

Expediente Núm. 47/2007
Dictamen Núm. 35/2007

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 12 de febrero de 2007, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de servicios de acompañante 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 acompañante de transporte escolar, correspondiente al lote, durante el curso académico 2006/2007, por el precio de seis mil quinientos euros (6.500,00 €), 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 260,00 €".

En los antecedentes de la resolución se hace constar que, con fecha 18 de julio de 2006, el Consejo de Gobierno autorizó la celebración del contrato, que a la licitación del lote al que se refiere concurrieron las empresas "Y"; "Z" y "X", y que la adjudicación ha sido propuesta por la Mesa de Contratación, en sesión celebrada el día 30 de agosto de 2006.

En respuesta a lo manifestado por este Consejo en el trámite de una consulta inicial sobre el mismo asunto, hallando incompleto el expediente administrativo, consta incorporado al que ahora se nos remite, con posterioridad a la propuesta de resolución, copia de un escrito de notificación de la citada resolución, suscrito por la Jefa del Servicio de Asuntos Generales con fecha 4 de septiembre de 2006 y con registro de salida de la Administración del Principado de Asturias de la misma fecha. Se adjunta, asimismo, copia de un documento de aviso de recibo de Correos y Telégrafos, con código, dirigido a la entidad adjudicataria, en el que consta "notificación acompañante" y como fecha de recepción el día 6 de septiembre de 2006.

Obra, igualmente, en el expediente copia de los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares -este último sin firmar-, así como una copia del aval constituido por "X" en concepto de garantía provisional para concurrir a la licitación, por importe de ciento cincuenta y un euros con cincuenta y un céntimos (151,51 €).

El objeto del contrato lo constituye, en los términos del apartado A del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares, "la gestión del servicio (de) acompañantes (de) transporte escolar", reflejándose en el apartado 1.1 del pliego de prescripciones técnicas que el objeto será "el servicio de acompañante de transporte escolar". El citado pliego de prescripciones técnicas, en su cláusula 1.5, recoge que las obligaciones del acompañante son, entre otras: "realizar el recorrido desde la primera parada del transporte (...) hasta el final del mismo./ Comunicar al Director/a del centro cualquier alteración llevada a cabo en el trayecto./ Cuidar del buen comportamiento de

los niños transportados./ Colaborar con los encargados del transporte en el control y toma de datos que puedan redundar en una mejora del servicio de transporte escolar./ Acompañar a los niños desde el autobús hasta el interior del recinto escolar y, en su caso, el cuidado de éstos hasta el inicio de la clase”.

En el Anexo III del pliego de cláusulas administrativas particulares se indica que el presupuesto de licitación del lote asciende a siete mil quinientos setenta y cinco euros con sesenta céntimos (7.575,60 €), a razón de cuarenta euros (40 €) por día de prestación del servicio, detallándose, en el Anexo IV del mismo pliego, las rutas correspondientes a cada 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 el Colegio Público “.....”, de, con un total de 5 alumnos.

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

a) La número 11, en la que, bajo la rúbrica “obligaciones previas a la formalización del contrato”, se establece que “acusado recibo de la notificación de adjudicación, el adjudicatario, deberá aportar la siguiente documentación: (...) En el plazo de 15 días hábiles (...), constitución de (la) garantía definitiva exigida en el Cuadro-Resumen, apartado J (4% del precio de adjudicación)”, añadiendo que “el incumplimiento de las obligaciones anteriores por causa imputable al contratista adjudicatario podrá dar lugar a la resolución del contrato en los términos previstos en el artículo 54 del R.D.L. 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

b) La número 12, según la cual “el documento de formalización del contrato se otorgará dentro del plazo de 30 días naturales a contar desde el siguiente al de recepción de la notificación de la adjudicación, de acuerdo con lo establecido en el artº 54 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y revestirá el carácter de documento administrativo (...). Cuando por causas imputables al contratista no pudiese formalizarse el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la resolución del mismo, previo el preceptivo trámite de audiencia del interesado e

informe del Consejo de Estado cuando se formule oposición del contratista./ En tal supuesto procederá la incautación de la garantía provisional y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados (...). Cuando se acuerde la resolución del contrato porque el adjudicatario no cumple las condiciones necesarias para llevar a cabo la formalización del mismo, la Administración podrá adjudicar el contrato al licitador o licitadores siguientes (a) aquél, por orden de sus ofertas, siempre que fuese posible”.

