

Expediente Núm. 170/2007
Dictamen Núm. 130/2007

V O C A L E S :

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

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada los días 27 y 28 de septiembre 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 agosto de 2007, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de transporte escolar correspondiente al lote, para los cursos 2004/2005 y 2005/2006, prorrogado para los cursos 2006/2007 y 2007/2008, adjudicado al empresario don

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 se adjudica al empresario don el contrato de transporte escolar correspondiente al lote, durante los cursos académicos 2004/2005 y 2005/2006, por un precio global de veinte mil cuarenta y cinco euros con cuatro céntimos (20.045,04 €), 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”.

Conforme al contrato celebrado, “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”.

Antes de la finalización del curso 2005/2006, con fecha 10 de mayo de 2006, el Jefe del Servicio de Asuntos Generales dirige un escrito al contratista solicitando “nos remita en el plazo de diez días a contar a partir del siguiente a la recepción de la presente notificación su conformidad expresa con proceder a la prórroga de los (...) contratos por el periodo señalado (para los) cursos 2006-2007 y 2007-2008 a cuyo término se darían por finalizados./ En el supuesto de no recibir en el citado plazo comunicación expresa sobre su conformidad con la prórroga entenderemos que no desea prorrogar el contrato”. En cuanto a las condiciones en que la prórroga tendrá lugar, se indica al contratista que “de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 5.2 del pliego a estos contratos les será aplicable la revisión de precios (...), incrementando el precio (...) en el IPC del año natural anterior”.

Con fecha 22 de mayo de 2006, el adjudicatario presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que manifiesta su conformidad con la prórroga del contrato para los cursos 2006-2007 y 2007-2008, disponiéndose mediante Resolución, de fecha 29 de junio de 2006, “el gasto correspondiente a la prórroga de cada uno de los contratos suscritos para la prestación del servicio de transporte escolar de los lotes que se indican en el anexo adjunto (uno de los cuales es el) para los cursos escolares 2006/2007 y 2007/2008”. La citada resolución es notificada al contratista por el Servicio de Asuntos Generales con fecha 20 de julio de 2006, si bien con un contenido diferente del aprobado, pese a su pretensión de literalidad.

Obra incorporada al expediente copia de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, así como del resguardo correspondiente al depósito, con fecha 14 de octubre de 2004, en la Tesorería General del Principado de Asturias, de la garantía constituida por don

..... para responder de las obligaciones derivadas de la prestación del “transporte escolar. Lotes:”, por importe de ochocientos un euros con ochenta céntimos (801,80 €), y del contrato formalizado entre las partes con la misma fecha.

En el anexo IV del pliego de cláusulas administrativas particulares se detallan las rutas correspondientes a cada lote de aquéllos en que se ha dividido el objeto del concurso, con expresión de las paradas y número de alumnos. En concreto, según el citado anexo, el lote comprende la ruta, desde hasta la Escuela, con cuatro recorridos.

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

a) La número 1.1, a cuyo tenor constituye el 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, 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 (...) se define en el apartado 1.1 del pliego de condiciones técnicas anejo al presente pliego, según lotes que figuran en anexos III y IV que se consideran parte inseparable de este pliego de cláusulas administrativas particulares”.

b) La número 4.2, conforme a la cual el plazo de ejecución “sólo podrá ser prorrogado cuando concurren las circunstancias y requisitos exigidos por la legislación de contratos (...). La duración de las prórrogas, expresas, por mutuo acuerdo de las partes acordado antes de su finalización, no podrán exceder del límite de cuatro años, ni éstas pueden ser concertadas aislada o conjuntamente por un plazo superior al fijado originariamente”. Añade su cláusula 4.3 que “las condiciones técnicas y administrativas, en caso de prórroga del contrato, serán las relacionadas en este pliego y en el pliego de prescripciones técnicas, que se entenderán integrantes del contrato a efectos de su exigibilidad”.

