



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 9 1 / 2 0 1 1

(Sección 2ª)

La Laguna, a 19 de septiembre de 2011.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Educación, Universidades y Sostenibilidad en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución parcial del contrato (ruta GC038CO0813) adjudicado a la empresa A.L.P., S.L., para la gestión del servicio público de transporte escolar suscrito para los cursos escolares 2008/2009 al 2012/2013 (EXP. 440/2011 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 19 de julio de 2011 (RE de 22 de julio de 2011), el Excmo. Sr. Consejero de Educación, Universidades y Sostenibilidad interesa de este Consejo, al amparo de lo dispuesto en los artículos 11.1.D.c) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), 59.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TR-LCAP-2000), y 109.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre (RLCAP), preceptivo Dictamen en relación con la Propuesta de Resolución por la que resuelve parcialmente del contrato (ruta GC038CO0813) adjudicado a la empresa A.L.P., S.L., para la gestión del servicio público de transporte escolar suscrito para los cursos escolares 2008/2009 al 2012/2013.

2. Ante todo, hay que tener en cuenta que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) se publicó en el Boletín Oficial del Estado nº 261, de 31 de octubre de 2007. Por tanto, en virtud de su Disposición Final Duodécima, entró en vigor el 30 de abril de 2008. Su Disposición Transitoria Primera dispone que los expedientes de contratación iniciados antes de esa fecha se regirán por la normativa anterior y puntualiza: "*A estos efectos se entenderá que los expedientes*

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato". Habiéndose publicado en el presente caso el 29 de abril de 2008, fecha anterior a la entrada en vigor de la LCSP, la anterior será la legislación aplicable al presente contrato.

II

1. Son antecedentes de hecho en el procedimiento que nos ocupa los siguientes:

- El 21 de diciembre de 2010 se solicita a la Dirección del CEIP Maestro Manuel Cruz Saavedra informe acerca de irregularidades en el servicio de transportes realizado por la empresa A.L.P., S.L. en virtud del contrato para la gestión del servicio público de transporte escolar suscrito para los cursos escolares 2008/2009 al 2012/2013. Aquel informe se emite el 3 de enero de 2011.

En el mismo se señala:

"Segundo. El servicio de transporte escolar del centro se venía realizando desde el curso 2006/2007 por un taxi de la Villa de Moya.

Tercero. Desde la segunda semana del mes de enero de 2010 hasta el mes de junio del mismo año el servicio fue realizado por la empresa A.L.P., S.L.

Cuarto. El servicio de transporte siempre funcionó con puntualidad, tanto a su llegada como a su salida".

- Por Resolución de la Viceconsejería de Educación y Universidades, registrada el 10 de febrero de 2011, se acuerda la apertura de procedimiento de penalización por incidencias en el servicio de transporte que nos ocupa, tras indicarse que *"Del informe del director del CEIP Maestro Manuel Cruz Saavedra se deduce, claramente, que la prestación del servicio público de transporte escolar en la ruta GC038C00813, adjudicada a la empresa A.L.P., se ha subrogado o se ha cedido por ésta desde el momento de su adjudicación, 1 de septiembre de 2008, hasta el mes de enero de 2010 a un taxista".*

Se concede trámite de audiencia a la empresa T.D.M., S.L.

- La empresa A.L.P., S.L., mediante escrito de 18 de febrero de 2011, solicita determinada documentación, así como que se amplíe el plazo para formular alegaciones, lo que se le concede el 23 de febrero de 2011, notificándosele por medio de fax el 24 de febrero de 2011.

El 3 de marzo de 2011 el contratista comparece para la vista de la documentación obrante el expediente, presentando escrito de alegaciones el 9 de marzo de 2011, en las que se opone a la resolución planteada.

