

Expediente Núm. 54/2007
Dictamen Núm. 31/2007

V O C A L E S :

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

Secretario General:
Fernández García, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 8 de marzo de 2007, 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 7 de febrero de 2007, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de transporte escolar para el curso 2006/2007, lote, adjudicado a la empresa “X”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 1 de septiembre de 2006, el Consejero de Educación y Ciencia dicta Resolución por la que se adjudica a la empresa “X” el contrato de transporte escolar correspondiente al lote, durante el curso académico 2006/2007, por el precio de once mil doscientos noventa y nueve euros con veinte céntimos (11.299,20 €), IVA incluido, “con plena sujeción a las condiciones de su oferta, a los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas y, en general, a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas”. Se indica al adjudicatario que “en el plazo máximo

de 15 días hábiles desde que se le notifique la presente resolución (...), deberá acreditar (...) la constitución de la garantía definitiva por importe de 451,97 €".

En los antecedentes de la resolución se hace constar que, con fecha 13 de julio de 2006, el Consejo de Gobierno autorizó la celebración del contrato, que a la licitación del lote al que se refiere concurrió la empresa "X" y que la adjudicación ha sido propuesta por la Mesa de Contratación, en sesión celebrada el día 30 de agosto de 2006.

Obra incorporada al expediente copia de los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares, así como una copia del aval constituido por "X" en concepto de garantía provisional para concurrir a la licitación, por importe de doscientos veinticinco euros con noventa y ocho céntimos (225,98 €).

El objeto del contrato lo constituye, en los términos del apartado A del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares, "el traslado de los alumnos desde sus domicilios al centro docente o enlace con otro itinerario conforme a la ruta previamente definida", reflejándose en el apartado 1.1 del pliego de prescripciones técnicas que el objeto será "la realización por el transportista del traslado de los alumnos". El citado pliego de prescripciones técnicas concreta las características de la ruta de transporte escolar, los requisitos de carácter profesional o empresarial que deberá justificar el transportista y los requisitos de seguridad e higiene en la ejecución del contrato de transporte escolar.

En el Anexo III del pliego de cláusulas administrativas particulares se indica que el presupuesto de licitación del lote asciende a once mil doscientos noventa y nueve euros con veinte céntimos (11.299,20 €), a razón de sesenta euros (60 €) por día de prestación del servicio, detallándose, en el Anexo IV del mismo pliego, la ruta correspondiente al lote, con expresión de las paradas y del número de alumnos. En concreto, según el citado Anexo, el lote comprende la ruta, desde la primera parada, en,, hasta la Escuela, con un total de 4 alumnos.

En el pliego de cláusulas administrativas particulares constan, entre otras, las siguientes:

a) La número 1.1, que establece que “es objeto del contrato 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 (...) se define en el apartado 1.1 del pliego de condiciones técnicas anejo al presente pliego”.

b) La número 8, que, en relación con la garantía definitiva, señala que “con carácter previo a la firma del contrato el adjudicatario deberá acreditar haber constituido la fianza definitiva (...). A tal efecto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a aquél en que se le notifique la adjudicación, el contratista acreditará haber constituido a disposición del órgano contratante garantía definitiva por la cantidad del cuatro (4) por ciento (%) del importe de adjudicación, en cualquiera de las modalidades legalmente admitidas, y en su caso, de acuerdo con los modelos establecidos en el RGLCAP (...). Si la proposición del adjudicatario hubiese estado incurso inicialmente en la presunción de temeridad a que se refiere el artículo 86.3 del TRLCAP, la garantía definitiva deberá constituirse por un importe equivalente al 20 por 100 del importe de adjudicación del contrato, que sustituirá a la del 4 por 100 prevista en el apartado anterior (...). Si la misma garantía provisional se hubiese constituido en metálico o valores será potestativo para el adjudicatario aplicar su importe a la garantía definitiva o proceder a la nueva constitución de esta última en este supuesto, deberá ser cancelada la garantía provisional simultáneamente a la constitución de la garantía definitiva”.

c) La número 9, que establece que “el contrato se formalizará, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes al de la notificación de la adjudicación. Este documento se trasladará al contratista junto con el pliego de cláusulas administrativas particulares”. Añade el punto segundo que “el documento en que se formalice el contrato será administrativo”.

