



INFORME 1/2014, DE 11 DE ABRIL, SOBRE INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULA DEL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES DE UN ACUERDO MARCO.

ANTECEDENTES

La Secretaría General Técnica de la Consejería de Asuntos Sociales solicita informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los siguientes términos:

1. La Consejería de Asuntos Sociales mediante Orden 2082/2013, de 18 de noviembre, adjudicó el “ACUERDO MARCO DEL SERVICIO PÚBLICO DE ATENCIÓN RESIDENCIAL A PERSONAS MAYORES DEPENDIENTES, MODALIDAD FINANCIACIÓN PARCIAL. AÑO 2014” a entidades titulares de 123 Centros Residenciales, formalizándose con las mismas el correspondiente documento contractual el día 29 de noviembre de 2013.

El Acuerdo Marco tiene una vigencia de dos años, prorrogables por periodos, como máximo, de la misma duración que el período inicial, sin que la duración del mismo más sus prórrogas puedan rebasar los 4 años.

2. El apartado 16 de la Cláusula 1 del PCAP, establece para el cálculo de las garantías definitivas de los contratos derivados del Acuerdo Marco: “El importe de la garantía definitiva que tiene que constituir cada adjudicatario será el 5% de la cantidad resultante de multiplicar: Precio total plaza ocupada/mes de adjudicación x plazas adjudicadas en el contrato derivado del acuerdo marco x 12 meses”.

3. El órgano de contratación, de conformidad con los criterios y procedimiento establecido en las cláusulas 35 y 36 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), procedió a tramitar la adjudicación de los primeros contratos derivados del Acuerdo Marco con un plazo de ejecución desde el 1 de marzo al 31 de diciembre de 2014 (10 meses).

4. Para ello, entre otros trámites, se requirió a los propuestos como adjudicatarios la garantía definitiva correspondiente, calculada como el 5% de la cantidad resultante de multiplicar: “Precio total plaza ocupada/mes de adjudicación x plazas adjudicadas en el contrato derivado del acuerdo marco x 10 meses”.

5. *Este órgano de contratación, considera que lo correcto sería que la fórmula del apartado 16 de la Cláusula 1 del PCAP hubiera previsto que para calcular el importe de las garantías definitivas se tuviera en cuenta el periodo real de ejecución de los contratos derivados y citar expresamente que el Precio total plaza ocupada/mes de adjudicación es IVA excluido.*

Nos encontramos, por tanto ante una cláusula del pliego que pudiera ser considerada errónea, pues aún siendo válida cuando los contratos derivados tengan la duración máxima prevista en la Cláusula 35 PCAP (12 meses), no contempla los casos en que los contratos derivados tengan una duración inferior.

Esta circunstancia no será excepcional, pues la Consejería de Asuntos Sociales tiene actualmente numerosos contratos vigentes que se irán incorporando al Acuerdo Marco conforme vaya finalizando su plazo de ejecución. Por ejemplo, entre el 30 de septiembre y el 8 de noviembre de 2014 finaliza el plazo de ejecución de 37 conciertos. Todas las plazas concertadas en estos contratos se adjudicarán mediante los correspondientes contratos derivados, que necesariamente, y de conformidad con la previsión de la Cláusula 35 del PCAP, deberán finalizar su plazo de ejecución el 31 de diciembre de 2014.

Para dar solución a este problema, se analizó en primer lugar la posibilidad de efectuar una corrección a la fórmula establecida en el PCAP para el cálculo del importe de las garantías definitivas, al amparo del artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: “Las Administraciones públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes”.

6. *La Junta Consultiva de Contratación del Estado en su Informe 2/10, de 23 de julio de 2010, “Consulta sobre la posibilidad de subsanación de errores apreciados en el pliego de cláusulas administrativas particulares durante la ejecución del contrato”, analiza la posibilidad de aplicar la potestad de corregir los errores materiales, aritméticos o de hecho en que se haya podido incurrir al redactar el pliego de cláusulas administrativas, precisamente por la doble condición de este documento, en el sentido de que contiene al mismo tiempo condiciones relacionadas con los procedimientos de adjudicación y con el contenido de los propios contratos. En dicho informe se considera que:*

Las normas de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y, por consiguiente, su artículo 105.2, sólo son aplicables a los procedimientos regulados en la Ley, con lo que claramente queda excluida la posibilidad de aplicación cuando del contenido de las obligaciones contractuales se trate.

