía General de la Comunidad de Madrid de conformidad con los artículos 211.2 del TRLCSP, 109 del RGLCAP y 4.1 h) de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo máximo de tres meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento (art. 21.3 y 25.1b) de la LPAC de aplicación a este procedimiento en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

No obstante, el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el plazo de tres meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, tal y como establece el artículo 22.1 d) de la LPAC, al señalar que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse, entre otras circunstancias, en la siguiente:

*“...Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento”.*

En este caso el procedimiento se inició mediante Acuerdo de 22 de marzo de 2017 y ha sido suspendido al solicitar el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora habiéndose notificado a los interesados en el procedimiento.

**TERCERA.-** Expuestas las consideraciones procedimentales procede entrar en el análisis del fondo de la cuestión planteada.

En primer lugar, ha de destacarse que no estamos ante un contrato al uso sino ante un acuerdo marco que, como señala la Resolución 148/2012, de 5 de diciembre de 2012 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, no son tanto tipo contractual como una técnica de contratación tendente a racionalizar la contratación pública.

Ahora bien, cabe distinguir dos tipos de acuerdos marco, aquellos en los que las condiciones contractuales están plenamente fijadas en el acuerdo marco, de tal forma que no es necesaria una nueva licitación y aquellos en los que no quedan plenamente fijadas, en los que será necesario convocar a las partes a una nueva licitación (artículo 198 TRLCSP). Tal y como entiende la Comisión Europea (Dirección General de Mercado Interior y Servicios) en su nota explicativa sobre los acuerdos marco de 14 de julio de 2005 (CC/2005/03) en el primer caso (contratos marco) estaríamos ante contratos públicos “*tradicionales*”.

En el caso que nos ocupa estamos ante un acuerdo marco en el que, de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas, se trata de seleccionar una única empresa a la que se encomendaran los sucesivos contratos de obras que se precisen sobre la base de los precios ofertados.

Por tanto, en este caso la naturaleza contractual del acuerdo marco se ve reforzada. Ello cobra especial relieve toda vez que la regulación de los acuerdos marco en el TRLCSP resulta un tanto fragmentaria puesto que aparecen regulados en el capítulo II del Título II “*Racionalización Técnica de la Contratación*” del Libro III “*Selección del contratista y adjudicación de los contratos*” sin hacer referencia alguna a la posibilidad de resolución.

La posibilidad de resolver el acuerdo marco ha sido analizada en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 23 de enero de 2017 (recurso 515/2015) que considera que procede la resolución de un acuerdo marco toda vez que el pliego (aceptado y consentido por la recurrente) establecía expresamente la aplicación de las causas de resolución del artículo 223 del TRLCSP.

En el caso que nos ocupa, la cláusula 32 del Pliego establecía que procedería la resolución del acuerdo marco en los casos previstos en los artículos 85, 223, 216.6 y 237 del TRLCSP así como por una serie de causas específicas entre las que se encuentra: “*El rechazo por el empresario seleccionado a formalizar con la Administración los contratos derivados del Acuerdo marco y a la ejecución de las obras objeto de dichos contratos derivados*”.

Por tanto, resulta de aplicación el artículo 223 h) del TRLCSP que admite como causas de resolución las establecidas expresamente en el pliego.

**CUARTA.-** Establecida la procedencia de la causa de resolución invocada por la Administración procede analizar si efectivamente

concurrir las circunstancias necesarias para su aplicación a la luz de la documentación obrante en el expediente.

La Administración requirió con fecha 6 de marzo de 2017 a la contratista para que formalizase el contrato en un plazo de cinco días naturales, hecho que no es negado por la contratista.

La contratista no contestó tal requerimiento sin realizar manifestación alguna hasta el trámite de audiencia en el procedimiento de resolución cuando (27 de marzo) remite los contratos firmados el día 24 y se opone a la aplicación del plazo de cinco días.

No pueden acogerse las alegaciones de la contratista.

El artículo 156.3 del TRLCSP establece que los contratos que sean susceptibles de recurso especial de contratación no podrán formalizarse antes de que transcurran quince días hábiles desde la notificación de la adjudicación, plazo que viene impuesto por el de presentación del recurso establecido en el artículo 44.

Una vez transcurrido ese plazo se requerirá al adjudicatario para que formalice el contrato en cinco días, sin especificar que hayan de ser hábiles por lo que es de aplicación la disposición adicional 12ª del TRLCSP en cuanto a que los plazos por días en los que no se especifique en la ley que sean hábiles habrán de entenderse como naturales.

