

Expediente Núm. 291/2010
Dictamen Núm. 217/2010

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 30 de septiembre de 2010, 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 31 de agosto de 2010, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de transporte escolar correspondiente al lote, para los cursos 2009/2010 y 2010/2011, adjudicado a “X”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 11 de septiembre de 2009, el Consejero de Educación y Ciencia dicta Resolución por la que se adjudica el contrato de transporte escolar correspondiente al lote para los cursos 2009/2010 y 2010/2011 por un precio global de diecinueve mil euros (19.000 €). Según se hace constar en la citada resolución, la adjudicación ha sido propuesta por la Mesa de Contratación en sesión celebrada el día 13 de agosto de 2009.

Con esa misma fecha 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 (...) durante los cursos 2009/2010 y 2010/2011" será 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 ochocientos ochenta y siete euros con ochenta y cinco céntimos (887,85 €).

Se ha incorporado al expediente, 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 (los) 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 los artículos 206 y 284 de la Ley de Contratos del Sector Público, "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". 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 artículos 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 establece 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”.

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 2009 y junio de 2011. 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 en la Consejería de Economía y Administración Pública, de fecha 2 de septiembre de 2009, por importe de ochocientos ochenta y siete euros con ochenta y cinco céntimos (887,85 €), correspondiente a la garantía definitiva de este contrato.

2. Con fecha 22 de octubre de 2009, 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”. Añade que “dicho incumplimiento debe entenderse respecto al enlace que tiene que realizar con otra ruta de transporte”. Además, 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. Se acompaña el informe del anexo de la ruta (lote); del escrito de la Directora del centro escolar de 7 de octubre de 2009, proponiendo una modificación en dos rutas con el fin de que todos los alumnos de la ruta enlacen en La a las 8:05 eliminando así el tiempo de espera del alumnado en dicho enlace; del emitido por la Directora General de Planificación, Centros e Infraestructuras, y recibido por el contratista el día 15 de octubre de 2009, en el que se le comunica como queda fijada la ruta, indicando expresamente que “el enlace en La deberá realizarlo a las 8:05 horas”, y del oficio trasladado por la Directora del instituto a la Consejería el de 19 de octubre de 2009, en el que consta que el tiempo de espera de los alumnos en La para realizar el enlace “oscila entre los 20 y los 25 minutos”.

Mediante escrito de fecha 16 de noviembre de 2009, la Jefa del Servicio de Contratación y Responsabilidad Patrimonial de la Consejería de Educación y Ciencia insta al contratista para que, de forma inmediata, “cese la incorrecta prestación del servicio”, significándole 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”, y que ello debe entenderse referido “a la espera de los educandos desde la bajada del autobús, se produzca esta en el centro docente o en un enlace”. Le reitera que existen “varias denuncias presentadas por los padres de los alumnos en las que se quejaban (de) que sus hijos eran dejados por su empresa en el enlace con 20 ó 25 minutos de antelación” y le advierte que “de seguir prestando el servicio irregularmente se procederá a incoar expediente de resolución de contrato”. El día 25 de noviembre de 2009, la Directora del instituto emite informe en el que se refleja que, tras preguntar nuevamente sobre el horario a los alumnos, estos manifiestan que “la situación persiste”, que el alumnado llega a la parada de La a “las 7:45 y es recogido a las 8:05”, llegando los alumnos a la vuelta a la parada de enlace a “las 14:50, donde deben esperar otros 20 minutos a que les recojan”.

3. Con fecha 28 de diciembre de 2009, 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 5 de enero de 2010 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 fin 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. Con fecha 15 de enero de 2010, el contratista presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que manifiesta su desacuerdo con la resolución notificada. Aduce que “no ha incurrido en incumplimiento alguno en la prestación del servicio”, ya que la espera en la parada de La, “donde se realiza el enlace, no es superior a 10 minutos”, pues los alumnos se dejan “a las 7:50 horas y son recogidos por la otra empresa a las 8:00 horas, por lo que en ningún caso el tiempo de espera de los alumnos en la parada es de 20 ó 25 minutos”. Añade que si se “recogieran los alumnos en el enlace por la otra empresa a las 8:05 horas no daría tiempo a que llegaran al IES a las 8:30 horas”.

Finalmente, solicita “la no resolución del contrato”, que se “deje sin efecto la medida provisional de la suspensión de la ejecución (del) contrato”, la “nulidad del expediente administrativo” y que se le abone “el importe correspondiente a los servicios de transporte escolar que tuvo que dejar de realizar como consecuencia de la suspensión cautelar”.

Como prueba acompaña copia de los impresos de los registros realizados por el tacógrafo digital correspondientes a diversas fechas e informe del registro de la velocidad detallada del vehículo relativo a 24 horas de conducción.

