



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Quijano González, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero y

Ponente

Sr. Besteiro Rivas, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Valladolid el día 7 de abril de 2005, ha examinado el *expediente de resolución del contrato administrativo de gestión parcial del servicio público de transporte escolar terrestre para el traslado de alumnos de educación especial a centros docentes en la provincia de Xxxxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

## DICTAMEN

### I

#### ANTECEDENTES DE HECHO

El día 3 de marzo de 2005 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente relativo a la resolución del contrato administrativo de gestión parcial del servicio público de transporte escolar terrestre para el traslado de alumnos de educación especial a centros docentes en la provincia de Xxxxx*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 7 de marzo de 2005, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 209/2005, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Madrid López.

**Primero.-** Mediante Orden del Consejero de Educación de la Junta de Castilla y León de 25 de agosto de 2004, y tras la tramitación del



correspondiente expediente de contratación a través de un procedimiento abierto mediante concurso, se adjudicó el contrato de gestión parcial del servicio público de transporte escolar terrestre para el traslado de alumnos de educación especial a centros docentes en la provincia de Xxxxx a VVVVV, S.L., única empresa admitida a licitación.

Esta adjudicación fue notificada a la empresa interesada el 10 de septiembre de 2004, mediante un escrito en el que se le requería, además, para que, entre otros extremos, formalizara "el contrato en documento administrativo, en el plazo máximo de 30 días naturales, aportando previamente los documentos exigidos por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la formalización del contrato". Se le advierte, además, que "el incumplimiento de estos plazos dará lugar a la incautación de garantías y a la resolución del contrato, en aplicación de los artículos 41, 54.3 y concordantes 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".

Habiendo transcurrido los plazos indicados sin que se hubiera formalizado el contrato por causa imputable al contratista, el Servicio de Gestión de Centros Públicos propone, mediante escrito de fecha 27 de diciembre de 2004, el inicio de los trámites oportunos para su resolución.

**Segundo.-** El 10 de enero de 2005 el Director General de Infraestructuras y Equipamiento dicta Resolución por la que se acuerda la iniciación de la tramitación del procedimiento de resolución del contrato adjudicado a la empresa VVVVV, S.L. Esta Resolución se notifica a la empresa adjudicataria el 20 de enero de 2005, con el fin de que realice las alegaciones que estime oportunas.

El 28 de enero de 2005 tiene entrada el escrito por el que VVVVV S. L. alega, en síntesis, que el motivo de la falta de formalización es el error que, a su juicio, existe en el Pliego de Prescripciones Técnicas en cuanto al número de kilómetros por expedición que sirvió de base para calcular la oferta económica de la mencionada empresa. Solicita la paralización de la tramitación del procedimiento de resolución para que "se negocie con la adjudicataria las modificaciones del contrato".



**Tercero.-** El 3 de febrero de 2005 el Servicio de Contratación Administrativa de la Consejería de Educación emite informe relativo a la determinación de la indemnización a exigir a la empresa adjudicataria en el procedimiento de resolución del contrato administrativo de “gestión parcial del servicio público de transporte escolar terrestre para el traslado de alumnos de educación especial a centros docentes en la provincia de Xxxxx”. Fija la indemnización a abonar por VVVVV, S.L., en ciento noventa y nueve euros y ochenta céntimos (199'80 €), una vez deducido del importe total (927'26€) la cantidad correspondiente a la garantía provisional incautada (727'46€). Dicho informe se notifica a la entidad interesada el 7 de febrero de 2005, sin que hasta el momento conste que haya realizado alegación alguna.

**Cuarto.-** El 24 de febrero de 2005 el Servicio de Contratación Administrativa de la Consejería de Educación realiza la propuesta de resolución del contrato administrativo de “gestión parcial del servicio público de transporte escolar terrestre para el traslado de alumnos de educación especial a centros docentes en la provincia de Xxxxx” adjudicado a la empresa VVVVV, S.L., como consecuencia de la falta de formalización del contrato por causa imputable a la entidad adjudicataria.

**Quinto.-** El 25 de febrero de 2005 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Educación informa favorablemente sobre la propuesta de resolución indicada.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

## II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

**1ª.-** El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h),3º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla A), apartado e), del



Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

Además, el informe del Consejo resulta preceptivo conforme a lo previsto en:

- El artículo 59.3º del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto-Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (en adelante, TRLCAP), que dispone la preceptividad del informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: "a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista".

- El artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (en adelante, RGLCAP), que contiene el procedimiento a que deben ceñirse las Administraciones Públicas contratantes para acordar, en su caso, la resolución anticipada de los contratos por ellas convenidos, y exige así el "Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista".

