

Expediente Núm. 317/2006
Dictamen Núm. 273/2006

V O C A L E S :

Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis,
Presidente en funciones
Bastida Freijedo, Francisco
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General Adjunto:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 21 de diciembre de 2006, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V.E. de 22 de noviembre de 2006, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de transporte escolar para los cursos 2004/2005 y 2005/2006, prorrogado para los cursos 2006/2007 y 2007/2008, lote, adjudicado a la empresa

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 10 de septiembre de 2004, el Consejero de Educación y Ciencia dicta Resolución por la que dispone adjudicar a la empresa, con CIF, el contrato de transporte escolar para los cursos 2004/2005 y 2005/2006 correspondiente al lote núm., por un precio global de cuarenta y siete mil trescientos noventa y dos euros con noventa y ocho céntimos (47.392,98 €). En dicha resolución se hace constar que, con fecha 22 de julio de 2004, el Consejo

de Gobierno autorizó la celebración de los contratos y que la adjudicación ha sido propuesta por la Mesa de Contratación, en sesión celebrada el día 7 de septiembre de 2004.

El día 14 de octubre de 2004 se formaliza, en los términos aludidos, el referido contrato, al que se incorporan, entre otras, las siguientes cláusulas: “Primera: se compromete a la ejecución del contrato de transporte escolar (...) con estricta sujeción a los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares, documentos contractuales que conoce y acepta plenamente y de lo que deja constancia firmando en este acto (...). Tercera: El plazo de ejecución del servicio de transporte escolar será desde el primero hasta el último de los días lectivos de los cursos escolares 2004/2005 y 2005/2006, de acuerdo con (lo) dispuesto en las cláusulas 4 del pliego de cláusulas administrativas y 1.5 y 1.6 del pliego de prescripciones técnicas”. Asimismo, se deja constancia en el contrato de que, para responder de su cumplimiento, se ha constituido a favor de la Consejería de Educación y Ciencia garantía definitiva por importe de mil ochocientos noventa y cinco euros con setenta y dos céntimos (1.895,72 €).

Obra incorporada al expediente documentación del procedimiento seguido en la adjudicación del referido contrato, integrada, entre otra, por:

a) Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y anexos del contrato, con arreglo al Pliego Tipo para la contratación, mediante concurso y procedimiento abierto, del servicio de transporte escolar, promovido por la Consejería de Educación y Ciencia.

En la cláusula 1, acerca del objeto del contrato, se indica que éste es “la prestación del servicio de transporte de los alumnos desde los puntos de recogida, señalados como paradas en el recorrido de la ruta al centro docente y viceversa, conforme a la ruta de transporte escolar que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107 punto 1 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por R.D. 1211/1990, de 28 de septiembre (B.O.E. del 8 de octubre) en adelante R.O.T.T., se define en el

apartado 1.1 del pliego de condiciones técnicas (...), según lotes que figuran en anexos III y IV”.

En la misma cláusula, apartado 3, consta que los contratos a que se refiere el pliego “se califican como contratos administrativos especiales”, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Con referencia a la ejecución del contrato, en la cláusula 10, apartado 2, del pliego se prevé que la subcontratación del servicio “se admitirá por la vía de la colaboración entre transportistas, regulada en el artículo 107 del ROTT, si bien se exigirá que el vehículo utilizado en la colaboración no tenga una antigüedad superior a la media de la flota valorada al licitador en el concurso. En todo caso, la subcontratación deberá cumplir con los requisitos del artículo 115 del TRLCAP”.

La cláusula 14 del pliego señala como causas de resolución del contrato, “además de las previstas en el artículo 8.3 y 111 del TRLCAP y de las expresamente establecidas en este pliego (...), la subcontratación de la prestación del servicio si se incumplen las condiciones previstas en la cláusula 10.2 del presente pliego”.

El apartado 2 de la referida cláusula 14 añade que “acordada la resolución del contrato, previa audiencia del transportista, se dispondrá según proceda, la incautación de la garantía y/o la exigencia de una indemnización por los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado a la Consejería de Educación y Ciencia, salvo en los casos de mutuo acuerdo o muerte del transportista individual”.

En lo que al régimen jurídico del contrato se refiere, prevé la cláusula 17 del pliego que el contrato “tendrá carácter administrativo, quedando ambas partes sometidas expresamente, en lo no previsto en este pliego y en el de prescripciones técnicas, al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...), al Reglamento General de la Ley de Contratos

de las Administraciones Públicas (...), al Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre Condiciones de Seguridad en el Transporte Escolar y de Menores, modificado parcialmente por Real Decreto 849/2002 (*sic*), de 30 de agosto, en cuanto no se oponga a lo dispuesto en los dos anteriores textos normativos citados". Sobre esta misma materia se pronuncia la cláusula 1.3 del mismo pliego, en la que se contiene una referencia al artículo 7.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y se añade, a continuación de la normativa antes citada, la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias y, supletoriamente, las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Como Anexo III del pliego se incorpora la relación de rutas de transporte escolar en el municipio de Avilés, entre las que figura la ruta (lote), con destino al Instituto de Educación Secundaria ".....".