c) La número 13.2, en la que se señala que “las garantías provisionales se devolverán de oficio a los licitadores que no hayan resultado adjudicatarios inmediatamente después de la propuesta de adjudicación del contrato. La garantía provisional del adjudicatario quedará retenida hasta la formalización del correspondiente contrato”.

d) La número 16.3, en la que se establece que “la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista”.

e) La número 19, que fija como causas de resolución del contrato, “además de las previstas en los artículos 111 y 214 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...), el incumplimiento por el contratista de las obligaciones establecidas con carácter preceptivo en el presente pliego o en el resto de los documentos contractuales (...), las reiteradas deficiencias en la ejecución del contrato o la interrupción de la prestación del servicio”. Como efectos de la resolución contractual, el pliego remite a los establecidos en “los artículos 113 y 215 del Texto Refundido de la Ley”.

f) La número 21.1, en la que se establece como prerrogativa de la Administración, entre otras, la de “acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”.

2. Con fecha 18 de octubre de 2006, la Jefa del Servicio de Centros de la Consejería de Educación y Ciencia emite informe en el que propone la resolución del contrato de servicios de acompañante de transporte escolar para el curso 2006/2007, correspondiente al lote, “por incumplimiento del mismo, ya que no empezó su funcionamiento el 11 de septiembre de 2006,

fecha de inicio del curso escolar”, así como “la incautación de la garantía definitiva” y “la solicitud de daños y perjuicios”. Señala en los antecedentes que “con fecha 11 de septiembre de 2006 se recibe escrito del Director del C.P. `.....´ de en el que informa que la ruta de,,, no ha funcionado al negarse el transportista a realizarla al no tener cuidadora”. Continúa relatando que “con fecha 12 de septiembre de 2006 se recibe nuevo escrito del Director en (el) que indica que la ruta de sigue sin cuidador y sin realizarse”, comunicando el citado Director, al día siguiente, que “se ha normalizado la ruta de la empresa `H´”. Añade la Jefa del Servicio de Centros que “con fecha 14 de septiembre de 2006 se recibe fax de la empresa `H´. indicando que a partir del día 13 de septiembre han puesto el acompañante en el lote” y que “con fecha 10 de octubre de 2006 se envía fax a las otras empresas que se habían presentado al concurso público, `Y´ (...) y `Z´ (...), solicitándoles informen si pueden poner el acompañante del lote”. La respuesta de las citadas empresas, indicando que no pueden prestar el servicio, se recibe con fechas 16 y 13 de octubre, respectivamente.

Se acompaña copia, entre otros, de los siguientes documentos:

a) Escritos del Director del Colegio Público “.....”, de, fechados los días 11, 12 y 13 de septiembre de 2006, y dirigidos a la Consejería de Educación y Ciencia. En el de fecha 11 de septiembre se indica “que el autocar de la empresa `H´ que cubre la ruta de,,,, se ha negado a realizar hoy el servicio por no tener cuidadora”, afirmando, en el fechado al día siguiente, que “la situación del transporte de la empresa `H´ (...) sigue exactamente igual. (...) hace la ruta, pero dice que tiene orden de la empresa de no subir a los niños si no hay algún adulto que se responsabilice de ellos”. El día 13 de septiembre, el Director del colegio comunica a la Consejería que “en el día de hoy (...) se ha normalizado la ruta que hace la empresa `H´”.

