



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 5 7 / 2 0 1 4

(Sección 2ª)

La Laguna, a 9 de octubre de 2014.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Educación, Universidades y Sostenibilidad en relación con la ***interpretación que se deriva de la modificación del contrato administrativo de gestión del servicio público de transporte escolar adjudicado a la empresa "(...)", con el fin de incorporar al mismo el servicio de acompañante a las rutas en las que no está incluido (PA0306) (EXP. 340/2014 CA)*.***

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Consejero de Educación, Universidades y Sostenibilidad, es la Propuesta de Resolución (PR) formulada en el procedimiento dirigido a la interpretación del contrato que se deriva de la modificación del contrato administrativo de gestión del servicio público de transporte escolar adjudicado a la empresa "(...), S.L.", en el procedimiento abierto 2003/2006, con el fin de incluir en el mismo el servicio de acompañante a las rutas que no lo tienen incluido.

2. La preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias sobre la Resolución efectuada, se desprende del art. 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, que indica la citada preceptividad sobre las actuaciones de las Administraciones públicas canarias, en atención a la: "*(...) interpretación, modificación (...) de los contratos administrativos en los casos previstos en la normativa general de contratación administrativa*". Igualmente, tal preceptividad deriva del art. 59.3.a) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aplicable al caso, como se verá seguidamente.

* PONENTE: Sr. Belda Quintana.

Por otra parte, siguiendo el Decreto 86/2011, de 8 de julio, por el que se determinan el número, denominación y competencias de las Consejerías del Gobierno de Canarias, es competencia de la Consejería de Educación, Universidades y Sostenibilidad la tramitación del presente procedimiento; sin perjuicio de que se haya delegado en la Viceconsejería de Educación y Universidades la competencia de la contratación, con todas las facultades inherentes, del servicio público de transporte escolar y de acompañantes.

3. El contrato que se pretende modificar fue adjudicado el 11 de febrero de 2004, por Resolución de la Dirección General de Promoción Educativa, mediante procedimiento tramitado bajo la vigencia del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de aplicación en este procedimiento en virtud de lo previsto en el apartado 2 de la disposición transitoria primera del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Concretamente, el apartado segundo de la disposición transitoria primera del citado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, establece que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley, se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior. En el mismo sentido se pronuncia la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

En particular, serían aplicables al caso que nos ocupa los arts. 59.3.a), 101 y 163 del citado TRLCAP, que regulan la interpretación de los contratos como prerrogativa del órgano de contratación, así como la facultad de modificación de los contratos por razones de interés público.

4. En relación a la materia del contrato -transporte escolar-, cabría citar el art. 8 del Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre las Condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores. En el mismo sentido regula la materia la disposición general undécima de la Orden de 2 agosto de 2006, por la que se aprueban las Bases que regulan el uso del transporte escolar canario en los centros educativos públicos no universitarios y residencias escolares de la Comunidad Autónoma de Canarias.

5. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece el régimen jurídico aplicable al contrato administrativo en la cláusula 2, que entre otras indica que en caso de desconocimiento del contenido del Pliego por parte del contratista

ello no eximirá de la obligación de su cumplimiento. Específicamente, en cuanto al contrato celebrado por las partes, sería aplicable la cláusula 21, que regula la modificación de los contratos con base en el interés público.

II

1. Sobre el contrato que se pretende modificar constan en el expediente los siguientes antecedentes de hechos que lo fundamentan:

- El contrato inicial fue adjudicado el 11 de febrero de 2004, por Resolución de la Dirección General de Promoción Educativa, mediante concurso, procedimiento abierto, modalidad de concierto, relativo a los contratos administrativos para la gestión del servicio público de transporte escolar, para los cursos 2003/2004 al 2005/2006, de los alumnos de los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad Autónoma de Canarias; adjudicándose a la empresa “(...), S.L. ”, diversas rutas, suscribiéndose el concierto entre ambas partes el 18 de febrero de 2004 (Administración y empresa).