Como Anexo IV se han incorporado los itinerarios de transporte escolar a fecha 14 de julio de 2004, con indicación, además del número de alumnos y otros datos, del número de paradas y su localización, con el siguiente detalle: Lote, ruta: nº 1,; nº 2,; nº 3,; nº 4,; nº 5,; nº 6,; nº 7,

b) Pliego de Cláusulas Técnicas por las que se han de regir los contratos de transporte escolar de la Consejería de Educación y Ciencia en los cursos 2004/2005 y 2005/2006 y anexo al mismo (relativo a las rutas que deben cubrirse con vehículos adaptados, al tratarse de alumnos de educación especial que utilizarán sillas de ruedas, y en el que no figura la ruta).

En la cláusula 1, apartado 1, de este pliego se prevé que el objeto del contrato es la "realización por el transportista del traslado de los alumnos desde sus domicilios al centro docente o enlace con otro itinerario, conforme a la ruta que (...) se define en anexos". En el apartado 2 de la misma cláusula se indica que, a los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, "sólo se computará como recorrido integrante de la ruta de transporte escolar, el comprendido

entre los puntos de origen y término de cada una de las expediciones simples, no computándose, por tanto, los recorridos en vacío que deba efectuar el transportista para la realización de cada uno de los mismos”.

c) Certificado de la Tesorería General de la Administración del Principado de Asturias, de fecha 20 de mayo de 2005, sobre depósito del documento original del aval prestado por el Banco, y copia de dicho aval.

2. Con fecha 25 de mayo de 2006, notificada a la adjudicataria el 8 de junio de 2006, el Consejero de Educación y Ciencia dicta Resolución por la que se desestima la solicitud de subcontratación del servicio de transporte escolar. En dicha resolución manifiesta que, de los antecedentes recogidos en la resolución, resulta el incumplimiento de los requisitos que permiten la subcontratación:

a) Falta la notificación previa a la Administración, “que sólo tuvo lugar el 17 de febrero de 2006, pese a que el contrato entre el contratista y el subcontratista se firmó el 14 de septiembre de 2005”.

b) El vehículo utilizado por la empresa subcontratada “sólo cumple los requisitos previstos en el Real Decreto 443/2001, sobre Condiciones de Seguridad en el Transporte Escolar y de Menores, desde el 24 de febrero de 2006”.

c) Se retribuye al subcontratista en plazos y condiciones más desfavorables que los que rigen la relación entre el contratista y la Administración, ya que “habiendo sido subcontratada la mitad del servicio de transporte de los lotes y, esto es, la mitad de los recorridos de los lotes citados, sólo se abonan al subcontratista 84 euros diarios en lugar de los 128,67 euros (63,27 + 65,40) que serían legalmente exigidos”.

3. Con fecha de 21 de junio de 2006, los Agentes de Inspección de Transportes realizan un informe sobre incidencias detectadas en rutas de transporte regular permanente de viajeros de uso especial (escolares), tras la inspección practicada en fechas 13, 14 y 15 de junio de 2006. En concreto, constatan que

“en el servicio de las 14,20 h. del día 13-06-06, en el IES, el vehículo matrícula, propiedad de la empresa, realiza en régimen de colaboración la ruta nº, lote nº, adjudicada a la empresa/ No presenta contrato de colaboración./ Consultado con el conductor, manifiesta que realiza la ruta de forma diaria./ En el Libro de Ruta se comprueban expediciones idénticas, prestadas en fechas 8, 9 y 12 de junio”.

Mediante escrito de 26 de junio de 2006, registrado de entrada el día 29 del mismo mes, este informe es remitido por la Jefa del Servicio de Transportes de la Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio e Infraestructuras a la Consejería de Educación y Ciencia.

4. Con fecha 30 de junio de 2006, el Consejero de Educación y Ciencia dispone el gasto correspondiente a la prórroga de cada uno de los contratos suscritos para la prestación del servicio de transporte escolar de diversos lotes, entre los que figura el lote, “para los cursos escolares 2006/2007 y 2007/2008, con cargo a la aplicación 15.02.423B.223.000 de los Presupuestos Generales del Principado de Asturias para el año 2006 y con cargo a la misma aplicación de los futuros ejercicios presupuestarios para 2007 y 2008”. En anexo figura la relación de empresas que, según el antecedente tercero de dicha Resolución, ya “han manifestado su conformidad a la referida prórroga”. Entre ellas figura la adjudicataria del lote

Con fecha 14 de julio de 2006 la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Educación y Ciencia notifica la citada resolución a la empresa, si bien con un contenido diferente del aprobado, pese a su pretensión de literalidad. En la transcripción entrecomillada de la resolución aparece una columna adicional en la que figura el importe de la garantía complementaria a satisfacer por la adjudicataria y, además, se ha añadido un nuevo apartado, numerado como “Segundo”, en el que se dispone el plazo máximo para la acreditación por la adjudicataria de la constitución de dicha garantía. Asimismo,

pone en su conocimiento que el acto pone fin a la vía administrativa y los recursos que cabe interponer contra él.

