

Expediente Núm. 127/2013
Dictamen Núm. 132/2013

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 20 de junio de 2013, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 4 de junio de 2013, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de gestión del servicio público, de uso general, de transporte regular de viajeros por carretera correspondiente a la concesión “X”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 30 de noviembre de 2009, el Director General del Consorcio de Transportes de Asturias resuelve adjudicar definitivamente, de forma directa, el contrato de gestión del servicio público de transporte regular de viajeros por carretera, mediante concesión zonal, a, que venía explotando un servicio de línea regular coincidente con dicha zona de transporte.

Se ha incorporado al expediente, entre otros antecedentes, el contrato suscrito el día 1 de diciembre de 2009, en cuyo clausulado se contienen las

condiciones técnicas del servicio objeto de concesión (en concreto, la cláusula 2.5 establece el número de vehículos que deberán adscribirse al servicio) y las condiciones jurídico administrativas (en particular, la cláusula 4.6, relativa a las causas de extinción de la concesión, que se remite a “las previstas en el artículo 82 de la LOTT y en el artículo 95 del ROTT, así como las que resulten de aplicación contenidas en los artículos 206 y 262 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”).

2. El día 7 de marzo de 2013, la empresa concesionaria presenta un “recurso de alzada” contra la Resolución del Consorcio de Transportes de Asturias de 28 de diciembre de 2012, “por la que resuelve no hacer efectivo el cambio de los vehículos adscritos a la concesión”, y, el día 18 del mismo mes, el Jefe de los Servicios Jurídico-Administrativos del Consorcio de Transportes de Asturias propone la desestimación del recurso interpuesto.

3. Con fecha 8 de marzo de 2013, el Director General del Consorcio de Transportes de Asturias dicta Resolución de inicio del expediente para la “resolución del contrato de gestión de servicio público de transporte regular de viajeros por carretera de uso general ‘X’, por aplicación de la causa de extinción prevista en el apartado h) del artículo 95” del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, “imputable exclusivamente al incumplimiento culpable de la empresa concesionaria”.

En los fundamentos de derecho de dicha resolución se afirma que se han constatado los siguientes incumplimientos del contrato de concesión: “incumplimiento de las cláusulas 2.5.2, 2.5.8 y 2.5.10, por no mantener adscritos a la concesión los diez vehículos exigidos, por no mantener adscritos un mínimo de dos vehículos accesibles para personas que viajen en su propia silla de ruedas y por superar los vehículos adscritos una media de antigüedad de diez años, habiendo quedado acreditadas estas circunstancias en la Resolución del Director General del Consorcio de Transportes de Asturias de 28 de diciembre de 2013 (*sic*) (notificada el 7 de febrero de 2013) (...).

Incumplimiento de la cláusula 2.5.1, por carecer de autorización habilitante para la realización de transporte discrecional de viajeros que ampare a los vehículos adscritos a la concesión a partir del día 3 de marzo de 2013, según se deriva de la Resolución de 27 de febrero de 2013, del Director General de Transportes y Movilidad del Principado de Asturias./ El cumplimiento de este requisito era imprescindible para el otorgamiento y posterior mantenimiento de la concesión y afecta al elemento primordial de la empresa contratista, que no es otro que estar habilitada para realizar el propio objeto del contrato, es decir, el transporte público de viajeros./ A partir del 3 de marzo de 2013, según se hace constar en la Resolución del Director General de Transportes y Movilidad, la empresa contratista se vio obligada a cesar en sus actividades de transporte de viajeros por carretera amparadas por la autorización VD nº y sus 20 copias, por lo que devino imposible la prestación del servicio contratado por el Consorcio de Transportes de Asturias en la concesión `X`, situación que fue aceptada pacíficamente por la empresa contratista al cesar en la prestación de los servicios”.

4. Los días 12 y 13 de marzo de 2013 se intenta, sin éxito, la notificación personal de la resolución anterior en el último domicilio conocido, por lo que se remite la correspondiente notificación al Boletín Oficial del Principado de Asturias y, el día 15 de marzo, al Ayuntamiento de Avilés al objeto de que sea expuesta en el tablón de edictos.

