

Dictamen nº: **364/17**
Consulta: **Consejero de Políticas Sociales y Familia**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **14.09.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 14 de septiembre de 2017, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Políticas Sociales y Familia, 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 del Servicio Público de Atención Residencial a Personas Mayores Dependientes, Modalidad financiación total y financiación parcial. Año 2017 suscrito con la entidad REMAYMAD S.L. adjudicataria de 40 plazas en el Centro Residencial denominado Centro Belmonte, en Belmonte del Tajo, Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 2 de agosto de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora una solicitud de dictamen preceptivo formulada por el consejero de Políticas Sociales y Familia acerca del expediente de resolución del acuerdo marco referenciado.

A dicho expediente se le asignó el número 326/2017 comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la

Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

Ha correspondido su ponencia a la letrada vocal Dña. Rosario López Ródenas quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberada y aprobada, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en su sesión de 14 de septiembre de 2017.

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

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas particulares del “*Acuerdo Marco del Servicio Público de Atención Residencial a Personas Mayores Dependientes, Modalidad financiación total y financiación parcial. Año 2017*” fueron aprobados por Orden del Consejero de Políticas Sociales y Familia el 7 de julio de 2016.

Mediante Orden del consejero de Políticas Sociales y Familia de 30 de enero de 2017 se adjudica a la empresa referenciada 40 plazas, ofertadas en el centro residencial denominado Centro Belmonte, número de registro de centro C2169 ubicado en la calle Barrio Alto, 35, 28390 Belmonte del Tajo, Madrid.

El 23 de febrero de 2017 se formaliza con el adjudicatario el acuerdo marco (en adelante, acuerdo marco suscrito con el adjudicatario). El acuerdo marco comprende 40 plazas en el denominado Centro Belmonte, con un precio por plaza ocupada/día de 51,00 euros (IVA excluido) y una vigencia de dos años, prorrogable, como máximo, por el mismo periodo que el inicial. En virtud de lo previsto en su cláusula primera, se compromete a llevar a cabo su ejecución y la de los correspondientes contratos derivados, con estricta

sujeción a lo previsto en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas.

El director general de Atención a la Dependencia y al Mayor en memoria justificativa de 2 de marzo de 2017 propone la necesidad e idoneidad de la adjudicación del contrato derivado para la contratación de 20 plazas de financiación total en la residencia Centro Belmonte con una duración que alcanza, desde el 1 de julio de 2017 al 30 de junio 2019 (ambos inclusive).

El Área de Contratación de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales requiere al adjudicatario para la realización de trámites y presentación de diversa documentación, mediante fax de 10 de mayo de 2017: constitución de garantía definitiva, certificación del cumplimiento de obligaciones tributarias, otras justificaciones referidas al Impuesto de Actividades Económicas y póliza de seguros. El requerimiento indica:

“Los justificantes y documentos correspondientes se presentarán en el plazo máximo de diez días hábiles, contados desde el día siguiente al de la recepción de este requerimiento, en el Registro de la Consejería de Políticas Sociales y Familia (C/ O’ Donnell, nº 50 – 28009 Madrid) y se dirigirán al Área de Contratación.

En el supuesto de no cumplimentar adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, en aplicación del artículo 151.2 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (RDL 3/2011, de 14 de noviembre), se declarará decaída la propuesta de adjudicación.

Asimismo se entenderá que no ha puesto a disposición de la Administración las plazas propuestas para ser adjudicadas, a efectos de lo establecido en la cláusula 31. Causas de Resolución del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Fecha fin para presentar esta documentación: 25 de mayo de 2017”.

Finalizado el plazo otorgado sin presentación de la documentación requerida, previa propuesta del director general de Atención a la Dependencia y al Mayor de 6 de junio de 2017, el consejero de Políticas Sociales y Familia mediante Orden de 7 de junio de 2017 inicia expediente de resolución del Acuerdo Marco suscrito con el adjudicatario correspondiente a las 40 plazas adjudicadas a REMAYMAD, S.L. en el Centro Residencial denominado Centro Belmonte número de registro de centro C2169 ubicado en C/ Barrio Alto, 35, 28390 Belmonte del Tajo, Madrid, sin incautación de garantía al no estar prevista su constitución en el acuerdo marco y sin reclamación de daños y perjuicios *“ya que, al no haber plazas concertadas por la Consejería en el municipio, no hay afectación al servicio prestado”*.

Se confiere trámite de audiencia al adjudicatario. En uso de dicho trámite el 29 de junio de 2017 la empresa presenta escrito de alegaciones. Alega, que la oferta de plazas se formuló *“con convencimiento”* de que las plazas serian de financiación parcial y se opone a la resolución *“ya que la necesidad de plazas en un futuro puede aconsejar contar con ellas”*. Las alegaciones son informadas el 6 de julio de 2017 por el director general de Atención a la Dependencia y al Mayor.

Se suspende el plazo para resolver el procedimiento mediante orden de 11 de julio de 2017 para recabar informe del Servicio Jurídico, notificándose telemáticamente al adjudicatario, el 12 de julio de 2017.

Con fecha 27 de julio de 2017 emite informe la Abogacía General, favorable a la resolución del Acuerdo Marco.

Con idéntica fecha, se levanta la suspensión acordada y se acuerda nuevamente la suspensión para recabar informe de la Intervención, notificándose telemáticamente al adjudicatario el 28 de julio de 2017.

El 28 de julio de 2017 emite informe la Intervención.