d) La número 10, que dispone en su apartado primero que “el transportista vendrá obligado a ejecutar el contrato con arreglo a lo dispuesto

en sus cláusulas y en las de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, especificaciones del cuadro-resumen y prescripciones técnicas anejas al mismo que son documentos contractuales". El punto tercero establece que "el transportista está obligado a mantener durante toda la vigencia del contrato las condiciones técnicas de capacidad que fueron exigidas en el momento de la licitación". El punto séptimo determina que la ejecución del contrato se realizará "a su riesgo y ventura".

e) La número 14, bajo la rúbrica "causas de resolución del contrato e incumplimiento de los plazos", señala, en su apartado primero, que "son causas de resolución del contrato, además de las previstas en el artículo 8.3 y 111 del TRLCAP", las expresamente establecidas en este pliego. Añade el punto segundo de la misma 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".

f) La número 17, que, en lo que al régimen jurídico del contrato se refiere, prevé que "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, de Condiciones de Seguridad en el Transporte Escolar y de Menores, modificado parcialmente por Real Decreto 849/2002, de 30 de agosto, en cuanto no se oponga a lo dispuesto en los dos anteriores textos normativos citados". Sobre esta 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. El punto segundo de la cláusula 17 señala como prerrogativa de la Administración, entre otras, la de “acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”.

2. Mediante escrito de 13 de septiembre de 2006, la empresa “X” dirige un escrito a la Sección de Transporte del Ministerio de Educación y Cultura (*sic*) en relación con el contrato de transporte escolar correspondiente al lote, ruta, comunicándole que se encuentra en la “obligación de renunciar a la prestación del mismo como consecuencia de la incompatibilidad para conjugar los horarios de los centros”. Añade que “el servicio se seguirá realizando de acuerdo a los horarios reflejados en el plan de prestación y hasta que ese Departamento a su discreción proceda a comunicar la baja definitiva en la prestación”.

3. Con fecha 27 de octubre de 2006, el Consejero de Educación y Ciencia dicta Resolución por la que se autoriza el inicio del procedimiento de resolución del contrato de transporte escolar durante el curso 2006/2007, correspondiente al lote, ruta, adjudicado a la empresa “X”, “por falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva”. En su fundamento jurídico tercero cita el artículo 111.d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, considerando “como causa de resolución del contrato administrativo la falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva en plazo, siendo éste, de acuerdo con el artículo 41 del mismo texto legal, de quince días, contados desde que se le notifique la adjudicación del contrato”. Finalmente, en la misma resolución se dispone “adjudicar provisionalmente el servicio de transporte escolar correspondiente al lote al transportista que reúna las condiciones para ello, durante el tiempo que dure la tramitación del expediente de resolución del contrato, con el fin de que durante ese periodo los alumnos no se vean privados del mencionado servicio”.

4. Con fecha 28 de octubre de 2006, notificado a la empresa adjudicataria el día 6 de noviembre de 2006, el Jefe del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Educación y Ciencia le informa, en respuesta a su escrito de 13 de septiembre del mismo año, que “entre las causas de resolución de contratos administrativos previstas en el artículo 111 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (...), y en la cláusula 14.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares (...) no se encuentra prevista la renuncia como causa de resolución del contrato./ Por tal motivo, se le indica que, de no prestar el servicio en las condiciones contratadas y aceptadas por su empresa al resultar adjudicatario, se iniciará expediente de resolución de contrato por incumplimiento contractual con las consecuencias económicas derivadas de dicho incumplimiento, a saber, incautación de la garantía definitiva e indemnización de los daños y perjuicios causados a la Administración”.

5. Con fecha 13 de noviembre de 2006, el Jefe del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Educación y Ciencia notifica la resolución de inicio del procedimiento de resolución del contrato a “X” Se señala en la citada notificación que, “con carácter previo a la redacción de la propuesta de resolución, según lo dispuesto en el art. 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se le pone de manifiesto el expediente 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. Con fecha 23 de noviembre de 2006, quien se identifica como Consejero Delegado de “X” presenta, en el Registro General del Principado de Asturias, un escrito dirigido a la Consejería de Educación y Ciencia, en el que solicita que se proceda a “efectuar la devolución de la fianza provisional consignada”; al “abono del importe” correspondiente a la prestación del servicio de transporte

del 11 al 18 de septiembre, que asciende “a un total (de) 385,20 euros, IVA incluido”, y, en general, “que como consecuencia del inicio de este expediente de resolución del contrato no se derive ningún efecto que pudiera perjudicar a mi representada”. Añade que, “para el supuesto de que no se estimen las pretensiones precedentes, esta mercantil desde ahora anuncia su intención de, después de agotada la vía administrativa, acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, en reclamación de sus legítimos derechos”.

