

Dictamen n^o **362/14**
Consulta: **Consejera de Educación, Juventud y Deporte**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **03.09.14**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 3 de septiembre de 2014, emitido ante la consulta formulada por la consejera de Educación, Juventud y Deporte, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con expediente sobre resolución del contrato de servicios de “Transporte escolar de la Dirección de Área Territorial Madrid-Capital (Código Capital Plurianual-11)” (Lote aaa) suscrito con la empresa A, al haberse formulado oposición por parte del contratista.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 30 de julio de 2014 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por la consejera de Educación, Juventud y Deporte el día 28 de julio, sobre expediente de resolución del contrato “Transporte escolar de la Dirección de Área Territorial Madrid-Capital (Código Capital Plurianual-11)” (Lote aaa), suscrito con la mercantil referenciada.

Admitida a trámite con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 373/14, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34 apartado 1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de

Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril, cuyo vencimiento se fijó el 4 de septiembre de 2014.

Ha correspondido su ponencia a la Sección II, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 3 de septiembre de 2014.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos, de interés para la emisión del dictamen:

El 14 de febrero de 2011 fueron aprobados por Orden de la Consejería de Educación los Pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato de servicios titulado “Transporte escolar de la Dirección de Área Territorial Madrid-Capital para los cursos 2011-2012, 2012-2013, 2013-2014 y 2014-2015 (Código Capital Plurianual-11)”, para su adjudicación por procedimiento abierto mediante un criterio. La cláusula 40 c) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece en relación con la resolución del contrato:

“-La Administración podrá desistir unilateralmente del contrato sin que el transportista tenga derecho a indemnización en los siguientes casos:

(...)

c) Que a partir del inicio del curso 2012/2013, y durante el resto de la vigencia del contrato, se produzca la pérdida de al menos la mitad de los alumnos transportados, ocasionada con motivo de que, en la misma localidad o en alguna de las colindantes se produzca la apertura de un nuevo centro docente, se redefina por la Administración Educativa la red de centros sostenidos con fondos públicos o se realice una transformación de los niveles, etapas, ciclos o grados de la enseñanza”.

El gasto fue aprobado por el órgano competente el 17 de marzo de 2011 previa fiscalización por la Intervención Delegada.

La adjudicación del contrato se acordó mediante Orden de la consejera de Educación de 19 de julio de 2011 por un importe de 124.970,24 euros. La fiscalización de la disposición del gasto por la Intervención Delegada se realizó en fecha.

Para responder al cumplimiento del contrato, la adjudicataria constituyó garantía definitiva por importe de 5.785,66 euros en la Tesorería de la Comunidad de Madrid, que se acredita con el correspondiente resguardo de depósito de 15 de julio de 2011.

El día 29 de septiembre de 2011 se formalizó entre el director general de Infraestructuras y Servicios de la Consejería de Educación y Empleo y el representante de la mercantil A, el contrato “Transporte escolar de la Dirección de Área Territorial Madrid-Capital (Código Capital Plurianual-11)”, en división por lotes, correspondiendo el lote aaa a la ruta bbb perteneciente al CP INF-PRI “B” de Madrid para transportar ocho alumnos, cuatro de ellos en sillas de ruedas, sujetándose a lo establecido en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, para el traslado diario a clase de los alumnos escolarizados en centros docentes públicos no universitarios pertenecientes a la Consejería de Educación, desde el primer día lectivo del curso 2011/2012 hasta el último día lectivo del curso 2014/2015.

La directora de Área Territorial de Madrid-Capital de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte, con fecha 7 de abril de 2014 comunica al director general de Infraestructuras y Servicios la supresión de la ruta bbb, al haber disminuido el número de alumnos que utilizan el transporte que ha pasado de ocho a cuatro, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 40 c) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Los alumnos serán

distribuidos en las otras rutas contratadas. La modificación tendrá efectos económicos desde el 1 de mayo de 2014.

