

Expediente Núm. 187/2007
Dictamen Núm. 132/2007

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:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 4 de octubre 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 20 de septiembre 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 a la empresa

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 10 de septiembre de 2004, el Consejero de Educación y Ciencia dicta Resolución por la que dispone adjudicar a la empresa el contrato de transporte escolar correspondiente al lote, para los cursos académicos 2004/2005 y 2005/2006, por un precio global de treinta y ocho mil sesenta euros con setenta céntimos (38.060,70 €). En dicha resolución se hace constar

que, con fecha 22 de julio de 2004, el Consejo de Gobierno autorizó la celebración de los contratos y que la adjudicación ha sido propuesta por la Mesa de Contratación, en sesión celebrada el día 7 de septiembre de 2004.

Consta en el expediente un documento de ingreso no presupuestario, de fecha 2 de diciembre de 2004, en concepto de "aval definitivo", correspondiente, entre otros, al contrato de transporte escolar objeto de este procedimiento. Con esa misma fecha se formaliza, en los términos aludidos, el referido contrato, al que se incorporan, entre otras, las siguientes cláusulas: "..... se compromete a la ejecución del contrato de transporte escolar (...) con estricta sujeción a los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares, documentos contractuales que conoce y acepta plenamente y de lo que deja constancia firmando en este acto (...). El plazo de ejecución del servicio de transporte escolar será desde el primero hasta el último de los días lectivos de los cursos escolares 2004/2005 y 2005/2006, de acuerdo con (lo) dispuesto en las cláusulas 4 del pliego de cláusulas administrativas y 1.5 y 1.6 del pliego de prescripciones técnicas". Asimismo, se deja constancia en el contrato de que, para responder de su cumplimiento, se ha constituido a favor de la Consejería de Educación y Ciencia garantía definitiva por importe de mil quinientos veintidós euros con cuarenta y tres céntimos (1.522,43 €).

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

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

En la cláusula 1, acerca del objeto del contrato, se indica que éste es "la prestación del servicio de transporte de los alumnos desde los puntos de recogida, señalados como paradas en el recorrido de la ruta al centro docente y viceversa, conforme a la ruta de transporte escolar que, con arreglo a lo

dispuesto en el artículo 107 punto 1 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por R.D. 1211/1990, de 28 de septiembre (...) en adelante ROTT, se define en el apartado 1.1 del pliego de condiciones técnicas (...), según lotes que figuran en anexos III y IV”.

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

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

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

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

En lo que al régimen jurídico del contrato se refiere, establece la cláusula 17 del pliego que el contrato “tendrá carácter administrativo, quedando ambas

partes sometidas expresamente, en lo no previsto en este pliego y en el de prescripciones técnicas, al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...), al Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...), al Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, de Condiciones de Seguridad en el Transporte Escolar y de Menores, modificado parcialmente por Real Decreto 849/2002 (*sic*, en realidad es 894/2002), de 30 de agosto, en cuanto no se oponga a lo dispuesto en los dos anteriores textos normativos citados". Sobre esta misma materia se pronuncia la cláusula 1.3 del mismo pliego, en la que se contiene una referencia al artículo 7.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y se añade, a continuación de la normativa antes citada, la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias y, supletoriamente, las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Como anexo III del pliego se incorpora la relación de rutas de transporte escolar en el concejo de, entre las que figura la ruta (lote), con primera parada en y destino en el I.E.S.

Como anexo IV se han incorporado los itinerarios de transporte escolar a fecha 14 de julio de 2004, con indicación, además del número de alumnos (treinta y siete en total a esa fecha) y otros datos, del número de paradas y su localización, con el siguiente detalle: lote, ruta: nº 1,; nº 2,; nº 3,; nº 4,; nº 5,; nº 6,; nº 7, IES "....."; nº 8, IES "....." y nº 9, IES ".....".