- En fecha 18 de julio de 2006, la Viceconsejería de Educación y Universidades, emitió Resolución autorizando la prórroga de los citados contratos administrativos, durante los cursos escolares 2006/2007 a 2008/2009.

- En fecha 5 de agosto de 2009 y 23 de agosto de 2012, la Viceconsejería de Educación y Universidades, mediante Resolución, autorizó la 2ª y 3ª prórrogas de los citados contratos administrativos, para los cursos escolares 2009 a 2012 y 2012 a 2015, respectivamente, formalizándose las mismas con la citada empresa. En cuanto a la última Resolución de prórroga, indica la modificación del precio del contrato, ajustando la realidad a su precio ya que fue establecido -hacia ya más de cinco años- en un contexto socioeconómico diferente, y que dicha necesidad deriva de la actual coyuntura económica y social en que se desenvuelve la economía canaria, siendo necesario adoptar medidas tendentes a la reducción del gasto público y al incremento de la eficiencia en la prestación de servicios por parte de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

- La normativa existente sobre las condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores establece la obligatoriedad de la presencia a bordo del vehículo durante la realización del transporte de un acompañante acreditado por la entidad organizadora del servicio, salvo que se hubiera pactado expresamente que la acredite el transportista, señalando el deber de garantizarse su total implantación en

el curso académico 2007/2008; al no haber sido incluido dicho servicio de acompañante en la contratación del procedimiento abierto 2003/06 -excepto para las rutas LP037C00306, LP040000306, LP043C00306 y LP066C00306-, éste tuvo que ser realizado por la empresa "(...), S.L.", siendo tramitado su abono mediante declaración de nulidad al estimarse necesario garantizar al alumnado el derecho a estar escolarizado, lo que requirió la prestación del servicio con carácter urgente, interesando de las entidades su realización puntual al ser imposible efectuar la contratación mediante la tramitación del correspondiente expediente establecido en la legislación de contratos del sector público.

- La Intervención Delegada emitió informe de control financiero permanente correspondiente a la anualidad 2013 (no obra en el expediente), mediante el que -vistas las prórrogas contractuales- cuestionó el por qué el servicio de acompañante no se había incluido en la contratación de las rutas de transporte escolar a través de una modificación de contrato.

- En consecuencia, se realizaron los trámites oportunos sobre la modificación propuesta, en atención a que el coste diario adicional supondría 33,42 € (incluido IGIC), en cada una de las rutas, entendiéndose que sería más dificultosa la gestión mediante un expediente de contratación separado del objeto principal, que es el transporte escolar, al encontrarse el servicio de acompañante totalmente vinculado a los distintos lotes/rutas de transporte escolar. Por lo que convendría realizar la modificación del contrato de referencia para, en cumplimiento de lo preceptuado en el mencionado art. 8 del Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, incorporar el servicio de acompañante en el transporte escolar de las rutas del procedimiento abierto 2003-2006.

- En fecha 25 de junio de 2014, la Dirección General de Ordenación, Innovación y Promoción Educativa, emitió el Informe-Propuesta en el que se razona la necesidad y conveniencia de interés público de proceder a la modificación del referido contrato con el fin de asegurar la prestación del servicio público que tiene encomendada la Administración. Particularmente, puso de manifiesto que la modificación implicaría una variación en el importe del contrato de un 22,53%, al incrementarse el precio diario de cada una de las rutas en 33,42 € (incluido IGIC), correspondiente al servicio de acompañante; y que en la cláusula 21 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que regula la citada contratación, se contempla la posible modificación del mismo. Además, se determinó la existencia de crédito adecuado y suficiente en los presupuestos asignados a la Dirección General de Ordenación, Innovación y

Promoción Educativa, para poder satisfacer los gastos originados por la citada modificación del contrato.

2. En consecuencia, mediante Resolución de 1 de julio de 2014, la Viceconsejería citada, concedió trámite de audiencia al contratista, quien, en fecha 30 de julio de 2014, presentó alegaciones manifestando su disconformidad con la modificación del precio del contrato planteada sin perjuicio de acceder a la negociación con la Administración implicada sobre los intereses particulares de la empresa, en aras de garantizar la prestación del servicio de transporte escolar.