El 11 de abril de 2014 se autoriza la iniciación del expediente de resolución del contrato debido a la supresión de la ruta bbb, perteneciente al colegio “B” de Madrid (lote aaa) al haberse incurrido en una de las causas de resolución previstas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, como consecuencia de la pérdida de, al menos, la mitad de los alumnos transportados en dicha ruta.

Con fecha 14 de abril de 2014, de conformidad con lo establecido en la legislación de Contratos de Sector Público y en cumplimiento del art. 84 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se concede trámite de audiencia al interesado para que examine el expediente administrativo y preste su conformidad a la propuesta de resolución o para que en el plazo de diez días efectúe las alegaciones que tenga por conveniente.

La contratista, presenta escrito de alegaciones el 12 de mayo de 2014 en el que manifiesta su oposición a la causa de resolución propuesta por la Administración amparándose en la cláusula 44 c). Considera que la distribución de las rutas y del alumnado presenta irregularidades que no pueden ratificar por desconocer el informe de la dirección del centro escolar en que se fundamenta la supresión y del que piden copia. Aducen que la falta de esta información les impide justificar adecuadamente su opinión *“de que no era la ruta bbb la que procedía suprimir (si es que procedía suprimir alguna) produciéndonos un estado de indefensión”*.

Al mismo tiempo, la supresión del contrato les ocasiona, además de un quebranto económico importante por pérdida de beneficio industrial, de trabajo de los empleados e indemnización si hubiera de procederse a su despido, un clima de inseguridad y falta de confianza, *“si cumpliendo con los requisitos solicitados en concurso público y tras la formalización de un*

contrato, éste se resuelve por motivos ajenos a los adjudicatarios en base a una información o previsiones marcados exclusivamente por la Administración”.

La Dirección General de Infraestructuras y Servicios de la Consejería, con fecha 20 de mayo de 2014 contesta a las alegaciones formuladas comunicando que la ruta se adjudicó con unos parámetros y que *“ha sufrido la pérdida de al menos la mitad del alumnado transportado”*; que la cláusula aplicada es la 40, “Resolución del Contrato” y no la 44 c). En cuanto a la distribución de los alumnos, se hace por la dirección del centro educativo de la forma que considera más conveniente para el funcionamiento de las rutas en cada curso escolar, pudiendo existir rutas que en sus itinerarios coincidan en la misma zona de influencia.

En cuanto a la solicitud de los itinerarios y número de alumnos de las rutas del centro educativo antes y después de la supresión, deberán realizarla al Área de Contratación de la Dirección General de Infraestructuras y Servicios, al tratarse de rutas de transporte adjudicadas a otras empresas.

Con fecha 26 de mayo de 2014, se solicita informe a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, con esa misma fecha se notifica a la adjudicataria la suspensión del procedimiento por el tiempo que medie entre la petición de solicitud de informe del servicio jurídico y la recepción del documento informado.

El 3 de junio, la Abogacía General informa desfavorablemente el Proyecto de Orden de Resolución del contrato de servicios en el que señala, que la supresión de la ruta no encaja en la causa de resolución prevista en la letra c) de la cláusula 40 del pliego y que la única posibilidad es el desistimiento de la Administración recogido en el artículo 284.b) de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), teniendo por tanto que cumplirse lo indicado en el artículo 285.3 LCSP: el contratista tendrá derecho a una indemnización del

10% del precio de los servicios pendientes de realizar, en concepto de beneficio dejado de obtener.

El 6 de junio se levanta la suspensión del plazo y el subdirector general de Infraestructuras y Servicios solicita al jefe de Área de Programación y Gestión Económico-Administrativa, con el fin de poder continuar con la tramitación del expediente la emisión de informes por esa Unidad y por la Dirección de Área Territorial de Madrid-Capital, en los que se justifique suficientemente que se cumple la causa prevista en el letra c) de la cláusula 40 del pliego o en su defecto, que se declare la procedencia de aplicar lo previsto en los artículos de la LCSP sobre desistimiento de la Administración con derecho a indemnización.

Concluye la solicitud informando, que tal y como recoge el informe de la Abogacía General *“La Administración sólo podrá desistir del contrato cuando lo aconsejen razones de interés público”*, por este motivo, en los informes solicitados deberá quedar debidamente justificado dicho interés público, así como el importe al que asciende la indemnización.