En aquel escrito, además de poner de manifiesto su consideración de indefensión por desconocer la procedencia de la información en virtud de la cual se pide informe al Centro acerca de incidencias de las que se tiene conocimiento por parte de la Administración, se alega lo siguiente:

1) *"El informe emitido por el Director del CEIP Maestro Manuel Cruz Saavedra no pone de manifiesto ninguna irregularidad, tan solo describe un servicio que ha sido prestado a plena satisfacción de los usuarios y del centro docente, sin que los medios empleados hubieran supuesto para el Director del Centro, en su calidad de supervisor del servicio y contando con toda la información necesaria para ello, irregularidad o incidencia alguna digna de denunciar durante el periodo comprendido entre septiembre de 2008 y junio de 2010".*

2) *"El servicio de transporte escolar correspondiente a la ruta GC038CO0813 fue prestado en régimen de colaboración, por lo que nunca ha existido cesión ni subcontratación.*

(...) En el caso que nos ocupa, A.L.P. suscribió con fecha de 28 de agosto de 2008 un contrato de colaboración con V.MG.N., taxista de la Villa de Moya, que cuenta con las debidas y oportunas autorizaciones, para atender los excesos de demanda que pudieran producirse a la sociedad precisamente en esa ruta.

(...) La confusión que se ha producido en la Administración parte de no distinguir tres figuras cuyos caracteres legales son netamente distintos, como son la subcontratación, la cesión y la prestación en régimen de colaboración entre transportistas. En tanto que las dos primeras están expresamente prohibidas por el Pliego, nada se dice en él respecto de la tercera, entre otros motivos porque una previsión así chocaría de frente con una disposición legal que la permite y viciaría de nulidad el propio documento contractual.

En otras palabras, la fórmula de prestación en régimen de colaboración es lícita, ajustada al Pliego y no puede deducirse de ella un incumplimiento de las condiciones previstas en él (...)".

3) *"Teniendo en cuenta lo anterior, hay que señalar que el único reproche que puede realizársele a A.L.P. por parte de esa Viceconsejería es el de no haber*

comunicado por escrito la existencia del contrato de colaboración suscrito y la ejecución de la ruta con base a tal colaboración. Dicha circunstancia era directa y personalmente conocida desde el primer día en que se utilizó por el Director del Centro, que nada objetó respecto de la misma ni objeta hasta este momento -basta ver su informe-, generando en el contratista el convencimiento sobre la plena conformidad con las prestación del servicio en régimen de colaboración”.

Finalmente, el escrito de alegaciones indica que, en todo caso, la resolución del contrato sólo debe afectar a la ruta a la que nos venimos refiriendo.

- Se emite informe jurídico por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Educación, Universidades, Cultura y Deportes el 24 de junio de 2011, en sentido favorable a la resolución que se plantea, si bien con la realización de determinadas observaciones.

- Se dicta Propuesta de Resolución en la que no consta fecha.

2. En el procedimiento seguido se han observado, formalmente, las garantías exigidas por la Ley para estos específicos procedimientos de resolución contractual cuando, como ocurre en el presente, concurre oposición del contratista a la pretensión resolutoria (artículos 59.3-LCAP-2000 y 109 RLCAP). Así: audiencia al contratista por un plazo de 10 días; informe del Servicio Jurídico, y petición de Dictamen a este Consejo.

3. La prerrogativa de la Administración de *“interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento (...), acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”* (artículo 59.1 TR-LCAP-2000) constituye una potestad administrativa que se debe ejercer *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”*. No se trata por ello de una potestad discrecional, ni libre, sino reglada en mayor o menor medida en razón de la específica naturaleza del contrato de que se trate. En este caso, estamos en presencia de un contrato de servicios (artículos 196 a 219 TR-LCAP-2000) cuyo cumplimiento y resolución debe seguir, primariamente, los artículos 213 a 215 TR-LCAP-2000, contando con causas específicas de resolución (artículo 214 TR-LCAP-2000) además de las genéricamente previstas en el artículo 111 TR-LCAP-2000.

La potestad interpretativa y resolutoria, pues, para que sea válida y legítima debe cumplir el procedimiento específico que la Ley contempla respecto de esta específica clase de contratos, justamente en razón a su singular naturaleza. De modo que si se incumple ese procedimiento la imputación de la causa resolutoria de que se

trate pierde su legitimación, pues, se recuerda, aquella potestad sólo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos previstos en la Ley.