6. Mediante escrito de 27 de enero de 2010, la Secretaria General Técnica de la Consejería de Educación y Ciencia remite la documentación que se adjunta como prueba a la Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio e Infraestructuras con el fin de que emita informe al respecto, dado que no dispone de medios para la correcta lectura e interpretación de dichos registros. El informe requerido es emitido por la Inspección de Transportes el día 22 de febrero de 2010 sin que resulte posible determinar, a la vista de los datos aportados, que “el lugar de parada al que se hace mención en (las) anotaciones del día 16 de octubre (de) 2009 (...), fuera el enlace en la localidad de La”.

7. Con fecha 14 de abril de 2010, la Jefa del Servicio de Contratación y Responsabilidad Patrimonial de la Consejería de Educación y Ciencia 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, y el artículo 208.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, que obliga al contratista, en los supuestos de resolución por incumplimiento culpable del mismo, a indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados.

En cuanto a las alegaciones efectuadas por el contratista, subraya que, aún teniendo como cierta la afirmación de que “deja a los educandos en el enlace a las 7:50 horas” estaría incumpliendo lo establecido en la cláusula 13 punto 3 del pliego de las administrativas particulares, referente a que las órdenes, instrucciones y comunicaciones que el responsable del contrato estime oportuno dar son “de obligado cumplimiento” para el contratista.

8. El día 29 de julio de 2010, un Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias emite informe favorable a la resolución del contrato, con incautación de la garantía constituida.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 31 de agosto de 2010, registrado de entrada el día 6 de septiembre de 2010, 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 2009/2010 y 2010/2011, 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 de lo dispuesto en el 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. Consecuentemente, y, a tenor de lo establecido en el ya citado artículo, 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 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 esta.

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. 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, instruido con arreglo a lo dispuesto en el artículo 207 de la LCSP, que remite a sus normas de desarrollo, 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 contratista -único interesado que consta en el mismo y que se opone a la resolución en los términos antes expresados- y se ha emitido el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias. Además, como antecedentes de la resolución de inicio, se ha incorporado al expediente el informe de la Jefa del Servicio de Centros, Planificación y Prestaciones Complementarias de la Consejería de Educación y Ciencia, de 22 de octubre de 2009, en el que se expone, con base en los escritos de la Directora del centro, el incumplimiento imputado 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 aquella, 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, por corresponder a

este 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 1496/2009, de 8 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; tesis que igualmente sostiene la misma Sala (Sección 6.ª) en su Sentencia de 9 de septiembre de 2009, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina.

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, como ya hemos advertido en nuestra Memoria de 2009.

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 efectuar el transporte del alumnado cumpliendo el horario fijado para su prestación, sin que el tiempo medio de espera de los niños y las niñas en el enlace de La pueda ser superior a 10 minutos, debiendo realizarse dicho enlace a las 8:05 horas. Por ello, 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, 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 ya citado.

En consecuencia, hemos de centrar nuestro análisis en la comprobación de que los hechos que se alegan como causa 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 del mismo, dado que reconoce expresamente que "los alumnos se dejan a las 7:50 horas" en el enlace de La, cuando, según las instrucciones dadas al contratista por el órgano encargado de la dirección, control e inspección del transporte escolar, dicho enlace debería realizarse a las "8:05". En realidad, tales instrucciones obedecen

a una modificación contractual que debió ser realizada por el órgano de contratación y cuya observancia resulta obligada para el contratista, lo que no impide su impugnación -que aquí no consta- por los medios adecuados. En el trámite de audiencia aporta como prueba los registros del tacógrafo digital, aunque el informe elaborado al respecto por la Inspección de Transportes concluye que dichas pruebas no desvirtúan las imputaciones de incumplimiento contractual, ya que buena parte de “las anotaciones y/o registros digitales aportados, son de actividades realizadas durante el mes de diciembre de 2009”, las cuales no son objeto de estudio, y, si bien hay una mención a una parada a las “7:55 h” en las correspondientes al día 16 de octubre de 2009, en el resto de las fechas -3, 9 y 13 de noviembre de 2009- “no se produce parada alguna en el entorno del horario indicado”, pues todas ellas tienen lugar “alrededor de las 8:30 h”. No consta en el expediente que los alumnos llegaran con retraso al centro educativo, por lo que no parece posible que el vehículo al que pertenecen los registros realizase durante los días leídos la referida ruta de transporte escolar. Por tanto, consideramos probado que el contratista incumplió reiteradamente el horario establecido, puesto que él mismo corrobora que no dejaba al alumnado en el enlace de La a la hora indicada, es decir a las 8:05 horas, y en consecuencia no resultan desvirtuados los informes presentados por la Dirección del centro escolar en los que se manifestaba que el tiempo de espera de los alumnos en dicho enlace oscilan entre 20 y 25 minutos, muy superior al pactado de “10 minutos”.

En definitiva, entendemos que se ha acreditado un incumplimiento del 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 estima que procede la liquidación, con audiencia del interesado, de los daños y perjuicios eventualmente ocasionados a la Administración y la indemnización a esta 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 correspondiente al lote, para los cursos 2009/2010 y 2010/2011, adjudicado a "X", 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.