



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 59/1995

La Laguna, a 28 de julio de 1995.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno en relación con la *Propuesta de Orden Departamental por la que se resuelve parcialmente el contrato de transporte escolar discrecional con la empresa F.B., S.L. (EXP. 60/1995 CA)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen es la Propuesta de Orden Departamental por la que se resuelve parcialmente el contrato de transporte discrecional con la empresa F.B., S.L. Esta propuesta se formula en el curso de un procedimiento de resolución contractual iniciado por Orden Departamental de 12 de diciembre de 1994, bajo la vigencia de la Ley de Contratos del Estado (Texto articulado aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril), que ha sido derogada por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), publicada completamente en el BOE del 19 de mayo y que no contiene una disposición expresa acerca de su entrada en vigor, por lo que ésta se produjo, por mor del art. 2.1 del Código Civil, el 8 de junio de 1995, fecha en la que finalizó el plazo de veinte días naturales que se establece en dicho precepto.

Esta sucesión normativa plantea la cuestión del Derecho aplicable. Para resolverla, hay que partir de que la LCAP no contiene normas que dispongan su aplicación retroactiva a los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor. Al contrario, de su Disposición Transitoria Primera (D.T. 1ª) resulta su aplicación a los contratos que se adjudiquen con posterioridad a su entrada en vigor y a los expedientes de contratación en curso de adjudicación, pero con exclusión de la

* **PONENTE:** Sr. Trujillo Fernández.

aplicación retroactiva de sus normas de procedimiento. Por tanto, según la regla general del art. 2.3 del Código Civil (CC) y el primer párrafo de la Disposición Transitoria Segunda (D.T. IIª) del mismo, en relación con el art. 7.1 LCAP, el contenido obligacional de los contratos perfeccionados con anterioridad a la entrada en vigor de la LCAP se debe regir íntegramente por la normativa anterior.

El Derecho procedimental aplicable para resolver las incidencias de la vida del contrato, tales como su interpretación, resolución, o nulidad, será el vigente en el momento en que se inició el procedimiento. Ello es así porque la D.T. Iª LCAP sólo dispone su aplicación retroactiva para los expedientes de contratación en curso en los que no se haya producido la adjudicación; lo que excluye, en virtud de la regla del art. 2.3 CC, la aplicación retroactiva de sus normas procedimentales a los contratos ya adjudicados y, por ende, a los procedimientos dirigidos a decidir incidencias de la contratación que se hayan iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la LCAP.

Esta conclusión, además, se refuerza porque, según la Disposición Adicional Séptima (D.A. VIIª) LCAP, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LPAC) contiene el Derecho procedimental supletorio en materia de contratación administrativa. De ahí que, ante el silencio de la LCAP sobre la aplicación de sus normas adjetivas a este tipo de procedimientos iniciados con anterioridad a su entrada en vigor, es de aplicación la Disposición Transitoria Segunda.1 LPAC, la cual dispone su inaplicabilidad a los procedimientos iniciados antes de su entrada en vigor, ordenando que se rijan por la normativa anterior, lo cual conduce a la misma solución.

En definitiva, de la D.T. Iª LCAP, en relación con el art. 2.3 CC, y de la D.A. VIIª LCAP, en relación con la Disposición Transitoria Segunda.1 LPAC, resulta la regla de que los procedimientos que se dirijan a resolver incidencias de la contratación y que se hayan iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la LCAP se rigen por la normativa anterior.

2. La competencia del Consejo para dictaminar con carácter preceptivo en el presente procedimiento de resolución contractual, a la cual ha formulado oposición el contratista, resulta de la remisión del art. 10.6 de su Ley reguladora al art. 22.11 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado. Dado el carácter

preceptivo del Dictamen, su solicitud está amparada en el art. 11.1 de la Ley del Consejo.