c) La número 10.4, que establece, en cuanto a las obligaciones del contratista, que “el transportista se compromete a realizar todos los recorridos precisos para la escolarización de los alumnos previstos o aquéllos que puedan surgir en el lote correspondiente, adaptándose al horario del centro escolar, sin que ello conlleve la variación del precio del contrato siempre que no suponga variación en más o menos al 20% de los kilómetros inicialmente contratados”, indicándose que, en los supuestos de variaciones en la ruta o en el número de alumnos, “por Resolución del órgano de contratación se fijará el itinerario de la ruta con sus paradas y el número de alumnos a transportar, notificándose al contratista”.

d) La número 10.6, conforme a la cual “el transportista ejecutará el contrato a su riesgo y ventura”.

e) La número 14, que dispone como causas de resolución, entre otras, “el incumplimiento reiterado del horario establecido para la prestación del servicio, que nunca deberá superar en 10 minutos antes del inicio del horario escolar y a la conclusión del mismo (...) la subcontratación de la prestación del servicio si se incumplen las condiciones previstas en la cláusula 10.2 del presente pliego (...). La no prestación del servicio de forma unilateral durante un día lectivo, sin causa justificada que apreciará el órgano de contratación”. En cuanto a los efectos de la resolución se indica que “acordada (...), 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”, señalándose, en cuanto al procedimiento de resolución, que se seguirá el “regulado en el artículo 109 del RGLCAP”.

f) La número 17.2, conforme a la cual corresponden a la Administración, entre otras prerrogativas, la de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de ésta “dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la (...) Ley”.

En el pliego de prescripciones técnicas, la número 1.3 establece que “para la determinación del recorrido y horario de la ruta de transporte escolar descrito en el apartado 1.1 anterior habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 11 del R.D. 443/2001, de 27 de abril (...), sobre Condiciones de Seguridad en el Transporte Escolar y de Menores, a cuyo tenor el tiempo máximo empleado en la realización de cada expedición simple deberá ser inferior a 1 hora. En ningún caso, el tiempo medio de espera de los alumnos en el centro para subir al autocar, así como el tiempo que tengan que esperar desde la bajada del autocar hasta que se abran las puertas del centro docente, podrá ser superior a 10 minutos”.

La prescripción 3.4 del mismo pliego señala que “durante la prestación del transporte objeto del presente contrato no podrá, en ningún caso, transportarse mayor número de viajeros a los permitidos por las plazas del vehículo en relación con lo previsto en el artículo 4 apartado 12 del R.D. 443/2001, de 27 de abril, ni permitir el acceso al vehículo de personas diferentes a las previstas en el presente contrato”.

2. El día 5 de junio de 2007, la Jefa del Servicio de Centros de la Consejería de Educación y Ciencia suscribe un informe en el que propone la resolución del contrato de transporte escolar correspondiente al lote, ruta, adjudicado al transportista don, “por aplicación de la cláusula 14.1 del pliego de cláusulas administrativas:/ El incumplimiento reiterado del horario establecido para la prestación del servicio antes del inicio del horario escolar y a la inclusión (*sic*) del mismo./ La no prestación del servicio de forma unilateral durante un día lectivo, sin causa justificada que apreciará el órgano de contratación./ Asimismo, la cláusula 3.4 del pliego de cláusulas técnicas dispone que no está permitido el acceso al vehículo de personas diferentes a las previstas en el contrato”. Propone, igualmente, “la incautación de la garantía definitiva”.

Se acompaña copia del informe dirigido, con fecha 14 de mayo de 2007, por el Director del Colegio a la Consejería de Educación y Ciencia, con el propósito de “dar parte de una serie de incidencias en la ruta de transporte

de la que es responsable D.". Se relata en el citado informe que "tradicionalmente han venido produciéndose de manera oral quejas de madres de alumnos contra el servicio de transporte escolar de la Escuela Concretamente relacionadas con la ruta que realiza el transportista arriba mencionado. Estas quejas se centran en la hora de recogida de los alumnos que en numerosas ocasiones se hace, al mediodía, con demasiada antelación al horario de entrada de la tarde./ Este problema viene repitiéndose durante varios cursos y ha dado pie a que en diversas ocasiones haya tenido que dirigirme al citado transportista para que corrija ese proceder sin que estas conversaciones dieran el resultado deseado./ Igualmente, en los últimos días, según nos informa la maestra de (...),..... no hizo el transporte escolar dos días, sin comunicar nada al CRA. En una de las ocasiones le hizo el servicio la transportista que hace la segunda ruta de la Escuela de En la otra, fue el padre de un alumno quien lo hizo./ También cuenta la maestra de que con (...) cierta frecuencia viajan personas adultas ajenas al centro en el transporte escolar, al mismo tiempo que los alumnos".