5. Con fecha 3 de julio de 2006, el Consejero de Educación y Ciencia resuelve “autorizar el inicio de expediente de resolución del contrato de servicios de transporte escolar, adjudicado a la empresa, CIF, para los cursos 2004/2005 y 2005/2006, lote-ruta, con destino al Instituto de Educación Secundaria `.....´ de” . Dicha resolución relata los antecedentes relativos a la adjudicación del referido contrato, a la denegación de la subcontratación del servicio, así como al informe de la Inspección de Transportes, de fecha 21 de junio de 2006.

A continuación se exponen los fundamentos de derecho, entre los que refiere que el artículo 199 b) del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, “considera como infracción leve realizar transportes públicos o privados sin llevar a bordo del vehículo la documentación formal que acredite la posibilidad legal de prestar los mismos, salvo que dicha infracción deba ser calificada como muy grave o grave”.

Añade el fundamento de derecho Sexto que el artículo 107.2 del citado Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres dispone que para la prestación del servicio podrán utilizarse, además de los vehículos expresados en la correspondiente autorización de uso especial, otros amparados asimismo por autorizaciones de transporte discrecional, siempre que los tráficos que se realicen con los mismos no excedan anualmente del 50 por 100 del total, salvo que en la correspondiente autorización se establezca, en atención al elevado volumen de la demanda que haya de atenderse u otras circunstancias especiales, un porcentaje diferente”.

El fundamento de derecho Séptimo recoge las exigencias que el artículo 115.2 del TRLCAP establece para la celebración de subcontratos, concluyendo el fundamento de derecho Octavo que “la cláusula 14.1 del pliego de cláusulas

administrativas particulares para la contratación (...) del servicio de transporte escolar, promovido por la Consejería de Educación y Ciencia, cursos 2004/2005 y 2005/2006 señala como causa de resolución del contrato, entre otras, la subcontratación de la prestación del servicio si se incumplen las condiciones previstas en la cláusula 10.2 del citado pliego, y en particular las previstas en el artículo 115 del TRLCAP”.

Con fechas 12 y 14 de julio de 2006 se notifica esta resolución a la empresa adjudicataria y al Banco, respectivamente. En la notificación se pone en conocimiento de ambas la apertura del trámite de audiencia, “a los efectos de que en el plazo de diez días naturales, a contar desde el siguiente a la recepción de esta notificación, formule las alegaciones que estime pertinentes en orden a la conformidad o desacuerdo con la resolución del contrato y los efectos de ésta”.

6. El día 24 de julio de 2006 tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones de la adjudicataria, mostrando su disconformidad con la Resolución de 3 de julio de 2006 del Consejero de Educación y Ciencia.

Comienza exponiendo que “finalizado el plazo contractual en la fecha de adopción de la resolución, ya que el contrato se formalizó para los cursos 2004/2005 y 2005/2006, no ha lugar ahora a resolver aquello que ya no existe”. A continuación se recoge que la resolución del Consejero “trae causa de la dictada el 25 de mayo por la misma autoridad por la que se deniega la solicitud de subcontratación del contrato y que será objeto de impugnación en sede contencioso-administrativa”.

En cuanto a las causas de resolución invocadas por la Administración, nada se alega en torno a la falta de comunicación del subcontrato. Respecto a la eventual infracción del límite de prestaciones que pueden subcontratarse, manifiesta la adjudicataria que la subcontratación propuesta afecta únicamente a uno de los dos cursos escolares contratados con esa Consejería, es decir, en

ningún caso habría excedido del 50% del importe de adjudicación, conforme se exige. En lo que atañe al incumplimiento de las condiciones económicas de la subcontratación, entiende la adjudicataria que la Consejería interpreta erróneamente la exigencia legal de que tales condiciones no sean inferiores a las acordadas en el contrato principal, afirmando que “no es eso lo que exige el artículo 115 del TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...). Antes al contrario, de su tenor literal y de una correcta hermenéutica de este precepto, resulta que el precio acordado con el subcontratista no tiene porqué ser coincidente con el establecido en el contrato administrativo, como por esa Consejería se pretende”. Añade que “el apartado c) del número 2 del artículo 115 citado (...) recoge clara e inequívocamente la libertad de pacto en este aspecto”, y que la segunda parte de ese precepto, “en la que se señala que los plazos y condiciones de abono (del precio pactado añadimos nosotros) no sean más desfavorables que los establecidos en el artículo 99.4 para las relaciones entre Administración y contratista, en modo alguno significa (...) que el precio haya de ser coincidente”. Invoca también el artículo 116.1 del TRLCAP, en cuanto “recoge nuevamente la obligación del contratista de abonar a los subcontratistas y suministradores el precio pactado”, así como el hecho de que no resulta razonable lo que la Consejería interpreta “si se tiene en cuenta que el contratista principal, por tal condición, tiene unos costes y ha de soportar unos gastos (constitución de fianzas, tasas por obtención de autorizaciones, costes propios del proceso de contratación, etc.) que el subcontratista no tiene”.