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

En la cláusula 1, apartado 1, de este pliego se define el objeto del contrato como la “realización por el transportista del traslado de los alumnos desde sus domicilios al centro docente o enlace con otro itinerario, conforme a la ruta que (...) se define en anexos”. En el apartado 2 de la misma cláusula se indica que, a los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, “sólo se computará como recorrido integrante de la ruta de transporte escolar, el comprendido entre los puntos de origen y término de cada una de las expediciones simples, no computándose, por tanto, los recorridos en vacío que deba efectuar el transportista para la realización de cada uno de los mismos”.

c) Relación de vehículos presentados al concurso por la empresa y autorización de transporte regular de viajeros de uso especial a nombre de la misma empresa, referida a tres vehículos.

2. Con fecha 16 de mayo de 2006, se notifica a la empresa contratista un escrito de la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Educación y Ciencia solicitándole su conformidad expresa para proceder a la prórroga, para los cursos 2006-2007 y 2007-2008, de todos los contratos de transporte escolar adjudicados a la misma para los cursos 2004-2005 y 2005-2006. Previos los trámites administrativos oportunos, mediante Resolución del Consejero de Educación y Ciencia, de 30 de junio de 2006, se dispuso el gasto correspondiente a la prórroga de varios contratos de transporte escolar, entre los cuales se encuentra el del lote, objeto de este procedimiento. El día 7 de agosto de 2006 se notifica a la adjudicataria dicha resolución, incluyendo la obligación de depósito de una garantía complementaria por el importe que se especifica y los recursos que caben contra el acto.

3. Con fecha 14 de mayo de 2007, la Jefa del Servicio de Centros de la Consejería de Educación y Ciencia propone la resolución del contrato de transporte escolar “lote (ruta) a la empresa, por aplicación de la cláusula 14.1: ` la subcontratación de la prestación del servicio incumpliendo las

condiciones previstas en la cláusula 10.2 del pliego ´”, y la “incautación de la garantía definitiva”.

En los antecedentes de dicha propuesta se indica que “con fecha 9 de marzo de 2007 se recibe fax enviado por el director del IES ‘.....’ (...) y posteriormente escrito con fecha de registro de entrada (de) 13 de marzo (...), en el que indica que la empresa adjudicataria (...) viene sustituyendo a lo largo de este curso el servicio de autobús por uno de auto-taxi sin capacidad para transportar a todos los alumnos”; que “con fecha 19 de marzo de 2007 (...) se envía escrito a la empresa (...) comunicándole que debe realizar la ruta con un autobús con capacidad suficiente”, y que “con fecha 26 de marzo de 2007 se recibe escrito del Secretario del IES `.....´ en el que informa que parte de la ruta se realiza con un autobús y parte con un auto-taxi”.

Acompaña una copia del “anexo (de) rutas” de transporte escolar, correspondiente al lote, y de los escritos del Director del centro escolar y del remitido por la Directora General de Planificación, Centros e Infraestructuras de dicha Consejería a la empresa adjudicataria, a los que se hace referencia en dicho informe.

4. Con fecha 25 de mayo de 2007, el Consejero de Educación y Ciencia resuelve autorizar “el inicio del expediente de resolución del contrato de servicios de transporte escolar”, lote, ruta, adjudicado a la empresa, “por reiterados y diversos incumplimientos contractuales”, señalando en sus fundamentos jurídicos que “la cláusula 14.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige esta contratación establece que 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; que “el artículo 4.2.12” del Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre Condiciones de Seguridad en el Transporte Escolar y de Menores (aplicable en función de lo dispuesto en la cláusula 3.5 del pliego correspondiente), “indica que cada

menor dispondrá de su propia plaza o asiento”, y que el artículo 4.3.4 establece que “únicamente se podrá transportar una persona por plaza”.

El dispositivo segundo de la misma resolución acuerda la “suspensión del contrato con la empresa adjudicataria” y la adjudicación provisional a “....., única empresa licitadora distinta de la adjudicataria, durante el tiempo que dure la tramitación” del expediente de resolución contractual.

5. El día 8 de junio de 2007, el Jefe del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Educación y Ciencia notifica a la empresa contratista el acto de inicio del procedimiento de resolución, comunicándole que, con carácter previo a la propuesta de resolución, se le pone de manifiesto el expediente a efectos de que formule las alegaciones que estime pertinentes “en orden a la conformidad o desacuerdo con la resolución del contrato y los efectos de ésta”.

