



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 42/1996

La Laguna, a 24 de junio de 1996.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno en relación con la *"resolución parcial del contrato de transporte escolar, suscrito entre la Consejería de Educación, Cultura y Deportes y la empresa F.B., S.L. (Ruta nº 197, de Las Palmas)" (EXP. 68/1996 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

El objeto del presente Dictamen es el Proyecto de Orden de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias por la que se resuelve parcialmente el contrato de transporte discrecional firmado entre la misma y la empresa F.B., S.L., que se formula en el curso de un procedimiento, iniciado por Orden departamental de 4 de octubre de 1995, que se dirige a resolver un contrato adjudicado por la Orden departamental de 13 de septiembre de 1994; esto es, 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 de 18 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 resulta su aplicación a los

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

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 aplicación retroactiva de sus normas de procedimiento.

Por tanto, según la regla general del art. 2.3 del Código Civil y el primer párrafo de la disposición transitoria segunda 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 interpretación, resolución, nulidad, será el vigente en el momento en que se inició el procedimiento, según preceptúa la disposición adicional séptima de la LCAP. Esta conclusión, además, se refuerza porque la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), que según esa disposición contiene el Derecho procedimental supletorio en materia de contratación administrativa, establece la aplicación de sus normas de procedimiento a los que se inicien tras su completa entrada en vigor.

II

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 que opera el art. 10.6 de su Ley de creación al art. 22.11 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado. Aunque conduce al mismo resultado, no procede la cita del art. 26, de carácter básico, del Reglamento de desarrollo parcial de la LCAP (aprobado por el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo), porque es una norma adjetiva que entró en vigor con posterioridad a la iniciación del presente procedimiento.

Dado el carácter preceptivo del Dictamen, su solicitud está amparada en el art. 11.1 de la Ley 4/1984, del Consejo.

III

La resolución contractual que se pretende es la de un contrato de gestión de servicios públicos 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 las que se compromete a servir el adjudicatario).

El precio del contrato asciende a los 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 y su procedimiento de adjudicación fue el de contratación directa (Cláusulas IIª y IVª del contrato, 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), 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 ha reiterado que la contratación directa no procede en cualquier caso sino sólo en los concretos y específicos previstos en el Ordenamiento jurídico (STS de 20 de febrero de 1992, Ar. 2779; STS de 28 de octubre de 1992, Ar. 8369). De ahí que la existencia de las circunstancias determinantes de la excepción licitadora debe 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, Ar. 669).

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 (STS de 8 de marzo de 1982, Ar. 1338; STS de 18 de febrero de 1964, Ar. 669).

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 se da sólo en circunstancias imprevisibles (STS de 28 de octubre de 1992, Ar.8369), siendo el requisito de la imprevisibilidad y de la emergencia necesario para que se estime procedente la utilización del procedimiento de urgencia (STS de 20 de enero de 1987, Ar.2901). 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 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, Ar.669, STJCE de 10 de marzo de 1987, Asunto 199/1985).

Tampoco 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, Ar.669; de 20 de enero de 1987, Ar.2901; y de 28 de octubre de 1992, Ar.8369; 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 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. Por otro lado, 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 (Resolución 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

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 de Gran Canaria. La resolución contractual se califica de parcial porque pretende limitarse a la ruta donde se han producido deficiencias en el servicio, la identificada con el número 197 y que sirve al Colegio Público de Tuineje.

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 del 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.

Se está así ante un contrato cuyo objeto es una pluralidad de prestaciones independientes de cumplimiento por separado y que, por ende, 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 nacida del contrato sólo en la parte de aquélla cuyo objeto fueran las prestaciones incumplidas o cumplidas defectuosamente.

Esto es posible porque una cosa es el acto negocial, el contrato, y otra la relación jurídica nacida del acto. La resolución por incumplimiento no afecta al negocio sino a la relación que nace de él. El contrato como concurso de voluntades, como acto fuente de la obligación, no queda anulado por la resolución. Lo que queda resuelto o disuelto es el vínculo obligacional que creó entre las partes. Si la relación creada se agota en un único momento, el contrato devendrá inútil; pero permanecerá útil si es de tracto sucesivo con lo que las prestaciones ya ejecutadas se sostienen y justifican con base en este negocio. Puesto que la potestad administrativa de resolver no se dirige a provocar la ineficacia del contrato sino a poner fin a la relación jurídica que ha surgido de él, en caso de que el objeto de ésta

sea una pluralidad de prestaciones independientes, puede resolver aquélla sólo en cuanto a las incumplidas, subsistiendo la relación jurídica en cuanto a las demás bajo la cobertura del contrato que sigue existiendo.