**2ª.-** La normativa aplicable, tal y como se recoge en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el contrato, viene determinada fundamentalmente, además de por dicho Pliego, por el TRLCAP, por el RGLCAP y por el resto de disposiciones aplicables.

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme dispone el artículo 59 del TRLCAP, esto es, en el presente caso, y de acuerdo con la ORDEN EDU/184/2004, de 13 de febrero, por la que se delegan competencias en materia de contratación administrativa y ejecución presupuestaria en los órganos directivos centrales de la Consejería (hoy en día modificada por el punto 5 de la Orden EDU/266/2005, de 25 febrero), el Director General de Infraestructuras y Equipamiento de la Consejería de Educación.

En lo relativo al *iter* procedimental, se encuentra previsto en el artículo 109 del RGLCAP que, con observancia de las reglas establecidas en el artículo



59 del TRLCAP, sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.

b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos de los artículos 41 y 96 de la Ley.

d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

En el presente caso, dichos trámites han de entenderse cumplidos a excepción de la audiencia al avalista al no ser ésta necesaria pues consta en el expediente que la garantía que pretende incautar la Administración, por importe de 727'46 euros, fue depositada en metálico el 10 de agosto de 2004.

Consta en el expediente, por lo tanto, la documentación sustancial de la tramitación del contrato y la oposición formulada por el contratista a la pretendida resolución.

**3ª.-** Vistas las cuestiones referentes al régimen jurídico aplicable y requisitos formales, procede determinar si concurre causa que ampare la resolución contractual pretendida y, en su caso, los efectos que de ésta pudieran derivarse.

Son causas de resolución del contrato administrativo de gestión de servicios públicos las generales previstas en el artículo 111 del TRLCAP, a excepción de las recogidas en sus letras e) (demora en el cumplimiento de los plazos por el contratista) y f) (falta de pago por parte de la Administración en el plazo de ocho meses). Además, el artículo 167 del TRLCAP recoge una serie de causas de resolución específicas para este contrato.



El artículo 111 del TRLCAP contempla como causa de resolución la no formalización del contrato en plazo, supuesto que nos obliga a remitirnos a los artículos 53 y 54 del TRLCAP. Según establece el primero de ellos, los contratos se perfeccionan mediante la adjudicación; por lo tanto, su formalización constituye una obligación de las partes en cumplimiento de un contrato ya perfeccionado, no obstante, adquiere suma importancia en la contratación administrativa por los trámites posteriores que exige el contrato. El artículo 54 dispone que los contratos se formalizarán dentro del plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de la notificación de la adjudicación, previa constitución de las garantías estipuladas, y en su apartado tercero prevé que “cuando por causas imputables al contratista no pudiese formalizarse el contrato dentro del plazo indicado la Administración podrá acordar la resolución del mismo, siendo trámite necesario la audiencia del interesado y cuando se formule oposición por el contratista, el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. En tal supuesto procederá la incautación de la garantía provisional y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados”.

La resolución del contrato puede obedecer al incumplimiento tanto del contratista como de la Administración contratante (siempre que derive de alguna causa imputable a una de las partes), y tiene un inequívoco carácter facultativo. Cuando el artículo 111 del TRLCAP, ya citado, contempla esta causa de resolución emplea una formulación objetiva, pero en el artículo 54 se contiene una delimitación matizada, ya que especifica que el resultado debe obedecer a una causa imputable a una de las partes. En alguna ocasión el Tribunal Supremo ha exceptuado la aplicación de la consecuencia extintiva cuando la falta de formalización del contrato respondió a una discrepancia del contratista con respecto al texto del contrato presentado por la Administración, cuando el planteamiento de la empresa “no estuvo carente de cierta justificación” y, en cambio, el de la Administración contratante, “proclive a la formalización, no estuvo totalmente justificada” (en este sentido, la STS de 5 de febrero de 1996).

En el caso que nos ocupa, esta excepción en la aplicación de la consecuencia extintiva por la falta de formalización del contrato no es predicable en la medida en que lo que la empresa adjudicataria alega a la hora de justificar su incumplimiento en su escrito de alegaciones de fecha 28 de enero de 2005 es la existencia de discrepancias entre los kilómetros por



expedición correspondientes al itinerario objeto de contrato fijados en el Pliego de Prescripciones Técnicas, en base a los cuales la empresa adjudicataria elaboró su propuesta económica, y los medidos por el tacógrafo del vehículo empleado por VVVV, S.L., después de la notificación de la adjudicación.