Consecuencia de ello es que la problemática planteada por el error en que pueda haberse incurrido al redactar una cláusula contractual debe reconducirse y tratarse como un problema de interpretación. En efecto, la determinación de si una cláusula es o no errónea debe hacerse sobre la base de que su interpretación arroje un sentido que lleva a consecuencias aberrantes o imposibles.

Para la interpretación de las cláusulas de un contrato debemos acudir a las correspondientes del Código Civil a tenor de lo dispuesto en el artículo 19.2, ante la ausencia de normas específicas en el ámbito del Derecho administrativo.

7. *En el caso que nos ocupa, se considera que efectivamente, la aplicación literal del apartado 16 de la Cláusula 1 del PCAP lleva a consecuencias aberrantes, pues obliga a los adjudicatarios de los contratos derivados a constituir garantías definitivas por cuantías superiores al 5% del importe de adjudicación del contrato.*

Esta divergencia será más acusada cuanto menor sea la duración prevista de un contrato derivado. A modo de ejemplo, suponiendo que a un adjudicatario del Acuerdo Marco, con un precio de adjudicación de 1.540,30 euros (precio/plaza ocupada mes), se le fuera a adjudicar un contrato derivado de una plaza durante un mes, obtendríamos los siguientes importes:

- *Importe adjudicación del contrato derivado sin IVA: 1.540,30 euros
1.540,30 € (precio/plaza ocupada mes) * 1 plaza * 1 mes = 1.540,30 euros*
- *Garantía definitiva utilizando 12 meses: 924,18 euros
5% de (1.540,30 € (precio/plaza ocupada mes) * 1 plaza * 12 meses) = 924,18 euros*
- *Garantía definitiva utilizando el periodo real de ejecución: 77,02 euros
5% de (1.540,30 € (precio/plaza ocupada mes) * 1 plaza * 1 mes) = 77,02 euros*

Con este sencillo ejercicio queda de manifiesto que la utilización de 12 meses en la fórmula del apartado 16 de la Cláusula 1 del PCAP llevaría en este supuesto a tener

que exigir una garantía definitiva equivalente al 60% del importe de adjudicación del contrato derivado, lo que resulta totalmente contrario a la voluntad de este órgano de contratación, que era la de calcular el importe de las garantías definitivas como el 5% del importe de adjudicación, en la línea de lo establecido en el artículo 95 TRLCSP.

8. *En consecuencia, y en virtud del artículo 210 TRLCSP, habría que acudir a la prerrogativa de la Administración de la interpretación unilateral del contrato. La evolución jurisprudencial ha llevado a sostener que la Administración, al llevar a cabo dicha interpretación contractual, ha de someterse a los criterios hermenéuticos contenidos en los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil.*

Los Dictámenes 1/08, de 1 de octubre y 130/09, de 4 de marzo del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid señalan que no hay obstáculo alguno en mantener la aplicabilidad de dichas normas civilistas respecto de los contratos administrativos, tanto desde el punto de vista del propio Código Civil, cuya supletoriedad se reconoce en el título preliminar, al afirmar que “Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras Leyes” (artículo 4.3 del CC), como desde la propia norma contractual administrativa, que prevé dicho alcance supletorio en el artículo 7 de la LCAP (con los matices correspondientes, por tratarse de un contrato de concesión de obra pública, y que recoge el artículo 7.2). En dicha norma se prevé la aplicación supletoria de “las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado”.

9. *Acudiendo a las reglas interpretativas contenidas en el Código Civil, los artículos 1.281 y 1.282 CC establecen que si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas y que para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato.*

En el caso que nos ocupa, se considera que la intención o la voluntad del órgano de contratación era la de calcular el importe de las garantías definitivas de los contratos derivados de forma que el importe resultante fuera el 5% del importe de adjudicación del contrato derivado por los siguientes motivos:

- *Se trata de una fórmula coherente con el artículo 95 TRLCSP, “los que presenten las ofertas económicamente más ventajosas en las licitaciones de los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán constituir a*

disposición del órgano de contratación una garantía de un 5 por 100 del importe de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido”.