II

Un aspecto previo de carácter formal que hay que dilucidar lo constituye el hecho de que la Orden Departamental de 12 de diciembre de 1994, por la que se inició el presente procedimiento de resolución parcial del contrato de transporte escolar y la suspensión cautelar de la prestación del servicio en las rutas afectadas, se halla recurrida ante la Sala de lo Contencioso Administrativo en Las Palmas de Gran Canaria del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

Sin embargo, ello no supone que se esté, ante una cuestión *sub iudice* que impida, en virtud del principio de exclusividad jurisdiccional (arts. 117.3 CE y 2.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, LOPJ), un pronunciamiento de la Administración y, por ende, un Dictamen previo del Consejo Consultivo sobre él; porque la jurisdicción contencioso administrativa es de carácter revisor, ya que sólo puede conocer de actos definitivos (art. 37.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, LJCA); es decir, de una declaración de voluntad decisoria del asunto (STS de 14 de octubre de 1980); lo cual no se puede predicar del acto que ordena la iniciación de un procedimiento de resolución contractual, porque es un acto de trámite que no predetermina ni condiciona el acto definitivo o resolutorio, ni obviamente impide o suspende ese procedimiento de resolución, ni decide directa o indirectamente el fondo del asunto (art. 37.1 LJCA; STS de 23 de marzo de 1984).

De ahí que de las dos decisiones de la Orden departamental recurrida, en principio, sólo puede ser objeto de conocimiento de la Sala la medida cautelar de suspensión parcial de la prestación del servicio en las rutas afectadas, no la de iniciar el procedimiento de resolución contractual, puesto que es un acto meramente formal, sin contenido sustancial que permita enjuiciar el fondo del asunto, es decir, si procede o no la resolución.

El recurso contencioso-administrativo contra el acto de incoación del procedimiento no puede conducir a una valoración judicial sobre la legalidad de la resolución contractual porque ésta aún no se ha producido. Para que se realice tal valoración es necesario un previo pronunciamiento administrativo precedido del

preceptivo Dictamen de este Consejo. Por ello ni aquél ni éste podrán versar sobre el mismo objeto que el recurso contencioso administrativo contra el acto de trámite de incoación del procedimiento de resolución, por lo que no hay obstáculo a que uno y otro se produzcan.

III

La resolución contractual que se pretende es la de un contrato de gestión de servicio público cuyo objeto es el transporte escolar discrecional de los alumnos matriculados en una serie de centros docentes públicos de la Comunidad Autónoma (cláusulas 1.1 y 8.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y Anexo 3 del contrato en el que se concretan los centros docentes y las rutas a cuyo servicio se compromete el adjudicatario).

El precio del contrato asciende a 99.062.920 pesetas y su duración abarca desde el primero hasta el último día lectivo de los cursos escolares 1994-1995, 1995-1996 y 1996-1997, siendo su procedimiento de adjudicación el de contratación directa (cláusulas segunda y cuarta del contrato y cláusula 3 del PCAP).

La confrontación *prima facie* del precio y duración del contrato con el art. 69 LCE y los arts. 40 y 41 RCE, obliga al Consejo Consultivo, como órgano encargado de velar por la observancia del Ordenamiento jurídico (art. 1 de la Ley 4/1984, de 6 de julio), a examinar si el contrato o sus actos preparatorios pudieran incurrir en vicio de nulidad de pleno derecho; aunque su intervención no se haya solicitado en un procedimiento con el fin de declararlo y, por tanto, el Dictamen no pueda producir efectos jurídicos al respecto; ya que la trascendencia de un vicio de ese tipo no permite que deje de señalarse *ex officio* la posibilidad de su existencia en un Dictamen cuya función, sea cual fuere su objeto, es la de garantizar la legalidad de la actuación administrativa.

El precepto que obliga a transitar por este camino es el art. 69 LCE, según el cual los contratos de gestión de servicios públicos se adjudicarán ordinariamente por el sistema de concurso; y la contratación directa, como se dice literalmente en dicho precepto, sólo puede tener lugar en los cinco supuestos tasados que a continuación tipifica. Por ello la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reiterado que la contratación directa no procede en cualquier caso sino sólo en los concretos y específicos previstos en el Ordenamiento jurídico (SSTS de 20 de febrero de 1992 y de

28 de octubre de 1992). De ahí que la existencia de las circunstancias determinantes de la excepción de la licitación ha de ser justificada caso por caso en el expediente de contratación, so pena de nulidad de la adjudicación efectuada, por lo que si falta esa justificación se incurriría en una omisión pura y simple de los procedimientos aplicables según la Ley (STS de 18 de febrero de 1964).