3. Con fecha 18 de junio de 2007, el Consejero de Educación y Ciencia dicta resolución por la que se autoriza el inicio del procedimiento de resolución del contrato "por reiterados y diversos incumplimientos contractuales", y se acuerda "la suspensión del contrato con la empresa adjudicataria y adjudicar provisionalmente el mismo a la empresa, que reuniendo los requisitos legalmente necesarios, ostente mejor derecho".

En el antecedente de hecho sexto se señala que "el Servicio de Centros, órgano encargado de la planificación y ejecución de los contratos de transporte escolar, emite el día 5 de junio de 2007 informe en el que propone la resolución del contrato de que se trata por aplicación de la cláusula 14.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares, en particular por el incumplimiento reiterado del horario establecido para la prestación del servicio, la no prestación del servicio de forma unilateral durante un día lectivo sin causa justificada, que apreciará el órgano de contratación, así como la violación de la cláusula 3.4 del

pliego de cláusulas técnicas al transportar personas diferentes a las previstas en el contrato, todo ello con fundamento en el escrito remitido el día 21 de mayo de 2007 por el centro educativo en el que se ponen de manifiesto diversas irregularidades en el funcionamiento de la ruta de referencia”.

En el fundamento de derecho cuarto se significa que la cláusula 14.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares establece que serán causas de resolución del contrato “el incumplimiento reiterado del horario establecido para la prestación del servicio, que nunca deberá superar en 10 minutos antes del inicio del horario escolar y a la conclusión del mismo” y “la no prestación del servicio de forma unilateral durante un día lectivo, sin causa justificada que apreciará el órgano de contratación”, y se añade en el fundamento de derecho quinto que, según la prescripción 3.4 del pliego de las técnicas particulares, “durante la prestación del transporte (...) no podrá, en ningún caso, transportarse mayor número de viajeros a los permitidos por las plazas del vehículo (...), ni permitir el acceso al vehículo de personas diferentes a las previstas en el contrato”.

4. Con fecha 22 de junio de 2007, 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 la empresa adjudicataria. Se señala en la 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”.

5. Con la misma fecha, el Servicio de Asuntos Generales notifica la resolución de inicio del procedimiento a una entidad bancaria “teniendo en cuenta su

condición de avalista a favor de don (...) por el que ha sido constituida la garantía definitiva en el contrato de servicio de transporte escolar cursos 2004/2005 y 2005/2006, prorrogado para los cursos 2006/2007 y 2007/2008”, 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”.

6. El día 19 de junio de 2007, el Director del Colegio remite a la Consejería de Educación y Ciencia, mediante telefax, un escrito en el que señala que “el transportista de la ruta, no realizó el transporte escolar que tiene asignado los días 8 y 15 de junio por causas que, entendemos, no están justificadas. Parece ser que `le salieron viajes con otros clientes`. / Ante estas ausencias, que se vienen repitiendo con frecuencia, no comunicó nada al centro y del transporte escolar se ocupó un particular, concretamente el padre de uno de los alumnos transportados, que no está autorizado para realizar dicho servicio”. Añade que “las irregularidades en esta línea de transporte son continuas a lo largo de los años”.

7. Con fecha 29 de junio de 2007, don presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito dirigido al Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Educación y Ciencia del Principado de Asturias, en el que expresa que, recibida notificación del inicio del procedimiento de resolución del contrato, “me pronuncio en desacuerdo con dicho expediente ya que en ningún momento dejo ni recojo escolares después del plazo legalmente establecido para ello por lo que no entiendo la base de dicha denuncia./ En cuanto a la no prestación del servicio durante un día lectivo el motivo fue mecánico, pero que no me hayan visto a mí hacerlo no quiere decir que no se haya hecho ya que le pedí a un compañero que me llevara a los escolares ese día, por lo que no hubo interrupción en las clases por culpa mía, y esto ocurrió, como bien se refleja en la notificación que se me comunica, un

solo día, por lo que considero desproporcionada la incoación de un expediente por este motivo”.

