

Expediente Núm. 203/2009
Dictamen Núm. 33/2009

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Jiménez Blanco, Pilar
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 19 de marzo de 2009, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 18 de febrero de 2009, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de transporte escolar para los cursos 2008/2009, 2009/2010, 2010/2011 y 2011/2012, lote 008-008, ruta, adjudicado al empresario

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 3 de septiembre de 2008, el Consejero de Educación y Ciencia dicta Resolución por la que se dispone adjudicar el contrato de transporte escolar para los cursos 2008/2009, 2009/2010, 2010/2011 y 2011/2012, correspondiente al lote 008-008, por un precio global de veintiséis mil novecientos sesenta y cuatro euros (26.964 €). Se hace constar que la

adjudicación ha sido propuesta por la Mesa de Contratación, en sesión celebrada el día 25 de julio de 2008.

El día 10 de septiembre de 2008 se formaliza, en los términos aludidos, el referido contrato, al que se incorporan, entre otras, las siguientes cláusulas: “Primera: (El empresario) se compromete a la ejecución del contrato de transporte escolar del lote nº con estricta sujeción a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, documentos contractuales que conoce y acepta plenamente y de lo que deja constancia firmando en este acto (...). Tercera: El plazo de ejecución del servicio de transporte escolar será durante los cursos 2008/2009, 2009/2010, 2010/2011 y 2011/2012” el establecido en el apartado C del cuadro resumen de características del contrato. 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, una garantía definitiva por importe de mil doscientos sesenta euros (1.260 €).

Se ha incorporado, entre otra documentación del procedimiento seguido en la adjudicación del referido contrato, la siguiente:

a) Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación, por procedimiento abierto, del servicio de transporte escolar, con destino a centros docentes del Principado de Asturias.

En la cláusula 2, acerca de las necesidades a satisfacer con el contrato, se indica que “se concretan en 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, se define en el apartado 1.1 del pliego de condiciones técnicas anejo al presente pliego y según los lotes que figuran en anexos IV y V que se consideran parte inseparable de este pliego de cláusulas administrativas particulares”.

En la cláusula 17, el pliego señala como causas de resolución del contrato, “además de las previstas en el artículo 206 y 284 de (la Ley de Contratos del Sector Público) (...), las siguientes:/ 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”. El apartado 2 de la referida cláusula añade que “la resolución se acordará por el órgano de contratación de oficio o a instancia del contratista mediante procedimiento en el que se garantice la audiencia a éste y con los efectos previstos en los arts. 207 y 285 (de la Ley de Contratos del Sector Público) y 110 a 113 del (Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas)”.

El régimen jurídico del contrato y las normas aplicables se recogen en la cláusula 4, en cuyo apartado 2 se establecen que “los contratos de transporte escolar de la Consejería de Educación y Ciencia a que se refiere el presente pliego tienen carácter administrativo (...) y se califican como de servicios”.

Como anexo IV del pliego se incorpora la relación de lotes y características de las rutas de transporte escolar, constando las del municipio de, entre las cuales figura la ruta (lote, con parada en) del Centro Público de Educación Básica “.....”.

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 el periodo comprendido entre septiembre de 2008 y junio de 2012. En la cláusula 1.3 de este pliego se prevé 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”.

c) Documento acreditativo de ingreso no presupuestario de la Consejería de Economía y Administración Pública, de fecha 22 de agosto de 2008, por un

importe de tres mil quinientos treinta y cinco euros (3.535 €), correspondientes a la garantía definitiva de este contrato y a la relativa a otro lote.

2. Con fecha 12 de noviembre de 2008, la Jefa del Servicio de Centros, Planificación y Prestaciones Complementarias de la Consejería de Educación y Ciencia emite informe en el que propone “la resolución del contrato de transporte escolar, lote (ruta) (...), por aplicación de la cláusula 17./`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`”. Además, se propone la incautación de la garantía definitiva y la restitución de los daños y perjuicios ocasionados, así como la suspensión del contrato durante la tramitación del procedimiento de resolución y la adjudicación provisional al segundo licitador del concurso. Se acompaña documentación correspondiente al control del servicio del Centro Público de Educación Básica “.....” y partes de transporte escolar del centro donde constan, junto a otras, las incidencias denunciadas en el presente contrato. El Director del centro expone, con fecha 11 de noviembre de 2008, que “el día 17 de octubre, tal y como se indicó en el parte de transporte de ese mes, el conductor de la ruta (.....) no se presentó (...) para efectuar la recogida de los alumnos al finalizar la jornada escolar a las 16 horas. Posteriormente se puso en contacto con el colegio para informarnos que el motivo de la ausencia había sido una avería en su automóvil. Al indicarle que debería resolver el problema buscando un transporte que le sustituyese, respondió que no tenía forma de hacerlo. Desde el colegio intentamos buscar un taxi que llevase a los alumnos a su casa y ante la imposibilidad de conseguirlo nos pusimos en contacto con sus familias que los recogieron por sus propios medios./ La misma situación se repitió ayer, día 10 de noviembre, en que a las 16 horas no se presentó el transporte de (ruta)/ Sí lo hicieron los padres de alguno de