Los contratos administrativos devienen inválidos cuando lo sean los actos que les sirven de soporte, dictados en el procedimiento preparatorio del contrato o en el procedimiento de adjudicación, incluido el acto de adjudicación o por causas relativas al propio clausulado del contrato (art. 40 RCE), siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos preparatorios o el acto de adjudicación cuando incurra en alguno de los supuestos contemplados en el art. 62 LPAC (art. 41 RCE). Entre esos supuestos se encuentra el de los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido -art. 62.1.e) LPAC-, en el cual se subsumen naturalmente aquellos casos en que se produce un acto por un procedimiento a través del cual la Administración no puede actuar si no existe un determinado presupuesto de hecho. La existencia de éste habilita a la Administración a actuar a través de aquél, de modo que si no concurre ese supuesto de hecho, el recurrir a dicho procedimiento equivale a prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (SSTS de 8 de marzo de 1982 y de 18 de febrero de 1964).

El PCAP del contrato expresa que el presupuesto máximo para la contratación asciende a 2.122.602.215 ptas. que se desglosan a lo largo de 1994 a 1997 (cláusula 4) y no ofrece más justificación de la decisión de acudir al procedimiento de adjudicación directa que la escueta alusión en su cláusula 3 al art. 117.2 RCE, aplicable a la contratación directa de obras de reconocida urgencia, surgida de necesidades apremiantes que demandan una pronta ejecución que no pueda lograrse por medio de la tramitación urgente y previo acuerdo del órgano de contratación.

Esa referencia ha de entenderse hecha al art. 213.2 RCE de similar tenor (que es reproducción del art. 69.2 LCE) por dos razones. Primera, porque la regulación del contrato de obras es supletoria del contrato de gestión de servicios públicos (art. 67 LCE) por lo que es innecesario acudir al art. 117.2 RCE si el supuesto habilitante del procedimiento de adjudicación directa de contratos de gestión de servicios públicos

ya se encuentra contemplado por su normativa específica. Segunda y decisiva, porque la cláusula 3 del PCAP, aprobado por Orden departamental de 23 de agosto de 1994, hace caso omiso de que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE), de 17 de noviembre de 1993, había declarado ese precepto incompatible con la Directriz 71/305/ CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971. Por ello, en virtud del art. 171.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) en relación con los arts. 164 y 187 y 189 y 5, segundo párrafo, del mismo Tratado, y conforme a lo dispuesto en los arts. 93 y 96.1 de la Constitución, el art. 117 RCE era inaplicable al tiempo de la aprobación del PCAP, dada la prevalencia del Derecho eurocomunitario.

Pero lo que ahora importa destacar es la concurrencia de "la reconocida urgencia surgida como consecuencia de necesidades apremiantes que demandan una previa puesta en marcha del servicio", supuesto de hecho habilitante del procedimiento de adjudicación directa que se da sólo en circunstancias imprevisibles (STS de 28 de octubre de 1992), siendo los requisitos de la imprevisibilidad y de la emergencia necesarios para que se estime procedente la utilización del procedimiento de urgencia (STS de 20 de enero de 1987). En la misma línea, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha declarado que la imperiosa urgencia debe ser objeto de una interpretación estricta y que se ha de demostrar que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción en que consiste recurrir al procedimiento de urgencia (STJCE de 10 de marzo de 1987, recaída en el Asunto 199/85) y que los requisitos que el Derecho eurocomunitario establece ("en la medida estrictamente necesaria", "imperiosa urgencia", "acontecimientos imprevistos") para poder acudir a la contratación directa (procedimiento negociado en la terminología del Derecho comunitario, recogida ahora en la LCAP) tienen carácter acumulativo, por lo que si no concurre alguno de estos requisitos no se puede acudir a ese procedimiento de adjudicación (STJCE de 18 de marzo de 1982, recaída en el Asunto C-24/91).