Estas supuestas irregularidades del Pliego no pueden ser acogidas con base en la doctrina del Tribunal Supremo que considera que “las cláusulas y prescripciones técnicas contenidas en los actos preparatorios del contrato, fundamentalmente en los pliegos de cláusulas y prescripciones técnicas, en cuanto no fueron oportunamente impugnadas han de considerarse aceptadas” (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004). Como tuvo ocasión de señalar esta Sala, en Sentencia de 4 de noviembre de 1997, “puede resultar contrario a la buena fe, que debe presidir la vida del contrato, el que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas, aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación y luego (...) impugnar la adjudicación argumentando que los actos de preparación consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico”.

En definitiva, “la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho; e, incluso, en este caso en que puede entenderse que la denuncia no está sujeta a plazo preclusivo, habría de seguirse una acción de nulidad con sujeción a los criterios generales de ésta, siempre que resultara a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando, incluso, en su día, a la adjudicación” (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004).

No obstante, y no constando en la propuesta de resolución contestación alguna a las alegaciones realizadas por la empresa adjudicataria en el trámite de audiencia, sería conveniente que en la resolución definitiva del expediente se diera una explicación detallada de las razones por las que sus argumentos no pueden ser atendidos, con el fin de evitar cualquier posible apariencia de indefensión de la entidad interesada.

En el presente supuesto, la no formalización del contrato no ha sido discutida por la entidad adjudicataria del contrato, que tampoco ha acreditado, con arreglo a la documentación aportada, que dicho incumplimiento no le fuera



imputable. En consecuencia, de acuerdo con los argumentos expuestos hasta el momento, y puesto que en el contrato administrativo interviene el principio de interés público que modula el contenido contractual y que es preponderante frente a cualesquiera otras consideraciones, podemos concluir que, de acuerdo con lo informado por cuantos órganos han intervenido en el expediente, se estima procedente resolver el contrato como consecuencia de la falta de su formalización en plazo por causa imputable al contratista. Y es que “la Administración debe velar ante todo por el interés público en juego, de modo que si la decisión de resolver los contratos es la que mejor se adecua a la protección de este interés es esta decisión la que debe primar, con independencia de los intereses económicos particulares de cada empresa contratista” (Dictamen del Consejo de Estado número 544/2002).

**4ª.-** En cuanto a los efectos de la resolución, es preciso partir de lo dispuesto en el artículo 113.1 del TRLCAP, que señala que “en los supuestos de no formalización del contrato en plazo por causas imputables al contratista se estará a lo dispuesto en el artículo 54.3”, que establece que “en tal supuesto procederá la incautación de la garantía provisional y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados”.

Así, en supuestos de no formalización por causa imputable al contratista, la resolución del contrato llevará aparejada la incautación de la garantía provisional y la obligación del contratista de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, para cuya fijación se estará a lo dispuesto en el artículo 113 del RGLCAP, de carácter básico. Éste último precepto señala que “en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”.

Tradicionalmente, la jurisprudencia ha atribuido a la garantía provisional la naturaleza y carácter de “arra penitencial” (STS de 13 de diciembre de 1995), “por tener el significado de una evaluación objetiva y anticipada de los daños o perjuicios que pudiera sufrir la Administración por incumplimiento de aquella seriedad concursal”. La incautación de la fianza y la reparación de los daños causados a la Administración van unidas a la idea de culpa total del contratista (STS de 14 de junio de 2002), ya que según ha resaltado esa Sala en una





consolidada jurisprudencia (v. gr., por citar una de las últimas, en Sentencia de 20 de abril de 1999), no cabe identificar “el incumplimiento del contratista, como causa resolutoria, con la culpa del mismo, a efectos de ulterior sanción”. La incautación de la fianza está reservada para los casos de resolución contractual por culpa del contratista, jugando entonces como indemnización previamente fijada (STS de 22 de julio de 1988).

De acuerdo con lo anteriormente señalado y, sobre todo, a tenor del artículo 54.3 TRLCAP, cuando por causas imputables al contratista no pudiese formalizarse el contrato dentro del plazo indicado, procederá la incautación de la garantía provisional <<y>> la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados (véase el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 30/1998), sin embargo, la propuesta de resolución “detrae” de la cuantía indemnizatoria calculada al amparo del artículo 113 RGLCAP el importe de la garantía provisional. En cuanto a este último aspecto, y aunque el artículo 54.3 del TRLCAP no lo concreta, es criterio del Consejo de Estado “entender aplicable también al caso lo dispuesto con carácter general en el artículo 113.4 del mismo texto legal, en cuanto dispone que cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista (como es el caso), le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”. (Dictamen del Consejo de Estado número 409/2002).