- El órgano de contratación requirió el 25 de enero de 2014 a las 58 entidades propuestas como adjudicatarias de los primeros contratos derivados del Acuerdo Marco, para que constituyeran las garantías definitivas correspondientes calculadas en función del periodo real de ejecución de los mismos (10 meses).

- Actualmente se está ejecutando otro Acuerdo Marco denominado “ACUERDO MARCO DEL SERVICIO PÚBLICO DE ATENCIÓN RESIDENCIAL A PERSONAS MAYORES DEPENDIENTES, MODALIDAD FINANCIACIÓN TOTAL. AÑO 2013”, en el que, conforme al apartado 16 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares: El importe de la garantía definitiva que tiene que constituir cada adjudicatario será el 5 por 100 de la cantidad resultante de multiplicar Precio Plaza ocupada/día de licitación, IVA EXCLUIDO, (50,14 euros) X Plazas adjudicadas en el contrato derivado del Acuerdo Marco X número de días de ejecución del contrato derivado del Acuerdo Marco. Teniéndose en cuenta, en este caso, el periodo de ejecución de cada contrato derivado.

Para asegurar la debida coherencia entre ambos Acuerdos Marco, similares en cuanto a contenido y adjudicatarios (con la única excepción de la modalidad de financiación de las plazas), el Acuerdo Marco de financiación parcial debe contemplar que la garantía definitiva se constituya en relación al plazo de ejecución de los contratos derivados.

Por todo lo anteriormente expuesto, al amparo de lo dispuesto en el artículo 38.2 del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación pública de la Comunidad de Madrid, se formula consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid sobre si la previsión de constituir garantía definitiva conforme al plazo de duración de los contratos derivados, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, debe articularse a través del procedimiento de interpretación contemplado en el artículo 211 del TRLCSP y 97 del RGCAP.

Se acompaña como documentación al escrito de consulta: los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas particulares, uno de los contratos de

formalización del acuerdo marco así como otros documentos relativos a la tramitación del contrato.

CONSIDERACIONES

La consulta que literalmente se formula es si la previsión de constituir garantía definitiva conforme al plazo de duración de los contratos derivados de un acuerdo marco, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, debe articularse a través del procedimiento de interpretación contemplado en el artículo 211 de la Ley de Contratos del Sector Público, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), y 97 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

1.- El apartado 16 de la cláusula 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares del acuerdo marco del contrato objeto del presente informe señala la improcedencia de la constitución de garantía definitiva para la formalización del acuerdo marco, pero establece la exigencia de garantía definitiva para los contratos derivados del acuerdo marco, indicando que será del 5% de la cantidad resultante de multiplicar el “precio total plaza ocupada/mes de adjudicación x plazas adjudicadas en el contrato derivado del acuerdo marco x 12 meses”, lo que se corresponde con lo dispuesto en el artículo 95.1 del TRLCSP, a tenor de la duración de los contratos derivados del acuerdo marco establecida en la cláusula 35 del pliego de cláusulas administrativas particulares.

El apartado 19 de la cláusula 1 del citado pliego establece un plazo de vigencia del acuerdo marco de dos años, prorrogables por períodos, como máximo, de la misma duración que el inicial, sin que su duración total, incluidas prórrogas, pueda rebasar los 4 años. Respecto a la duración de los contratos basados en el acuerdo marco, la citada cláusula 35 indica que tendrán un plazo de ejecución máximo de 12 meses, finalizando en todo caso el 31 de diciembre de cada año. El procedimiento que se establece es la formalización de contratos basados en el acuerdo marco anualmente para cubrir las plazas que resulten precisas, conforme a las necesidades que los distintos Centros residenciales expongan en el plazo que el órgano de contratación otorgue para ello, y según los criterios que se establecen en el pliego. No obstante esta regla general, a lo largo del año, en función de las necesidades que surjan y las disponibilidades presupuestarias, podrán suscribirse nuevos contratos que, conforme indica esta cláusula, finalizarán en todo caso el 31 de diciembre de cada año, por lo que, en estos supuestos, la

duración de los contratos basados en el acuerdo marco ha de ser, necesariamente, inferior al máximo de 12 meses establecido como regla general.