4. Con carácter general, la ejecución de estos contratos se deberá hacer *“con sujeción a las cláusulas del mismo y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista la Administración”* (artículo 211.1 TR-LCAP-2000).

5. Son causas de resolución tanto el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales [artículo 111.g) TR-LCAP-2000] como las que se establezcan expresamente en el contrato [artículo 111.h) TR-LCAP-2000]. La resolución por esta última causa tendrá las consecuencias que se establezcan en el contrato y, en su defecto, se regularán por las normas de la Ley y el Reglamento sobre efectos de la resolución que sean aplicables por analogía (artículo 112.1 RLCAP). El procedimiento para la resolución del contrato ha sido el determinado en el artículo 109 RLCAP.

El contrato se ejecutará con sujeción a las cláusulas del mismo y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista la Administración (artículo 211.1 TR-LCAP-2000).

III

1. En cuanto al fondo del asunto, la Administración fundamenta en la Propuesta de Resolución la resolución del contrato, con incautación de la garantía, en que *“la empresa A.L.P., S.L., subcontrató desde el momento mismo de la adjudicación de la misma la prestación del servicio de la ruta de transporte escolar GC038CO0831 en otra empresa, incurriendo en causa de resolución del contrato conforme al Pliego de Cláusulas Administrativas. Por tanto, no se trata de un incumplimiento puntual o circunstancial referido a un periodo concreto, sino un caso grave de incumplimiento reiterativo y que se mantiene durante la totalidad del periodo de prestación de la ruta”*.

Ello, según la Propuesta de Resolución, constituye causa de resolución contractual *“Aquellas que se establezcan expresamente en el contrato”*, en virtud de lo previsto en el apartado h) del art. 111 del RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

En este caso, las cláusulas 23, 24 y 28 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establecen:

“23.1. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido las obligaciones derivadas del contrato, el órgano de contratación podrá

optar, indistintamente, por su resolución o por imponer una penalización económica proporcional a la gravedad del incumplimiento, en una cuantía que podrá alcanzar el 5% del presupuesto del contrato”.

24.1. Se prohíbe expresamente la subcontratación, total o parcial, del contrato a un tercero del transporte escolar terrestre objeto de este pliego”.

28. Producirá igualmente la resolución del contrato:

La subcontratación del servicio de transporte y la cesión del contrato no autorizada por el órgano de contratación conforme a las condiciones establecidas en el artículo 114 del TRLCAP”.

En este sentido, señala la Propuesta de Resolución: “La empresa adjudicataria, A.L.P., S.L., según se recoge claramente en el informe de la dirección del centro educativo y del contenido de sus propias alegaciones, ha subcontratado la prestación del servicio de transporte escolar de la ruta GC038CO0831 durante la totalidad del periodo de realización de la misma. Por ello, ha incumplido la obligación establecida en la cláusula 24 del Pliego de Cláusulas Administrativa y procede acordar la resolución del contrato en cuanto a la realización de esta ruta”.

Por otra parte, la Propuesta de Resolución fundamenta la prohibición de la subcontratación, con el efecto de constituir incumplimiento contractual determinante de resolución contractual, en lo establecido en los artículos 2 y 6 del Decreto 87/1999, de 6 de mayo, por el que se regula la subcontratación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias (BOC nº 75, de 11 de junio de 1999).

2. En el caso que nos ocupa, ciertamente, por la propia empresa adjudicataria del servicio de transporte escolar se reconoce no estar prestando por sí los servicios objeto del contrato en relación con la ruta GC038CO0831, si bien, alega no constituir esta práctica incumplimiento contractual al ampararse en un contrato de colaboración y no en una cesión o subcontratación, figuras, estas últimas, prohibidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas.

En este sentido, ante todo, ha de indicarse que la Propuesta de Resolución no contesta directamente a esta alegación formulada por el contratista, debiendo la Propuesta de Resolución pronunciarse sobre todas las cuestiones planteadas por el interesado y aquellas otras derivadas del procedimiento (artículo 89.1 Ley 30/1992).