Según se deduce de los documentos incorporados al expediente remitido -aunque no obra en él la acreditación de la publicación efectiva de tales anuncios-, solo se publicó la “parte dispositiva” de la resolución de inicio.

5. Con fecha 28 de marzo de 2013, un letrado, en nombre y representación de la empresa interesada, formula “oposición en el expediente de resolución de concesión administrativa zonal `X` (...) por denuncia que no ha sido trasladada a esta parte, lo que es causa de total y absoluta indefensión”.

Afirma que la resolución del contrato dimana de “una denuncia política y sindical derivada de un conflicto por despidos disciplinarios”, y que “no existe verdadero acuerdo de incoación de un expediente de resolución (...), que debería haber sido adoptado por el Consejo de Administración del ente público y notificado al interesado en la persona del representante legal que suscribe o en el domicilio social, pero nunca parcialmente por edictos”, y que “el Secretario General certifica con delito de falsedad un acuerdo inexistente que solo puede ser adoptado en su caso por el Consejo de Administración”.

En relación con el “expediente de resolución de la concesión administrativa de 1 de diciembre de 2009”, señala que “se alega en el anuncio como causa la prevista en la letra h) del art. 95 del ROTT”, sin concretar “los requisitos incumplidos cuya pérdida se imputa, ni la fecha”, ni su “importe (...). Para que sea procedente por hipótesis la revocación de la concesión por incumplimiento muy grave de obligaciones fiscales, laborales o sociales, es necesario un incumplimiento reiterado sancionado por resolución administrativa firme”.

Sostiene que la Administración incurre en “vía de hecho”, dado que, “publicado el sábado día 2 de marzo de 2013 un anuncio de una resolución no notificada del Consejero de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente y no motivada de suspensión de las autorizaciones VD de transporte, que ordena el cese de la actividad de la empresa concesionaria de un servicio público a las 24:00 horas del mismo día de la notificación”, sin posibilidad de reacción alguna, “el ente público instrumental Consorcio de Transportes de Asturias desconecta además las máquinas electrónicas de cobro de los billetes propiedad del Consorcio (...) el mismo día de la publicación, impidiendo el cobro a los usuarios y suspendiendo así ‘de facto’ los títulos habilitantes (...), sin esperar a que adquiriera firmeza la resolución administrativa”.

Por último, indica que “el procedimiento de resolución (...) ha sido iniciado sin formulación de pliego de cargos ni traslado de la denuncia”.

A continuación, manifiesta que “el aplazamiento en las deudas tributarias o de cotizaciones sociales tampoco está previsto como causa de resolución en

la Ley de Contratos del Sector Público”, y que “el contrato no contiene ninguna causa de resolución que consista en el aplazamiento de las deudas tributarias o de cotizaciones sociales”, subrayando que la empresa contratista “no ha sido nunca sancionada por incumplimiento de obligaciones fiscales o sociales, ni tiene antecedentes acordados por resolución firme, y además tiene iniciados expedientes de aplazamiento y de fraccionamiento de cualquier deuda fiscal, de Servicios Tributarios o de Seguridad Social que están pendientes de resolución”.

Considera, asimismo, que “para la incoación y resolución de un procedimiento de resolución de la concesión administrativa solo es competente el órgano de contratación previa autorización del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, con dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma y con informe previo del Servicio Jurídico”. Entiende que, a tenor de lo establecido en “los artículos 19.2 y 20 de la Ley del Principado de Asturias 1/2002, de 11 de marzo, del Consorcio de Transportes de Asturias”, es exigible “la previa autorización del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias”, dado el importe de la concesión pendiente, que, según afirma, “asciende a 2.604.723,80” euros.

Aduce, además, que concurre “nulidad de pleno de derecho por dar trámite de audiencia al interesado sin haber completado la instrucción del expediente ni haber practicado la prueba”, e insta a la Administración la incoación de un expediente en el que se precisen “los hechos que se imputan, su fecha y su cuantía económica (...) en su caso (...), absteniéndose de aprobar medidas ejecutivas hasta que no exista resolución firme en vía administrativa”.