En consonancia con la duración máxima para los contratos basados en el acuerdo marco prevista en la cláusula 35 del pliego, el apartado 16 de la cláusula 1 establece un plazo de 12 meses en la fórmula para el cálculo del importe de la garantía definitiva. Y se establece así porque la intención del órgano de contratación, conforme se desprende del pliego, es la de formalizar contratos anuales con carácter general, teóricamente de 1 de enero de 31 de diciembre en cada año de vigencia del acuerdo marco. No obstante, como resulta eficiente y procedente, el pliego prevé que puedan formalizarse contratos por un período inferior, en función de las necesidades que vayan surgiendo y de las disponibilidades que se den en cada momento, pues lo contrario supondría no poder atender las necesidades de la población al respecto.

2.- El artículo 95.1 del TRLCSP, relativo a la exigencia de garantía definitiva, indica que los licitadores que presenten las ofertas económicas más ventajosas deberán constituir, como regla general, una garantía de un 5 por 100 del importe de adjudicación (presupuesto base de licitación para contratos cuya cuantía se determine en función de precios unitarios, conforme al apartado 3 del citado artículo 95), excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, pudiendo asimismo, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del citado artículo, en casos especiales, establecerse una garantía complementaria de hasta un 5 por 100 del importe de adjudicación del contrato, de forma que la garantía total podrá alcanzar un 10 por 100 del precio del contrato. Asimismo, la disposición final segunda del TRLCSP, relativa a títulos competenciales, establece en su punto 3 que la exigencia del porcentaje de garantía del 5 por 100 previsto en el artículo 95.1 y 2 tiene la consideración de máximo para todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas.

Por tanto el 5 por 100 del importe de adjudicación, sin IVA, tiene el carácter de máximo, sin que sea legal exigir la constitución de un importe superior de garantía definitiva, salvo en los casos especiales en que el pliego de cláusulas administrativas particulares establece la prestación de una garantía complementaria, que no se da en el caso que nos ocupa dado que el apartado 17 de la cláusula 1 expresamente recoge que no procede la constitución de garantía complementaria.

Dado, pues, que el TRLCSP establece el importe máximo a que puede ascender la garantía definitiva, no resulta posible, en ningún caso, exigir a los adjudicatarios que constituyan una garantía definitiva por un importe superior al 5% del importe de

adjudicación del contrato o, en su caso, del presupuesto base de licitación si la cuantía del contrato se determina en función de precios unitarios, circunstancia que no concurre en el presente supuesto, en el que tampoco se exige, como ya se ha indicado, la constitución de garantía complementaria.

En consecuencia, en los contratos basados en el acuerdo marco objeto del informe, el importe a exigir en concepto de garantía definitiva debería ser del 5% del importe de adjudicación del respectivo contrato, cuya cuantía dependerá, como se desprende de la fórmula, del número de plazas contratadas y del tiempo por el que se contraten que será, con carácter general, de 12 meses, pero que puede ser menor si las circunstancias así lo requieren.

Si bien no se indican expresamente otras cifras alternativas a la general de 12 meses de duración, dado que pueden ser múltiples, si la duración del contrato derivado es menor, posibilidad que se encuentra regulada en el pliego, la cifra de 12 meses debería poder sustituirse en la fórmula por la que corresponda, en función de su duración, para hallar el importe de la garantía definitiva a constituir en cada contrato concreto basado en el acuerdo marco. Esta aplicación de la fórmula recogida en el apartado 16 de la cláusula 1 es acorde con la interpretación de las normas recogida en el artículo 3 del Código Civil, puesto que interpreta el apartado en relación con el contexto del pliego, su realidad social, espíritu, finalidad y equidad. Por el contrario, multiplicar por 12 meses para hallar el importe de la garantía en los contratos con periodo de ejecución inferior supondría, por una parte, vulnerar lo dispuesto por el TRLCSP en su artículo 95.1 y disposición final segunda, y, por otra, conculcar principios fundamentales de la contratación pública como son la no discriminación e igualdad de trato, recogidos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP, puesto que estos adjudicatarios vendrían obligados a constituir una garantía definitiva superior a la del resto de contratistas de la Administración, e incluso del mismo acuerdo marco.