El firmante del escrito refiere que “con fecha 11 de septiembre de 2006 se inició el servicio de transporte escolar correspondiente al lote y ruta referenciada (...). El primer día de servicio no se pudo realizar el mismo al haber sido recogidos los alumnos por otra empresa de transporte. Al día siguiente nos encontramos con la misma situación salvo que los alumnos habían sido trasladados al centro mediante otro medio de transporte del que no tenemos identificación. Se comenzó el servicio con regularidad a partir de ese día con independencia, como digo, (de) que alguno de los alumnos, no todos, se desplazaba al centro por otros medios propios o ajenos./ En esa fecha, 13 de septiembre, la Sección de Transportes comunica, extremo que podemos acreditar, que debemos renunciar a la prestación del servicio en las condiciones actuales ya que las diferencias en los horarios de entrada y salida no pueden ser asumidas por la dirección y los usuarios. Estas diferencias en los horarios se encontraban de acuerdo al itinerario y horario previsto y (...) recogidas en el plan de compatibilidades que se presentó al concurso del que fuimos únicos licitadores y a la postre adjudicatarios; expediente

Continúa relatando que el día “13 de septiembre de 2006 comunicamos mediante fax a la Sección de Transporte de Educación y Cultura (*sic*) nuestra renuncia a la prestación del servicio como consecuencia de la incompatibilidad para conjugar los horarios de los centros, y que el servicio de transporte se seguiría realizando mientras no se comunicara por escrito la baja definitiva en la prestación. En comunicación con la Sección de Transportes, el día 14 de septiembre de 2006, se nos comunicó verbalmente, comunicación que llegado el supuesto asimismo demostraremos, que el día 18 de septiembre comenzaba

a realizar el transporte otra empresa y que no podían hacernos por escrito la baja en base al fax que enviamos porque el procedimiento era esperar a que llegara la adjudicación de esta ruta donde vendría reflejada la garantía definitiva a constituir, tras lo cual, y al no presentar la misma se resolvería el contrato según contempla la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Tras lo cual se nos comunicaría ya por escrito". Añade que "con fecha 15 de septiembre transcribimos literalmente lo recogido en el apartado de observaciones de la hoja de ruta de nuestro conductor asignado a este servicio:/ `la ruta de la mañana la hace toda la madre de unos críos excepto la bajada de la playa de de 2 km (ida) que tiene que subir la cría andando, porque no espera al autobús. A su vez hoy por la mañana va detrás de ella el otro autobús para conocer la ruta y empezar el lunes. El regreso a las (13:30) se hace sin problemas con todos los alumnos (excepto el de (...), que comienza a utilizar el autobús el día 18 con la otra empresa)' (...). No obstante, y al no tener fehaciente conocimiento de que la otra empresa haría con garantías la prestación del servicio, el lunes 18 de septiembre realizamos también el recorrido por si quedaban los alumnos sin transporte, encontrándonos con un microbús que justo delante del nuestro realizaba las paradas del recorrido e iba recogiendo a los alumnos (...). Con fecha 2 de noviembre de 2006 se recibe escrito de esa Consejería de Educación y Ciencia fechado el 28 de octubre de 2006, asunto: `renuncia al lote´".

Tras relatar los hechos, alega que "siguiendo las instrucciones recibidas una vez recibida la adjudicación de la citada ruta, no se formalizó la garantía definitiva en espera de que se resolviera el contrato en base a esta causa prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas" y añade que "no obra en nuestro conocimiento haber causado daño o perjuicio como consecuencia de nuestra sustitución por la otra empresa transportista, no habiendo privado durante aquel periodo a los alumnos del servicio de transporte, y que el mismo se mantuvo en activo y sin interrupción de acuerdo con lo que mi representada ofertó en el concurso y que incluso, y tras habernos comunicado la Sección de Transportes que el 18 de septiembre

comenzaba otra empresa a realizar el citado transporte, llevó a cabo el recorrido para evitar que pudiera quedar algún alumno sin transporte escolar. Y que si existe algún perjudicado obviamente se trata de mi representada que además en todo momento actuó de buena fe”.