Reclama a la Administración “el auxilio necesario para garantizar la libre y pacífica explotación del servicio ante las perturbaciones causadas por el sindicato Comisiones Obreras y la competencia ilícita”. Afirma que dicha organización sindical “ha presentado una denuncia, que no ha sido trasladada a esta parte (...), como un medio de presión contra la empresa por un conflicto interno con los delegados de personal que fueron despedidos por faltas muy graves” y, por las razones que explica, recusa a la representación “del Ayuntamiento de Avilés, del Ayuntamiento de Langreo, del Ayuntamiento de

Mieres, del sindicato UGT y de CCOO” en el Consorcio. Igualmente, y como consecuencia de la contratación acordada en la “reunión de 22 de enero de 2013 (...), recusamos a los miembros del Consorcio que hayan votado a favor de ese acuerdo anticipadamente”.

Finalmente, estima que “existen indicios de prevaricación en la tramitación ilegal urgente del expediente”, que consistirían en la tramitación del mismo “sin dar cumplimiento a los requisitos de procedimiento en garantía del concesionario, sin formulación de pliego de cargos ni traslado de la denuncia presentada, sin informe del Servicio Jurídico y sin previo dictamen del Consejo de Estado”. Añade que el Consorcio, en su “reunión de 22 de enero de 2013 (...), prejuzgando el resultado final del expediente administrativo, ha acordado la contratación de urgencia por adjudicación directa (...) sin dar audiencia a mi representada ni notificarle el acuerdo”, y que “no se ha dado traslado al concesionario de la denuncia política presentada por el sindicato Comisiones Obreras y el partido político Izquierda Unida, a los que pertenecen la pluralidad de miembros del Consorcio de Transportes de Asturias que tienen por ello deber de abstención y están sometidos a recusación”.

Concluye su escrito instando al “Presidente del Consorcio de Transportes de Asturias (...) la nulidad de pleno derecho del expediente administrativo”, que “recuse a los miembros del Consejo de Administración (...) autores de las denuncias y de los acuerdos anticipados” y que “remita testimonio al Ministerio Fiscal por existir indicios de prevaricación”.

Aporta un poder general para pleitos otorgado a favor del letrado que formula oposición a la resolución de la concesión y recortes de prensa relativos al conflicto laboral en el seno de la empresa concesionaria.

6. El día 5 de abril de 2013, el Jefe de los Servicios Jurídico-Administrativos del Consorcio de Transportes de Asturias emite un informe sobre las alegaciones presentadas, que califica de “prolijas, repetitivas, farragosas y confusas”, y afirma que han de ser “rechazadas de plano por su inconsistencia y falta de apoyatura jurídica, por las razones siguientes (...): Es evidente que no se inició

el expediente de resolución del contrato como consecuencia de denuncias políticas o sindicales (...). Corresponde al (...) Director General dictar la resolución de inicio del expediente, que no es otra que la de 8 de marzo de 2013 (...). Es incierta la alegación vertida respecto a la inexistencia o deficiencia de la notificación practicada (...). En cualquier caso, la empresa contratista se ha dado por notificada por el hecho de presentar las alegaciones de oposición a la resolución del contrato (...), por lo que no cabe hablar de indefensión cuando ha tenido a su disposición el expediente durante el plazo reglamentario, no constando que hubiera comparecido a la vista del mismo (...). Respecto a que se señala como causa de la resolución del contrato la prevista en la letra h) del artículo 95 del ROTT, sin concretarse los requisitos incumplidos (...), basta analizar el expediente administrativo (...) para comprobar que todas esas circunstancias vienen perfectamente identificadas y justificadas, por lo que no cabe hablar de indefensión ni nulidad del acto administrativo (...). Las alegaciones relativas al posible incumplimiento de obligaciones tributarias y sociales están claramente fuera de lugar (...). Las relativas al régimen de suspensión o revocación de las autorizaciones de transporte discrecional VD tampoco son de aplicación a este expediente, toda vez que el órgano competente sobre las mismas es la Dirección General de Transportes y Movilidad del Principado de Asturias (...). Incurre el representante de la empresa contratista en una nueva confusión cuando alega e invoca determinados preceptos relativos al régimen sancionador de los transportes terrestres. Cualquier alegación en este sentido ha de ser rechazada de plano, sin más, por improcedente, pues en ningún caso en el presente expediente se ha incoado un procedimiento sancionador (...). La empresa contratista no realiza ninguna manifestación relevante relativa al fondo del asunto”.