El jefe de Área de Programación y Gestión Económico-Administrativa emite el informe solicitado manifestando que existen razones de interés público en no mantener en activo una ruta que ha tenido una pérdida de al menos la mitad de los alumnos transportados, cuando los alumnos que quedan en la misma pueden incorporarse a otras rutas existentes. El contratista tendrá derecho a una indemnización del 10% del precio de los servicios pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener, por importe de 3.861,43 euros.

En este estado del procedimiento, se da nuevamente audiencia al contratista que presenta escrito de alegaciones el 20 de junio de 2014, del que resulta oposición del mismo a la causa final de resolución por desistimiento de la Administración y puesto que a fecha del escrito la resolución de supresión de la ruta bbb, lote aaa, todavía no es firme, ruegan

una vez más reconsideren la decisión de la Administración que es unilateral amparándose en la cláusula 40 del pliego y que como manifiestan los letrados de la Comunidad no es aplicable, *“rogamos nos indiquen si procede, las instrucciones para poder facturar los días transcurridos desde el momento de su decisión hasta el día de la fecha”*.

El 24 de junio de 2014 se solicita informe fiscal, con suspensión del plazo de tramitación del expediente a la Intervención General que emite informe fiscal favorable a la propuesta de resolución el 15 de julio de 2014.

Por Orden de 22 de julio de 2014 se acuerda la suspensión del procedimiento antes de que se produzca la caducidad del mismo que se ha notificado al contratista.

La consejera de Educación, Juventud y Deporte dispone aprobar la resolución del contrato de servicios por desistimiento de la Administración, debido a la supresión de la ruta bbb perteneciente al CP INF-PRI “B” de Madrid (Lote aaa), como consecuencia de la pérdida de al menos la mitad de los alumnos transportados en dicha ruta, todo ello con efectos económicos desde el día 1 de mayo de 2014. Al mismo tiempo se autoriza la devolución de la garantía definitiva por importe de 5.785,66 euros y el pago de una indemnización a favor del contratista del 10% del precio de los servicios pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener por importe de 3.851,43 euros.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1 f) apartado cuarto de la Ley

6/2007, de 21 de diciembre, a cuyo tenor el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”*.

El contrato al que este expediente se refiere fue objeto de adjudicación definitiva a la contratista el 19 de julio de 2011.

Le resulta, por tanto, aplicable la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), ya que la disposición transitoria primera de esta norma prevé:

“Disposición transitoria primera. 1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

La disposición final duodécima de la LCSP había previsto su entrada en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que se produjo el 30 de octubre de 2007, de manera que la ley estaba vigente desde el 30 de abril de 2008.

Por ello resulta aplicable la LCSP con las modificaciones introducidas por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible conforme establece la disposición transitoria 7ª de esta última.

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 195.3 LCSP al formularse oposición a la resolución del contrato por parte del contratista resulta preceptivo el dictamen de este Consejo.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo urgente establecido en el artículo 16.2 LRCC debiendo destacarse que la petición de informe cita dicho precepto sin justificar en modo alguno la urgencia habiendo destacado este Consejo en su Memoria del año 2010 que no basta la previsión genérica establecida en la normativa de contratación pública para justificar la solicitud urgente del dictamen de este Consejo.

SEGUNDA.- Al informar el presente procedimiento de resolución contractual, procede analizar separadamente la tramitación del mismo y la concurrencia de la causa de resolución invocada por la Administración.

En cuanto al procedimiento seguido y por lo que respecta a la duración del mismo y la posible caducidad, debemos señalar que, iniciado el expediente de resolución por Acuerdo de 11 de abril de 2014, se produciría la caducidad del mismo el 11 de julio al ser el plazo máximo de resolución del procedimiento el general de tres meses, aplicable en materia contractual como establece la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida por este Consejo en dictámenes como el 10/10, de 20 de enero de 2010, entre otros.