3.- Así pues si el órgano de contratación lo considera necesario, podrá interpretar el contenido del apartado 16 de la cláusula 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares, en el sentido de que, cuando la duración del contrato derivado del acuerdo marco, sea inferior al máximo establecido de 12 meses, esta cifra deberá ser sustituida en la fórmula para hallar el importe de la garantía definitiva por la correspondiente a la duración del respectivo contrato, dada la prerrogativa de interpretación de los contratos administrativos y de resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento con que cuenta el órgano de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 210 del TRLCSP a través del procedimiento de ejercicio previsto en el artículo 211 del TRLCSP y 97 del

Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

El citado artículo 210 del TRLCSP establece como prerrogativas del órgano de contratación, entre otras, la de interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, mediante el procedimiento previsto en el artículo 211: audiencia al contratista, informe del Servicio Jurídico, así como, en caso de que se formule oposición por parte del contratista, informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva: Consejo Consultivo en el caso de la Comunidad de Madrid. Este procedimiento se encuentra desarrollado en el artículo 97, relativo a la resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos, del RGLCAP.

4.- Por lo expuesto, en el supuesto objeto de consulta resulta necesario, a juicio de esta Comisión Permanente, acudir a un procedimiento de interpretación del contrato para aplicar la fórmula para determinar el importe de la garantía definitiva en función de su duración, por considerarse la única admisible en concordancia con lo dispuesto en el TRLCSP, atendiendo al contexto general del pliego de cláusulas administrativas particulares, y en aplicación de los principios de la contratación pública de no discriminación y tratamiento igualitario, así como del principio general del derecho de proporcionalidad con ocasión de toda actuación administrativa, dado que la medida adoptada es adecuada y necesaria para alcanzar el fin que la justifica, menos restrictiva de los derechos de los particulares, y resulta equilibrada.

CONCLUSIONES

1.- El artículo 95.1 del TRLCSP establece que los licitadores que presenten las ofertas económicas más ventajosas deberán constituir, como regla general, una garantía de un 5 por 100 del importe de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido.

2.- La disposición final segunda del TRLCSP en su apartado 3 establece que la exigencia del porcentaje de garantía del 5 por 100 previsto en el artículo 95.1 tiene la consideración de máximo para todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas.

3.- En el supuesto objeto de consulta, si la duración del contrato basado en el acuerdo marco es menor a la establecida como máxima en el pliego, en la fórmula para

determinar el importe de la garantía definitiva debería sustituirse la cifra de 12 meses, que se corresponde con la duración máxima de los contratos, por la relativa a la duración del contrato respectivo, pues, de no hacerlo así, se estaría contraviniendo lo dispuesto en el citado artículo 95.1 y disposición final segunda del TRLCSP, así como los principios de igualdad de trato, no discriminación y proporcionalidad.

4.- Si el órgano de contratación lo considera necesario, podrá interpretar el contenido del apartado 16 de la cláusula 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares, en el sentido de que, cuando la duración del contrato derivado del acuerdo marco, sea inferior al máximo establecido de 12 meses, esta cifra será sustituida en la fórmula para hallar el importe de la garantía definitiva por la correspondiente a la duración del respectivo contrato.

Por tanto, para la constitución de la garantía definitiva conforme al plazo de duración de los contratos basados en el acuerdo marco, se acudirá a la prerrogativa de interpretación de los contratos administrativos y de resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento que establece el artículo 210 del TRLCSP, a través del procedimiento de ejercicio previsto en los artículos 211 del TRLCSP y 97 del RGLCAP.