3. Finalmente, obra en el expediente Resolución de la Viceconsejería de Educación y Universidades por la que se inicia la modificación del contrato de gestión del Servicio Público.

III

1. Particularmente, el informe de la responsable del Servicio de Prestaciones Complementarias a la Educación, de la Dirección General de Ordenación, Innovación y Promoción Educativa, indica la necesidad de modificar el contrato de gestión del servicio público de transporte escolar que nos ocupa con el fin de incluir en el mismo el servicio de acompañantes a las rutas que no lo tienen incluido.

Dicho informe fue elaborado con base en el art. 8 del citado R.D. 443/2001, sobre la obligatoriedad de la presencia a bordo del vehículo durante la realización del transporte de un acompañante acreditado por la entidad organizadora del servicio, salvo que se hubiera pactado expresamente que la acredite el transportista, en los supuestos que en el mismo se enumeran, previéndose por la disposición transitoria tercera la aplicación progresiva de esta norma, en cada curso escolar por las distintas Administraciones, de acuerdo con las competencias que en planificación educativa le correspondan en sus ámbitos territoriales, debiendo garantizarse su total implantación en el curso académico 2007/2008.

En consecuencia, la responsable del indicado Servicio consideró en su informe que al no haber sido incluido el servicio de acompañante en la contratación del procedimiento abierto 2003/2006 (excepto para las rutas LP037C00306, LP040000306, LP043C00306 y LP066C00306), siendo realizada hasta la fecha por la empresa "(...), S.L.", tras el informe de la Intervención Delegada -que no obra en el expediente-, se hace necesario realizar la modificación del contrato de referencia en cumplimiento de la citada normativa e incorporar, por ende, el servicio de

acompañante, fundamentando las dificultades organizativas y de gestión que conllevaría realizar un expediente de contratación separado del objeto principal, que es el transporte escolar, además del mayor gasto público que ello supondría.

Así mismo, se indicó en el citado informe que, si bien en el ejercicio 2010 la otra empresa adjudicataria en este procedimiento, dio su conformidad a la modificación de contrato para la inclusión del servicio de acompañante, sin embargo, "(...), S.L." manifestó su disconformidad al respecto.

2. En cuanto a la Intervención Delegada, se hace referencia en el expediente que se pronunció respecto del abono del servicio de acompañante por nulidad de contrato, mediante informe de control financiero permanente, correspondiente a la anualidad 2013, cuestionando la razón por la que el servicio de acompañante no se había incluido en la contratación de las rutas de transporte escolar a través de una modificación de contrato, señalando lo siguiente:

"Examinada la documentación del expediente de referencia, se detectan las siguientes deficiencias: 1. Se deberá aclarar por qué no se lleva a cabo una modificación del contrato, en vez de tramitarlas por nulidad, ya que lo mismo se lleva haciendo desde los años 2003."

3. En cuanto a la PR que nos ocupa, además de confirmar la Viceconsejería lo indicado por la responsable del Servicio en su informe, añadió que debido al tiempo transcurrido desde el inicio del contrato era necesario realizar la presente modificación con respecto al mismo para dar cumplimiento eficiente al art. 8 del Real Decreto 443/2001, incorporando el servicio de acompañante en el transporte escolar de las rutas del procedimiento abierto 2003-2006, por las razones expuestas.

IV

1. Como se ha podido observar, no obra en el expediente el informe de la Intervención Delegada de importancia en este asunto, siendo así que la modificación del contrato se propone sobre la base o inicio de la cuestión realizada por la Intervención en dicho informe. No obstante, no considerándose preceptivo y presumiendo su existencia en los términos expuestos en los demás documentos que integran el expediente, siendo por lo demás razonable el contenido del mismo, nada impide emitir un dictamen sobre la interpretación del contrato derivado de la modificación planteada.