Sin embargo, el plazo fue suspendido al amparo del artículo 42.5 c) de la LRJ-PAC tanto para solicitar el informe de la Intervención General como el de este Consejo por lo que el procedimiento no ha caducado debiendo la Administración resolver en el plazo que reste tras la recepción del presente dictamen.

TERCERA. - En lo que respecta al fondo de la cuestión, esto es, la aplicación de la causa de resolución prevista para el contrato de servicios en el artículo 284 b) LCSP *“El desistimiento o la suspensión del suministro por un plazo superior al año acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor”*.

Tal y como recoge la propuesta de resolución remitida a este Consejo la resolución procedería por motivos de eficiencia en el gasto público puesto que a lo largo del procedimiento se descartó, tras el informe desfavorable del Servicio Jurídico, la invocación de la causa de resolución sin indemnización prevista en la cláusula 40 del Pliego de Cláusulas Administrativas.

Es cierto que la doctrina del Consejo de Estado de manera inalterable desde su Memoria de 1986, hasta el momento actual, recoge los límites y el ámbito del ejercicio de tal facultad, indicando que la resolución de un contrato por desistimiento de la Administración tiene un carácter excepcional, así el Dictamen nº 1208/2008, de 16 de octubre recuerda que: *“el desistimiento unilateral de la Administración ha sido en muchas ocasiones admitido como causa resolutoria de los contratos, sin perjuicio cualquier posible pacto de mutuo disenso y siempre y cuando el contratista haya cumplido sus obligaciones de acuerdo con lo establecido en la legislación reguladora de contratos públicos”* (dictamen del Consejo de Estado núm. 4.350/97, de 6 de noviembre). Ahora bien, también se ha insistido en que *“el desistimiento de la Administración constituye un remedio excepcional ante una situación que, en la medida de lo posible, deberá evitarse que se produzca. Y, en todo caso, la Administración sólo podrá desistir del contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen. No se configura como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudir cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con él. De ahí que la justificación de la decisión de la Administración de resolver el contrato haya de constar en el expediente administrativo y de ella*

deberá tener oportuno conocimiento el contratista a los efectos pertinentes, incluida la posibilidad de alegar contra la decisión de desistir y de impugnar la realidad misma de sus fundamentos en relación con las exigencias del interés público (dictamen del Consejo de Estado núm. 1.336/2005, de 17 de noviembre)”.

Efectivamente, esta facultad como es bien sabido, como potestad discrecional de la Administración, está limitada, como todas las de tal clase, por la norma general imperativa por la cual aquélla debe cumplir los fines que le son propios, al servicio del bien común y del ordenamiento jurídico, y siempre basándose en los principios de racionalidad y proporcionalidad. Así lo ha puesto de manifiesto en su jurisprudencia el Tribunal Supremo en reiteradísimas ocasiones, (Sentencias de 16 abril 1999, RJ 1999\4362 de 23 de junio de 2003, RJ 4413, o Sentencia de 21 septiembre 2006 RJ 2006\6437, entre otras muchas).

Expuestas estas consideraciones, resta por analizar el motivo comunicado al contratista, como justificativo de la decisión administrativa de resolver el contrato.

Como ya mencionamos en nuestro Dictamen 569/11, de 19 de octubre, la Exposición de Motivos de la Reforma Constitucional de 27 de septiembre de 2011 eleva la estabilidad presupuestaria al rango de principio constitucional al objeto de fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española a medio y largo plazo, vinculando a todas las Administraciones Públicas en su consecución, con la finalidad de garantizar la sostenibilidad económica y social de nuestro país.

