

Expediente Núm. 75/2008
Dictamen Núm. 35/2008

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Bastida Freijedo, Francisco
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 3 de abril de 2008, 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 marzo de 2008, 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 cuarenta y siete mil novecientos treinta y cuatro euros con sesenta y un céntimos (47.934,61 €). En

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

El día 3 de noviembre de 2004 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 los contratos 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 novecientos diecisiete euros con treinta y ocho céntimos (1.917,38 €).

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

a) Pliego Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares, y anexos del mismo, para la contratación del servicio de transporte escolar, mediante concurso y procedimiento abierto, 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 (Real Decreto) 1211/1990, de 28 de septiembre (BOE de 8 de octubre), 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, apartado 2, del pliego se prevé que la subcontratación del servicio “se admitirá por la vía de la colaboración entre transportistas regulada en el artículo 107 del ROTT, si bien se exigirá que el vehículo utilizado en la colaboración no tenga una antigüedad superior a la media de la flota valorada al licitador en el concurso. En todo caso, la subcontratación deberá cumplir con los requisitos del artículo 115 del TRLCAP”.

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

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

En lo que al régimen jurídico del contrato se refiere, prevé la cláusula 17 del pliego que el contrato “tendrá carácter administrativo, quedando ambas partes sometidas expresamente, en lo no previsto en este pliego y en el de prescripciones técnicas, al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...), al Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...), al Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, de Condiciones de Seguridad en el Transporte Escolar y de Menores, modificado parcialmente por Real Decreto 849/2002 (*sic*), de 30 de agosto, en cuanto no se oponga a lo dispuesto en los dos anteriores textos normativos citados”. Sobre esta materia se pronuncia la cláusula 1.3 del mismo pliego, en la que se contiene una referencia al artículo 7.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y se añade, a continuación de la normativa antes citada, la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias, y, supletoriamente, las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Como anexo III del pliego se incorpora la relación de rutas de transporte escolar en el municipio de, entre las que figura la ruta (lote), con primera parada en y destino al Colegio

Como anexo IV se han aportado los itinerarios de transporte escolar a fecha 14 de julio de 2004, con indicación, además del número de alumnos y otros datos, del número de paradas correspondientes al lote, ruta y su localización, con el siguiente detalle: n.º 1,; n.º 2,; n.º 3,, y n.º 4,

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) Autorización de transporte regular de viajeros de uso especial a nombre de la empresa, referida a dieciocho vehículos, con la indicación de que "podrán utilizarse otros en régimen de colaboración entre transportistas, siempre que (...) no hayan sido matriculados antes del 01/05/2001".

2. Con fecha 10 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. Mediante escrito fechado el día 19 de mayo de 2006, la empresa comunica que "acepta la prórroga del contrato del servicio de transporte del lote". Previos los trámites administrativos oportunos, mediante Resolución del Consejero de Educación y Ciencia, de 29 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 17 de julio 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. Mediante oficio de 18 de septiembre de 2007, la Jefa del Servicio de Transportes de la Consejería de Infraestructuras, Política Territorial y Vivienda da traslado a la Consejería contratante del boletín de denuncia núm. de la Guardia Civil de Tráfico, de fecha 8 de junio de 2007, en el que se indica que los agentes constataron que el vehículo, de 15 plazas, y matriculado el 5 de marzo de 1991, "realiza servicios por cuenta de la empresa (...), que es la titular del servicio (ruta)", cuando existe "una limitación de fecha tope de matriculación para el vehículo utilizado en régimen de colaboración entre transportistas de 01/05/2001 (...), siendo esta circunstancia realizada de manera reiterada y continua".

Se acompaña al boletín de denuncia copia de la autorización de transporte, del permiso de circulación del vehículo utilizado, de anotación en el libro de ruta y de los contratos de colaboración suscritos entre la contratista y la mercantil titular del vehículo.

4. Con fecha 2 de octubre de 2007, el Consejero de Educación y Ciencia resuelve autorizar "el inicio del expediente de resolución del contrato de servicios de transporte escolar, adjudicado a la empresa (...), con destino al CP `.....´ de, por incumplimiento culpable del contratista al haber subcontratado la ruta de transporte escolar referida sin previo conocimiento ni autorización por parte de la Administración educativa y ser utilizado en la realización del transporte escolar citado un vehículo con una antigüedad superior a la permitida por la autorización".

Señala la resolución, en sus antecedentes de hecho, que "se recibe (...) oficio de 18 de septiembre de 2007 (...) en el que (se) significa el incumplimiento de los contratos suscritos (...). Dicho oficio se acompaña de

boletín de denuncia en el que se señala que el vehículo matrícula tiene una antigüedad superior a la máxima autorizada”, pues no han de estar matriculados antes del 1 de mayo de 2001 y “se constata una fecha de matriculación de 5 de marzo de 1991”.