8. El día 5 de julio de 2007, el Jefe del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Educación y Ciencia formula propuesta de resolución. En su antecedente de hecho décimo se afirma que “el Servicio de Asuntos Generales no puede admitir las alegaciones formuladas por el transportista por cuanto que se produce un incumplimiento reiterado de las cláusulas contractuales, generando diversas causas resolutorias del contrato./ En primer lugar, se incumple el tiempo máximo de espera de los escolares, limitado a diez minutos, en la hora de recogida de los alumnos al mediodía, al hacerlo con demasiada antelación al horario de entrada de la tarde. Frente a dicha causa resolutoria, el transportista se limita a negarlo./ En segundo lugar, la ocasional falta de prestación del servicio y su inadecuada prestación no pueden ser justificadas alegando un fallo mecánico, aun cuando hubiese ocurrido un único día, como sostiene el alegante. La subcontratación de vehículos ha de notificarse a la Administración, estando sujeta a una serie de requisitos (que exista convenio de colaboración entre transportistas, que se limite el importe de las prestaciones subcontratadas y que la antigüedad media de los vehículos utilizados no supere aquélla que figure en la autorización administrativa de transporte), sin que tales requisitos puedan ser obviados aunque se produzca un supuesto imprevisible como el supuesto fallo mecánico. Nada dice el alegante respecto a los demás días en que no prestó el servicio ni a quién prestó ese servicio, aun cuando la solvencia técnica y las condiciones personales del contratista son fundamentales para la adjudicación del contrato./ En este sentido hemos de señalar que el pliego sanciona con la resolución del contrato la falta de prestación del servicio, siendo suficiente para acordarla la falta de prestación durante un único día, día que, por otra parte, es admitido por el contratista./ Por último, hemos de apuntar que nada dice el transportista en cuanto al transporte de adultos conjuntamente con los menores, comportamiento prohibido por el pliego de cláusulas técnicas”.

Tras reproducir los fundamentos de derecho contenidos en la resolución de inicio, de fecha 18 de junio de 2007, añade que, a tenor de lo establecido en la cláusula 14.1 del pliego de las administrativas particulares, "será causa de resolución del contrato la subcontratación de la prestación del servicio si se incumplen las condiciones previstas en la cláusula 10.2 del (...) pliego, a saber, que el vehículo utilizado en la colaboración entre transportistas no tenga una antigüedad superior a la media de la flota valorada al licitador en el concurso, y que se cumplan los requisitos del artículo 115 del TRLCAP", y afirma que "la contratante nunca ha comunicado a la Administración ni el hecho de la subcontratación ni las características de la misma, aun cuando (...) según se deduce de los hechos se ha producido de forma reiterada y no sólo, como ella pretende, aisladamente, consecuencia de un hecho puntual, imprevisto y de fuerza mayor por averías mecánicas. No obstante, aun admitiendo esta improbable eventualidad, la subcontratación debería haberse comunicado a esta Administración, así como los términos de la misma, máxime cuando por parte de la Dirección General de Planificación, Centros e Infraestructuras se le pone de manifiesto que la empresa estaba incurriendo en irregularidades".

En cuanto a la fundamentación jurídica relativa a los efectos de la resolución que se propone, se indica en el fundamento de derecho octavo que "el artículo 113.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 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, tras señalar que resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, se propone que se resuelva el "contrato de servicios de transporte escolar (...) lote (ruta), con destino a la Escuela perteneciente al Colegio, por reiterados y variados incumplimientos en la prestación del servicio contratado" y "que se proceda a la incautación de la garantía provisional (*sic*) prestada por el contratista, así como a la evaluación de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración como

paso previo a la indemnización de su importe”.