6. Con fecha 21 de junio de 2007, tiene entrada en la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones del representante de la empresa contratista.

Comienza señalando que “no son ciertos los supuestos hechos en los que se basa la Resolución de 25 de mayo de 2007 que autoriza la iniciación del expediente de resolución del contrato”; que, “como consecuencia de una avería mecánica del autobús que efectuaba habitualmente el transporte, esta empresa buscó la colaboración de varios auto-taxis, que realizaron en el horario de tarde, el servicio de transporte escolar, disponiendo cada alumno de su propia plaza”, y que “no hubo subcontratación, toda vez que el servicio por auto-taxis fue puntual como consecuencia de la avería del vehículo que realizaba el servicio”.

Después de señalar que “la cláusula 10.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la contratación admite la subcontratación del servicio, por la vía de colaboración entre transportistas”, insiste en que “cada alumno disponía de su propia plaza”, y que “conforme al artículo 194.2

del ROTT, no se incurrirá en responsabilidad (...) cuando las acciones y omisiones se hayan producido como consecuencia de fuerza mayor (o) caso fortuito”, considerando “la avería mecánica de un vehículo (...) caso fortuito o de fuerza mayor”.

Concluye señalando que “no existe causa alguna para la resolución del contrato, ni para acordar la suspensión del mismo”, por lo que “la suspensión del contrato con esta empresa y la adjudicación provisional a otra, a escasos días de finalización del curso, ha ocasionado perjuicios a mi representada de imposible reparación”, y solicitando que se declare “la nulidad de pleno derecho de la Resolución de 25 de mayo de 2007”, interesando, “durante el tiempo que dure la tramitación del presente expediente (...), continuar con la realización del transporte escolar”.

7. Con fecha 27 de junio de 2007, el Jefe del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Educación y Ciencia formula la correspondiente propuesta de resolución en la que, después de resumir los antecedentes del caso y recoger las alegaciones formuladas por la contratista, señala los fundamentos de derecho que considera de aplicación.

En primer lugar, y con cita del artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), señala que “habiendo dado al contratista trámite de audiencia, éste presenta escrito de alegaciones fuera del plazo (...), por lo que esta Administración sin perjuicio de su contestación, no se debe considerar obligada a tomarlas en consideración”.

En segundo lugar, indica que “la cláusula 14.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares (...) establece que será causa de resolución del contrato la subcontratación (...) si se incumplen las condiciones previstas en la cláusula 10.2 del presente pliego, a saber, que el vehículo utilizado (...) 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”, que

“dispone que la celebración de los subcontratos se somete a que en todo caso se dé conocimiento por escrito a la Administración (...). Pues bien, la empresa contratista alega (...) que el servicio (...) siempre se realizó con un autobús autorizado y con el número de plazas suficientes (...), contradiciéndose posteriormente al reconocer que, debido a una avería mecánica del autobús se buscó la colaboración con varios auto-taxis (...). En cualquier caso, la contratante nunca ha comunicado a la Administración ni el hecho de la subcontratación ni las características de la misma, aun cuando (...) se ha producido de forma reiterada y no sólo, como ella pretende, en ocasiones aisladas”.

En tercer lugar, con cita de la cláusula 3.4 del pliego de cláusulas técnicas, que dispone que “en ningún caso se podrán transportar mayor número de viajeros a los permitidos por las plazas del vehículo”; del “artículo 4.2.12 del (...) R.D. 443/2001, (que) indica que “cada menor dispondrá de su propia plaza o asiento”; del “punto 3, apartado 4”, del mismo artículo, que establece que “únicamente se podrá transportar una persona por plaza”; del “artículo 197.16 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, (que) considera infracción muy grave la realización de transportes de uso especial de escolares y de menores, la falta de plaza o asiento para cada menor”, y del “apartado 1 de dicho artículo, (que) considera infracción muy grave la realización de servicios regulares de transporte de viajeros sin ser titular de la correspondiente concesión o autorización especial (...), aun cuando se posea autorización de transporte discrecional”, razona el informante que “pese a la afirmación contenida en el escrito de la transportista de que cada alumno contaba con su propia plaza y de que la colaboración ha sido puntual, tal afirmación es rebatida por el Director del centro (...). Asimismo es indudable (y ni la propia empresa lo contradice) que no consta que los vehículos sustitutos cumplan con el requisito de la existencia de autorización administrativa, de no superar la antigüedad de la flota presentada (...) al

concurso y de que todos reúnan las características técnicas contractual y legalmente exigidas”.