De ahí que, conforme a lo ya expuesto, se ha de considerar correcto el importe de la indemnización a abonar por parte de la empresa adjudicataria fijado en el informe del Servicio de Contratación Administrativa de la Consejería de Educación de 3 de febrero de 2005, que impone a VVVV, S.L., que determina la obligación de resarcir a la Administración por los daños y perjuicios causados en la cantidad de 199'80 euros. Este informe, además, ha sido debidamente notificado a la entidad interesada, de acuerdo con el artículo 113 del RGLCAP.

**5ª.-** Por último, es preciso hacer referencia a la garantía definitiva. El fundamento de derecho quinto de la propuesta de resolución señala que “no consta en el expediente documento original acreditativo de su constitución”. Debe añadirse en este aspecto que “la constitución de la garantía es una obligación que deriva directamente de la Ley, sin que la Administración tenga que requerirle para su efectiva constitución. El artículo 41.1 del Real Decreto



Legislativo 2/2000 dispone en este sentido que el adjudicatario deberá acreditar en el plazo de quince días, contado desde que se le notifique la adjudicación del contrato, la constitución de la garantía definitiva. Y añade que, de no cumplirse este requisito por causas imputables al contratista, (...) la Administración declarará resuelto el contrato. Como se ve, no exige previo requerimiento por parte de la Administración para que sea operativa esta causa de resolución, lo cual no obsta para que deba llamarse la atención sobre la necesidad de que la Administración contratante vigile el exacto cumplimiento (y a su debido tiempo) por el contratista de sus obligaciones, entre las que, como se ve, se incluye la constitución de la garantía definitiva" (Dictamen del Consejo de Estado número 409/2002).

En este caso, no se considera acreditada debidamente la constitución de la garantía definitiva, hecho que equivaldría a su no prestación lo que, conforme al artículo 41.1 TRLCAP autorizaría la resolución del contrato.

Sin embargo, y aún en el caso de que se considerara no prestada debidamente la garantía definitiva, de acuerdo con una consolidada doctrina del Consejo de Estado, con carácter general, en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico. Dicha doctrina resulta de numerosos dictámenes, entre los que es paradigmático el Dictamen número 47.892, de 4 de julio de 1985, en el que se dice que "cuando concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción debe atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo" (más recientemente, también el Dictamen del Consejo de Estado número 3398/2003 sostiene esta doctrina), por lo que simplemente procedería la resolución del contrato por falta de formalización del mismo por causa imputable al contratista, tal y como señala la propuesta de resolución.

A pesar de lo anteriormente expuesto, y aunque la constitución de la garantía definitiva no se ha acreditado en el expediente mediante un documento original, sí existe en el mencionado expediente una fotocopia de una carta de pago depositada en la Caja de Depósitos número 00x del Servicio Territorial de Hacienda de la Junta de Castilla y León en la provincia de xxxx, según la cual el 15 de septiembre de 2004 la empresa adjudicataria constituye fianza definitiva por importe de mil cuatrocientos doce con cincuenta y tres



euros para responder de la realización “de la ruta de transporte escolar nº xx00016, xxx-XXXXX”.

Se puede apreciar así un indicio de que la empresa adjudicataria puede haber cumplido con su obligación de constituir garantía definitiva, por lo que sería conveniente que se le requiriera para que presentara el documento original acreditativo de esta constitución, al amparo de lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, puesto que el hecho de que nos encontremos en materia contractual no lleva de suyo el que este texto legal no resulte de aplicación, dado que es ésta una Ley de aplicación general a la Administración, sin que, en principio, se discriminen materias concretas, sino que, precisamente, valga la expresión, sobrevuela el actuar administrativo, que casi siempre es de tipo sectorial e influido por normativa específica, normativa que no supone o implica, sin más, la exclusión de la aplicación de aquella norma. En el caso de que se acreditara efectivamente el depósito de la garantía definitiva, y puesto que la finalidad de la misma es asegurar la correcta ejecución del contrato y, en su caso, responder de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración durante la ejecución, (informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 40/98, de 16 diciembre de 1998), ejecución que es evidente que en el presente caso no se ha producido, procedería la devolución de la misma al no concurrir ninguna causa que autorice su incautación conforme a la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas. Con ello se evitaría un enriquecimiento injusto por parte de la Administración.

### **III CONCLUSIONES**

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Atendidas la observaciones realizadas en relación con la cumplida contestación en la resolución definitiva del expediente a las alegaciones presentadas la empresa adjudicataria, así como en relación con el requerimiento de la efectiva acreditación de la constitución de fianza definitiva, para, en su caso, determinar su oportuna devolución, procede resolver, en los



**CONSEJO  
CONSULTIVO**  
DE CASTILLA Y LEÓN

términos expuestos, el contrato administrativo de “gestión parcial del servicio público de transporte escolar terrestre para el traslado de alumnos de educación especial a centros docentes en la provincia de Xxxxx”.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.