Como hemos expuesto anteriormente, la Orden 3793/2005, de 21 de julio, establece en su artículo 3 ciertas limitaciones a la contratación del transporte escolar inspiradas en razones de eficiencia del gasto público, que según la parte expositiva de la citada orden, “*requiere de una adecuada definición de las rutas de transporte escolar*”. En virtud de la mencionada

eficiencia en la aplicación de los recursos públicos, el citado artículo 3 impone que las rutas no superen determinados costes por alumno y que en dichas rutas no se alcance un número de alumnos, entre tres y cinco, en función de que utilicen o no silla de ruedas. Según justifica en el expediente el jefe de Área de Programación y Gestión Económico-Administrativa, la ruta correspondiente al lote aaa adjudicado a A ha dejado de cumplir los criterios establecidos en el artículo 3 de la Orden 3793/2005, por cuanto el coste diario por alumno transportado supera el establecido por la Dirección General de Centros Docentes y, además, el número de alumnos transportados (cuatro) es inferior al límite fijado por el artículo 3.2 de la Orden. En estas circunstancias, puede entenderse que razones objetivas y de interés público avalan la supresión de la ruta, sin implicar perjuicio para los alumnos transportados que pueden incorporarse a otra de las rutas, en la que en palabras del citado informe del jefe de Área de Programación y Gestión Económico-Administrativa, *“se preserva el tiempo máximo de duración de las rutas establecidas en la normativa vigente”*, en concreto, en el artículo 11 del Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre Condiciones de Seguridad en Transporte Escolar y de Menores, cuando dispone que los itinerarios y horarios de aquellos transportes que tengan por objeto el traslado de los menores entre su domicilio y el centro escolar en que cursan estudios, deberán establecerse de tal forma que *“en circunstancias normales resulte posible que el tiempo máximo que aquéllos permanezcan en el vehículo no alcance una hora por cada sentido del viaje”*.

Es evidente que la supresión de la ruta escolar justificada en las expresadas razones de interés público, hace innecesario el servicio de transporte que se prestaba en virtud del contrato.

Por ello este Consejo estima que el desistimiento instado se halla amparado por una indiscutible causa objetiva de interés público que justifica la ruptura del vínculo contractual como es la obtención de un ahorro en el gasto público

pudiendo prestarse el servicio en condiciones similares a las que en la actualidad venía cumpliendo el contrato cuya resolución se pretende.

No obstante convendría que en la propuesta de resolución se cuantificase adecuadamente el ahorro público que supone la resolución teniendo en cuenta tanto el gasto que implicaría el mantenimiento del contrato como los costes que conlleva la resolución (indemnización).

CUARTA.- Establecida la concurrencia de causa de resolución debe procederse a las consecuencias que la Administración atribuye a la misma:

«En primer lugar, es preciso pronunciarse acerca de la garantía constituida. A tal efecto, el artículo 208 de la LCSP, señala que “En todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida”. En el presente caso, no mediando incumplimiento del contratista, la garantía constituida por importe de 13.007,84 euros ha de ser devuelta, ex artículos 90.1 y 208.5 de la LCSP».

En segundo lugar, procede pronunciarse sobre los efectos de la resolución a tenor de lo dispuesto en el artículo 285 de la LCSP que establece lo siguiente: “1. La resolución del contrato dará derecho al contratista, en todo caso, a percibir el precio de los estudios, informes, proyectos, trabajos o servicios que efectivamente hubiese realizado con arreglo al contrato y que hubiesen sido recibidos por la Administración.

2. En el supuesto de suspensión de la iniciación del contrato por tiempo superior a seis meses, el contratista sólo tendrá derecho a percibir una indemnización del 5 por 100 del precio de aquél.

3. En el caso de la letra b) del artículo anterior, el contratista tendrá derecho al 10 por 100 del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener”.

Conforme al precepto que acabamos de exponer, resulta claro que deben abonarse al contratista, los trabajos o servicios que efectivamente hubiera realizado con arreglo al contrato y que hubiesen sido recibidos por la Administración. Además deberá abonarse al contratista el 10% del precio de los servicios pendientes de realizar, “en concepto de beneficio dejado de obtener” como señala el precitado artículo 285 de la LCSP, y que la propuesta de resolución fija en 3.861,43 euros”.

En mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de servicios denominado “*Transporte escolar de la Dirección de Área Territorial Madrid-Capital (Código Capital Plurianual-11*” (lote aaa), por desistimiento de la Administración con base en lo establecido en el artículo 284.b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, con los efectos que se indican en la consideración de derecho cuarta de este dictamen.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo.

Madrid, 3 de septiembre de 2014