En lo que afecta a la presunta violación de la normativa de transporte, manifiesta que el eventual incumplimiento en esta materia habrá de ser determinado por el órgano competente en virtud del procedimiento establecido para ello, sin que sea causa de resolución del contrato, sin perjuicio de su valoración en otros ámbitos.

Por lo expuesto, solicita la adjudicataria que se “acuerde dejar sin efecto el expediente de resolución del contrato de transporte escolar lote, ruta

....., ordenando el archivo de sus actuaciones”.

7. El día 5 de septiembre de 2006, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Educación y Ciencia eleva propuesta de resolución, en la que, después de referir los antecedentes del caso y recoger las alegaciones formuladas por la contratista, señala los fundamentos de derecho en que se basa.

Entre ellos, aduce que “la cláusula 14.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares (...) señala como causa de resolución del contrato, entre otras, la subcontratación de la prestación del servicio si se incumplen las condiciones previstas en la cláusula 10.2 del citado pliego. En el caso concreto en cuestión, la subcontratación con la empresa había sido expresamente prohibida por la Administración educativa, habiendo violado el transportista dicha prohibición”. A continuación, alude a los preceptos reguladores de los efectos de la resolución, reseñando que el artículo 113.4 del TRLCAP establece que “cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, 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”. Finalmente, aduce la necesidad de solicitar dictamen preceptivo del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

Tras lo anterior, propone que se proceda a la resolución del “contrato de servicios de transporte escolar adjudicado a la empresa (...) para los cursos 2004/2005 y 2005/2006, prorrogado para los cursos 2006/2007 y 2007/2008, lote - ruta, con destino al Instituto de Educación Secundaria `.....´ de, por haber subcontratado el servicio en condiciones no permitidas por la Administración educativa, violando dolosamente la prohibición que ésta le había impuesto”. Asimismo, propone que se proceda a la incautación de la garantía definitiva prestada por el contratista, a la determinación de los daños y perjuicios causados y a la incoación del oportuno procedimiento para

determinar la penalidad que pueda imponerse al contratista por incumplimiento contractual reiterado.

8. Con fecha 27 de septiembre de 2006, a requerimiento del Secretario General Técnico de la Consejería de Educación y Ciencia, emite informe el Servicio Jurídico del Principado de Asturias. En él, tras recoger los antecedentes y consideraciones jurídicas, se informa favorablemente la resolución del contrato de transporte escolar adjudicado en los términos propuestos por el Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Educación y Ciencia. Se manifiesta también que procede la incautación de la garantía definitiva y la exigencia de indemnización por daños y perjuicios, así como la incoación de procedimiento para determinar la penalidad que pueda imponerse al contratista.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 22 de noviembre de 2006, registrado de entrada el día 24 del mismo mes, V.E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de transporte escolar para los cursos 2004/2005 y 2005/2006, prorrogado para los cursos 2006/2007 y 2007/2008, lote, adjudicado a la empresa, adjuntando a tal fin una copia autenticada del expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo según lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de

Asturias, de conformidad con lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- De acuerdo con los preceptos citados, la consulta preceptiva a este Consejo sobre resolución de contratos administrativos está condicionada a que “se formule oposición por parte del contratista”. La oposición fue presentada, pero por persona cuya representación no consta debidamente acreditada, en los términos establecidos en el artículo 32.3 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), cuyo tenor literal dispone que “Para formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación”.

Firma el escrito de alegaciones persona distinta de quien, en su día, formalizó el contrato con la Administración consultante en calidad de representante de la sociedad, indicando únicamente su nombre y apellidos, y que actúa “en nombre y representación de”, pero sin indicar ni aportar datos o documentos expresivos de su relación con la empresa. Así pues, desconocemos si ostenta la condición de representante legal de la sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, en relación con el artículo 9, apartado h), del mismo cuerpo legal, o si actúa, en su caso, como representante voluntario de la misma en virtud de apoderamiento, ya sea general o particular, en cualquiera de las modalidades a que se refiere el artículo 283 del Código de Comercio.

Ocurre, por otra parte, que la Administración consultante nada ha señalado al respecto, admitiendo, sin más, la representación del firmante, por lo que podríamos entender que quien firma el escrito de alegaciones ostenta la

calificación de “factor notorio”, resultando de aplicación analógica lo dispuesto en el artículo 286 del Código de Comercio, cuyo tenor literal dispone que “Los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o empresa fabril o comercial cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocida, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos”. En caso de concurrir este supuesto, y a los efectos de la emisión del presente dictamen, entendemos que la Administración debería haberlo hecho constar, cosa que sin embargo no hizo.

Por otra parte, dado que el acto examinado altera el “*iter*” del procedimiento de resolución, haciendo preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo, consideramos que no ha de calificarse a aquél como de mero trámite, con la consecuencia de presumirse la representación, a los efectos de lo establecido en el artículo 32.3 de la LRJPAC.