7. El día 7 de diciembre de 2006, el Jefe del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Educación y Ciencia formula propuesta de resolución en la que, tras resumir los hechos relativos al asunto de referencia, de entre los que destaca el antecedente tercero, por cuanto refiere que “habiendo sido requerida la empresa adjudicataria para la constitución de la garantía definitiva por importe de 451,97 euros, ha transcurrido el plazo fijado para ello, sin que a fecha de hoy la haya constituido”, y recoger las alegaciones formuladas por la contratista, señala los fundamentos de derecho en que se basa. Entre ellos, se indica en el fundamento de derecho tercero que, según dispone el artículo 53 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, “los contratos se perfeccionan mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, cualquiera que sea el procedimiento o la forma de adjudicación realizados, añadiendo el artículo 55 que la Administración no podrá contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga carácter de emergencia”.

En cuanto a la causa de resolución del contrato, el fundamento de derecho cuarto señala que “el artículo 111 del citado Texto Refundido enumera las causas de resolución de los contratos, no incluyendo entre las mismas la renuncia; en cambio, su apartado d) considera como causa de resolución la falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva en plazo, siendo éste, de acuerdo con el artículo 41 del mismo texto legal, de quince días, contados desde que se le notifique la adjudicación del contrato”, añadiendo, en el fundamento de derecho quinto, que “el artículo 113 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dispone que en los supuestos de no formalización del contrato en plazo por causas imputables al contratista, se estará a lo dispuesto en el artículo 54.3, a saber, proceder a incautar la garantía provisional y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados”.

Finalmente, se indica en el fundamento de derecho sexto que “conforme a lo dispuesto en el artículo 59 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es preceptivo el informe del Consejo de Estado, toda vez que el contratista muestra su oposición a la resolución del contrato. El artículo 109.1.d) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, establece que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación previo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista”, concretando el fundamento de derecho séptimo que resulta preceptivo el informe del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a tenor de lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de su Ley reguladora.

Tras todo lo anterior, propone “que se proceda a la resolución del contrato (...), por falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva”, y “a la incautación al transportista de la garantía provisional depositada y a la determinación de los daños y perjuicios ocasionados”.

8. El día 27 de diciembre de 2006, el Jefe del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Educación y Ciencia notifica la resolución de inicio del procedimiento a la entidad bancaria avalista, dándole audiencia por un “plazo de diez días naturales, a contar desde el siguiente a la recepción de esta notificación”, durante el cual podrá examinar el expediente y formular “las alegaciones que estime pertinentes en orden a la conformidad o desacuerdo con la resolución del contrato y los efectos de ésta”.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 7 de febrero de 2007, registrado de entrada el día 14 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 el curso 2006/2007, lote, adjudicado a la empresa “X”, adjuntando a tal fin 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.- 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), la representación con que actúa la persona que formula la oposición. Dispone este precepto 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".

Firma el escrito de alegaciones quien dice actuar en "calidad de Consejero Delegado de la empresa 'X' señalando únicamente su nombre y apellidos, pero sin indicar ni aportar dato o documento alguno expresivo de dicha condición. Ocorre, 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 conocidas, 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.

Tal omisión impide a este Consejo comprobar si, como aduce, 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, resultando que, desconocidos el título y condición con que actúa quien firma la oposición a la resolución contractual a favor de la mercantil "X", 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.

Por ello, estimamos que, en el presente caso, resulta esencial que se acredite la condición con que actúa el firmante por cualquiera de los medios válidamente admitidos en derecho, entre otros, mediante la aportación de los estatutos de la sociedad, en los que debería constar su condición y el poder conferido a su favor.

No obstante lo anterior, incluso considerando que existe oposición del contratista, ha de precisarse que ésta lo es no a la resolución del contrato sino a las consecuencias o efectos de la misma, que dependen de la determinación del sujeto responsable de la resolución, lo cual constituye el verdadero objeto de discrepancia.

Considera la Administración que procede la resolución del contrato por falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva, "con incautación de la garantía provisional depositada" y "determinación de los daños y perjuicios ocasionados". Éste, aunque reconoce el incumplimiento, lo justifica alegando haber seguido "las instrucciones recibidas" de la Administración, que le comunicó, en primer término, la obligación de "renunciar a la prestación del

servicio”, aunque precisando que, dado que la ley no prevé la renuncia como causa de resolución del contrato “y que no podían hacernos por escrito la baja (...), el procedimiento era esperar a que llegara la adjudicación de esta ruta donde vendría reflejada la garantía definitiva a constituir, tras lo cual, y al no presentar la misma se resolvería el contrato según contempla la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”; razón por la que, continúa, “no se formalizó la garantía definitiva en espera de que se resolviera el contrato en base a esta causa”. En consecuencia, considerando que no existe incumplimiento culpable por su parte, solicita que “no se derive ningún efecto que pudiera perjudicar a mi representada” del expediente de resolución iniciado y, además, la devolución de la fianza provisional consignada y el abono de los servicios prestados, en todo caso.