9. Con fecha 26 de julio de 2007, el Jefe del Servicio Jurídico remite al Secretario General Técnico de la Consejería de Educación y Ciencia un informe sobre la resolución del contrato de referencia, en el que, tras razonar el carácter preceptivo de la consulta a este Consejo Consultivo, señala, en cuanto al fondo del asunto, que “el artículo 111, apartado g), del TRLCAP establece como una de las causas generales de resolución de los contratos administrativos el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, siendo la doctrina jurisprudencial y del Consejo de Estado a este respecto que sólo el incumplimiento grave y cualificado es susceptible de constituirse en causa de resolución del contrato, circunstancias que concurren en el presente caso”. Añade que “procede la incautación de la fianza definitiva, además de la obligación de indemnizar a la Administración, previa su determinación, de los daños y perjuicios ocasionados a que hubiere lugar”. Concluye informando favorablemente la propuesta de resolución aprobatoria de la mencionada resolución contractual, “debiendo seguirse el resto de los trámites procedimentales previstos en dicha normativa”.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 7 de agosto de 2007, registrado de entrada el día 10 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 correspondiente al lote, para los cursos 2004/2005 y 2005/2006, prorrogado para los cursos 2006/2007 y 2007/2008, adjudicado al empresario don, 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 de conformidad con 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 de V.E, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- El contrato que vincula a las partes es de naturaleza administrativa especial, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 1.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares y 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).

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, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 8 del referido cuerpo legal.

Conforme a lo establecido en las citadas cláusulas, ambas partes quedan sometidas expresamente, además, en lo no previsto en dicho pliego y en el de prescripciones técnicas, al TRLCAP, a su Reglamento General, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), 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 17.2 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 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 la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. 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.

A tenor de lo indicado, debemos mencionar 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 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, al menos en apariencia, 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 antes expresados- y a la entidad que la Administración califica como avalista o prestadora de la garantía -lo que no puede constatarse por falta de documentación acreditativa- 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 informe de la Jefa del Servicio de Centros de la

Consejería de Educación y Ciencia, de 5 de junio de 2007, en el que se exponen, sobre la base del escrito de denuncia que adjunta, los incumplimientos imputados a la empresa, y los pliegos que rigen la contratación y el contrato de transporte; documentación que juzgamos indispensable 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 interés para el conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución. Muy especialmente, falta en el expediente examinado la resolución por la que el órgano de contratación acuerda 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 (...) antes de su finalización”. No puede considerarse cumplida esta exigencia con el contenido de la Resolución de 29 de junio de 2006, cuyo objeto es la mera disposición del gasto correspondiente a la prórroga, y que se limita a relacionar, en un anexo, las empresas que “han manifestado su conformidad a la referida prórroga”.

Observamos, asimismo, que la notificación al transportista de la citada resolución relativa al compromiso del gasto, lejos de respetar la literalidad de la resolución que se notifica, enmienda la resolución dictada por el órgano de contratación, adicionando, en los dos apartados que constituyen la parte resolutoria, tanto una distribución por lotes, como las cuantías de la garantía “complementaria” cuya constitución se exige a los adjudicatarios de cada lote que se prorroga. Esto tiene particular relevancia, porque la Administración, con la prórroga del contrato expresamente aceptada por el contratista, considera también prorrogada la garantía definitiva del contrato inicial y requiere una garantía “complementaria” para reajustarla al precio del contrato, pero no obra en el expediente documento alguno que acredite haberse constituido la garantía complementaria exigida para el lote

Con independencia de las consideraciones que luego haremos, lo expuesto sólo nos permite entender que se cumplió el trámite de audiencia al avalista en los términos establecidos en el artículo 109.1.b) del RGLCAP basándonos en la notificación de la Administración a una entidad bancaria que califica como prestadora de la garantía, a la que se le da audiencia y que recibe la notificación, pero sin que exista algún documento en el expediente que acredite que tal entidad ostenta la condición de avalista en el contrato prorrogado.

No obstante, con carácter previo a la adopción de la resolución que proceda poniendo fin al procedimiento, deberán constar formalmente los extremos anteriormente señalados, en aras de asegurar que se ha dado audiencia a quienes puedan verse afectados por la decisión.

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.

Finalmente, en cuanto a la competencia para acordar la resolución del contrato, una vez cumplidos los trámites que acabamos de analizar, corresponde aquélla, tal y como se indica en el fundamento de derecho segundo de la propuesta de resolución, al órgano de contratación, según 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, 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 autorizar el gasto cuando se comprometen fondos públicos de carácter plurianual.