b) Escrito dirigido por la empresa “H” a la Consejería de Educación y Ciencia, fechado el día 14 de septiembre de 2006, en el que se señala que “con fecha 13 del corriente se ha comenzado el `servicio de acompañamiento (sic)´ del lote de al C.P. de, de la cual hemos resultado

adjudicatarios en procedimiento extraordinario./ Rogamos nos envíen la notificación por escrito para la realización de este servicio”.

c) Escritos del Servicio de Centros, con registro de salida de 10 de octubre de 2006, dirigidos a “X” y a “Z”, en los que se les comunica “en relación con el concurso para la adjudicación del servicio de acompañantes en diversas rutas de transporte escolar para el periodo septiembre 2006 a junio 2007 (entre ellas la correspondiente al lote), que se ha producido la renuncia del adjudicatario en las rutas que se citan a continuación, por lo que al haberse presentado también su empresa al citado concurso deberá contestar por fax antes del 16 de octubre de 2006 si podría cubrir el acompañante en dichas rutas”.

d) Fax que “Z” dirige a la Jefa del Servicio de Centros de la Consejería de Educación y Ciencia, con fecha 13 de octubre de 2006, señalando que “en contestación a su fax de 10 de octubre de 2006, le comunicamos que no nos es posible cubrir las rutas que en él se relacionan, con carácter inmediato. No obstante, estaríamos en disposición de prestar dicho servicio siempre y cuando dispusiéramos de un plazo de tiempo razonable, para seleccionar el personal adecuado”.

e) Fax que “X” dirige a la Jefa del Servicio de Centros, con fecha 16 de octubre de 2006, en el que se comunica, “en referencia a su escrito de petición para cubrir el acompañante en varias rutas” que “nos es imposible cubrirlos en el precio indicado en el concurso”.

f) Escrito fechado el 12 de septiembre de 2006, mediante el cual “H” se compromete a “realizar el `servicio de acompañante´ para la ruta, lote, `.....-.....-C.P.´ en el precio por día de 53,86 € (...), más el IVA legal correspondiente”.

3. Con fecha 24 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 servicios de acompañante de transporte escolar para el curso 2006/2007, correspondiente al lote, ruta, adjudicado a la empresa “X” “por haber dejado de prestar el servicio contratado”. En su fundamento jurídico

cuarto, cita la cláusula 19.1.c) del pliego de cláusulas administrativas particulares respectivo, en la que se considera como causa de resolución la “interrupción de la prestación del servicio”. Finalmente, en la misma resolución se dispone “adjudicar provisionalmente el servicio de acompañante de transporte escolar correspondiente al lote durante el tiempo que dure la tramitación del expediente de resolución del mencionado contrato a la empresa que reuniendo los requisitos legalmente previstos se considere más idónea, con el fin de que durante ese periodo los alumnos no se vean privados del mencionado servicio”.

4. Con fecha 15 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 (...), formule las alegaciones que estime pertinentes en orden a la conformidad o desacuerdo con la resolución del contrato y los efectos de ésta”.

5. El día 20 de noviembre de 2006 el mismo Servicio notifica la referida resolución a la entidad bancaria avalista, dándole audiencia por un “plazo de diez días naturales”, 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”.

6. Con fecha 24 de noviembre de 2006, el representante de “X” presenta, en el Registro de la Delegación del Gobierno en Aragón, un escrito en el que solicita que se “acuerde la resolución del contrato al amparo del artículo 54.3 de la Ley de Contratos, ordenando la devolución de la garantía definitiva consignada (...), sin imposición de indemnización alguna”.