En los restantes casos, es decir, contratos no susceptibles de recurso especial, la formalización se realizará no más tarde de los quince días hábiles siguientes a la notificación de la adjudicación, plazo que como hemos expuesto la contratista considera aplicable.

Debemos partir de la regla específica que para los contratos derivados de un acuerdo marco establece el artículo 198.5 en cuanto a

que la formalización podrá realizarse sin necesidad de observar el “*plazo de espera previsto en el artículo 156.3*”.

Al interpretar esa norma ha de estarse a los criterios hermenéuticos del artículo 3 del Código Civil. Pues bien, una interpretación literal teniendo en cuenta asimismo el espíritu y finalidad de la norma, conduce a entender que el plazo para formalizar estos contratos es el de cinco días.

En primer lugar, porque el precepto menciona expresamente el “*plazo de espera*”, plazo que sin duda es el de quince días del primer párrafo del artículo 156.3 con la consecuencia anudada de la aplicación del plazo de cinco días del párrafo segundo.

De otro lado, el artículo 198.5 sería absurdo si se entendiese tal y como propugna la contratista. De seguir esa tesis, los contratos derivados de un acuerdo marco susceptibles de recurso especial se formalizarían en cinco días, pudiendo presentarse el recurso una vez formalizados (Resolución 117/2012, de 29 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía) en tanto que la formalización de los no susceptibles de recurso se realizaría en quince, algo en contra claramente de la finalidad de la norma.

Además, el artículo 156.3 tampoco exige que los contratos se formalicen en quince días sino en un máximo de quince días hábiles.

Ha de tenerse en cuenta, además, que los acuerdos marco son una técnica de racionalización de la contratación que, como señala el Informe 37/14, de 30 de junio de 2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, permite una mayor eficacia en la contratación pública al agilizar y simplificar la tramitación administrativa, siendo esta la razón por la que el artículo 198.5 excluye el plazo de espera de quince días y permite formalizar el contrato derivado en cinco días. Carecería de sentido el establecer en este caso un plazo de formalización idéntico al de un contrato ordinario. En los contratos derivados de un acuerdo marco la

totalidad o, al menos, gran parte del contenido contractual ya ha sido establecido en el acuerdo marco por lo que el interés público requiere una mayor agilidad en la gestión sin necesidad de mantener los plazos establecidos para posibilitar la interposición de un recurso especial

De hecho, el artículo 151.1 del Proyecto de Ley 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, actualmente en tramitación parlamentaria, establece que en los contratos basados en un acuerdo marco no resultará necesaria la formalización.

Es por ello que el plazo de formalización del contrato era de cinco días naturales, plazo que fue comunicado a la contratista sin que esta realizase acto alguno (ni siquiera cuestionando el plazo que se le había notificado) hasta que se le concedió el trámite de audiencia en el procedimiento de resolución, conducta que evidencia el incumplimiento de la obligación de formalizar el plazo, sin que tenga efectos la formalización tardía que pretendió realizar una vez iniciado el procedimiento de resolución, es decir, cuando ya concurría la causa de resolución.

A estos efectos la cláusula 32 del Pliego es clara en cuanto a que la no formalización en plazo es causa de resolución del contrato y por tanto es aplicable el artículo 227. 1 h) del TRLCSP.

**QUINTA.-** Procede hacer una referencia a la incautación de la garantía definitiva.

En cuanto a los efectos de la resolución el artículo 225.3 del TRLCSP, establece lo siguiente: *“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se*

*hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.*

Es doctrina mayoritaria de esta Comisión Jurídica Asesora que del precepto transcrito no puede inferirse la incautación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista.

Ahora bien, en el Pliego de Cláusulas Administrativas, la citada cláusula 32 establece:

*“En los casos de resolución por incumplimiento culpable del empresario seleccionado, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. La determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar el empresario seleccionado se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la ejecución de las obras programadas y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”.*

Al establecer expresamente el pliego la incautación automática de la garantía procede tal incautación sin perjuicio de la determinación en un procedimiento ulterior de los daños y perjuicios que ha de abonar la contratista si exceden del importe de la garantía.

En mérito a lo expuesto la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

Procede resolver el acuerdo marco para la contratación por lotes, zona este y oeste, de las obras de reforma, reparación y conservación en viviendas, locales, garajes, edificios y solares adscritos al patrimonio de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid, zona oeste con incautación de la garantía definitiva.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, 1 de junio de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 229/17

Excmo. Sr. Consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras

C/ Maudes nº 17 - 28003 Madrid