TERCERA.- En relación con el fondo del asunto, las causas de resolución de los

contratos administrativos especiales son las dispuestas en el artículo 8.3 del TRLCAP, que, sin perjuicio de establecer algunas especialidades, se remite al artículo 111 del mismo cuerpo legal. La propuesta de resolución apunta a diversos incumplimientos contractuales, todos ellos referidos al objeto material del contrato y al modo en que se ha llevado a cabo y que, a juicio de la Administración, cabe subsumirlos en los preceptos indicados. Sin embargo, la citada propuesta no alude a la “falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva o las especiales o complementarias de aquélla en plazo”, contemplada como causa de resolución del contrato en el apartado d) del artículo 111 del TRLCAP, en relación con el artículo 41.1 del repetido TRLCAP, que dispone 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”.

En efecto, según hemos dicho en la consideración precedente, no consta acreditada la constitución de la garantía legal y contractualmente requerida del contrato prorrogado cuya resolución se pretende ahora. Por tanto, de ser cierto que no se ha constituido, la propuesta de resolución que se adopte tendría que incluir este incumplimiento como causa de rescisión del contrato.

De concurrir esta primera causa de resolución, es decir, de no haberse depositado por el contratista la garantía definitiva en los términos y condiciones legalmente exigibles, no cabría imputarle otro incumplimiento con posterioridad, 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 que se trate de supuestos de 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.

Por lo que respecta a las causas expresamente mencionadas por la Administración para la resolución del contrato, 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 ante

los usuarios del servicio sino también ante los contratistas que contribuyen a la efectividad del mismo. Para ello impone a estos últimos 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. 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.

A tal efecto, el artículo 111 del TRLCAP dispone en su apartado h), como causas de resolución del contrato, “aquellas que se establezcan expresamente en el contrato”, en coherencia con lo establecido en el artículo 8.2 de la misma norma. Esto, en el caso que examinamos, se refleja en la cláusula 14, apartado 1, del pliego de las administrativas particulares, que regula como causas específicas de resolución, entre otras, “el incumplimiento reiterado del horario establecido para la prestación del servicio, que nunca deberá superar en 10 minutos antes del inicio del horario escolar y a la conclusión del mismo (...). La subcontratación de la prestación del servicio si se incumplen las condiciones previstas en la cláusula 10.2 del presente pliego (...). La no prestación del servicio de forma unilateral durante un día lectivo, sin causa justificada que apreciará el órgano de contratación”.

Tanto la Resolución de la Consejería de Educación y Ciencia, de 18 de junio de 2007, por la que se autoriza el inicio del expediente de resolución contractual, como la propuesta de resolución del Jefe del Servicio de Asuntos Generales, de fecha 5 de julio de 2007, señalan como genérica causa de resolución los “reiterados” y “diversos” o “variados” incumplimientos contractuales.

Tales incumplimientos se enuncian en el antecedente de hecho sexto de la resolución de inicio, en relación con sus fundamentos jurídicos cuarto y quinto, como “incumplimiento reiterado del horario establecido para la prestación del servicio” y “no prestación del servicio de forma unilateral durante

un día lectivo, sin causa justificada”, que se hacen corresponder con dos de las causas de resolución expresamente establecidas en la cláusula 14.1 del pliego de las administrativas particulares, en aplicación del artículo 111.h) del TRLCAP; así como “violación de la cláusula 3.4 del pliego de cláusulas técnicas al transportar personas diferentes a las previstas en el contrato”, respecto de la cual no se concreta causa de resolución contractual. Por su parte, en la propuesta de resolución -antecedente de hecho décimo- se identifica como posible causa resolutoria, además de las anteriores, la subcontratación del servicio con incumplimiento de las obligaciones establecidas en la cláusula 10.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos de la cláusula 14.1 del mismo pliego.