Por ello, desconocidos por este Consejo el título y condición con que actúa quien firma la oposición a la resolución contractual a favor de la mercantil adjudicataria podría no entenderse válidamente formulada la oposición por “el contratista”, y, en consecuencia, no cabría que este Consejo Consultivo se pronunciase sobre el fondo del asunto, al no resultar el dictamen preceptivo, sino hasta el momento en que su representación conste debidamente acreditada.

Sin embargo, a tenor de dicho razonamiento y de acuerdo con el principio constitucional de eficacia administrativa, entendemos de aplicación lo establecido en el artículo 32.4 de la LRJPAC, que permite subsanar la falta o insuficiente acreditación de la representación antes de dictarse la resolución que ponga fin al procedimiento, dentro del plazo de diez días, que habrá de conceder al efecto el órgano instructor, o de un plazo superior si las circunstancias lo requieren. Observación ésta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de

Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

TERCERA.- El contrato que vincula a las partes es de naturaleza administrativa especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5, apartado 2.b) 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). Con él se trata de satisfacer la obligación que incumbe a la Administración educativa de prestar de forma gratuita el transporte escolar, al que se refiere el artículo 65 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, vigente en el momento de la contratación.

A tenor de lo establecido en el artículo 7, apartado 1, del TRLCAP, el régimen jurídico del contrato suscrito para la prestación del servicio de transporte escolar es, con carácter preferente, el contenido en sus propias normas, detallándose expresamente dicho régimen en las cláusulas 1.3 y 17 del pliego de cláusulas administrativas particulares del mismo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 8 del mismo cuerpo legal.

Además, conforme a lo establecido en las citadas cláusulas del pliego, ambas partes del contrato quedan sometidas expresamente, en lo no previsto en dicho pliego y en el de prescripciones técnicas, al TRLCAP, a su Reglamento General, al Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre Condiciones de Seguridad en el Transporte Escolar y de Menores, modificado parcialmente por Real Decreto 894/2002, de 30 de agosto, en cuanto no se oponga a lo dispuesto en los dos anteriores textos normativos citados, a la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias y, supletoriamente, a las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, a las normas de derecho privado.

En la cláusula 17 del pliego de cláusulas administrativas particulares, en reiteración de lo establecido en el artículo 59.1 del TRLCAP, se establece que el

órgano de contratación ostenta, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la ley, la prerrogativa de “acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”.

El ejercicio de dicha prerrogativa, a fin de garantizar no sólo el interés público, sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como su sujeción a las normas procedimentales que la justifican. Si se incumple el procedimiento, la imputación de la causa resolutoria pierde su legitimación, pues, como acabamos de indicar, aquella potestad sólo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos previstos en la ley.

A tenor de lo indicado, debemos señalar que, acordado el inicio del procedimiento para la resolución por el órgano competente, el procedimiento ha sido, en lo esencial, correctamente instruido, con arreglo a lo dispuesto en el ya citado artículo 112.1 del TRLCAP, que se remite a la regulación reglamentaria, y en el artículo 109.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP). Esta norma sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, tratándose de propuesta de oficio; b) audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador, al proponerse la incautación de la fianza; c) informe del Servicio Jurídico y d) dictamen del Consejo Consultivo, dado que se ha formulado oposición por parte del contratista.

En el caso que analizamos se cumplen tales requisitos de procedimiento, puesto que se ha dado la preceptiva audiencia a la empresa contratista -que se opone a la resolución en los términos ya expresados- y a la entidad que la avaló, y se ha incorporado el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias. Además, como antecedentes de la resolución de iniciación, se ha incorporado el acta de infracción de la Inspección de Transportes, de fecha 21 de junio de 2006, donde se constata el incumplimiento imputado a la empresa,

los pliegos que rigen la contratación y el contrato de transporte; documentación que juzgamos suficiente -aunque mínima- para la correcta determinación y comprobación de los datos sobre los que debe pronunciarse la resolución que finalmente ponga fin al procedimiento.

No obstante, hemos de advertir que no constan en el expediente remitido documentos que habría sido conveniente incorporar, por su relevante interés para el conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución. Así, la documentación completa relativa al procedimiento de adjudicación seguido para llegar a la del contrato que ahora se pretende resolver; la solicitud de subcontratación formulada por la empresa adjudicataria; el contrato de colaboración suscrito entre el adjudicatario y el subcontratado; así como un informe sobre el procedimiento sancionador que, eventualmente, se haya instruido como consecuencia de los incumplimientos a que se refiere el acta de infracción de la Inspección de Transportes. Muy especialmente, hemos de hacer notar la ausencia y relevancia de la documentación referida a la prórroga del contrato que, según la cláusula 4.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares, ha de ser “expresa, por mutuo acuerdo de las partes acordado antes de su finalización”. No puede considerarse cumplida esta exigencia con el contenido de la Resolución de 30 de junio de 2006, cuyo objeto es la mera disposición del gasto correspondiente a la prórroga, y que se limita, en uno de sus antecedentes y en un anexo, a dejar constancia de las empresas “que han manifestado su conformidad a la referida prórroga”. Menos aún ha de tenerse por acreditativa del cumplimiento de dicha cláusula la notificación a la empresa de la citada resolución, que de forma sorprendente, lejos de respetar su literalidad, la enmienda; primero, adicionando el importe de la garantía complementaria a satisfacer por la adjudicataria y, luego, añadiendo un nuevo apartado, numerándolo como “Segundo”, en el que se dispone el plazo máximo para la acreditación por la adjudicataria de la constitución de dicha garantía.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, hemos de referirnos a la competencia para acordar, en su caso, la resolución del contrato, una vez cumplidos los trámites que acabamos de analizar, dado que la propuesta de resolución no contiene referencia a otros requisitos ulteriores y necesarios para la adopción del acto por el órgano competente. Con arreglo a lo establecido en el artículo 37 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias, en relación con el artículo 109.1 del RGLCAP y el artículo 12.2 del TRLCAP, el competente para acordar la resolución de los contratos es el órgano de contratación, en este caso el titular de la Consejería de Educación y Ciencia, si bien requerirá previa autorización para ello del Consejo de Gobierno, en aplicación de lo dispuesto en los referidos preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su Reglamento General y en el artículo 38 de la ya citada Ley del Principado de Asturias 2/1995, de 13 de marzo, al tratarse de contratos cuya celebración ha sido autorizada por el Consejo de Gobierno, por corresponder a éste autorizar el gasto por comprometerse fondos públicos de carácter plurianual.