Señala el firmante del escrito que “la mercantil que represento no tiene nada que objetar a la resolución del contrato que pretende llevar a cabo la Administración” y que “sentado lo anterior, conviene hacer las siguientes precisiones: / 1.- Del tenor del escrito de 24 de octubre de 2006 del que se nos ha dado traslado, parece deducirse que la Administración da por hecho que se llegó a formalizar un contrato. / Sin embargo, debe quedar claro que si bien es cierto que a `X´ se le adjudicó un contrato, el mismo nunca llegó a firmarse. / En este punto, debe señalarse que el pliego de cláusulas administrativas particulares distingue (...) entre la adjudicación del contrato (artículo 10) y la formalización del contrato (artículo 12). / En este caso, pues, existe una norma especial que regula las consecuencias de la no formalización de un contrato, que, por otro lado, no empezó nunca a cumplirse. Por ello, no debe aplicarse al presente caso el régimen del incumplimiento del contrato, porque, de otro modo, quedaría vacío de contenido el artículo 54.3 del TRLCAP que, por definición implica que la prestación no llegó a iniciarse. / 2.- Debe advertirse además, que si bien el artículo 54 antes citado distingue entre la falta de formalización por causas imputables al contratista y por causas imputables a la Administración, debe tenerse en cuenta que la falta de formalización puede obedecer a causas ajenas a contratista o Administración, como sucede en el presente caso. / En efecto, la mercantil que represento que presentó ofertas en numerosos lotes de transporte escolar para el curso 2006/2007 ha sufrido un claro boicot por parte de los transportistas de la zona que, tradicionalmente, han colaborado en la prestación del servicio (...). Este boicot ha hecho absolutamente inviable que `X´ pudiera firmar en el momento oportuno el contrato de referencia, así como, en definitiva, prestar en tiempo el servicio que le fue adjudicado”.

Continúa argumentando que “sin que nos opongamos a la resolución del contrato, no deben aplicarse en el presente caso las consecuencias accesorias a la resolución previstas en el artículo 54.3 de la Ley de Contratos (incautación de la garantía provisional y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados y, por supuesto, ninguna otra). / En efecto, aunque el expediente de resolución no tiene un carácter sancionador, es indiscutible el carácter desfavorable para

el contratista que tienen esas dos consecuencias accesorias, que en definitiva, lo que hacen es reprimir el comportamiento de quien siendo adjudicatario de un contrato, no lo ha firmado y no ha iniciado la prestación del servicio./ Teniendo en cuenta la intachable trayectoria de (esta) empresa (...), que ha cumplido siempre sus compromisos con la Administración del Principado de Asturias (...), no es verosímil que caprichosamente se haya presentado a un concurso sin ánimo de prestar unos servicios que son objeto del mismo. Ha sido el incomprensible e injusto boicot de los transportistas el que ha impedido satisfacer a esta mercantil las prestaciones que quería realizar en el cumplimiento del contrato (que, como decimos, nunca se llegó a firmar)./ En suma, no procede ni la incautación de la garantía provisional ni la satisfacción de indemnización alguna”.

Señala, asimismo, que “en todo caso, como máximo, debería incautarse la garantía provisional, nunca la definitiva, pues así lo determina el artículo 54.3 del TRLCAP, al que nos remite el artículo 113.1 de la misma Ley./ Pero es que además, no se acredita por la Administración la existencia de perjuicio alguno por el hecho de que `X`. no firmase el contrato./ A la vista del expediente, se constata que finalmente se adjudicó el servicio a través de un contrato menor a la empresa `H`. Tal circunstancia, en sí misma, no implica daño alguno a la Administración, puesto que la adjudicataria de un contrato no tiene culpa alguna de que ninguna de las otras licitadoras esté dispuesta a prestar el servicio (probablemente por las mismas razones que la mercantil que represento), y tampoco es responsable del precio final que se le deba satisfacer a `H`.”

Tras analizar los requisitos que entiende necesarios “para la exigencia de responsabilidad por daños y perjuicios”, y que a su juicio no concurren en el presente supuesto, concluye que “en el improbable caso de que no se aceptasen las anteriores alegaciones y se considerase que existe incumplimiento de contrato (nunca culpable), no siendo de aplicación el artículo 54.3 del TRLCAP, sino el 113.4 de dicho texto legal, al no deberse el citado incumplimiento a la culpa del contratista, sino a los factores externos a los que nos hemos referido, por los argumentos citados en nuestra anterior alegación,

sólo cabría incautar la garantía definitiva, sin que proceda la imposición de mayor indemnización, ni ninguna otra penalidad”.