Esta posibilidad de una resolución parcial ha sido reconocida 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, Ar.251), por lo que no hay inconveniente alguno en trasladar la posibilidad de resolución parcial al ámbito de la contratación administrativa, tanto en aras del mencionado principio de *favor contractus* como del de continuidad de la prestación del servicio público.

V

El Informe de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, de fecha de 16 de octubre de 1995, sobre los resultados del control que sus Agentes realizaron sobre las guaguas que servían al transporte de los escolares del colegio público de Tuineje, acredita que:

a) el vehículo (B) tenía alterada su tarjeta de inspección técnica de vehículos, lo cual constituye una infracción del art. 4 de las Normas sobre Seguridad (NS) de Transporte Escolar y de Menores (RD 2296/1983, de 25 de agosto, en relación con el apdo. 4,A) de la Disposición sobre derogaciones y vigencias del Reglamento de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, ROTT) y, simultáneamente, una infracción de la cláusula 15.2,i) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

b) Ese vehículo tampoco llevaba la documentación acreditativa de la existencia de los seguros impuestos por el art. 2 del Texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (TRLRCSV), el RD 1.575/1989, de 22 diciembre, en relación con el art. 5.1 ROTT y por el art. 9 NS, en relación con el art. 5.2 ROTT, lo cual constituye un incumplimiento de la cláusula 15.2,i) PCAP.

c) Dicho vehículo tampoco tenía instalada la pantalla protectora del conductor - art. 4.3,a) NS- ni la señal indicativa de transporte escolar -art. 4.3, e) NS-, lo cual constituye un incumplimiento de la cláusula 15.2, k) PCAP.

d) El vehículo (E) carecía de tarjeta ITV válida y de la documentación del seguro de responsabilidad civil ilimitada (art. 4 y 9 NS, art. 5.2 ROTT), lo cual constituye un incumplimiento de la cláusula 15.2.i) PCAP. El conductor carecía del permiso de conducción específico de transporte escolar (art. 3 NS) y el vehículo no llevaba el distintivo de transporte escolar -art. 4.3,e) NS-. Tampoco portaba la autorización específica para realizar el transporte escolar (arts. 106.1 y 107.1 ROTT), todo lo cual supone un incumplimiento de la citada cláusula del PCAP.

e) Este vehículo también infringía las prescripciones de seguridad del art. 4.3, a), c), d) y g) NS.

f) El vehículo (F) presentaba su tarjeta de ITV caducada desde 1991, lo cual constituye una infracción del art. 4.1 NS; su conductor carecía del permiso específico del art. 3 NS; el vehículo incumplía la prescripción de seguridad del art. 4.3,a) NS, tenía la puerta trasera obstruida por la instalación de asientos, lo cual le permitía transportar un número de pasajeros superior al que estaba autorizado, todo lo cual constituye un incumplimiento de la cláusula 15.2, k) PCAP.

g) El informe de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil de 22 de junio de 1995 da cuenta de que la guagua (B) el 24 de abril de 1995 no cumplía las prescripciones de seguridad del art. 4.3,e) y g) NS y que el conductor de la (D) carecía del permiso específico del art. 3 NS, lo cual supone incumplimiento, respectivamente, de las letras k) e i) de la cláusula 15.2 PCAP.

h) Además, la actuación de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil condujo a la inmovilización de la guagua (G) debido a que las lamentables condiciones de sus elementos mecánicos y de seguridad constituían un peligro para la seguridad de los escolares transportados, tal como se refleja en el Informe de la ITV obrante en el expediente y que constituye un incumplimiento de la cláusula 15.2,k) PCAP.

i) La empresa además ha utilizado en el servicio los siguientes vehículos no autorizados: el vehículo (A), que tenía capacidad para 9 plazas y sin embargo transportó 15 alumnos; el (B), de baja desde el mes de junio de 1995; el (C), también de baja desde el mes de junio de 1995; el (D), que también transportó un número de escolares superior a su capacidad; el (E); el (F) y el (G), que, como se refirió, hubo

de ser inmovilizado, lo cual constituye un incumplimiento reiterado de la cláusula 15.2,e) PCAP.

j) La contratista utilizó el 18 de septiembre de 1995 un taxi para transportar escolares, lo cual constituye una infracción en bloque de las citadas Normas de Seguridad del Transporte Escolar y de Menores, de los arts. 106.1 y 107.1 y 2 ROTT y, simultáneamente, un incumplimiento de los apdos. c), d), e), y k) de la cláusula 15.2 PCAP.

k) Por último, la contratista, como resulta de los certificados de realización positiva del servicio prestado (cláusula 16.1 PCAP) obrantes en el expediente y que no fueron impugnadas en plazo por la contratista conforme al procedimiento establecido en la cláusula 16.2 PCAP, ha incumplido reiterada y sistemáticamente el horario de llegada y recogida de los alumnos, lo cual constituye un incumplimiento de la cláusula 15.2,l) PCAP.