CUARTA.- En relación con el fondo del asunto, hemos de señalar en primer término que la Administración educativa, en cuanto titular del servicio escolar de transporte, está obligada a asegurar su buen funcionamiento no sólo frente a los usuarios del servicio sino también frente al contratista que al mismo contribuye, imponiéndole la obligación de ejecutar el contrato con arreglo a lo dispuesto en sus cláusulas y en las de los pliegos anejos a él, que se consideran documentos contractuales. Por ello, en caso de incumplimiento de esta obligación, es el interés público el que ampara la decisión de la Administración de resolver el contrato; si bien, para ello, se requiere que tal medida sea adecuada y conforme a la normativa vigente y a las cláusulas establecidas en dicho contrato.

Con carácter previo debemos abordar si el contrato cuya resolución se propone está vigente o no. En sus alegaciones la empresa adjudicataria

argumenta que “finalizado el plazo contractual en la fecha de adopción de la resolución, ya que el contrato se formalizó para los cursos 2004/2005 y 2005/2006, no ha lugar ahora a resolver aquello que ya no existe”.Y, en efecto, habría que dar por concluso dicho contrato si no fuese porque, mediante Resolución de 30 de junio de 2006, la Consejería dispuso el gasto correspondiente a la prórroga del contrato para los cursos 2006/2007 y 2007/2008, y en su anexo figura la relación de empresas que, según el antecedente tercero de dicha resolución, ya “han manifestado su conformidad a la referida prórroga”. Entre ellas figura la adjudicataria del lote Con independencia de que la prórroga se haya dispuesto con posterioridad a la finalización del curso escolar, fecha fijada para el término del contrato, y que no conste en el expediente el documento conteniendo la expresa conformidad de la adjudicataria con la prórroga ni la constitución de la garantía complementaria, como exige la cláusula 4.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato, lo cierto es que en ningún momento ni documento la contratista niega esa prórroga ni hay constancia de que haya dejado de prestar el servicio de la mencionada ruta durante el curso 2006/2007. Por tanto, a falta de datos o evidencias que demuestren lo contrario, el contrato que se pretende resolver sigue causando efectos en la actualidad y posee la virtualidad de continuar causándolos en los cursos 2006/2007 y 2007/2008, de modo que, frente a lo alegado por la empresa, el contrato existe para sus firmantes y por ello es susceptible de ser resuelto si se dan las causas legalmente establecidas para ello.

Las causas de resolución de los contratos administrativos especiales se recogen en el artículo 8.3 del TRLCAP, que, sin perjuicio de establecer algunas especialidades, se remite al artículo 111 del mismo cuerpo legal. Concretamente, el apartado h) de este último artículo establece como causas de resolución “aquellas que se establezcan expresamente en el contrato”, y ello en coherencia con lo dispuesto en el artículo 8.2 de la propia norma. Esto, en el caso que examinamos, se refleja en la cláusula 14, apartado 1, de las del pliego

de cláusulas administrativas particulares del contrato, que establece como causa específica de resolución “la subcontratación de la prestación del servicio si se incumplen las condiciones previstas en la cláusula 10.2 del presente pliego”.

Por tanto, debemos analizar los supuestos incumplimientos que por la Administración se imputan al contratista y, concretamente, los que se recogen en la Resolución de la Consejería de Educación y Ciencia, de 3 de julio de 2006, por la que se autoriza el inicio del expediente de resolución contractual. En ella se imputa a la empresa la falta de comunicación a la Administración de la subcontratación, el incumplimiento de las condiciones económicas de la subcontratación, la subcontratación del servicio contra prohibición expresa y la presunta violación de la normativa de transporte, por carecer el vehículo de la documentación formal que acredite la posibilidad legal de prestar el servicio.