los alumnos, que nos manifestaron que el motivo de estas ausencias era que el conductor se encontraba en un estado de ebriedad que le impedía desempeñar su trabajo, circunstancias que según ellos se han dado, en mayor o menor grado, y ante las cuales se niegan a enviar a sus hijos mediante el transporte escolar./ El conductor en ningún momento se puso en contacto con el colegio, por ello se contrató a un taxi para que efectuara el transporte este día./ Esta mañana los padres de los alumnos se han puesto en contacto telefónicamente con el colegio para reiterar su postura (ninguno de los alumnos de la ruta se ha presentado en el colegio hoy), y solicitar una pronta solución al conflicto./ Por su parte, seguimos sin noticias del conductor.”

3. Con fecha 17 de noviembre de 2008, el Consejero de Educación y Ciencia resuelve autorizar el “inicio del expediente de resolución (del contrato) de transporte escolar, lote (ruta)”, así como suspender su ejecución.

4. El día 20 del mismo mes se notifica al contratista el inicio del procedimiento, advirtiéndole que, con carácter previo a la propuesta de resolución, se le pone de manifiesto el expediente a los 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”.

5. El contratista presenta, el día 3 de diciembre de 2008, un escrito de alegaciones en el que manifiesta su desacuerdo con la resolución notificada. Aduce al respecto que “el horario de inicio y lo pueden demostrar los padres de los alumnos lo empezaba (a) hacer a la hora establecida 8:30 de la mañana que la llegada al colegio podía estar sobre las 8:50, minuto abajo o minuto arriba, como comprenderán no es una ciencia exacta ya que existen circunstancias en la carretera como es el clima que si estaba mojado no puedes hacer la misma media que si está seco o incluso el retraso de unos minutos de algún alumno al inicio./ Que cuando había conserje en el colegio no había

problema alguno porque se hacía responsable de los niños dos minutos antes o después, pero como se hizo cargo el Director del colegio y tenía que venir desde su domicilio en tenía que ser a las 8:50 en punto”.

Finalmente, pide que se “deje sin efecto la iniciación de resolución del contrato de transporte escolar y se vuelva a conceder al titular del contrato por concurso, por considerar totalmente injusta su resolución por los motivos alegados”.

A su escrito adjunta la copia de una factura del servicio de asistencia y taller de un vehículo marca Renault Trafic con matrícula, de fecha 17 de octubre de 2008, por un importe total de cuarenta y nueve euros con setenta y dos céntimos (49,72 €).

6. Con fecha 4 de diciembre de 2008, el Jefe del Servicio de Contratación y Responsabilidad Patrimonial formula propuesta de resolución en la que, después de resumir los antecedentes del caso y recoger las alegaciones formuladas por el contratista, señala los fundamentos de derecho que considera de aplicación. Entre ellos, cita la cláusula 17.1 del pliego de las administrativas particulares, rector de esta contratación, que contempla como causa de resolución el incumplimiento reiterado del horario establecido para la prestación del servicio y la no prestación de éste de forma unilateral durante un día lectivo, sin causa justificada. Recoge también el contenido del artículo 208.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, que obliga al contratista, para los supuestos de resolución por incumplimiento culpable del contrato, a indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados.

Se pronuncia la propuesta sobre las alegaciones efectuadas por el contratista subrayando que “el hecho cierto es que éste en ningún momento en su escrito de alegaciones presenta pruebas que desvirtúen los informes del centro en los que se pone de manifiesto que el transporte escolar llega al centro con 20 (minutos) de antelación, es más en su escrito manifiesta llegar habitualmente `minuto arriba minuto abajo´ sobre el horario de entrada al

centro escolar./ Por otra parte justifica la no prestación del servicio el día 17 de octubre de 2008 por causa de avería mecánica del vehículo, no obstante según lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares en su cláusula 17.1 la no prestación del servicio debe estar justificada por el órgano de contratación por lo que es necesaria su comunicación a dicho órgano, cosa que en el presente caso no se ha cumplido./ Además en el informe del Servicio de Centros, Planificación y Prestaciones Complementarias se manifiesta que el día 10 de noviembre el transportista no recogió a los alumnos por la tarde, según consta en escrito remitido por el Director del centro educativo de fecha 11 de noviembre de 2008. Dicho incumplimiento no ha sido justificado por el transportista (...).”.