La desvirtuación de todos estos hechos acreditados en el expediente la podría realizar fácilmente la adjudicataria presentando la documentación de la ITV acreditando que los vehículos reunían las condiciones técnicas y de seguridad exigidas -art. 10,a) NS-, los justificantes de haber suscrito los contratos de seguros obligatorios -art. 10,b) NS-, las autorizaciones especiales de los conductores exigidas por el art. 3 NS, las autorizaciones de la Dirección General de Promoción Educativa a los vehículos utilizados y la presentación de las certificaciones de realización positiva de servicios prestados; documentos todos ellos que estaba obligado a presentar con su escrito de alegaciones en trámite de audiencia, según preceptúa el art. 84.2 LPAC. No habiéndolo hecho así, es forzoso reconocer que la acreditación de los incumplimientos contractuales realizada en el expediente no ha sido desvirtuada por una actividad probatoria documental que le incumbía realizar a la contratista.

VI

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 ese 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 en 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, con independencia de que se deba ya a dolo ya a culpa del contratista, para decidir la resolución del contrato (arts. 75.1 y 77 LCE, art. 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.

No empece esta conclusión el hecho de que en la cláusula 19 del PCAP estén previstas penalizaciones para el caso de incumplimientos del contratista. Todo contrato de gestión de servicios públicos está dirigido a satisfacer, mediante la realización por el contratista de la prestación continuada en que consiste el servicio, un interés público. La previsión de cláusulas penales en un contrato de este tipo no significa que la prestación del servicio con la continuidad convenida (art. 72.1 LCE) se convierta en una obligación facultativa del contratista de manera que éste puede elegir entre no prestar el servicio y satisfacer la pena, o elegir entre cumplir parcial e irregularmente con la consiguiente y proporcional disminución de su contraprestación.

Siendo de esencia de un contrato de gestión de servicio público la prestación de éste con la continuidad convenida, es claro que esta prestación no puede ser sustituida por la satisfacción de una penalización económica.

El presente contrato, por tanto, no incluye -ni podría hacerlo- una cláusula que establezca que el contratista puede eximirse del cumplimiento completo, regular y continuado de su prestación mediante la satisfacción de una pena. En consecuencia, es aquí de plena aplicación la regla del art. 1.153 del Código Civil: El contratista no puede eximirse de cumplir su prestación pagando la pena.

Esas cláusulas penales del PCAP no cumplen tampoco la función de sustituir a la indemnización de daños y perjuicios, porque la cláusula 20.1 PCAP establece que el contratista responderá de todos los daños y perjuicios causados en el desarrollo del cumplimiento del contrato, cuya determinación se realizará por la vía administrativa. Es claro pues que las cláusulas penales del PCAP no equivalen ni a una limitación de la responsabilidad del contratista ni a una predeterminación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de su prestación.

La función de esas cláusulas penales del PCAP sólo tienen una función punitiva, sancionadora, que se explica en razón de la relación de sujeción especial en que respecto a la Administración se coloca el contratista de un servicio público, y de las potestades de dirección, supervisión y sanción que tiene aquella para asegurar la correcta prestación de dicho servicio.

En caso de incumplimientos del contratista, la Administración puede optar, bien por aplicar las sanciones económicas de la cláusula 19 del PCAP con la finalidad de corregir la conducta del contratista; bien por resolver el contrato por considerar que los incumplimientos son de tal entidad que frustran la satisfacción del interés público en aras del cual se concertó el contrato y que la aplicación de las sanciones de la cláusula 19 del PCAP no tendrá ninguna virtualidad para lograr la integridad en su cumplimiento.

En definitiva, ni del tenor de la cláusula 19 del PCAP, ni del resto de las cláusulas de éste se infiere una renuncia a la facultad de la Administración para resolver el contrato en caso de incumplimiento del contratista, renuncia que por lo demás es legalmente imposible porque el art. 75.1 LCE atribuye esa facultad a la Administración para garantizar la prestación del servicio público, la cual quedaría al albur de la voluntad del contratista si en el contrato se pudiera pactar que podría ser sustituida por una penalización económica.

CONCLUSIONES

1. Del expediente se desprende 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 (Fundamento III).

2. Con independencia de ello, es posible legalmente la resolución parcial de un contrato de las características del presente (Fundamento IV).

3. Es conforme a Derecho la resolución parcial contractual que se pretende, con la consiguiente incautación parcial de la fianza, al quedar acreditado en el expediente y no desvirtuado por la empresa contratista el incumplimiento que motiva dicha resolución (Fundamentos V y VI).