TERCERA.- Hemos de comenzar por señalar que el contrato que vincula a las partes es de naturaleza administrativa especial, suscrito al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.2, apartado 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 servicio de transporte escolar, a la que se refiere el artículo 82 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

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 será, con carácter preferente, el contenido en sus propias normas, detallándose expresamente 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 referido cuerpo legal.

Conforme a lo establecido en las citadas cláusulas, ambas partes del contrato quedan sometidas expresamente, en lo no previsto en dicho pliego y en el de prescripciones técnicas, al TRLCAP; al Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto

1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP); al Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, de Condiciones de Seguridad en el Transporte Escolar y de Menores, modificado parcialmente por Real Decreto 849/2002, 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 prevé 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 dichas prerrogativas, 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 sujetarse a las normas procedimentales que las justifican. Si se incumple el procedimiento, la imputación de la causa resolutoria pierde su legitimación, pues, como acabamos de señalar, aquella potestad sólo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley.

El artículo 109.1 del RGLCAP sujeta la resolución de los contratos a 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, si se propone la incautación de la garantía; c) informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 del TRLCAP, y d) dictamen del Consejo Consultivo, dado que se ha formulado oposición por parte del contratista. Todos ellos se han cumplido aquí formalmente, con la salvedad del informe del Servicio Jurídico, que la Administración no ha solicitado al considerarlo innecesario, por concurrir como causa de resolución, tal y como se indica en la propuesta de resolución, la falta

de constitución de la garantía definitiva, a que se refiere el artículo 41 del TRLCAP.

Al margen de tal consideración general, respecto a la instrucción del procedimiento, observamos dos irregularidades. En primer lugar, debe recordarse que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 54 del TRLCAP, no se podrá iniciar la ejecución del contrato sin su previa formalización (excepto en los supuestos legalmente establecidos, que no se corresponden con el que examinamos) y que el plazo para la formalización se inicia el día siguiente al de la notificación de la adjudicación. Por otra parte, dado que el incumplimiento que se imputa a la contratista consiste en la "falta de prestación de la garantía definitiva", presenta especial interés la exigencia legal de que, salvo las excepciones expresamente establecidas, con carácter previo a la formalización habrá de constituirse la garantía definitiva -prevista como salvaguarda de los intereses públicos-, cuya constitución deberá la adjudicataria acreditar en el plazo de quince días contados desde la notificación de la adjudicación; resultando que, en el caso que se somete a nuestra consideración, no aparece en el expediente remitido a este Consejo Consultivo la notificación de la adjudicación y, en su caso, la documentación posterior a ella, por lo que no cabe sino concluir que el mismo no reúne los requisitos establecidos en el artículo 18 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 41.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, debiendo completarse, en consecuencia, con la incorporación de dicha documentación.

Se advierte, igualmente, que quien actúa como representante de la empresa adjudicataria manifiesta, en su escrito de alegaciones, que el día "13 de septiembre la Sección de Transportes comunica, extremo que podemos acreditar, que debemos renunciar a la prestación del servicio". Añade que ese mismo día "comunicamos mediante fax a la Sección de Transporte de Educación y Cultura (*sic*) nuestra renuncia (...) y que el servicio de transporte se seguiría realizando mientras no se comunicara por escrito la baja definitiva en la prestación. (...) la Sección de Transportes el día 14 de septiembre de 2006

(...) nos comunicó verbalmente, comunicación que llegado el supuesto asimismo demostraremos, que el día 18 de septiembre comenzaba a realizar el transporte otra empresa y que no podían hacernos por escrito la baja en base al fax que enviamos". A pesar de lo alegado y de las pruebas que dice poseer la contratista sobre los hechos controvertidos, no consta en el expediente remitido que la Administración instructora haya realizado actos tendentes a la determinación, conocimiento y comprobación de tales hechos, en los términos de lo establecido en el artículo 78 de la LRJPAC, cuya acreditación resulta, sin duda, necesaria en el presente supuesto, y sobre los que, en todo caso, deberá pronunciarse en su día la resolución.