El dispositivo segundo de la misma resolución acuerda “proceder a contratar de forma provisional la ejecución del servicio (...) con el contratista que, reuniendo los requisitos (...), ostente mejor derecho”.

5. Mediante oficio notificado el día 9 de octubre de 2007, el Jefe del Servicio de Contratación y Responsabilidad Patrimonial de la Consejería de Educación y Ciencia comunica a la empresa contratista el acto de inicio del procedimiento de resolución, indicándole 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”.

Con fecha 29 de octubre de 2007, y a los mismos efectos, se notifica la citada resolución de inicio a la entidad, en su condición de avalista de la empresa contratista.

6. Con fecha 4 de octubre de 2007, tiene entrada en el Registro General de la Administración del Principado de Asturias un escrito de la adjudicataria alegando en su descargo que, “como consecuencia del aumento de escolares en otro servicio de la empresa (...), fue necesario reforzar con otro vehículo el citado servicio, para lo cual se realizó el contrato de colaboración con la empresa, destinándola a la realización del lote” . Añade que el vehículo con el que se estaba efectuando el transporte “había sido con anterioridad propiedad de, hasta la fecha 10 de noviembre de 2002”, y que este vehículo dejó de prestar sus servicios “desde el pasado mes de junio (...) al finalizar el contrato de colaboración entre ambas empresas”. Solicita se “deje

sin efecto cualquier actuación (...) hasta que sea resuelto el expediente sancionador. Dados los daños que se pueden producir por estas actuaciones”.

Mediante escrito de 10 de octubre de 2007, notificado a la contratista el día 22 del mismo mes, el Jefe de Servicio de Contratación y Responsabilidad Patrimonial de la Consejería de Educación y Ciencia, rechaza la pretendida suspensión dados los incumplimientos constatados, el superior interés de los alumnos a un transporte escolar seguro y la falta de concreción de los eventuales daños que se invocan.

7. Con fecha 18 de octubre de 2007, tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones del representante de la empresa contratista.

Comienza señalando que “no negaremos, por ser de tozuda realidad, que efectivamente el vehículo (...) tiene una antigüedad superior a la máxima autorizada, pero (...) la adjudicataria (...), por avería, no disponía de vehículos propios”. Invoca la presunción de inocencia que considera violada por “la medida de resolver el contrato y adjudicarlo a otra empresa de transportes”, solicitando “se deje sin efecto la rescisión del contrato (...), en tanto en cuanto no exista una resolución definitiva e inatacable”.

8. Mediante oficio notificado el día 27 de noviembre de 2007, el Jefe de Servicio de Contratación y Responsabilidad Patrimonial de la Consejería de Educación y Ciencia comunica a la adjudicataria que la suspensión del contrato “le fue notificada en fecha 22 de octubre de 2007, continuando su empresa realizando irregularmente el contrato (...) suspendido./ Por lo que se le insta para que a partir del día siguiente a la fecha de recepción de este escrito, mediante fax, (...) deje de prestar el servicio (...), pasando a ser realizado de forma inmediata por otra empresa”.

9. Con fecha 5 de diciembre de 2007, el Jefe de Servicio de Contratación y Responsabilidad Patrimonial 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, enuncia los fundamentos de derecho que considera de aplicación.

Entre ellos, indica que “la cláusula 14.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares (...) señala que será causa de resolución del contrato la subcontratación (...) si se incumplen las condiciones previstas en la cláusula 10.2 de este mismo pliego”; la cual exige “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”. Este último precepto impone que “en todo caso se dé conocimiento por escrito a la Administración del subcontrato a celebrar”. Razona, a continuación, que una de las causas de resolución “ha sido expresamente reconocida por la alegante”, en cuanto realizaba el servicio “con un autobús con una antigüedad, con creces, superior a la permitida”, y la otra “es fácilmente deducible de los documentos que obran en el expediente”.

Prosigue analizando los requisitos y condiciones que considera aplicables a la subcontratación, a tenor de lo establecido en el artículo 115 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en la cláusula 10.2 de las del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato, así como la previsión de resolución contenida en la cláusula 14.1 del mismo pliego para el supuesto de incumplimiento de tales condiciones.

A la vista de ello, concluye la propuesta manifestando que procede la “resolución del contrato (...) por incumplimiento culpable del contratista” y “la incautación de la garantía definitiva, así como la determinación de daños y perjuicios a que hubiere lugar”.

10. Con fecha 3 de marzo de 2008, a requerimiento del Secretario General Técnico de la Consejería de Educación y Ciencia, emite informe el Servicio Jurídico del Principado de Asturias. En él “se informa favorablemente la resolución del contrato (...) en los términos propuestos”, con incautación de la garantía definitiva y exigencia a la empresa de indemnización de daños y perjuicios, reiterando fundamentos jurídicos similares a los recogidos en la propuesta de resolución.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 12 de marzo de 2008, registrado de entrada el día 18 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 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.