En el presente supuesto, se ha adjudicado directamente, con la cobertura de las cláusulas 3 y 4 citadas del PCAP referido, un contrato de 99.062.920 millones de pesetas y con una duración de cuatro años para la ejecución del transporte escolar de los alumnos de determinados centros docentes de la Comunidad Autónoma. En el expediente de contratación remitido, sin embargo, no consta la justificación razonada de las circunstancias que obligan a marginar el procedimiento ordinario de

adjudicación por concurso y a acudir al de adjudicación directa (art. 69.2 LCE; STS de 18 de febrero de 1964; STJCE de 10 de marzo de 1987, Asunto 199/85).

Ni concurren los requisitos de una necesidad imprevisible y apremiante que justifiquen acudir a la adjudicación directa (art. 69.2 LCE; SSTs de 18 de febrero de 1964; 20 de enero de 1987; 28 de octubre de 1992; STJCE de 18 de marzo de 1982, asunto C-24/91) porque la necesidad pública que viene a satisfacer dicho contrato, el transporte de los alumnos a los centros docentes públicos, es perfectamente normal y previsible, ya que: a) el art. 65.2, de carácter básico, de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, establece la obligación para las Administraciones educativas de proporcionar gratuitamente el transporte escolar a los niños escolarizados en un Municipio distinto al de su residencia; b) la Administración educativa de la Comunidad ha dictado normas por las que se garantiza el transporte al alumnado que carezca en su zona de un centro educativo y que, por tanto, haya de ser trasladado a más de dos kilómetros de su vivienda habitual (Resoluciones de la Dirección General de Promoción Educativa de 11 de marzo de 1993, BOC de 7 de abril; y de 22 de marzo de 1994, BOC del 8 de abril).

Por último, el plazo de ejecución del contrato que se extiende a lo largo de cuatro años, aparte de corroborar que no se trata de una necesidad imprevista ni apremiante, infringe el requisito de Derecho eurocomunitario de que se recurra a la adjudicación directa sólo "en la medida estrictamente necesaria" -art. 20.1.d) de la Directriz 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993; STJCE de 18 de marzo de 1982, asunto C-24/91)-; requisito que, por otro lado, resulta del propio art. 69.2 LCE, porque el carácter excepcional con que delinea el recurso a la adjudicación directa no permite extender sus efectos más allá de lo imprescindible para afrontar la necesidad apremiante.

Lo expuesto hasta aquí, con base en la documentación obrante en el expediente, lleva a la conclusión de que aparentemente hay razones suficientes para fundamentar que la Administración valorara la procedencia de incoar un procedimiento de revisión de oficio dirigido a declarar la nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación del contrato cuya resolución parcial se pretende.

IV

Del expediente resulta que al adjudicatario se le notificó, el 13 de diciembre de 1994, la Orden departamental, de 12 de diciembre de 1994, incoadora del procedimiento de resolución, al mismo tiempo que se le trasladaba fotocopia de todo el expediente para que en un plazo de diez días realizara alegaciones en trámite de audiencia, las cuales realizó dentro de plazo por medio de escrito datado el 23 de diciembre de 1994. Después de esa fecha, se incorporaron al expediente: a) Un informe, de 11 de enero de 1995, del asesor de transportes de la Inspección Educativa, b) otro informe, de 13 de enero de 1995, de la Dirección del centro docente afectado, c) un tercer informe, de 17 de enero de 1995, de la Inspección Educativa. Tras la aportación de estos informes no se dio nuevamente vista del expediente y trámite de audiencia al contratista.

La finalidad del trámite de audiencia es permitir a los interesados que, a la vista de todo lo actuado, formulen las alegaciones y aporten los documentos y justificaciones en defensa de sus intereses. Esta finalidad se vería defraudada si después del trámite de audiencia se aportaran nuevos elementos probatorios sobre los cuales los interesados, por desconocerlos, no pudieran realizar alegaciones ni presentar justificaciones, lo que constituiría una infracción del art. 84 LPAC generadora de indefensión y, por ende, determinante, según el art. 63.2 LPAC, de la anulabilidad de la resolución que se dictare. Por ello, el art. 84 LPAC impone que siempre que después de cumplimentado el trámite de audiencia se aporten nuevos elementos probatorios, se torne a dar de nuevo trámite de audiencia a los interesados que no los hayan aportado. Ahora bien, ello no debe conducir en todos los supuestos a que se retrotraigan las actuaciones a fin de que se conceda nuevo trámite de audiencia al interesado que no tuvo oportunidad de conocer esos nuevos elementos probatorios, pues el art. 84.4 LPAC excusa la necesidad del trámite "cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado", lo que, desde luego, no es el caso. Es más, la Propuesta de Orden hace referencia a los informes del Servicio de Inspección Educativa y de la Dirección del Centro, posteriores a las alegaciones efectuadas en trámite de audiencia, que no pudieron por ello ser contradichos, conocidos y rebatidos por el interesado, quedando indefenso en la medida que la Propuesta de Orden conclusiva del procedimiento resolutorio se funda en los mismos.