7. Con fecha 22 de enero de 2009, el Servicio Jurídico del Principado de Asturias emite informe favorable a la resolución del contrato, con incautación de la fianza.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 18 de febrero de 2009, registrado de entrada el día 25 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de transporte escolar para los cursos 2008/2009, 2009/2010, 2010/2011 y 2011/2012, lote núm., ruta, adjuntando a tal fin una 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, suscrito al amparo del artículo 19 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), al tratarse de un contrato de servicios calificado como tal conforme al artículo 10 de la misma Ley. En consecuencia, a tenor de lo dispuesto en el ya citado artículo 19 de la LCSP, el régimen jurídico del contrato es el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo, supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

La normativa aplicable y el régimen jurídico del contrato se recogen también en la cláusula 4 del pliego de las administrativas particulares, con arreglo a la cual “en todo lo no previsto en las presentes cláusulas se estará a lo dispuesto en la LCSP; Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (...); Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (...); Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (...), Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre Condiciones de Seguridad en el Transporte Escolar y de Menores, así como por las demás disposiciones complementarias, modificativas o de desarrollo de las anteriores normas, en lo que no se opongan a aquéllas”.

En reiteración de lo establecido en el artículo 194 de la LCSP, el pliego determina 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 interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su

cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.

El ejercicio de dichas prerrogativas, a fin de garantizar no sólo el interés público, sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como sujetarse a las normas procedimentales que lo disciplinan. Estas exigencias formales operan, al igual que los requisitos materiales, como límite respecto del ejercicio por parte de la Administración de sus prerrogativas de resolución.

En este sentido, debemos señalar que, acordado el inicio del procedimiento para la resolución por el órgano competente (titular de la Consejería de Educación y Ciencia), ha sido, en lo esencial, correctamente instruido con arreglo a lo dispuesto en el artículo 207 de la LCSP, que remite a las normas de desarrollo de la misma, y en el artículo 195 de la propia Ley. A tenor de estas normas, en relación con lo establecido en el artículo 109.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, la resolución del contrato se sujeta, concurriendo las circunstancias, al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) audiencia del contratista por un plazo de diez días naturales; b) audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador, cuando el procedimiento afecte a la garantía prestada; 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 al empresario contratista -único interesado que consta en el mismo y que se opone a la resolución en los términos antes expresados- y se ha incorporado el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias. Además, como antecedentes de la resolución de inicio, se ha adjuntado a aquél el informe de la Jefa del Servicio de Centros, Planificación y Prestaciones Complementarias de la Consejería de Educación y

Ciencia, de 12 de noviembre de 2008, en el que se exponen, con base en los escritos del Director del centro y los partes de funcionamiento del transporte que acompaña, los incumplimientos imputados a la empresa, así como los pliegos que rigen la contratación y el contrato de servicios suscrito; documentación que juzgamos indispensable para la correcta determinación y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución que finalmente ponga fin al procedimiento.

Asimismo, en cuanto a la competencia para acordar la resolución del contrato, una vez cumplidos los trámites que acabamos de examinar, 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 292.4 de la LCSP, 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 del Sector Público y el Reglamento General vigente, y en el artículo 38 de la ya citada Ley del Principado de Asturias 2/1995, de 13 de marzo, al tratarse de un contrato 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.

Por último, hemos de advertir de que este Consejo Consultivo ha manifestado su criterio contrario a la aplicación supletoria de la LRJPAC en materia de caducidad en los procedimientos de resolución contractual, sosteniendo que no cabe “anudar al transcurso de un plazo de tres meses sin resolución expresa (...) la caducidad de dicho procedimiento de resolución” (Dictamen Núm. 68/2008, consideración jurídica cuarta, *in fine*).

Ahora bien, a pesar de las sólidas razones que avalan esta doctrina, que comparten el Consejo de Estado, de modo constante (por todos, su reciente Dictamen 1382/2008, de 9 de octubre), otros Consejos Consultivos y abundante

jurisprudencia menor, no desconocemos que el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), en Sentencia de 13 de marzo de 2008, se ha pronunciado en sentido opuesto, confirmando en su *ratio decidendi* el criterio ya apuntado por la Sala Tercera del Alto Tribunal en sus Sentencias de 2 de octubre de 2007 y 19 de julio de 2004.

En consecuencia, este Consejo, sin perjuicio del criterio que mantenemos y de las consideraciones sobre el fondo de la consulta que realizaremos a continuación, ilustra a la autoridad consultante acerca del criterio judicial señalado, al objeto de que valore la conveniencia de incoar un nuevo procedimiento, para asegurar la eficacia de unas actuaciones administrativas orientadas a preservar el interés público en las relaciones contractuales ante eventuales impugnaciones basadas en aspectos formales o procedimentales.