Como hemos dejado expuesto en los antecedentes, la empresa contratista en ningún momento cuestiona los datos reflejados en el acta de infracción que da lugar a este procedimiento. Por tanto, ha de prevalecer la presunción “*iuris tantum*” de verdad de que están revestidos los documentos públicos en los que se refleja el resultado de la directa comprobación de los inspectores, máxime a la vista de su aceptación implícita por el contratista.

Partiendo de los hechos acreditados, hemos de reconocer que la empresa adjudicataria subcontrató el servicio incumpliendo las condiciones impuestas por la cláusula 10.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares. La citada cláusula establece que “en todo caso, la subcontratación deberá cumplir con los requisitos del artículo 115 del TRLCAP”. Esta remisión, unida a la mencionada previsión resolutoria de la cláusula 14, nos conduce a considerar que pueden operar como causas de resolución del contrato la falta de comunicación a la Administración de la subcontratación y la ejecución del contrato por un colaborador contra la prohibición expresa de la Administración. Este Consejo entiende que, de la apreciación conjunta de los datos y pruebas obrantes en el expediente, se deduce una voluntad deliberadamente rebelde de

la adjudicataria dirigida al incumplimiento de los requisitos de la subcontratación.

Por un lado, la Resolución del Consejero de Educación y Ciencia de 25 de mayo de 2006, por la que se desestima la solicitud de subcontratación del servicio, pone de manifiesto, sin contradicción de la adjudicataria, que falta la notificación previa a la Administración, “que sólo tuvo lugar el 17 de febrero de 2006, pese a que el contrato entre el contratista y el subcontratista se firmó el 14 de septiembre de 2005”. A la vista de estos datos, consideramos que la solicitud de autorización de subcontratación, aunque no es necesaria como tal, sí sirve a los efectos de comunicación escrita. No obstante, observamos un incumplimiento sustancial del deber de comunicación, dado que ésta debe ser previa a la celebración del contrato por imposición del art. 115 del TRLCAP, y en el presente caso se demora en más de cuatro meses y todos los indicios apuntan a que el servicio se venía prestando efectivamente por la empresa colaboradora con anterioridad a la comunicación. En torno a este extremo, manifiesta la propia adjudicataria en su escrito de alegaciones, fechado el 21 de julio de 2006, que “la subcontratación propuesta afecta únicamente a uno de los dos cursos escolares contratados con esa Consejería, es decir, en ningún caso habría excedido del 50% del importe de la adjudicación”. Hemos de anotar nosotros que en ningún momento se imputa a la adjudicataria la infracción del indicado límite porcentual, con lo que tales alegaciones, en unión del informe de la Inspección de Transportes, de 21 de junio de 2006, sólo vienen a corroborar la efectiva prestación del servicio por el colaborador durante el curso 2005/2006. El informe de la Inspección constata que “en el servicio de las 14,20 h. del día 13-06-06 (...), el vehículo matrícula, propiedad de la empresa, realiza en régimen de colaboración la ruta nº, lote nº, adjudicada a la empresa,”, añadiendo que “consultado con el conductor, manifiesta que realiza la ruta de forma diaria” y que “en el Libro de Ruta se comprueban expediciones idénticas, prestadas en fechas 8, 9 y 12 de junio, no comprobando fechas anteriores para no retrasar la salida”; lo que, siguiendo el

criterio de apreciación conjunta de la prueba, debe conducirnos a concluir que la subcontratación se estaba ya ejecutando antes de su comunicación a la Administración.

Por otro lado, entendemos que la prestación del servicio por un colaborador contra prohibición expresa de la Administración constituye otra causa de resolución del contrato con la adjudicataria, en la medida en que se infringe por la vía de hecho una resolución administrativa, revelando una voluntad deliberadamente rebelde. En efecto, con independencia de que los fundamentos que sustentan la denegación de la subcontratación sean o no procedentes, lo cierto es que la adjudicataria actúa en contra de lo expresamente declarado por una resolución administrativa, sin que conste que se haya interpuesto recurso contra la misma ni solicitado la suspensión de sus efectos, lo que nos permite, nuevamente, apreciar la infracción del deber de buena fe, exigible a quien está ligado por una relación contractual. Aunque, en principio, la resolución que deniega la subcontratación es meramente declarativa de la falta de sus requisitos y no fundamenta "*per se*" una nueva causa de resolución, debemos tener presente que, correspondiendo a la Administración contratante la interpretación del contrato y la apreciación del modo de ejecución del mismo, es a ella a quien primeramente debe atribuírsele la capacidad de discernir si los incumplimientos observados son o no resolutorios. El contratista puede reaccionar contra las apreciaciones de la Administración, pero no puede, como ocurre en el presente caso, contrariarlas por la vía de hecho, después de haber tenido pleno conocimiento de la desestimación expresa de su solicitud de subcontratación y de los cauces legales adecuados para cuestionar el fondo de esta decisión administrativa.