2. En cuanto al fondo del asunto, en atención a las alegaciones realizadas por el contratista en su escrito, cabría referir que éste considera que la pretensión

administrativa es incorporar la prestación del servicio de acompañante al contrato suponiendo ello un esfuerzo para la empresa que perjudicaría a sus intereses, y conseguir con ello un menor costo para la Administración, ya que se modificaría en un 22% el importe del contrato inicial en perjuicio de éste.

El contratista confirma la obligatoriedad de la figura de “acompañante” en el transporte escolar, pero, a su vez, niega que la Administración pueda actuar modificando el importe del contrato discrecionalmente y sin fundamentarlo en alguna de las causas previstas para ello en el TRLCSP.

Por otra parte, no niega la empresa haber prestado su disconformidad con la propuesta que supuestamente le efectuó la Administración en el ejercicio correspondiente al año 2010, sobre la incorporación del servicio de acompañante en dicha fecha.

3. Los documentos obrantes en el expediente, basándose en el Informe-Propuesta emitido por la Dirección General de Promoción Educativa, acertadamente acreditan la necesidad y conveniencia de modificar el contrato por razones de interés público -causa prevista en el TRLCSP-, no sólo con el fin de asegurar la prestación del servicio público obligatorio que tiene encomendada la Administración, sino que, además, lo debe prestar de la forma más eficiente posible, suponiendo ello, finalmente, un ahorro de costes para la Administración pública -reducción del gasto público y un incremento de la eficiencia en la prestación de servicios por parte de la Administración Pública- que es necesario dada la situación financiera que se atraviesa actualmente.

Evidentemente, el contrato original realizado hace más de nueve años -2004- requiere la presente modificación no sólo en cumplimiento de la normativa de transporte escolar anteriormente expuesta sino más si cabe en la adaptación al contexto social-económico del momento y en desarrollo, pues, de la comunidad.

4. Dicha modificación implicaría una variación en el importe del contrato de un 22,53%, al incrementarse el precio diario de cada una de las rutas en 33,42 euros (incluido IGIC), correspondiente al servicio de acompañante. Así, la Administración implicada ha acreditado la existencia de crédito adecuado y suficiente en los presupuestos asignados a la Dirección General, para satisfacer los gastos originados por la requerida modificación del contrato, imputándose el gasto a la aplicación presupuestaria respectiva. El presupuesto de la modificación que se propone ascendería a un importe total de 290.135,73 euros, incluidos los impuestos que

pudieran gravar el servicio -el Impuesto General Indirecto Canario (I.G.I.C)-. Por tanto, del efectivo cumplimiento de la modificación contractual planteada se desprende que daría origen a la obligación del contratista que deberá constituir una garantía complementaria por importe de 11.605,43 euros -incluyendo el IGIC-.

5. En el caso planteado se considera que la interpretación del contrato derivado de la modificación del mismo se considera conforme a Derecho, pues la Administración ha fundamentado razonablemente el hecho de que el precio primitivo del contrato haya sido incrementado por la necesaria modificación contractual con base en el cumplimiento eficiente de la normativa que regula la materia -obligatoriedad del servicio de acompañante- y con el interés público -ahorro de costes-, lo que justifica la modificación del contrato, pudiendo la Administración actuar en tal sentido, como se observa tanto en la cláusula 21 -modificaciones del concierto- del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares como en los arts. 59, 101 y 163 Real Decreto Legislativo 2/2000, sobre prerrogativas de la Administración, modificación y efectos sobre el contrato por razones de interés público.

6. El Real Decreto 894/2002, de 30 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre Condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores, vigente desde el 1 de septiembre de 2002, establece un plazo transitorio para la adecuación progresiva de los vehículos que habían presentado el servicio de transporte escolar y, a tal efecto, se estimó razonable la implantación progresiva de determinados requisitos exigidos, entre los cuales se refiere a las condiciones de seguridad previstas en el Real Decreto 411/2001, sobre los Transportes públicos regulares de uso especial de escolares por carretera, estableciendo, pues, la disposición transitoria tercera la aplicación progresiva del servicio de acompañante por cada Administración pública, garantizándose su total implantación en el curso académico 2007-2008.