Alega el contratista: *“Tanto la Ley 13/2007, de 17 de mayo, de Ordenación de Transporte por Carretera de Canarias, como la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, y el RD 1211/1990, de 28 de septiembre,*

por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, prevén expresamente la posibilidad de que las empresas autorizadas para la realización de transporte público puedan atender sus demandas de servicios a través de la fórmula de la colaboración entre transportistas, supuesto que, precisamente por su naturaleza, excluye la existencia de subcontratación o cesión de la posición contractual". A tal efecto, se aporta el contrato, denominado "de colaboración", suscrito el A.L.P., S.L., y V.M.G.N., taxista de la Villa de Moya, el 28 de agosto de 2008.

Ahora bien, sin desconocer la diferencia de naturaleza de las figuras jurídicas de la colaboración, la cesión y la subrogación, no estando prohibida la primera por el Pliego del contrato con la Administración, han de analizarse los presupuestos de la misma y su concurrencia o no en este caso.

El transporte objeto de la parte del contrato administrativo que nos ocupa es la prestación del servicio de transporte público regular de viajeros de uso especial, según la terminología del artículo 67.b) de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, para los cursos escolares 2008/2009 al 2012/2013 y para la ruta GC038CO0813.

Ciertamente, tanto el artículo 76 de la citada Ley, como el artículo 48 del RD 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, admiten la colaboración de transportistas a la que alude el contratista para el caso del transporte objeto del presente contrato.

Sin embargo, el artículo 48.3, segundo párrafo, del citado reglamento, señala como uno de los elementos que configuran la colaboración su carácter coyuntural. Así, el texto de aquella norma establece: *"No obstante, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 76 y 97 de la LOTT, los transportistas que reciban demandas de transporte que excedan coyunturalmente de las que puedan servir con sus propios medios, podrán atenderlas mediante la colaboración con otros transportistas (...)"*.

Mas, el contrato llamado "de colaboración", en el presente caso no respondía a una circunstancia coyuntural sino permanente a lo largo de la vida del contrato administrativo, suscribiéndose el primero para todo el periodo de duración del segundo (cursos escolares 2008 al 2013) y ejerciéndose la denominada "colaboración" durante la práctica totalidad de este periodo, como se informa por la Dirección del Centro, a excepción del escaso tiempo comprendido entre la segunda semana de

enero de 2010 y junio de 2010, por lo que más parece que fue la empresa contratista la que colaboró con el taxista.

De hecho, en el propio informe del Director se indica que desde el curso 2006/2007 se viene realizando el servicio de transporte por un taxi, por lo que la empresa transportista se ha servido siempre de un "intermediario" para la prestación del servicio contratado con la Administración, convirtiendo lo que llama colaboración, en sustitución o subrogación.

De todo ello se concluye que lo que se ha denominado por las partes contratantes "contrato de colaboración", de hecho encubre un contrato de cesión o una subcontratación, pues la naturaleza jurídica de los contratos no se determina por su denominación, sino que son sus caracteres, su objeto, contenido real, lo que nos lleva a calificar la figura jurídica ante la que nos hallamos, que en este caso no es otra que una sustitución en el sujeto prestador del servicio de transporte escolar para la ruta GC038CO0813, bien mediante la cesión del contrato o mediante una subcontratación.

Así, nos encontraríamos ante una simulación de contrato, siendo el consignado uno de colaboración, y el encubierto, de cesión o subcontrato, figuras, éstas, prohibidas por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Por tanto, puesto que las cláusulas 24 y 28 de citado Pliego establecen la prohibición de la subcontratación total o parcial del contrato a un tercero, así como de la cesión del mismo, produciendo la resolución del contrato la contravención de esta prohibición, entendemos que la resolución que se propone en la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, con los efectos consignados en ella.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es parcialmente conforme a Derecho, en virtud de los razonamientos expresados en el fundamento último de este Dictamen.