V

El acto administrativo *in fieri* se dirige a declarar una resolución parcial de un contrato por el que se adjudicaba a una empresa las rutas de transporte escolar 152, 158, 165, 183, 185, 195, 197, 214, 215, 216 y 217, en la provincia de Las Palmas. La resolución contractual se califica de parcial porque se limita a las rutas donde se han producido deficiencias en el servicio; concretamente, las adjudicadas en la isla de Lanzarote e identificadas con los nº 214, 215, 216 y 217, que sirven todas ellas al Colegio de Enseñanza General Básica 'Virgen de los Volcanes', de Tinajo.

Para pronunciarse sobre la viabilidad de la resolución parcial del contrato hay que partir del art. 29 RCE, que permite que puedan celebrarse contratos con pluralidad de objetos con la condición de que cada una de las prestaciones se defina con independencia de las demás. Con la cobertura de este precepto, la cláusula 8.2 PCAP obligaba a los ofertantes a licitar por la totalidad del recorrido de cada ruta, pero permitía que ofertaran por el conjunto del servicio o bien por una sola o varias de sus rutas, con lo cual configuraba a cada ruta como objeto independiente de las demás y posibilitaba que se adjudicaran contratos cuyo objeto fuera la prestación del servicio de transporte escolar bien en una sola ruta, bien en varias.

De ahí que el contrato en su cláusula primera definiera su objeto como la ejecución del transporte escolar en las rutas 152, 158, 165, 183, 185, 195, 197, 214, 215, 216 y 217 con estricta sujeción al Pliego de Prescripciones Técnicas que, como Anexo 3, forma parte del contrato y donde se define independientemente cada ruta con sus respectivos itinerarios y kilómetros que comprenden, número de niños a transportar, puntos de recogida, centros docentes y localidades a las que sirven, y precio diario por el servicio.

Como el objeto del contrato suscrito era una pluralidad de prestaciones independientes de cumplimiento por separado, también pueden ser de modo independiente incumplidos o cumplidos defectuosamente, en cuyo supuesto la Administración está facultada para proceder a la resolución de la relación jurídica contractual cuyo objeto fueran las prestaciones incumplidas o cumplidas defectuosamente. Puesto que la potestad administrativa de resolver no se dirige a provocar la ineficacia de todo el contrato, sino a poner fin a ciertas relaciones jurídicas que han surgido de él, pues el objeto de aquél son una pluralidad de

prestaciones independientes, se puede resolver el contrato sólo en cuanto a las incumplidas, subsistiendo la relación jurídica en cuanto a las demás bajo la cobertura del contrato, que sigue existiendo. Ello, por lo demás, ha sido reconocido expresamente por la jurisprudencia civil en aras del *favor contractus* con ocasión del ejercicio de la acción resolutoria *ex art.* 1.124 del Código Civil por cumplimiento defectuoso (STS de 19 de enero de 1983), por lo que no hay inconveniente alguno en trasladar la posibilidad de resolución parcial al ámbito de la contratación administrativa, que se conecta, además, con la continuidad de la prestación del servicio público.