En el presente supuesto, en el contrato inicial el servicio público prestado por la empresa correspondiente cumplía con los requisitos necesarios habiendo sido autorizada por la Administración implicada para efectuar el transporte terrestre contratado. Sin embargo, en la fecha del contrato no sería obligatorio o de aplicación inmediata la prestación del servicio de acompañante -año 2004-, pero sí lo sería con posterioridad, para el curso escolar 2007-2008, como se ha señalado.

Concretamente, el citado R.D. 443/2001, establece en el art. 8 que:

“Será obligatoria la presencia a bordo del vehículo durante la realización del transporte de, al menos, una persona mayor de edad idónea, distinta del conductor,

acreditada por la entidad organizadora del servicio, salvo que expresamente se hubiera pactado que la acredite el transportista (...) La acreditación del acompañante a que hace referencia el apartado 1 no supone necesariamente relación laboral con la entidad organizadora del servicio”.

7. Por tanto, dando cumplimiento al art. 59.3.a) TRLCAP, este Consejo Consultivo considera que no están fundamentadas las alegaciones u oposición del contratista en precepto alguno que impida o merezca la no modificación del contrato ampliando su objeto al servicio de acompañantes, que está comprendido dentro del concepto más amplio de “transporte escolar”, por aplicación del R.D. 443/2001, que es plenamente exigible en el curso escolar 2007/2008, por lo que dicho servicio no estaba incluido en la licitación que se presentó al contrato inicial.

8. No obstante, la discrepancia del contratista se centra en el importe de la modificación del contrato, que considera insuficiente para hacer frente al servicio de transporte escolar ampliado con el servicio de acompañante. A este respecto, de la documentación que obra en el expediente no se justifica la procedencia del importe que por ruta y día (33,42 euros) supone el servicio de acompañante mediante la correspondiente memoria económica, de tal forma que la modificación propuesta no pueda afectar al equilibrio económico y financiero del contrato. Por tanto, deberá incorporarse al expediente la citada justificación, que de debida respuesta a las alegaciones del contratista sobre este extremo.

Por otra parte, corresponde al contratista probar debidamente y mediante la correspondiente pericial económico-contable, que el importe de la citada modificación es insuficiente para hacer frente al servicio que comprende la misma, de tal forma que pudiera afectar al equilibrio contractual. Sólo mediante el análisis de esta prueba –que no ha sido aportada por el contratista- y confrontándola con la memoria económica antes citada, se podría llegar a la conclusión, en su caso, de que la modificación contractual no respeta el art. 14.1 TRLCAP –referente a la obligación del órgano de contratación de cuidar que los precios de los contratos sean los adecuados al mercado-, ni el art. 163.2 TRLCAP –respecto a la compensación de la modificación que afecta al régimen financiero del contrato de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato-.

En consecuencia, no se ha demostrado por el contratista que el importe de la modificación afecte al equilibrio económico contractual, en especial cuando dicha

modificación era, incluso, previsible, por cuanto en las Cláusulas Administrativas Particulares, concretamente en la número 2 -Régimen Jurídico-, se cita expresamente el citado R.D. 443/2001. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo exige como requisito para la posible aplicación de la cláusula implícita “*rebus sic stantibus*” la imprevisibilidad del acontecimiento que se invoca como causante de la ruptura del equilibrio contractual (por todas, SSTs de 2 y 25 de abril de 2008 y 4 de junio de 2008). Como el régimen transitorio de aplicación de la obligatoriedad del servicio de acompañante en el transporte era conocido por la Administración y el contratista en el momento de la licitación y adjudicación del contrato, la causa de la modificación era previsible y, por tanto, no puede invocarse la aplicación del principio “*rebus sic stantibus*”.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución sometida a dictamen es conforme a Derecho en cuanto a la interpretación del objeto del contrato que se modifica, sin perjuicio de que deba incorporarse al expediente la documentación citada en el Fundamento IV.8.