TERCERA.- Por lo que respecta a las causas expresamente invocadas para la resolución del contrato, la Administración educativa, en cuanto titular del servicio escolar de transporte, está obligada a asegurar su buen funcionamiento no sólo frente a los usuarios del servicio sino también frente al contratista que contribuye a la efectividad del mismo. A tal fin, impone a este último la obligación de ejecutar el contrato con arreglo a lo dispuesto en sus cláusulas y en las de los pliegos anejos a él, que se consideran documentos contractuales, así como en sus normas reguladoras. En este sentido, en el contrato cuya resolución analizamos, el contratista está obligado a realizar el transporte del alumnado al centro docente durante todos los días lectivos sin interrupciones unilaterales y a cumplir el horario establecido para su prestación, sin que el tiempo medio de espera de los niños y las niñas pueda ser superior a 10 minutos al inicio del horario escolar o a la conclusión del mismo. En consecuencia, en caso de incumplimiento de estas obligaciones, 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, las causas de resolución del contrato de servicios se recogen en el artículo 284 de la LCSP que, además de enumerar las específicas de este tipo de contratos -ninguna de las cuales se invoca en la presente propuesta de resolución-, remite a las señaladas en el artículo 206 de la misma Ley, cuyo apartado h) dispone que son causas de resolución de los contratos administrativos las “establecidas expresamente en el contrato”. Esto, en el caso que examinamos, se refleja en la cláusula 17, apartado 1, del pliego de las administrativas particulares, que incluye 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” y “la no prestación del servicio de forma unilateral durante un día lectivo, sin causa justificada que apreciará el órgano de contratación”.

Aunque en los informes de la dirección del centro se apuntan varios posibles incumplimientos del contrato, uno de ellos denunciado por padres y madres, debemos limitarnos al análisis de las causas invocadas en la resolución de inicio del procedimiento y en la propuesta de resolución. Tales causas son el incumplimiento de las obligaciones a las que nos hemos referido al principio de esta consideración. Estando los dos incumplimientos contractuales que se imputan por la Administración educativa al contratista calificados expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares como causa de resolución del contrato, cualquiera de ellos, sin la concurrencia del otro, contaría con entidad suficiente para que el órgano de contratación, en ejercicio de las prerrogativas que la ley le otorga, pueda decidir resolverlo. En consecuencia, hemos de centrar nuestro examen en la comprobación de que los hechos que se alegan como causas de resolución se han producido efectivamente y están acreditados.

A la vista de la documentación incorporada al expediente, no albergamos duda sobre la concurrencia de los hechos. Además, las alegaciones del contratista son suficientes para pronunciarse favorablemente a la propuesta de

resolución por incumplimiento culpable, dado que reconoce el incumplimiento del horario de forma reiterada, aunque minimiza su importancia, y pretende justificar una de las dos ocasiones en las que dejó de prestar el servicio. En el trámite de audiencia no aporta prueba alguna que desvirtúe las imputaciones de incumplimiento contractual, ya que, frente a la afirmación de que varios días se produjo la llegada al centro con veinte minutos de antelación, no resulta válida la alegación acerca de si el colegio cuenta o no con un servicio de conserje o la ampliación de los horarios del director para hacerse cargo de los alumnos. Tampoco ha justificado el contratista la no prestación del servicio la segunda vez que se produce la incidencia, concretamente en la tarde del día 10 de noviembre. Por otro lado, según se deduce del escrito del Director del centro de 11 de noviembre de 2008, no consta que ese mismo día se realizara el servicio, con o sin alumnos, puesto que se indica que "seguimos sin noticias del conductor".

En definitiva, entendemos que se ha acreditado el incumplimiento por el contratista y que concurre causa legal para disponer la resolución del contrato, según lo que se ha razonado en este dictamen, restando por determinar los efectos derivados de la misma. Al respecto, este Consejo Consultivo entiende que procede la liquidación, con audiencia de los interesados, de los daños y perjuicios eventualmente ocasionados a la Administración y la indemnización a ésta por el contratista; indemnización que deberá hacerse efectiva, en primer término, sobre la garantía constituida, sin perjuicio de que subsista la responsabilidad en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada; todo ello en los términos de lo establecido en el artículo 208.4 de la LCSP, en relación con el artículo 88, y en orden a dar cumplimiento a lo dispuesto en el apartado 5 del mismo precepto.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución, por incumplimiento del contratista, del

contrato de transporte escolar para los cursos 2008/2009, 2009/2010, 2010/2011 y 2011/2012, lote, ruta, adjudicado al empresario, sometida a nuestra consulta, 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.