Al escrito de alegaciones se acompaña copia de la escritura de poder, otorgada a favor del firmante por “X”.

7. El día 19 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 antecedentes del caso 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 sexto 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, cualquiera que sea el procedimiento o la forma de adjudicación utilizados, añadiendo el artículo 54 que los contratos de la Administración se formalizarán en documento administrativo dentro del plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de la notificación de la adjudicación, siendo necesaria para la formalización la prestación por el empresario de las garantías previstas en la ley”.

En cuanto a la falta de formalización del contrato en plazo, se señala en el fundamento de derecho séptimo que “el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dispone en su artículo 54.3 que cuando por causas imputables al contratista no pudiese formalizarse el contrato en plazo, la Administración podrá acordar la resolución del mismo, siendo trámite necesario la audiencia del interesado y cuando se formule oposición por el contratista, el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma. En tal supuesto procederá la incautación de la garantía provisional y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. Asimismo, el artículo 113.4 dispone 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 exceda el importe de la garantía incautada”.

Finalmente, se indica en el fundamento de derecho noveno que “toda vez que el contratista muestra su oposición (...), 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”, concretando el fundamento de derecho décimo que resulta preceptivo el informe del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

Tras todo lo anterior propone “que se proceda a la resolución del contrato (...), por no haber depositado la garantía definitiva previa a la formalización (...) y por el consiguiente incumplimiento en la prestación del servicio” y “a la incautación de la garantía definitiva (*sic*) prestada por el contratista, así como a la evaluación de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración”.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 12 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 servicios de acompañante 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.- 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”.

En el caso ahora examinado existe oposición del contratista, no a la resolución del contrato, pues el representante de la empresa adjudicataria solicita en su escrito de alegaciones que se “acuerde 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 por incumplimiento culpable del contratista, con “incautación de la garantía definitiva (*sic*) prestada” y “evaluación de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración”. Éste, aunque reconoce que concurre causa de resolución, pues el contrato, según dice, “nunca llegó a firmarse”, trata, no obstante, de exonerar su responsabilidad argumentando que la empresa “ha sufrido un claro boicot por parte de los transportistas de la zona que, tradicionalmente, han colaborado en la prestación del servicio” y que dicho boicot “ha hecho absolutamente inviable que ‘X’ pudiera firmar en el momento oportuno el contrato de referencia, así como en definitiva, prestar el servicio que le fue adjudicado”, por lo que considera que “al no deberse el citado incumplimiento a la culpa del contratista” no procede “ni la incautación de la garantía provisional ni la satisfacción de indemnización alguna”, y solicita la “devolución de la garantía definitiva (*sic*) consignada”.

TERCERA.- Hemos de comenzar por señalar que el contrato que vincula a las partes es de naturaleza administrativa, configurado, a tenor de la documentación remitida a este Consejo, como de servicios. Sin expresa calificación, en el apartado A del cuadro resumen se indica que constituye el objeto del contrato “la gestión del servicio (de) acompañantes (de) transporte escolar” y en el enunciado del pliego se indica, como finalidad de éste, “la contratación del servicio de acompañante”. En el pliego de prescripciones

técnicas se define (aunque en infracción del artículo 68 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) el objeto del contrato y se establece que será “el servicio de acompañante (...) establecido por el Real Decreto 443/2001”. Asimismo, en el pliego de cláusulas administrativas particulares, las relativas al procedimiento y forma de adjudicación y a la resolución del contrato se remiten a las normas reguladoras de los contratos típicos de consultoría y asistencia técnica y de los de servicios.

Con todo, dado que no corresponde a este Consejo, a tenor de la solicitud de dictamen, enjuiciar la calificación del contrato, debemos dejar expuesto su régimen jurídico. Conforme a lo establecido en el artículo 7 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), y en la cláusula 2 del pliego de cláusulas administrativas particulares, ambas partes del contrato quedan sometidas expresamente a lo 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), y a la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias.