Finalmente, debemos detenernos en el análisis del trámite de alegaciones practicado. Hemos de partir de la configuración general de tal trámite, citando, a este respecto, que el artículo 79.1 de la LRJPAC dispone que los interesados "podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio./ Unos y otros serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución". En el procedimiento que ahora se examina, las alegaciones del contratista no han sido objeto de expresa valoración en la propuesta de resolución, que se limita a efectuar un resumen de las mismas en los antecedentes fácticos, pero sin relacionar con ellas ninguna consecuencia jurídica de las que, sin embargo, resultan patentes. En este caso, tal irregularidad resulta particularmente relevante, puesto que las alegaciones de la empresa contratista se refieren a hechos controvertidos, que van a tener trascendencia tanto en el fondo como en el procedimiento aplicable, y que no han sido confirmadas ni rebatidas de modo expreso en la propuesta de resolución.

El contratista, en su escrito de alegaciones, parte de considerar que no ha prestado fianza definitiva pero que, no obstante, tal incumplimiento no le resulta imputable, por lo que termina solicitando que "no se derive ningún efecto que pudiera perjudicar a mi representada" y, en particular, la "devolución de la garantía provisional consignada" y el "abono del importe por

seis días de servicio". Sin embargo, la propuesta de resolución, que como hemos dicho no analiza tales alegaciones, resulta incongruente con lo señalado en ellas.

Entiende este Consejo que el recto cumplimiento del trámite de audiencia requiere no sólo el reconocimiento al interesado de la posibilidad de alegar lo que a su derecho convenga, con la consiguiente incorporación al procedimiento del escrito de alegaciones, sino que exige la consideración en la propuesta de resolución del planteamiento fáctico y la razonada extracción de las consecuencias jurídicas que de los hechos se derivan a la vista de lo expuesto por la parte.

En el ejercicio de su potestad resolutoria la Administración no queda vinculada, naturalmente, a ninguna de las alegaciones de parte, pero esta libertad no se cercena ni disminuye por el hecho de motivar o exteriorizar las razones que explican la aceptación de unas y el rechazo de otras. Esa labor de reflexión racional constituye un importante instrumento procedimental para orillar la eventual arbitrariedad de la Administración (proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución), que puede tener su origen en la precipitación o improvisación con que se elabora una resolución, mientras que aquella tarea de reflexión racional reduce las posibilidades de una eventual actuación arbitraria. Por otro lado, dicho modo de proceder satisface plenamente las finalidades materiales que se persiguen cuando se reconoce un trámite de audiencia a favor de los interesados; finalidades que no se alcanzan rectamente cuando la Administración se limita a oír sin escuchar, porque cuando despacha de forma rutinaria no permite a los afectados participar materialmente en el procedimiento. Si bien esa apertura o diálogo no debilita en nada la potestad resolutoria, en cambio da pleno sentido a la intervención que el artículo 105 de la Constitución ha impuesto como trámite procedente en el marco de un Estado social y democrático de Derecho.

Considerando lo anterior, entendemos que no se ha cumplido en sus términos el preceptivo trámite de audiencia a que se refiere el artículo 84 del TRLCAP.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, hemos de referirnos a la competencia para acordar, en su caso, la resolución de los contratos, 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, al corresponder a éste la aprobación del gasto por comprometerse fondos públicos de carácter plurianual.

Con base en lo hasta ahora razonado, entendemos que debe retrotraerse el expediente al momento procedimental oportuno, a fin de que sea éste completado con la documentación que se solicita -acreditación de la condición de contratista y notificación de la resolución de adjudicación del contrato-, debiendo la Administración realizar cuantos actos de instrucción resulten necesarios para el conocimiento y comprobación de los hechos, elaborando, en consecuencia, una nueva propuesta de resolución motivada en la que se analicen las alegaciones formuladas por el contratista. En la medida en que la valoración jurídica de los hechos condiciona no sólo la concreción de la causa resolutoria y los efectos de ésta, sino también el procedimiento a seguir para acordar la resolución, habrá de tenerse en cuenta que, de haber constituido el adjudicatario la garantía definitiva, deberá recabarse del Servicio Jurídico del Principado de Asturias el preceptivo informe, en los términos de lo dispuesto en el artículo 109.1.c) del RGLCAP.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no es posible un pronunciamiento sobre el fondo de la consulta solicitada, debiendo retrotraerse el procedimiento al momento de dictar una nueva propuesta de resolución, en los términos que hemos dejado expuestos en las consideraciones Segunda y Tercera del cuerpo de este dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE EN FUNCIONES,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS