

Expediente Núm. 313/2010
Dictamen Núm. 269/2010

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 11 de noviembre 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 20 de octubre de 2010, examina el expediente relativo a la resolución de los contratos de los servicios de acompañantes de transporte escolar correspondientes a los lotes para los cursos 2009/2010 y 2010/2011, adjudicados a la empresa

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 19 de mayo de 2009, el Secretario General Técnico de la Consejería de Educación y Ciencia, actuando por delegación del Consejero, dicta Resolución por la que se autoriza la iniciación del expediente para contratar, por lotes, el servicio de acompañantes de transporte escolar en varios centros de la Comunidad Autónoma para los cursos 2009-2010 y 2010-2011 y aprueba el pliego de prescripciones técnicas particulares que ha de regir la contratación citada.

Se ha incorporado al expediente, entre otra documentación del procedimiento seguido en la adjudicación de algunos de estos contratos, la siguiente:

a) Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación por procedimiento abierto, del servicio de acompañantes de transporte escolar con destino a centros docentes del Principado de Asturias. Por lo que aquí interesa, la cláusula 6, "plazo de duración del contrato", se remite al apartado C del cuadro resumen de características del contrato, conforme al cual el plazo originario del contrato queda fijado en dos años, susceptibles de una prórroga por igual plazo, estableciéndose que, "dentro del tiempo de duración del contrato, el transporte se prestará el número mínimo de días lectivos que se especifican a continuación: / Sep-Dic 2009; Primaria y Secundaria: 69/66 días lectivos respectivamente, distribuidos de acuerdo con el calendario escolar. / Ene-Dic 2010; Primaria y Secundaria: 175/172 días lectivos respectivamente, distribuidos de acuerdo con el calendario escolar. / Ene-Jun 2011; Primaria y Secundaria: 106 días lectivos (...), distribuidos de acuerdo con el calendario escolar".

b) Resoluciones del Consejero de Educación y Ciencia, de 25 de agosto de 2009, por las que se acuerda la adjudicación provisional de los servicios de acompañantes de transporte escolar en los lotes a que se refiere el presente procedimiento de resolución contractual para los cursos 2009-2010 y 2010-2011 a la contratista. Estas resoluciones son notificadas a la citada empresa el 4 de septiembre de 2009, concediéndole un plazo de 15 días hábiles, a contar desde el siguiente al de publicación de la adjudicación provisional en el perfil de contratante del órgano de contratación, para que presente determinada documentación.

c) Escrito de la Tesorería General de la Administración del Principado de Asturias, de fecha 9 de septiembre de 2009, en el que se hace constar que se ha recibido en la misma, para su custodia, documento original de garantía emitido por una entidad bancaria a favor de la adjudicataria para responder del

cumplimiento de los contratos de referencia, excepto de la correspondiente al lote

d) Resoluciones del Consejero de Educación y Ciencia, de 10 de diciembre de 2009, por las que se acuerda la adjudicación definitiva de los servicios de acompañantes de transporte escolar en los lotes a que se refiere el procedimiento que examinamos para los cursos 2009-2010 y 2010-2011. Tras señalar en todas ellas que se había “previsto el comienzo del contrato para el 11 de septiembre de 2009”, y que “como consecuencia en el retraso de la tramitación del expediente y su contratación debe retrasarse el comienzo de la ejecución del servicio al 14 de diciembre de 2009, lo que supone una minoración proporcional en el precio del contrato respecto del importe de adjudicación”, se “adjudican definitivamente los lotes” correspondientes a los servicios “de acompañantes de transporte escolar para el periodo de 14 de diciembre de 2009 a 30 de junio de 2011” a la contratista, “con plena sujeción a su oferta, a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas y, en general, a la legislación de contratos del sector público”. Estas resoluciones son notificadas la adjudicataria el día 18 de diciembre de 2009.

e) Contratos suscritos, el 14 de diciembre de 2009, entre el Consejero de Educación y Ciencia y la representante legal de la empresa, al que se incorporan, entre otras, las siguientes cláusulas: “Primera: El adjudicatario se compromete a la ejecución del servicio de acompañantes de transporte escolar para el periodo de 14 de diciembre de 2009 a 30 de junio de 2011 (...). Tercera: El plazo de ejecución de la presente actuación comprende el periodo de 14 de diciembre de 2009 a 30 de junio de 2011 (...). Quinta: Si el contratista, por causas imputables al mismo, hubiese incurrido en demora respecto de los plazos parciales de manera que haga presumir racionalmente la imposibilidad de cumplimiento del plazo final o este hubiera quedado incumplido la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato con la pérdida de fianza o por la imposición de las penalidades establecidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

2. El día 4 de febrero de 2010, la Jefa del Servicio de Gestión Económica y Transporte Escolar de la Dirección General de Planificación, Centros e Infraestructuras de la Consejería de Educación y Ciencia emite informe en el que refiere que “el curso escolar 2009/2010 se inició el 11 de septiembre de 2009; ese día y los posteriores los servicios de transporte escolar de las rutas citadas anteriormente no pudieron ser realizadas al no presentarse el acompañante./ Dicha situación fue comunicada por los directores de los centros afectados, padres de alumnos y transportistas./ Al objeto de que las rutas de transporte pudiesen ser realizadas y conseguir con ello que los escolares usuarios de las mismas asistan a su centro escolar, y puesto que no se había recibido ninguna comunicación de la empresa” acerca de los motivos “por los que no se habían presentado los acompañantes a las rutas de transporte, se acuerda solicitar a la empresa transportista adjudicataria de cada ruta que contraten ellos a un acompañante para poder normalizar el servicio de transporte escolar./ Se formaliza con dichas empresas contrato menor hasta diciembre de 2009 (...). En enero de 2010, y en espera de la publicación del nuevo concurso, por Resolución de 5 de enero se adjudican dichas rutas para el resto del curso escolar (periodo enero-junio 2010) a las empresas que venían prestando el servicio en 2009”. Finaliza proponiendo “la rescisión de los contratos” que especifica firmados con la adjudicataria, pues “dicha empresa nunca llegó a prestar el servicio contratado”. Se adjunta al informe, en relación con cada uno de los lotes a que se refiere el presente procedimiento, la propuesta de contratación, de fecha 9 de septiembre de 2009; la Resolución del Consejero de Educación y Ciencia, de 10 de septiembre de 2009, por la que se autoriza y dispone el gasto correspondiente para “cubrir” el servicio de “acompañante de transporte escolar (...) durante el periodo de septiembre a diciembre de 2009”, y la Resolución del mismo órgano, de 5 de enero de 2010, por la que se adjudica, mediante la fórmula de contrato menor, el servicio de acompañante de transporte escolar para el periodo enero/junio 2010.

3. El día 16 de abril de 2010, la Secretaria General de la Consejería de Educación y Ciencia, actuando por delegación del Consejero, dicta Resolución por la que se autoriza el inicio del expediente de resolución de los contratos de los servicios de acompañantes de transporte escolar correspondientes a los lotes para los cursos 2009/2010 y 2010/2011. En ella se señala que “el comienzo del curso lectivo 2009/2010 tuvo lugar el día 11 de septiembre de 2009, fecha en la que todavía no se había resuelto el procedimiento de contratación, por lo que, dada la urgente necesidad de que el transporte escolar contara con la figura del acompañante para poder realizar el servicio cumpliendo los preceptos legales establecidos, se contrata con las empresas adjudicatarias del servicio de transporte escolar de los lotes citados el servicio de acompañante de transporte escolar (...). Una vez finalizado el procedimiento de adjudicación de los contratos de (los) servicios de acompañantes de transporte escolar, los lotes controvertidos fueron adjudicados, por Resolución de 10 de diciembre de 2009, a la contratista, la cual formalizó los contratos, en documento administrativo, en fecha 14 de diciembre de 2009 (...). El Servicio de Centros, Planificación y Prestaciones Complementarias (*sic*) emite informe en el que significa” que los referidos “servicios de acompañantes de transporte escolar (...) han tenido que ser contratados con las empresas transportistas que realizaron estos servicios en septiembre de 2009, al no haber presentado la (...) adjudicataria de los mismos los acompañantes para la prestación de dichos servicios, proponiendo por tanto su rescisión”. A continuación, tras invocar la cláusula 17.1 del pliego de las administrativas particulares, en la que se señala que será causa de resolución del contrato “las reiteradas deficiencias en la ejecución (...) o la no prestación del servicio de forma unilateral durante un día lectivo, sin causa justificada que apreciará el órgano de contratación” y el artículo 206.h) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, dispone “autorizar el inicio del expediente de resolución (...) por la no prestación del servicio de forma unilateral durante un día lectivo, sin causa justificada”. Esta resolución es notificada los días 28 y 29 de abril de 2010, respectivamente, a la contratista y a la entidad bancaria ante la que se

constituyó en su día garantía definitiva, al objeto de que formulen alegaciones en el plazo de diez días naturales.

4. Con fecha 11 de mayo de 2010, una persona que dice actuar en nombre y representación de la contratista presenta alegaciones en las que afirma que “de los hechos que se han dejado expuestos, todos ellos consignados en los antecedentes de hecho de la resolución notificada, debe concluirse que en el momento en que se imputa el incumplimiento de esta entidad el contrato administrativo no estaba adjudicado definitivamente ni formalizado, ni siquiera se había iniciado la prestación del servicio (...). Por ello esta parte manifiesta su disconformidad con el inicio del expediente de resolución del contrato (...). Subsidiariamente, y ad cautelam para el caso de que no se estime la alegación realizada en el anterior apartado, se alega por esta parte que, en ningún caso, el incumplimiento que indebidamente se imputa pueda ser considerado como culpable, no procediendo, por tanto, ninguna indemnización a favor de esa Administración./ Al no ser de carácter culpable el incumplimiento no procede determinar ninguna indemnización de daños y perjuicios, siendo procedente la devolución y cancelación de la garantía prestada en su día, cuya petición se realiza de manera expresa”.

5. El día 1 de junio de 2010, la Jefa del Servicio de Contratación y Responsabilidad Patrimonial de la Consejería de Educación y Ciencia elabora propuesta de resolución. En ella señala que “las alegaciones han sido presentadas fuera del plazo establecido para tal fin, no obstante, y con el fin de no causar indefensión al recurrente (*sic*), procede contestar a las mismas./ La empresa basa su escrito de alegaciones en un punto, que en el momento en que se le imputa el incumplimiento del contrato, el día 11 de septiembre de 2009, no estaba debidamente adjudicado ni formalizado./ De contrario a esta manifestación, hay que señalar que es cierto que el curso escolar comenzó el día 11 de septiembre de 2009, pero no es este el momento en que se le imputa el incumplimiento a la entidad adjudicataria, siendo este a partir del día 14 de

diciembre de 2009, día de la formalización en documento administrativo de los contratos de que se trata./ La adjudicación definitiva de la contratación del servicio de acompañante de transporte escolar para los cursos 2009/2010 y 2010/2011 se retrasó por diversos motivos, dándose el caso de que el día 11 de septiembre de 2009, día del comienzo del curso escolar, no se había resuelto el procedimiento de licitación, ante esa circunstancia y la perentoria necesidad de que se efectuase el transporte escolar, con el fin de satisfacer a los educandos el acceso a los centros escolares y por ende facilitarles el derecho a la educación constitucionalmente establecido cumpliendo todos los requisitos legales establecidos para el transporte escolar y de menores, se contrata, mediante contrato menor, el servicio de acompañante de transporte escolar con las empresas adjudicatarias de dicho transporte./ El día 10 de diciembre de 2009, una vez finalizado el procedimiento de contratación, se adjudican (...) diversos contratos de (los servicios de) acompañantes de transporte escolar, entre los que se encuentran los lotes controvertidos. Dichos contratos fueron formalizados en documento administrativo el día 14 de diciembre de 2009, y es en este momento cuando la empresa de servicios debió de poner a disposición de la Administración el personal necesario para la prestación del servicio de acompañante de transporte escolar, no haciéndolo así./ Esa dejación en el cumplimiento de lo pactado es, sin duda, un incumplimiento culpable del contratista, según la cláusula 17.1 del (pliego de cláusulas administrativas particulares), y es causa resolución contractual; asimismo, supone para la Administración un gasto, superior al pactado entre las partes (...) en la adjudicación del contrato, gasto que esta Administración educativa no tiene el deber de soportar y que debe de recaer en la empresa incumplidora”.

Finalmente, propone “que se proceda a la resolución del contrato (...) por la no prestación del servicio de forma unilateral” y “a la incautación de las garantías definitivas prestadas” por la contratista “previo a la evaluación de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración, de los que responderá, en primer término, la misma”.

6. Con fecha 27 de septiembre de 2010, un Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias emite informe en el que reseña que en el “expediente administrativo obra un informe de la Jefa del Servicio de Gestión Económica y Transporte Escolar en el que se afirma que la empresa (...) nunca llegó a prestar el servicio contratado”. Añade que en el presente caso “parece clara la existencia de un incumplimiento culpable” por parte de la contratista, “operando de manera automática la incautación de la garantía definitiva. Más problemas se plantean en el análisis de la procedencia de una indemnización adicional de daños y perjuicios que, a juzgar por la abundante doctrina del Consejo de Estado en la materia, no se acumula a la cuantía de la garantía definitiva, sino que sólo serán exigibles aquellos daños que se sitúen por encima del valor de esta (criterio ya recogido en la actual LCSP)”. Por último, indica que “se informa favorablemente la resolución del contrato (...) en los términos recogidos en el informe propuesta”.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 20 de octubre de 2010, 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 de los contratos de los servicios de acompañantes de transporte escolar correspondientes a los lotes para los cursos 2009/2010, 2010/2011, adjudicados 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 según 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, de conformidad con lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Los contratos que vinculan a las partes son de naturaleza administrativa, suscritos 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 contratos de servicios calificados como tales conforme al artículo 10 de la misma Ley. En consecuencia, a tenor de lo dispuesto en el ya citado artículo 19 de la LCSP, su régimen jurídico 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 contractual 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 (...), y 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 aquellas”.

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 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 pronunciarnos, en primer término, sobre el órgano competente para el inicio del procedimiento de resolución de los contratos afectados. La Resolución de la Consejería de Educación y Ciencia, de 16 de abril de 2010, que da inicio al presente procedimiento aparece firmada por la titular de la Secretaría General Técnica de la citada Consejería, actuando por delegación de su titular -según expresa, conforme a la Resolución de 11 de febrero de 2008 (BOPA número 40, de 18 de febrero de 2008)-. A tal efecto, la citada Resolución invoca la competencia contenida en la letra f) del apartado primero de la Resolución de 11 de febrero de 2008 -"la resolución de inicio de los expedientes de contratación"-, dando a entender que lo que se delega es la competencia para acordar el inicio de los expedientes de resolución de contratos.

No comparte este Consejo Consultivo la interpretación y consiguiente uso que de la Resolución de 11 de febrero de 2008 hace la Secretaria General Técnica de la Consejería de Educación y Ciencia, pues en ella se recogen de manera enumerativa y cerrada, no susceptible de interpretación extensiva, las concretas funciones y competencias que se delegan. En materia de contratación administrativa, el titular de la Consejería de Educación y Ciencia, órgano de contratación de la Consejería a tenor de lo establecido en el artículo 37.1 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias, delega en quien sea titular de la Secretaría General Técnica las siguientes competencias: "e) La aprobación de los anteproyectos y proyectos técnicos que hayan de servir de base a la contratación (...). f) La resolución de inicio de los expedientes de contratación./ g) Las funciones atribuidas al órgano de contratación por la normativa sobre contratos del sector público relativas a la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas./ h) La devolución de fianzas y cancelación de avales depositados en garantía definitiva de contratos suscritos

por la Consejería./ i) La adjudicación de contratos menores en los términos previstos en la normativa sobre contratos del sector público”.

Una atenta lectura de las competencias y funciones que, insistimos, en ningún modo, dada su naturaleza, pueden ser susceptibles de una interpretación extensiva, nos lleva a entender que entre las mismas no se puede considerar incluida la relativa a la “resolución de los contratos”. Los diversos criterios que justifican ambas competencias tienen su claro reflejo positivo en la propia sistemática de la LCSP, en la que la competencia para el inicio de los expedientes de contratación se encuentra regulada en los artículos 93 y 94, contenidos en la sección 1ª (expediente de contratación) del capítulo I (normas generales) del título I (preparación de contratos por las Administraciones Públicas) del libro II (preparación de los contratos) de la vigente LCSP, mientras que la competencia para acordar la resolución de los contratos se encuentra en el artículo 207.1 de la misma LCSP, que se incardina en la sección 3ª (resolución de los contratos) del capítulo V (extinción de los contratos) del título I (normas generales) del libro IV (efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos).

En consecuencia, considerando que la “resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación” (artículo 207.1 de la LCSP), que tal órgano es en la Administración del Principado de Asturias el titular de la Consejería de Educación y Ciencia (artículo 37.1 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo) y que los “procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente” (artículo 69.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -en adelante LRJPAC-), hemos de concluir que la Resolución de 16 de abril de 2010, de la Consejería de Educación y Ciencia, por la que se autoriza la iniciación del procedimiento de resolución de los contratos de los servicios de acompañantes de transporte escolar correspondientes a los lotes para los cursos 2009/2010 y 2010/2011, adolece de incompetencia. Por ello, resultará necesario que tal defecto se subsane mediante la convalidación expresamente establecida en el artículo 67.3 de la LRJPAC por el titular de la Consejería de

Educación y Ciencia, en cuanto órgano competente y superior jerárquico. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

Por otro lado, y como ya hemos tenido ocasión de señalar, la consulta preceptiva a este Consejo sobre resolución de contratos administrativos está condicionada a que “se formule oposición por parte del contratista”. La oposición fue presentada, pero por persona distinta de la que el día 14 de diciembre de 2009 otorgó, junto con el titular de la Consejería de Educación y Ciencia, los diferentes documentos administrativos de formalización de los contratos. Ciertamente es que la persona que firma estas alegaciones, con oposición expresa a la resolución, afirma acreditar la representación con la que dice actuar en nombre de la reclamante mediante la copia de una escritura de sustitución de poder general para pleitos, otorgada el 29 de abril de 2008 ante Notario en Madrid. No obstante, la copia que aporta reproduce parcialmente la citada escritura, lo que impide a este Consejo formar juicio acerca de si la persona que suscribe el escrito de alegaciones goza o no de las facultades necesarias a tal efecto. Por ello, desconocidos el título y condición con que actúa quien firma la oposición a la resolución contractual, podría no entenderse válidamente formulada la oposición por “el contratista”, y en consecuencia no cabría que este Consejo Consultivo se pronunciase sobre el fondo del asunto, al no resultar preceptivo el dictamen, sino hasta el momento en que su representación conste debidamente acreditada. Sin embargo, a tenor de dicho razonamiento y de acuerdo con el principio constitucional de eficacia administrativa, entendemos de aplicación lo establecido en el artículo 32.4 de la LRJPAC, que permite subsanar la falta o insuficiente acreditación de la representación antes de dictarse la resolución que ponga fin al procedimiento, dentro del plazo de diez días, que habrá de conceder al efecto el órgano instructor, o de un plazo superior si las circunstancias lo requieren. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el

artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

Al margen de lo hasta ahora señalado, el procedimiento para la resolución 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 de los contratos 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 a la empresa contratista, que se opone a la resolución en los términos antes expresados, con las matizaciones ya realizadas en relación a la necesidad de acreditar tal condición, y al avalista y se ha emitido informe por el Servicio Jurídico del Principado de Asturias.

Además, como antecedentes de la resolución de inicio, se han incorporado al expediente el informe de la Jefa del Servicio de Gestión Económica y Transporte Escolar de la Consejería de Educación y Ciencia, de 4 de febrero de 2010, en el que se exponen los incumplimientos imputados a la empresa, así como los pliegos que rigen la contratación y los contratos de servicios suscritos; 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 de los contratos, una vez cumplidos los trámites que acabamos de examinar, corresponde, tal y como se indica en el fundamento de derecho noveno 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 LCSP y del 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 contratos 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, 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 19 de julio de 2004, 2 de octubre de 2007; 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, y que confirma en la Sentencia de 8 de septiembre de 2010.

En consecuencia, este Consejo, sin perjuicio del criterio expuesto y de las consideraciones sobre el fondo de la consulta que realizaremos a continuación, ilustra a la autoridad consultante acerca de la jurisprudencia vigente, al objeto de que valore la procedencia de incoar un nuevo procedimiento para asegurar la eficacia de unas actuaciones administrativas orientadas a preservar el interés público en las relaciones contractuales.

TERCERA.- Sin perjuicio de lo dicho hasta el momento y pasando al examen de la cuestión de fondo planteada en el presente procedimiento, debe partirse de las imputaciones de incumplimiento que la Administración realiza y de las alegaciones efectuadas por la contratista.

La Resolución de 16 de abril de 2010, de la Consejería de Educación y Ciencia, por la que se autoriza la iniciación del presente procedimiento de resolución de contratos, invoca como causa de resolución la contenida, por remisión a lo dispuesto en el artículo 206.h) de la LCSP, en la cláusula 17.1 de las administrativas particulares que rigen el contrato, a cuyo tenor sería causa de resolución del contrato, entre otras, “las reiteradas deficiencias en la ejecución del contrato o la no prestación del servicio de forma unilateral durante un día lectivo, sin causa justificada que apreciará el órgano de contratación”. En sus antecedentes de hecho refiere que “el Servicio de Centros, Planificación y Prestaciones Complementarias emite informe en el que significa que los contratos de servicio (...) han tenido que ser contratados con las empresas transportistas que realizaron estos servicios en septiembre de 2009, al no haber presentado la (...) adjudicataria de los mismos los acompañantes para la prestación de dichos servicios, proponiendo por tanto su rescisión”, dando a entender que la causa de resolución que se invoca es la no prestación del servicio de acompañamiento, sin causa justificada, no sólo durante un día lectivo sino de manera reiterada. En todo caso, el apartado primero de la repetida Resolución concreta de manera indubitada cuál es la causa alegada y el incumplimiento que se imputa a la contratista, al disponer que se inicia el procedimiento de resolución de los contratos “por la no prestación del servicio de forma unilateral (...), sin causa justificada”.

No se precisa, en cambio, en la citada Resolución la fecha a partir de la cual cabe entender producido el incumplimiento, limitándose, como se ha dicho, a incorporar el informe del Servicio citado.

A este respecto, debemos señalar que entre la documentación incorporada al expediente no aparece ningún informe -del que por cierto tampoco se indica la fecha- del “Servicio de Centros, Planificación y

Prestaciones Complementarias". De ello cabe deducir que se trata del elaborado el día 4 de febrero de 2010 por la Jefa del Servicio de Gestión Económica y Transporte Escolar de la Dirección General de Planificación, Centros e Infraestructuras, que sí obra en el expediente, y que constituye el arranque del presente procedimiento de resolución de contratos, al fundamentar la contratista sobre las imputaciones que en él se realizan su oposición a la resolución de los mismos por incumplimiento culpable.

Pues bien, de una detenida lectura de este informe y de los antecedentes de hecho recogidos en la resolución de inicio del procedimiento de resolución contractual, es dable y comprensible entender que el incumplimiento denunciado se sitúe cronológicamente a partir del día 14 de diciembre de 2009.

En efecto, la Jefa del Servicio de Gestión Económica y Transporte Escolar, en relación con los lotes a los que se contrae el presente procedimiento de resolución de contratos de los servicios de acompañantes de transporte escolar para los cursos 2009-2010 y 2010-2011, y tras consignar que los mismos habían sido adjudicados de manera provisional a esta empresa, señala que "el curso escolar 2009/2010 se inició el 11 de septiembre de 2009; ese día y los posteriores los servicios de transporte escolar de las rutas citadas anteriormente no pudieron ser realizadas al no presentarse el acompañante./ Dicha situación fue comunicada por los directores de los centros afectados, padres de alumnos y transportistas. Al objeto de que las rutas de transporte pudiesen ser realizadas y conseguir con ello que los escolares usuarios de las mismas asistan a su centro escolar, y puesto que no se había recibido ninguna comunicación de la empresa" acerca de los motivos "por los que no se habían presentado los acompañantes a las rutas de transporte, se acuerda solicitar a la empresa transportista adjudicataria de cada ruta que contraten ellos a un acompañante para poder normalizar el servicio de transporte escolar./ Se formaliza con dichas empresas contrato menor hasta diciembre de 2009". Después de indicar la actuación seguida en enero de 2010, propone la rescisión

de los contratos firmados con la empresa interesada en este procedimiento, "dado que (...) nunca llegó a prestar el servicio contratado".

Por su parte, la Resolución de la Consejería de Educación y Ciencia, de 16 de abril de 2010, de inicio del procedimiento describe en sus antecedentes las vicisitudes de los contratos finalmente suscritos con la empresa interesada, destacando que se formalizaron en documento administrativo el 14 de diciembre de 2009, y a continuación cita el informe al que hemos hecho referencia, poniendo de manifiesto la no prestación del servicio por la contratista interesada en ningún momento.

Sobre esta base, la contratista se opone a la resolución de los contratos alegando que el incumplimiento que se le imputa corresponde al mes de septiembre de 2009 y que en tal fecha no le sería exigible, por razones obvias, el cumplimiento de un contrato que no se le adjudicó de manera definitiva hasta el día 10 de diciembre de 2009, estando previsto iniciar su ejecución el 14 de diciembre de ese mismo año. Sin embargo, omite toda referencia a la conclusión que se expone en el informe de febrero de 2010, según la cual "nunca llegó a prestar el servicio contratado", y nada dice acerca del puntual y adecuado cumplimiento del contrato a partir de ese 14 de diciembre de 2009, fecha a partir de la cual, según viene a reconocer, sí le sería exigible la ejecución de las prestaciones objeto del contrato suscrito.

Así planteados los términos de la imputación de incumplimiento y su respuesta por la contratista, cabe entender acreditado que desde el 14 de diciembre 2009 esta ha incumplido de manera unilateral, y sin causa justificada, su obligación de prestar los servicios de acompañantes de transporte escolar.

Siendo ello así, ninguna incidencia podría derivarse en este punto del hecho de que la prestación de los servicios de acompañantes de transporte escolar en las rutas comprendidas en los lotes ahora cuestionados para los días lectivos que restaban hasta la conclusión del primer trimestre del curso escolar 2009/2010, y posteriormente para el resto del curso (hasta junio de 2010), se hubiera contratado con otras empresas distintas manteniendo la contratista aquí interesada un contrato en vigor, dado que ello no exime a esta de su

cumplimiento, y el objeto de nuestro dictamen ha de contraerse al procedimiento resolutorio, sin que pueda extenderse a la regularidad temporal y administrativa de la gestión y prestación del servicio de transporte escolar en general.

En definitiva, consideramos que se ha acreditado el incumplimiento contractual imputado a la contratista y que permite al órgano de contratación, en ejercicio de las prerrogativas que la ley le otorga y sobre la base del artículo 206.h) de la LCSP, en relación con la cláusula 17.1 de las administrativas particulares que rigen el contrato, resolver el contrato, según lo que se ha razonado en este dictamen, restando únicamente por determinar los efectos derivados de dicha resolución. Al respecto, este Consejo Consultivo entiende que no procede la incautación “automática” de la garantía a la que se refiere el informe del Servicio Jurídico de la Administración consultante, y sí la liquidación, con audiencia de la interesada, de los daños y perjuicios eventualmente ocasionados a la Administración y la indemnización a esta por la 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 (artículo 208.3 después de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto), en relación con el artículo 88, y en orden a dar cumplimiento a lo dispuesto en el apartado 5 del mismo precepto (apartado 4 después de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto).

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendidas las observaciones esenciales contenidas en el cuerpo de este dictamen y consideradas las demás, con especial ponderación de la relativa a la caducidad del procedimiento, procede la resolución, por incumplimiento de la empresa contratista, de los contratos de los servicios de acompañantes de transporte escolar correspondientes a los lotes para los

cursos escolares 2009/2010 y 2010/2011, adjudicados a la empresa, con los efectos expuestos en el mismo”.

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.