En la cláusula 21.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares, en reiteración de lo establecido en el artículo 59.1 del TRLCAP, se indica 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 del contrato 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, se advierte que la resolución de 24 de octubre de 2006, por la que se autoriza el inicio del procedimiento de resolución contractual, menciona, en su fundamento de derecho cuarto, que la cláusula 19.1.c) del pliego de cláusulas administrativas particulares, “considera como causa de resolución del contrato la interrupción de la prestación del servicio” y, consecuentemente con tal fundamentación jurídica, identifica, en su dispositivo primero, como causa de resolución la de “haber dejado de prestar el servicio contratado”. Sin embargo, en el informe del Servicio de Centros, de fecha 18 de octubre de 2006 (citado entre los antecedentes de hecho de la propia resolución), se indica que la causa de resolución consistiría en el incumplimiento del contrato, “ya que no empezó su funcionamiento”. No obstante, entendemos que tal incongruencia no ha generado indefensión, puesto que, a la vista del escrito de alegaciones formulado por el contratista, se evidencia que pudo conocer los incumplimientos concretos que se le imputan y presentar las alegaciones que estimó oportunas.

En segundo lugar, 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 Ley 30/1992, de 26

de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante 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 se ha formalizado el contrato, invocando preceptos legales aplicables a la ausencia de prestación en legal forma de la fianza definitiva exigible, y que el incumplimiento no le resulta imputable, pese a lo cual termina suplicando que se ordene “la devolución de la garantía definitiva consignada”. Por su parte, la propuesta de resolución, que como hemos dicho no analiza tales alegaciones, resulta incongruente con lo señalado en ellas, e incluso contradictoria en sus propios postulados. Así, en su fundamento jurídico tercero cita la cláusula 19.1.c) del pliego de cláusulas administrativas particulares, aplicable a la resolución del contrato por “la interrupción de la prestación del servicio”, en reiteración de una cita análoga contenida en la resolución de inicio del procedimiento. Sin embargo, en sus fundamentos sexto, séptimo y octavo el informe propuesta de resolución invoca el artículo 53 del TRLCAP (conforme al cual los contratos se perfeccionan mediante la adjudicación), el artículo 54 de la misma Ley (con referencia a la obligación de formalización del contrato en el plazo establecido, a la necesidad de previa prestación por el empresario de las garantías legalmente exigibles y a la posibilidad de acordar la resolución en

caso de incumplimiento o de imposibilidad de formalizar el contrato por causa imputable al adjudicatario) y también el artículo 98 del mismo cuerpo legal (a tenor del cual la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista). Finalmente, en el dispositivo primero, considera que el incumplimiento consiste en “no haber depositado la garantía definitiva previa a la formalización del contrato y por el consiguiente incumplimiento en la prestación del servicio”, y, en el dispositivo segundo, sorprendentemente, propone “la incautación de la garantía definitiva prestada por el contratista”.

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, en aras del principio constitucional de eficacia administrativa, entendemos que habrá de darse cumplida satisfacción a estos requerimientos en la resolución que ponga fin al procedimiento.

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.

CUARTA.- En relación con el fondo del asunto, hemos de señalar en primer término que la Administración educativa, en cuanto titular del servicio público de transporte escolar, está obligada a asegurar su buen funcionamiento no sólo frente a los usuarios, sino también frente al contratista del servicio de acompañante que al mismo contribuye, imponiéndole la obligación de ejecutar el contrato con arreglo a lo dispuesto en sus normas reguladoras y en las de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, que se consideran documentos contractuales, y, por ello, de ejecutar el servicio de acompañante en el transporte de los alumnos desde los puntos de recogida

al centro escolar y viceversa, con arreglo a lo establecido en el artículo 8 del Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre Condiciones de Seguridad en el Transporte Escolar y de Menores. Por tanto, 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.