VI

El relato fáctico de la Propuesta de Orden adolece de deficiencias porque no recoge los hechos con la precisión que permiten los informes aportados al expediente con anterioridad a las alegaciones del contratista. Esa imprecisión puede generar indefensión a éste y, por ende, la anulabilidad de la resolución que se dicte. En efecto, en la Propuesta de Orden se afirma: a) Que la empresa contratista ha destinado un número de vehículos inferior al ofertado, pero no señala que ese incumplimiento se produjo -como resulta del informe del Director del centro, de 3 de noviembre de 1994, al Inspector de zona- los días 25, 26, 27, 28 y 31 de octubre y 2 y 3 de noviembre, durante los cuales el transporte se realizó con tres vehículos, en vez de con los cuatro a los que estaba obligado a servir al Colegio de EGB de Tinajo, según el Pliego de Prescripciones Técnicas. Este incumplimiento se reiteró el 9 de noviembre de 1994, como constata el informe del Inspector Educativo de fecha 10 de noviembre de 1994. b) Que la empresa contratista ha utilizado vehículos no autorizados por la Dirección General de Promoción Educativa, pero no se concreta que esos vehículos eran los de matrícula, (A), (B), (C) y (D), como resulta del requerimiento, de fecha 25 de octubre, que esa Dirección General dirigió a la empresa contratista para que los sustituyera por vehículos autorizados y como resulta del informe, de fecha de 14 de octubre, que el Director del Centro dirige a la Inspección Educativa, y del informe del Inspector educativo de 18 de octubre de 1994.

Además, de las certificaciones del Registro-Archivo de Automóviles de la Jefatura Provincial de Tráfico, que ha aportado en el trámite de audiencia la empresa contratista, resulta que: 1) El vehículo de su propiedad (A) tiene una antigüedad de 16 años y fue adquirido por ésta 9 años antes, el 8 de noviembre de 1985. Si se

atiende a que el art. 4.1.a) del Real Decreto 2.296/1983, de 25 de agosto, permite que los vehículos con una antigüedad superior a los diez años e inferior a los dieciocho años puedan dedicarse al transporte escolar con la condición de que hayan estado dedicados a ese tipo de transporte en la misma empresa desde antes de los diez años del inicio del curso escolar y hayan superado una inspección extraordinaria, ese vehículo no pudo dedicarse nunca al transporte escolar. 2) El vehículo (E) no es propiedad de la adjudicataria, sino de otra empresa que lo adquirió un año antes del inicio del curso escolar, y tiene una antigüedad de 12 años, por lo que tampoco cumple el requisito del art. 4.1.a) del Real Decreto 2.296/1983 que se acaba de referir. 3) El vehículo (D), con una antigüedad de 17 años, tampoco es propiedad de la adjudicataria sino de otra empresa que lo adquirió siete años antes, por lo que tampoco cumple con el art. 4.1.a) del RD 2.296/1983 y, por ende, nunca pudo haber sido autorizado para el transporte escolar.

c) Que la empresa contratista no mantiene los vehículos en condiciones óptimas de higiene y utilidad, pero no se concreta que el vehículo (C) (no autorizado), de 16 plazas, transportaba 27 alumnos y que el vehículo (B) (no autorizado) de 14 plazas, transportaba 21 alumnos, como resulta del informe del Director del Colegio, de fecha de 10 de octubre de 1994, y como constata el informe de la Inspección Educativa, de 18 de octubre de 1994.

Tampoco se concreta que el Inspector educativo comprobó en su visita de 17 de octubre que el vehículo (A) carecía de respaldo en uno de sus asientos, que el protector de los asientos junto a la puerta trasera lo tenía suelto y que carecía de limpiaparabrisas (informe de la Inspección Educativa de 18 de octubre de 1994); y que el 13 de octubre, según informe del Director del Centro de 14 de octubre, ese vehículo tenía averiada la marcha de retroceso; y que en la visita que giró al centro el Inspector educativo el 25 de octubre de 1994, ante las deficiencias que presentaba ese vehículo, se recomendó al transportista su inmovilización (Informe de la Inspección Educativa de 10 de noviembre de 1994). Tampoco se concreta que, según informe del Director del Centro de 3 de noviembre de 1994, ese mismo día el vehículo (D) presentaba dos ruedas traseras desinfladas.

También se omite precisar que en la visita de la Inspección Educativa de 25 de octubre de 1994 se comprobó que el vehículo (D) presentaba los asientos traseros

sueltos y que carecía del preceptivo extintor y de rueda de repuesto; que el vehículo (C) tenía asientos sueltos y que su puerta delantera presentaba deficiencias de accesibilidad; y que el vehículo (E) también tenía asientos sueltos y carecía de ruedas de repuesto (Informe de la Inspección Educativa de 10 de noviembre de 1994). Igualmente, se prescinde de indicar que en la visita de la Inspección Educativa de 9 de noviembre de 1994 ésta constató que el vehículo (C) no pudo prestar el servicio por falta de combustible y que todos los transportes de salida se realizaron con retraso, lo que provocó la alarma de los padres de los alumnos (Informe de la Inspección Educativa de 10 de noviembre de 1994).