Entrando a examinar cada una de las referidas causas de resolución, a la primera de ellas se refiere la cláusula 14.1 de las administrativas particulares del pliego rector del contrato en los términos siguientes: “incumplimiento reiterado del horario establecido para la prestación del servicio, que nunca deberá superar en 10 minutos antes del inicio del horario escolar y a la conclusión del mismo”. Entendemos que la recta interpretación de la cláusula debe realizarse integrándola con las obligaciones que el pliego de prescripciones técnicas impone al transportista en cuanto a la determinación del recorrido y horario de la ruta; a este respecto, señala la prescripción 1.3 del citado pliego que “en ningún caso, el tiempo medio de espera de los alumnos en el centro para subir al autocar, así como el tiempo que tengan que esperar desde la bajada del autocar hasta que se abran las puertas del centro docente, podrá ser superior a 10 minutos”. La Administración aprecia la concurrencia de la causa mencionada a la vista del informe suscrito por el Director del Colegio el día 14 de mayo de 2007, que se hace eco de ciertas quejas manifestadas de forma verbal por las madres de los alumnos, quienes consideran que la “recogida (...) en numerosas ocasiones se hace, al mediodía, con demasiada antelación al horario de entrada de la tarde”. El contratista por su parte se limita a negar dicho incumplimiento.

Para proceder a la resolución del contrato por la causa aducida debe

constatarse ya no cualquier incumplimiento del horario, sino que aquél suponga un tiempo de espera superior a diez minutos a la entrada o a la salida del centro escolar. Entendemos que, a tal propósito de acreditación, el traslado de unas quejas, genéricamente manifestadas por las “madres de (los) alumnos”, relativas a la “recogida” de los escolares “con demasiada antelación” y los requerimientos infructuosos efectuados por el centro para que se corrigiera el proceder del contratista adolecen de cierta imprecisión y generalidad. No obstante, ello no impide apreciar el hecho cierto de que se considera constatado el incumplimiento en documento emitido por un funcionario público, el director del centro educativo correspondiente, cuya presunción de veracidad no ha sido contrariada con una mera discrepancia. En consecuencia, consideramos que ha sido acreditado en el expediente un incumplimiento del horario por parte del contratista que permite a la Administración proceder a la resolución del contrato en los términos establecidos en los pliegos aprobados.

Respecto a la “no prestación del servicio (...), sin causa justificada”, a la fecha de inicio del procedimiento de resolución contractual, y de acuerdo con el informe del Director del Colegio, de fecha 14 de mayo de 2007, se imputa al contratista el no haber prestado el servicio durante dos días sin efectuar comunicación alguna a la Administración. La resolución de inicio, que no hace mención alguna a los hechos concretos que motivan los supuestos incumplimientos, realiza una cita literal de la causa que, según el pliego de cláusulas administrativas particulares, habilitaría a la Administración para resolver el contrato, esto es, “la no prestación del servicio de forma unilateral durante un día lectivo, sin causa justificada”. El contratista, en su escrito de alegaciones, argumenta en su descargo que el motivo de no prestación del servicio durante “un día” fue independiente de su voluntad y debida a un “motivo mecánico”, aduciendo además que el servicio lo prestó, en su sustitución, otra persona. En la propuesta de resolución, la Administración analiza las alegaciones del interesado limitándose a señalar, respecto a la pretendida causa de exoneración aducida por aquél, que la “falta de prestación del servicio y su inadecuada prestación no pueden ser justificadas alegando un

fallo mecánico”; avería a la que, por otro lado, se refiere más adelante como “supuesto imprevisible” o “de fuerza mayor”.

Entiende este Consejo que, pese a que la apreciación de la ausencia de causa justificada, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 14.1 del pliego de las administrativas particulares, corresponde al órgano de contratación el ejercicio de tal facultad -y consiguiente identificación de una causa de entidad suficiente para resolver el contrato-, que habrá de ejercerse motivadamente. La motivación acerca de la no concurrencia de causa justificada para no prestar el servicio contratado ha de ser coherente y congruente con la argumentación aportada de contrario. Por ello, cuando -como en este caso- no concurre el más leve intento de exculpación (recordemos que únicamente se alega un fallo mecánico, pero en modo alguno se aporta documentación que lo avale, y sólo cuando la Administración ya ha tomado conocimiento del hecho por medios ajenos a la comunicación del obligado a hacerlo y ha reaccionado frente a él para asegurar el buen funcionamiento del transporte de los y las escolares) consideramos suficiente poner de manifiesto la falta de prestación del servicio contratado y su no justificación.