Las causas de resolución de los contratos de servicios se recogen en el artículo 214 del TRLCAP, que, sin perjuicio de establecer algunas especialidades, se remite al artículo 111 del mismo cuerpo legal. Concretamente, el apartado d) de este último artículo establece como causa de resolución la “falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva (...) y la no formalización del contrato en plazo”, y ello en coherencia con lo dispuesto en los artículos 41 y 54 de la propia norma. Esto, en el caso que examinamos, nos remite directamente a las cláusulas 19.1 y 12 del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato, que establecen las causas de resolución en los términos de lo dispuesto en los citados preceptos legales.

El procedimiento que analizamos se ha iniciado por el órgano de contratación entendiendo, con base en los informes emitidos, que concurría causa de resolución “por haber dejado de prestar el servicio contratado”. Tras recibir las alegaciones del adjudicatario en el trámite de audiencia, manifestando la no formalización del contrato por las diversas causas que expuso, el órgano administrativo correspondiente parece percatarse, finalmente, de la ausencia del correspondiente documento administrativo y de la previa garantía definitiva exigida, por lo que concluye proponiendo al órgano de contratación la resolución del contrato adjudicado “por no haber depositado la garantía definitiva previa a la formalización del contrato” (añadiendo “y por el consiguiente incumplimiento en la prestación del servicio”). Considera el proponente que tales circunstancias son imputables al adjudicatario o contratista, por lo que propone como efectos de la resolución “la incautación de la garantía definitiva (*sic*) prestada por el contratista, así como (...) la evaluación de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración”.

De darse la primera de las causas de resolución invocadas o, dicho de otro modo, de no haberse depositado por el adjudicatario la garantía definitiva en los términos y condiciones legalmente exigibles, no cabría imputarle otro incumplimiento con posterioridad. En concreto, no podría considerarse concurrente la causa de resolución invocada en segundo lugar en la propuesta de resolución si existiera la imputada en primer término, ya que, a tenor de lo establecido en el artículo 54 del TRLCAP, no cabe iniciar la ejecución del contrato sin la previa constitución de la garantía, salvo en los expedientes de contratación declarados de emergencia en los supuestos y términos excepcionales regulados en el artículo 72 del mismo texto legal, que, evidentemente, no concurren en este caso.

En el análisis, por tanto, de la causa de resolución imputada en primer término, debemos recordar que el artículo 53 del TRLCAP dispone que los contratos “se perfeccionan mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación”. Asimismo, hemos de citar el artículo 54, apartado 2, del mismo texto legal, a tenor del cual será requisito necesario para la formalización del contrato, salvo las excepciones establecidas en la propia Ley, “la prestación por el empresario de las garantías previstas en la misma como salvaguarda de los intereses públicos”. En relación con ellos, el artículo 41 del repetido TRLCAP dispone, en su apartado 1, que el “adjudicatario deberá acreditar en el plazo de quince días, contados desde que se le notifique la adjudicación del contrato, la constitución de la garantía definitiva. De no cumplirse este requisito por causas imputables al adjudicatario, la Administración declarará resuelto el contrato”.

De las expresadas disposiciones legales podemos extraer una conclusión que coincide con otra de las que se sostienen en la propuesta de resolución, cual es que el contrato se ha perfeccionado por la adjudicación realizada por el órgano de contratación y, por tanto, contrariamente a lo que parece desprenderse de las alegaciones del contratista, el contrato existe y podrá -en su caso, deberá- ser resuelto, con los efectos pertinentes en cada supuesto, de concurrir causa legal para ello. Ahora bien, las obligaciones que la Ley impone al adjudicatario no se anudan al simple acto de adjudicación, sino a la

notificación de éste; aspecto que no se cita ni analiza en la propuesta de resolución ni en ninguno de los informes previos emitidos en el procedimiento.

La notificación del acto de adjudicación dictado por el órgano de contratación se convierte así en requisito de partida o condición sine qua non para enjuiciar el incumplimiento de la obligación de prestación de garantía por causas imputables al adjudicatario, cuando de su omisión se trata.