Por último, como se ha indicado en el apartado b) de este Fundamento, como resulta de las propias certificaciones presentadas por la adjudicataria los vehículos (A), (E) y (D) no podían reunir nunca los requisitos técnico-reglamentarios de seguridad para ser dedicados al transporte escolar.

d) Que la empresa contratista no ha dotado a todas las guaguas que realizan el servicio de la documentación administrativa necesaria para su circulación.

Sobre este extremo hay que recordar que el art. 4.1.a) y b) del RD 2.296/1983, la Orden del Ministerio de Industria y Energía de 26 de octubre de 1983 y la Orden, de 19 de septiembre de 1984, de la Consejería de Industria que lo desarrollan, exigen que los vehículos con antigüedad superior a diez años e inferior a dieciocho sólo pueden ser dedicados al transporte escolar en caso de que hayan estado dedicados a este tipo de transporte en la misma empresa desde antes de los diez años del inicio del curso escolar y hayan superado una inspección extraordinaria, válida por tres años, distinta de la inspección técnica periódica denominada ITV y que debe ser realizada por la Consejería de Industria la cual debe hacer constar en la tarjeta ITV que el vehículo cumple las condiciones técnicas que se fijan en la normativa citada para la realización del transporte escolar.

El art. 10 RD 2.296/1983 obliga a todo tipo de entes y organismos que contraten servicios de transporte escolar que exijan del contratista la tarjeta ITV vigente con la diligencia de que han pasado satisfactoriamente esa inspección técnica extraordinaria y el justificante del contrato de seguro complementario que impone el art. 9 RD 2.296/1983.

La cláusula 8.6.c) del PCAP prescribía que entre la documentación a presentar por el contratista debía figurar la certificación de la Consejería de Industria de reconocimiento y autorización de cada vehículo para el transporte escolar; y que, en caso de no contar el vehículo con ella, el transportista debía acreditar haberla solicitado y aportarla antes de la firma del contrato. La cláusula 15.2.e) obligaba al contratista a destinar al servicio sólo los vehículos ofertados y en caso de que los sustituyera debían ser expresamente autorizados por la Dirección General de Promoción Educativa.

En el requerimiento, de 25 de octubre de 1994, que esa Dirección General dirige a la contratista, se denuncia que ninguno de los vehículos estaba autorizado. La contratista no recibió ese requerimiento porque no había nadie en su domicilio cuando lo llevó el Servicio de Correos, ni acudió a retirarlo de las oficinas de éste a pesar del aviso que se le dejó, ni tampoco lo recibió por la misma razón de no haber nadie en su domicilio cuando la Consejería envió una funcionaria a entregarlo. No obstante, tuvo conocimiento de él cuando se le dio vista del expediente.

Sin embargo, en el escrito de alegaciones cursado en trámite de audiencia no realiza ninguna dirigida a desvirtuar ese extremo, ni presenta prueba alguna de que hubiera presentado esa documentación, o de que los vehículos reunieran las condiciones de seguridad reglamentarias para poder dedicarse al transporte escolar. Por lo que estando plenamente constatada la existencia de la obligación de presentar esa documentación, le correspondía al obligado, conforme al art. 1.214 CC, la prueba de su cumplimiento, la cual no ha realizado lo que le acarrea la correspondiente consecuencia negativa.

Los extremos relatados en los apartados a), b), c) y d) anteriores, y que resultan de lo actuado en el expediente antes de que se le diera vista de éste y audiencia a la contratista, constituyen, los dos primeros, un incumplimiento de la cláusula 15.2.e) LCAP, el tercero de las cláusulas 15.2.k) y l) PCAP, y el cuarto de la cláusula 15.2.i) del PCAP.