En cuanto a los efectos de la resolución que se propone, se indica en el fundamento de derecho décimo 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 “adjudicado a la empresa (...), lote (ruta), por incumplir las condiciones de la subcontratación de la prestación del servicio, y por infringir las cláusulas 3.4 y 3.5 del pliego de cláusulas técnicas que rigen esta contratación”, y “que se proceda a la incautación de la garantía provisional 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”.

8. Con fecha 2 de agosto 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 se señala, en cuanto al fondo del asunto, que “considerando correcta la tramitación del expediente instruido (...) la Letrada que suscribe manifiesta su conformidad con la propuesta de resolución suscrita por el Secretario General Técnico en fecha 27 de junio de 2007”.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 20 de septiembre de 2007, registrado de entrada el día 25 del mismo mes, V.E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen, significando su

urgencia, 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 a la empresa, 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 del Presidente del Principado de Asturias, 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.

En la solicitud de dictamen se requiere a este Consejo que lo emita por el procedimiento de urgencia. El artículo 19, apartado 3, de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, ya citada, establece que “Cuando en la orden de remisión del expediente se hiciese constar motivadamente la urgencia del dictamen, el plazo máximo para su despacho será de quince días hábiles”. En la orden de remisión se motiva la urgencia en lo dispuesto en el artículo 109.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP). En consecuencia, el presente dictamen se emite dentro del plazo de quince días hábiles desde su solicitud.

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, al 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 dispone 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 señalar que, acordado el inicio del procedimiento para la resolución por el órgano competente, el procedimiento ha sido, en lo esencial, correctamente instruido, con arreglo a lo dispuesto en el ya citado artículo 112.1 del TRLCAP, que se remite a la regulación reglamentaria, y en el artículo 109.1 del RGLCAP. Esta norma sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, tratándose de propuesta de oficio; b) audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador, al proponerse la incautación de la fianza; c) informe del Servicio Jurídico, y d) dictamen del Consejo Consultivo, dado que se ha formulado oposición por parte del contratista.

En el caso que analizamos se cumplen tales requisitos de procedimiento, puesto que se ha dado la preceptiva audiencia a la empresa contratista -que se opone a la resolución en los términos antes expresados- y consta en el expediente 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 14 de mayo de 2007, en el que se exponen los incumplimientos imputados a la empresa, así como los informes previos del centro escolar, 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 a este Consejo 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 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 30 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 a las que se les prorroga el contrato.

Observamos, asimismo, en cuanto a la notificación al transportista de la citada resolución que, lejos de respetar su literalidad, 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 que acredite haberse constituido la garantía complementaria exigida para el lote

Mención específica merece la formulación de alegaciones fuera del plazo establecido para evacuar el trámite de audiencia y la consideración dada a este hecho por la Administración. En la propuesta de resolución que examinamos se analizan -deduciendo conclusiones- las alegaciones del contratista, presentadas una vez finalizado el plazo para ello, pero antes de suscribirse la propuesta de resolución y, en definitiva, de dictarse ésta. Con ello la Administración ha admitido la actuación del interesado y la misma ha producido sus efectos legales, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 76, apartado 3, de la LRJPAC. Tal proceder hace innecesario el examen de la afirmación contenida en la propuesta de resolución, según la cual la Administración, “sin perjuicio de su contestación, no se debe considerar obligada a tomarlas (las alegaciones) en

consideración”; afirmación de dudoso y equívoco significado, que sería susceptible de una contradictoria interpretación y que, en tal medida, de haber producido efectos, vulneraría el derecho del contratista a ser oído en su más amplio sentido.