En lo que afecta al incumplimiento de las condiciones económicas de la subcontratación, la resolución del Consejero de Educación y Ciencia por la que se desestima la solicitud de subcontratación del servicio, pone de manifiesto que se retribuye al subcontratista en plazos y condiciones más desfavorables que los que rigen la relación entre el contratista y la Administración, ya que

“habiendo sido subcontratada la mitad del servicio de transporte de los lotes y, esto es, la mitad de los recorridos de los lotes citados, sólo se abonan al subcontratista 84 euros diarios en lugar de los 128,67 euros (63,27 + 65,40) que serían los legalmente exigidos”. Frente a ello, alega la adjudicataria que la Consejería interpreta erróneamente la exigencia legal de que tales condiciones no sean inferiores a las acordadas en el contrato principal, afirmando que “no es eso lo que exige el artículo 115 del TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...). Antes al contrario, de su tenor literal y de una correcta hermenéutica de este precepto, resulta que el precio acordado con el subcontratista no tiene porqué ser coincidente con el establecido en el contrato administrativo, como por esa Consejería se pretende”. Añade el contratista que “el apartado c) del número 2 de artículo 115 citado (...) recoge clara e inequívocamente la libertad de pacto en este aspecto”, y que la segunda parte de ese precepto, “en la que se señala que los plazos y condiciones de abono (...) no sean más desfavorables que los establecidos en el artículo 99.4 para las relaciones entre Administración y contratista, en modo alguno significa (...) que el precio haya de ser coincidente”. Este Consejo entiende, y así lo ha manifestado en anteriores Dictámenes (Núm. 125/2006, entre otros) que, de los estrictos términos del artículo 115.c) del TRLCAP, que obligadamente deben ser puestos en relación con el artículo 99.4 del mismo texto legal, únicamente resulta la obligación del contratista de abonar a los subcontratistas y suministradores el precio que aquél hubiera pactado con éstos, en plazos y condiciones que no sean más desfavorables que los establecidos para las relaciones entre Administración y contratista. Y a tal efecto, es obligado destacar que las condiciones establecidas en el artículo 99.4 del TRLCAP para nada tratan de la cuantía del precio. Dicha norma se ciñe exclusivamente a la regulación de los plazos de entrega del precio y a los efectos de la demora en los pagos, pero nunca a la cuantía de los mismos que, por ello, ha de entenderse que son los que las partes libremente determinen, en defecto de condición en contrario expresamente establecida en

el contrato administrativo especial suscrito entre la Administración y el contratista. Consideramos que, aunque el subcontrato no debe generar un beneficio notoriamente excesivo a favor del contratista que amenace la calidad del servicio, lo cierto es que no existe en la ley regulación alguna de la cuantía del precio que el contratista debe abonar al subcontratista. Por ello, si la Administración considera que esta cuestión es un factor determinante de la calidad del servicio público contratado y, por ende, algo que puede ir en detrimento del interés público, debe regular expresamente el régimen de la subcontratación en el texto contractual, tanto más cuanto que el carácter especial de este tipo de contratos habilita a ello sin la menor duda. En consecuencia, la mayor o menor cuantía del precio percibido por el subcontratista no constituye en el presente caso base legal suficiente para proceder a la resolución del contrato.

Así las cosas, son hechos acreditados con trascendencia resolutoria la prestación del servicio por un colaborador sin la comunicación previa del subcontrato y contra prohibición expresa de la Administración. Habida cuenta de que tales hechos constituyen una infracción a lo dispuesto en la cláusula 10.2 citada, hemos de concluir que efectivamente se da en este supuesto la causa de resolución contractual prevista expresamente en la cláusula 14.1 del pliego que rige la contratación. Ello conlleva, en el caso que se examina, la posibilidad de ejercicio de la facultad de resolución por la Administración consultante, en tanto no se haya producido la extinción del contrato por cumplimiento de su objeto, a través del órgano de contratación, previa autorización del Consejo de Gobierno.

Pues bien, acreditado el incumplimiento por la contratista y la facultad de resolución por la Administración, resta determinar los efectos derivados de la misma. Al respecto, el punto 2 de la referida cláusula 14 establece que “acordada la resolución del contrato, previa audiencia del transportista, se dispondrá según proceda, la incautación de la garantía y/o la exigencia de una indemnización por los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado a

la Consejería de Educación y Ciencia". Efectos estos coincidentes, en los términos de lo previsto en el artículo 112 del RGLCAP, con lo dispuesto en los artículos 113.4 del TRLCAP y 113 del RGLCAP.

En definitiva, entendemos que concurre causa de las establecidas expresamente en el contrato para disponer la resolución, según lo que se ha razonado en este dictamen, con incautación de la fianza constituida y la liquidación de los daños y perjuicios eventualmente ocasionados a la Administración, si superan el importe de la garantía incautada, según determinan el artículo 113.4 del TRLCAP y el artículo 113 del RGLCAP.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en la consideración jurídica Segunda de este dictamen, procede la resolución, por concurrir causa expresamente concertada, del contrato de transporte escolar para los cursos 2004/2005 y 2005/2006, prorrogado para los cursos 2006/2007 y 2007/2008, lote, adjudicado a la empresa, con los efectos expuestos en el cuerpo de este dictamen."

V.E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.