Estos hechos no quedan desvirtuados por la alegación de la contratista consistente en que no los reflejan los certificados expedidos por la Dirección del Centro en cumplimiento de la cláusula 16.1 PCAP, porque el contenido de éstos se limita a constatar los días en que se ha prestado servicio, sin que la parquedad de los

formularios en que se extienden permita expresar más incidencias que las relativas a si algún día ha dejado de cumplir el servicio. Por lo demás, de dichos certificados aportados por la contratista se desprende que la ruta 217 no se cubrió durante cinco días del mes de octubre de 1994 y que otra ruta quedó sin cubrir durante dos días en el mes de noviembre de 1994, lo cual coincide con el informe de 3 de noviembre del Director del Centro al Inspector de Zona, mencionado en el apartado a).

VII

Los arts. 71 LCE y 217 RCE disponen que el contratista está obligado a organizar y explotar el servicio con estricta sujeción a las características y los plazos establecidos en el contrato. El uso del calificativo 'estricta' revela que en el ámbito de la contratación administrativa juega con mucho más rigor que en otros sectores de la contratación el principio de identidad e integridad del pago, en razón del interés público a cuya satisfacción está dirigida. Para que se produzca incumplimiento no es necesario, por consiguiente, que se esté ante una imposibilidad definitiva del cumplimiento de la prestación por una causa dependiente de un modo u otro de la conducta dolosa o culposa del contratista. Para que éste incumpla con el contrato de gestión de servicios públicos basta que se produzca una realización defectuosa de la prestación no ajustada al programa de la obligación -tal como es definido por el tenor del contrato y de sus pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas- que lleve al resultado de una perturbación del servicio público (cuya realización fue la causa del contrato) que implique la no satisfacción plena del interés público que se perseguía con él. Si existe, como sucede en el presente caso, un incumplimiento de estas características, la Administración está facultada para decidir la resolución del contrato (arts. 75.1 y 77 LCE y 226 RCE), con la obligatoria incautación de la fianza (art. 76 LCE) que en este caso debe ser parcial puesto que la resolución es parcial, sin perjuicio de que de conformidad con lo dispuesto en el art. 160 RCE se deba además indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios sufridos.

VIII

Dado que el gasto para la presente contratación, conforme al art. 8.1 LCE y la Ley 3/1993, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 1994, fue autorizado por Acuerdo del Consejo de

Gobierno de 8 de abril de 1994, y como el art. 67 LCE remite, para la complitud de la regulación del contrato de gestión de servicios públicos, a la regulación del contrato de obras, hay que atenerse al último párrafo del art. 52 LCE que dispone que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación previa autorización del Consejo de Gobierno en los supuestos del art. 8.1 LCE. En consecuencia, la presente resolución parcial contractual exige la previa autorización del Gobierno.

CONCLUSIONES

1. El recurso contencioso-administrativo pendiente contra la Orden departamental incoadora del presente procedimiento de resolución contractual no impide que se acuerde dicha resolución (Fundamento II),

2. Del expediente parece desprenderse que existen razones para que la Administración valore la procedencia de incoar un procedimiento de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación del contrato cuya resolución parcial se pretende, con independencia de que ahora pueda acordarse la resolución parcial pretendida (Fundamento III).

3. No es conforme a Derecho que la Propuesta de Orden se base en informes posteriores a las alegaciones en trámite de audiencia de la contratista, de los que no se dio cuenta a ésta, lo que supone un vicio procedimental que debe ser reparado con la retroacción de actuaciones a fin de que puedan ser rebatidos por aquélla (Fundamento IV).

4. Es posible legalmente la resolución parcial de un contrato de las características del presente (Fundamento V).

5. El relato fáctico de la Propuesta de Orden, a pesar del material probatorio obrante en el expediente, adolece de imprecisiones que tienen trascendencia jurídica, por lo que es necesaria su corrección en el sentido que se indica (Fundamento VI).

6. Es conforme a Derecho la Propuesta de Orden por la que se pretende la resolución parcial del contrato de referencia por incumplimiento de la contratista,

con la consiguiente incautación parcial de la fianza y, en su caso, las indemnizaciones que procedan por perturbación del servicio (Fundamento VII).

7. La resolución contractual que se pretende precisa de la autorización del Consejo de Gobierno (Fundamento VIII).