El 31 de julio 2017 se procede al levantamiento de la suspensión y se acuerda nuevamente la suspensión del plazo para resolver el procedimiento en solicitud de dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora notificándose telemáticamente al adjudicatario el 1 de agosto de 2017.

Con fecha 2 de agosto de 2017 tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora la solicitud de dictamen.

A la vista de tales antecedentes, formulamos 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

“f) expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre (...) d.- 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 del sector público”.

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

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 el 30 de enero de 2017 y de un procedimiento de resolución iniciado en junio de 2017, resulta de aplicación lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

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 (en adelante, RGLCAP), referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*”.

Además, el propio PCAP establece en su cláusula 2 que para lo no previsto en los mismos, el contrato se regirá, por el TRLCSP, y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público y por el citado RGLCAP.

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*” sin que en el caso que nos ocupa la resolución del acuerdo marco suscrito con el adjudicatario lleve aparejada dicha incautación, toda vez que el

apartado 16 de la cláusula 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares no exige constitución de garantía para el acuerdo marco.

Se ha dado audiencia al adjudicatario que ha manifestado su oposición a la resolución del acuerdo marco, lo que hace preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora puesto que 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”* siendo el consejero de Políticas Sociales y Familia, el órgano legitimado para acordar la resolución del Acuerdo Marco.

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 Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, 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 Orden de 7 de junio de 2017 y ha sido suspendido al solicitar el informe de la Abogacía General, así como en solicitud de informe de la Intervención y de esta Comisión Jurídica Asesora, suspensiones que han sido notificadas al interesado en el procedimiento. De este modo, en las fechas actuales, el plazo para resolver el procedimiento no ha expirado.

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 un tipo contractual sino 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 marcos 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 se trata de un acuerdo marco cuyas condiciones contractuales se encuentran plenamente establecidas sin que para los contratos basados en el mismo se exija nueva licitación (cláusula 36 del PCAP).

El acuerdo marco se suscribió con una empresa adjudicataria cuya oferta se ajustaba a los criterios de selección, se formalizó en documento administrativo y por tanto quedó perfeccionado desde su formalización tal como indica la cláusula 17 del PCAP, sin que la Administración haya podido realizar un contrato basado en el citado acuerdo marco por incumplimiento por parte del contratista de la realización de trámites y presentación de la documentación requerida.

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 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 este supuesto, la cláusula 32 del PCAP establece que procede 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 su parte, la cláusula 31 del PCAP contempla expresamente las causas de resolución del acuerdo marco. Además de las recogidas en los artículos 85, 223, excepto sus letras d) y e), y 286 del TRLCSP, enumera las siguientes: *“Haber imposibilitado la adjudicación de un contrato derivado del acuerdo marco a su favor por no cumplimentar lo establecido en la cláusula 37 del presente pliego dentro del plazo señalado”*.

Y respecto al procedimiento a seguir, la cláusula 37 PCAP, expresa:

“ (...)

Si una entidad no presenta la documentación requerida en el plazo señalado, o si del examen de la aportada se comprueba que no cumple los requisitos establecidos en este Pliego, se entenderá que ha imposibilitado la adjudicación del contrato derivado a su favor, incurriendo en causa de resolución y, en su caso, en la causa de prohibición de contratar establecida en el artículo 60.2.a) del TRCSP”.

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 expresamente en el PCAP la causa de resolución invocada por la Administración procede analizar si efectivamente concurren las circunstancias necesarias para su aplicación a la luz de la documentación obrante en el expediente.

Formalizado el acuerdo marco el 23 de febrero de 2017, la Dirección General de Atención a la Dependencia y al Mayor propuso el 2 de marzo de 2017 la adjudicación de un contrato derivado de 20 plazas de financiación total en el Centro Residencial denominado Centro Belmonte número de registro de centro C2169 ubicado en la calle Barrio Alto, 35 de Belmonte del Tajo, Madrid, estando vigente el citado acuerdo marco y solicitó del adjudicatario la presentación de determinada documentación, siguiendo así el procedimiento previsto en la cláusula 37 del PCAP.

La contratista no ha cumplimentado el requerimiento si bien, ha presentado alegaciones que no pueden ser acogidas.

Así pues, al no presentar la documentación requerida en el plazo conferido ha imposibilitado la adjudicación del contrato derivado a su favor, incurriendo así en causa de resolución del acuerdo marco formalizado el 23 de febrero de 2017. Causa de resolución contemplada expresamente en la ya citada cláusula 31 del PCAP que rige el acuerdo marco.

QUINTA.- Procede hacer una referencia a los efectos de la resolución.

Según el PCAP los efectos de la resolución se rigen por lo dispuesto en los artículos 225 y 288 del TRLCSP.

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”*.

Puesto que tal como se ha indicado en este Dictamen, la formalización del acuerdo marco no requería constitución de garantía alguna, nada impide que por efecto de la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista se determine la indemnización por daños y perjuicios que deba indemnizar el empresario a cuyo efecto deberá incoarse el correspondiente procedimiento, previa audiencia del contratista, puesto que de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 225 TRLCSP, *“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados”*.

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

CONCLUSIÓN

Procede resolver el acuerdo marco de 23 de febrero de 2017 por el que se adjudicaron 40 plazas de Atención Residencial a Personas

Mayores Dependientes en el Centro Residencial denominado Centro Belmonte, número de registro de centro C2169.

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, a 14 de septiembre de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 364/17

Excmo. Sr. Consejero de Políticas Sociales y Familia

C/ O'Donnell, 50 – 28009 Madrid