Por otra parte, la argumentación que se contiene en la propuesta de resolución deriva, seguidamente, hacia el genérico incumplimiento de las obligaciones relativas a la subcontratación, a la que el contratista reconocería haber recurrido el día en que, según alega, no pudo prestar el servicio por un motivo mecánico. La Administración, tras relacionar los requisitos legales y contractuales impuestos a la subcontratación, imputa directamente al transportista que “nunca ha comunicado a la Administración ni el hecho de la subcontratación ni las características de la misma”, introduciendo en los fundamentos jurídicos de la propuesta de resolución tal incumplimiento como una nueva causa de resolución, adicional a las señaladas en la resolución de inicio. Consideramos que la invocación de este incumplimiento y de su virtualidad como causa resolutoria ha de entenderse derivado del análisis y ponderación de una de las alegaciones del interesado durante el trámite de audiencia, en directa y subordinada relación con la causa de resolución

consistente en la injustificada falta de prestación del servicio de forma unilateral durante un día lectivo, de tal modo que de concurrir ésta no cabría invocar aquélla. Por otra parte, cabe añadir a lo expuesto que la inclusión en un momento procedimental posterior al trámite de audiencia de una nueva causa de resolución podría generar indefensión al contratista, que no se habría podido pronunciar al respecto. En el mismo sentido debe proceder la Administración respecto de los supuestos incumplimientos contractuales producidos por falta de prestación del servicio, puestos de manifiesto con posterioridad a la fecha de incoación del procedimiento y al periodo de alegaciones.

Finalmente, estima la Administración que el transporte de personas distintas a las previstas en el contrato, en tanto infracción de lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas, constituye causa de resolución del mismo. No obstante, en la medida en que dicho incumplimiento no se encuentra expresamente recogido en la cláusula 14.1 del pliego de las administrativas particulares, y dado que las causas de resolución son las que de forma tasada se establecen en los documentos contractuales y en el TRLCAP, debería la Administración justificar, si pretende calificarlo como motivo de resolución, que el mismo se identifica con el incumplimiento de una obligación contractual esencial, en los términos de lo dispuesto por el artículo 111, letra g), del TRLCAP.

No habiéndolo hecho así, este Consejo no puede llegar a la convicción de que tal proceder irregular incida en una obligación esencial. No consta en el expediente que dicha práctica afecte al deber ineludible y prioritario de disponer de plaza o asiento para cada menor o al de no transportar mayor número de viajeros que los permitidos por las plazas del vehículo autorizado, ni que suponga una alteración de la ruta del transporte ni de otras obligaciones esenciales. En consecuencia, en este estado de tramitación, no consideramos fundamentada en derecho la resolución del contrato por la última de las causas invocadas. Esta conclusión no impediría, sin embargo, a la Administración la imposición de penalidades al contratista, con los requerimientos de la cláusula 12 de las del pliego de las administrativas particulares, por incumplimiento de

las instrucciones que diera a aquél tendentes a ordenar la prestación del servicio y con la finalidad de asegurar el cumplimiento de las disposiciones del contrato.

Por tanto, los hechos y circunstancias concurrentes en el horario de realización del servicio y en su falta de prestación durante, al menos, dos días conllevan la posibilidad de ejercicio de la facultad de resolución por el órgano de contratación, en tanto no se haya producido la extinción del contrato por cumplimiento de su objeto, previa autorización del Consejo de Gobierno.

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 apartado 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 los establecidos para el supuesto de incumplimiento culpable del contratista en los artículos 113.4 del TRLCAP y 113 del RGLCAP.

En definitiva, de no concurrir causa de resolución por incumplimiento de la obligación de depósito de la garantía definitiva del contrato prorrogado en los términos que hemos dejado expuestos, entendemos que concurren causas establecidas expresamente en el contrato para acordar la resolución, según lo que se ha razonado en este dictamen y que, puesto que se ha constatado el incumplimiento culpable del contratista, procede la incautación de la garantía constituida, así como la liquidación de aquellos 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 el cuerpo de este dictamen, procede la resolución del contrato de transporte escolar correspondiente al lote, para los cursos 2004/2005 y 2005/2006, prorrogado para los cursos 2006/2007 y 2007/2008, adjudicado al empresario don, 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,

Vº. Bº.

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.