Finalmente, en cuanto a la competencia para acordar la resolución del contrato, corresponde, 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 imputa al contratista el incumplimiento de “las condiciones de la subcontratación de la prestación del servicio” y la infracción de “las cláusulas 3.4 y 3.5 del pliego de cláusulas técnicas que rigen esta contratación”. Sin embargo, y con independencia de esas posibles causas de resolución, la citada propuesta no alude a la “falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva o las especiales o complementarias de aquella 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 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 determina en su apartado h), como causas de resolución del contrato, “aquéllas 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, “la subcontratación de la prestación del servicio si se incumplen las condiciones previstas en la cláusula 10.2 del presente pliego”.

Según el fundamento de derecho sexto de la propuesta de resolución, el contratista ha reconocido que “debido a una avería mecánica del autobús se buscó la colaboración con varios auto-taxis”; subcontratación que, según indica a continuación dicha propuesta, no se ha “comunicado a la Administración”.

El contratista, en su escrito de alegaciones, argumenta en su descargo que el motivo de no prestación por su parte del servicio tuvo su origen en “una avería mecánica del autobús que efectuaba habitualmente el transporte”, por lo que “buscó la colaboración de varios auto-taxis, que realizaron en el horario de tarde, el servicio de transporte escolar”, indicándose en la propuesta, al analizar tales alegaciones, que “los hechos se han producido de forma reiterada y no sólo”, como pretende el contratista, “en ocasiones aisladas consecuencia de hechos puntuales, imprevistos y de fuerza mayor como los producidos por averías. No obstante, aun admitiendo esas improbables eventualidades, la subcontratación debería haberse comunicado a esta Administración, así como los términos de la misma”.

Entiende este Consejo que concurre el incumplimiento que se imputa, teniendo en cuenta que el hecho de la subcontratación con “varios auto-taxis” ha sido admitido por el propio contratista y que el mismo no realiza la más mínima actividad probatoria para justificar lo alegado al respecto de las averías mecánicas; alegación, hemos de recordar, que se produce en términos exculpatórios cuando la Administración ya ha tomado conocimiento del hecho por otros 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.

La segunda imputación que se realiza en la propuesta de resolución consiste en considerar que el contratista ha incumplido los requisitos de seguridad establecidos en el Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre Condiciones de Seguridad en el Transporte Escolar y de Menores, y en el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, que obligan a que cada menor disponga de su propia plaza o asiento; requisitos, además, expresamente recogidos en el pliego de cláusulas técnicas que rige la contratación.

A diferencia de la imputación anterior, en el trámite de alegaciones el contratista niega tales hechos, señalando que cuando esa empresa “buscó la colaboración de varios auto-taxis”, cada alumno dispuso de su propia plaza. No obstante, considera este Consejo que la irregularidad señalada puede tenerse por acreditada, en la medida en que ha sido puesta de manifiesto por el Director del centro, funcionario público del servicio educativo, con referencia concreta a un periodo (“durante la última semana”), añadiendo expresamente que “se ha superado en cada trayecto la capacidad de plazas del vehículo, viéndose los alumnos transportados obligados a efectuar el viaje unos sentados sobre las rodillas de los otros”. A ello hemos de añadir que la empresa tuvo la oportunidad, durante el trámite de vista y alegaciones, de aportar los medios de prueba adecuados para refutar tales aseveraciones, limitándose, como hemos visto, a negar los hechos sin aportar, o proponer, prueba alguna de sus afirmaciones. En definitiva, consideramos acreditada dicha irregularidad, y teniendo en cuenta que afecta a los elementos esenciales de la contratación, como sin duda lo son todos los relacionados con la seguridad en el transporte escolar, incurre el contratista en la causa de resolución prevista en el artículo 111, letra g), del TRLCAP.

Los hechos y circunstancias expuestos conllevan, en el caso que se examina, la posibilidad de ejercicio por la Administración consultante de la facultad de resolución, en tanto no se haya producido la extinción del contrato por cumplimiento de su objeto, por medio del órgano de contratación y 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 éstos 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 (de las establecidas expresamente en el contrato y de las recogidas en el TRLCAP) 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 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 a la empresa, con los efectos expuestos en el cuerpo de este dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.