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 mencionar, 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 por el órgano competente el inicio del procedimiento, éste 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 boletín de denuncia de la Guardia Civil de Tráfico en el que se constatan los incumplimientos imputados a la empresa, así como los pliegos que rigen la contratación y el contrato de transporte; documentación que, sin perjuicio de lo que se indica más adelante, juzgamos suficiente 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 figuran en el expediente remitido a este Consejo documentos que habría sido conveniente aportar, por su interés para el conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe

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 del Consejero de Educación y Ciencia 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 a las que se les prorroga el contrato.

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

Apreciamos, igualmente, la omisión de otra documentación que habría sido conveniente incorporar, como es el procedimiento sancionador que, según lo alegado por el contratista, se ha instruido como consecuencia de los incumplimientos a que se refiere el boletín de denuncia de la Guardia Civil de Tráfico.

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, por 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 relativas a la antigüedad de los vehículos y al deber de comunicación previa a la Administración. 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 mencionado 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 alegadas 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 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 tercero de la propuesta de resolución, el contratista ha reconocido expresamente que realizaba el servicio “con un autobús con una antigüedad, con creces, superior a la permitida”; subcontratación que, según indica a continuación dicha propuesta, no se ha comunicado a la Administración, tal como “es fácilmente deducible de los documentos que obran en el expediente”.

El contratista, en su escrito de alegaciones, manifiesta “ser de tozuda realidad, que efectivamente el vehículo (...) tiene una antigüedad superior a la máxima autorizada, pero (...) la adjudicataria (...), por avería, no disponía de vehículos propios”. Sin embargo, el mismo representante de la contratista había expuesto en un escrito anterior, registrado el 4 de octubre de 2007, que “como consecuencia del aumento de escolares en otro servicio de la empresa (...), fue necesario reforzar con otro vehículo el citado servicio, para lo cual se realizó el contrato de colaboración” destinado a esta ruta. Nada menciona en torno a la falta de comunicación de la subcontratación, limitándose a invocar la presunción de inocencia.

Respecto a tales alegaciones, debemos subrayar que la empresa en ningún momento cuestiona los datos reflejados en el boletín de denuncia, sino que reconoce su veracidad, aceptando también, implícitamente, la falta de comunicación de la subcontratación. Además, la contratista alude confusamente a dos causas distintas para justificar su actuación y no realiza la más mínima actividad probatoria para acreditar lo expuesto en cuanto a las averías mecánicas; argumentación, hemos de recordar, que se produce en términos exculpatorios, 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.

Por otro lado, este Consejo entiende que no resulta aplicable aquí la presunción de inocencia, pues atañe a normas punitivas o sancionadoras y no a las meramente resolutorias y reparadoras, sin que la operatividad y finalidad de las causas de resolución imponga tampoco esperar a que “exista una resolución definitiva e inatacable” en el expediente sancionador, tal como pretende la adjudicataria, toda vez que la concurrencia de los motivos que fundamentan la resolución de este contrato ha sido constatada por funcionarios con la condición de autoridad, y reconocida por la propia perjudicada; esto es, ha quedado perfectamente probado que la adjudicataria prestaba el servicio en régimen de colaboración con otro empresario y con un vehículo matriculado el 5 de marzo de 1991, casi 10 años antes de la fecha límite fijada en la autorización de transporte.

En consecuencia, acreditados los hechos (prestación de un servicio sin previa comunicación, con un vehículo de antigüedad superior a la media valorada al licitador), hemos de concluir que efectivamente se dan en este supuesto las causas de resolución contractual recogidas en la propuesta y previstas en la cláusula 14.1 del pliego que rige la contratación cuando alude a “la subcontratación de la prestación del servicio si se incumplen las condiciones previstas en la cláusula 10.2 del presente pliego”; es decir, por un lado, el incumplimiento de la obligación derivada del artículo 115.2, apartado a), del TRLCAP, de que “en todo caso se dé conocimiento por escrito a la Administración del subcontrato a celebrar, con indicación de las partes del contrato a realizar por el subcontratista”; y por otro, de la obligación de que, aun admitiendo la subcontratación del servicio, “el vehículo utilizado en la colaboración no tenga una antigüedad superior a la media de la flota valorada al licitador en el concurso”. Ello conlleva, en el caso que se examina, la posibilidad de ejercicio de la facultad de resolución por la Administración

consultante, en tanto no se haya producido la extinción del contrato por cumplimiento de su objeto, a través del órgano de contratación, 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 complementaria 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 los artículos 113.4 del TRLCAP y 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.