Ello nos lleva a analizar si se ha practicado la notificación de la resolución de adjudicación, de 1 de septiembre de 2006, en legal forma y si aquélla reúne los requisitos establecidos en el artículo 59 de la LRJPAC, es decir, si se ha efectuado por un medio "que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado", dándose cumplimiento al mandato, igualmente recogido en tal precepto, de que la "acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente".

Con la documentación obrante en el expediente remitido a este Consejo, entendemos que la práctica de la notificación no reúne los expresados requisitos legales y que no consta acreditada en legal forma la notificación al contratista de la adjudicación ni, particularmente, la fecha de la misma. El documento presuntamente acreditativo (que indica simplemente "notificación acompañante") no deja constancia de que el acto notificado sea la adjudicación del contrato de servicios de acompañante de transporte escolar correspondiente al lote, que ahora se pretende rescindir, y, dado que de modo simultáneo se someten a nuestro dictamen más procedimientos de resolución de contratos con este adjudicatario, relativos a otros lotes y rutas, podemos constatar que dicho documento es el mismo para varios. No debemos excluir que pueda haberse practicado la notificación por un único medio para distintos actos, pero no nos corresponde -ni sería acorde a derecho- deducirlo así sin constancia ni acreditación de ningún tipo por el órgano administrativo correspondiente. A mayor abundamiento, es de destacar que durante la instrucción del procedimiento de resolución no se ha emitido informe alguno en el que conste la fecha de notificación o en el que se refleje la fecha en que habría concluido el plazo para acreditar la constitución de la garantía, lo que indirectamente

permitiría conocer aquélla que la Administración considera como *dies a quo* para apreciar el incumplimiento del requisito legal que imputa a la empresa adjudicataria. Atendidas las alegaciones del contratista, podemos inferir que éste es conocedor del acto de adjudicación pero no la fecha en que tuvo lugar ese conocimiento y, por otro lado, tampoco él reconoce explícitamente la no constitución de la garantía definitiva o el incumplimiento del plazo para su acreditación.

Con estas premisas, puede considerarse singularmente extraño que desde el mismo inicio del periodo lectivo (cuando aún no había transcurrido el plazo para la constitución de la garantía definitiva ni, por supuesto, el establecido para la formalización del contrato -aunque la notificación de la adjudicación se efectuase en la fecha recogida en el documento al que antes nos hemos referido-, y sin constancia alguna de que tales actos se hubieran producido) la actividad de los distintos órganos administrativos se haya dirigido a la búsqueda de un contratista diferente y no a requerir del adjudicatario, seleccionado tras el oportuno procedimiento de contratación convocado para ello, la más pronta y ágil realización -con reducción de los plazos de que disponía- de los actos que la ley le impone con carácter previo al comienzo de la ejecución de las prestaciones, o bien a dejar constancia formal y fehaciente de su incumplimiento.

Como hemos dejado expuesto, la prerrogativa de resolución de los contratos administrativos, a fin de garantizar el interés público, únicamente puede ser ejercida con respeto a los límites y con sujeción a los requisitos y efectos legalmente establecidos, y no habiéndose acreditado por la Administración las causas de resolución imputables al adjudicatario que invoca en la propuesta que se somete a nuestra consideración, no apreciamos contribución alguna al interés público en proceder a la extinción de un contrato por resolución y a una nueva contratación en legal forma, por subsistir la necesidad de la prestación, sin la plena acreditación formal y fehaciente de las circunstancias y causas legales a tal fin.

En definitiva, entendemos que no se ha acreditado en el procedimiento la concurrencia de causa de las legalmente establecidas para disponer la

resolución del contrato en los términos y con los efectos propuestos (incautación de la fianza constituida y liquidación de los daños y perjuicios eventualmente ocasionados a la Administración), según hemos razonado en este dictamen.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede la resolución, por no haber depositado la garantía definitiva previa a la formalización del contrato y por el consiguiente incumplimiento en la prestación, del contrato de servicios de acompañante de transporte escolar para el curso 2006/2007, lote, adjudicado a la empresa `X`, sometida a nuestra consulta.”

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