Sostiene, finalmente, que han de considerarse probados los incumplimientos de las cláusulas 2.5.2, 2.5.8, 2.5.10 y 2.5.1, por lo que “informa favorablemente la resolución del contrato”.

7. Con fecha 12 de abril de 2012 (*sic*), la Instructora del procedimiento eleva propuesta de resolución en la que, con base en los antecedentes y fundamentos jurídicos expuestos en el informe emitido en el trámite de alegaciones, propone resolver el contrato en “aplicación de la causa de extinción prevista en el apartado h) del artículo 95 del ROTT, imputable exclusivamente al incumplimiento culpable de la empresa concesionaria”, así como instar el dictamen del Consejo Consultivo y suspender el plazo para resolver.

8. El día 12 de abril de 2013, el Director General del Consorcio de Transportes de Asturias resuelve “suspender el plazo para la resolución del procedimiento (...) por el tiempo que medie entre la petición” del dictamen al Consejo Consultivo y su “recepción”, así como “comunicar a las partes interesadas (...) la presente resolución”.

9. Mediante oficio de 18 de abril de 2013, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento seguido.

10. En sesión celebrada el 9 de mayo de 2013, el Consejo Consultivo emite dictamen en el que, sin pronunciarse sobre el fondo de la cuestión planteada, estima que debe retrotraerse el procedimiento al objeto de que se notifique a la mercantil interesada, en trámite de audiencia y vista del expediente, la Resolución de 8 de marzo de 2013, de inicio del expediente de resolución del contrato, a fin de quede constancia formal del conocimiento por parte de la misma de los verdaderos motivos que justifican la resolución.

11. El día 10 de mayo de 2013, mediante burofax, se notifica al representante de la mercantil interesada la Resolución de 9 de mayo de 2013, del Director General del Consorcio de Transportes de Asturias, por la que se ordena la retroacción del expediente de resolución del contrato al momento de la

notificación de la Resolución de la misma autoridad de 8 de marzo de 2013, y se acuerda el levantamiento de la suspensión y la reanudación del plazo del procedimiento de resolución.

12. Con fecha 13 de mayo de 2013, la Consejera de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente dicta Resolución por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por la mercantil interesada frente a la Resolución del Director General del Consorcio de Transportes de Asturias de 28 de diciembre de 2012, que había denegado su solicitud de sustitución de cinco de los vehículos adscritos a la concesión zonal, teniendo en cuenta que tres de ellos habían sido dados de baja por la empresa en fechas anteriores a la solicitud de adscripción y que, con posterioridad, se procedió a dar de baja definitiva a uno más.

Dicha resolución se notifica al Consorcio de Transportes de Asturias el día 17 de mayo de 2013.

13. Mediante escrito de 17 de mayo de 2013, el representante de la concesionaria solicita al Secretario General del Consorcio de Transportes de Asturias "la entrega a las 18:00 horas del día de hoy de copia íntegra del expediente administrativo, y en particular del dictamen del Consejo Consultivo cuya notificación se ha omitido, y el otorgamiento del plazo de diez días naturales para alegaciones y oposición (...) desde que se complete la notificación practicada de forma incompleta, y subsidiariamente a la concesión íntegra del plazo y, al mismo efecto de evitar la indefensión, una prórroga del plazo por mitad".

Obra incorporada al expediente una diligencia, extendida por el Secretario General del Consorcio con esa misma fecha, en la que se hace constar que se le entrega al letrado compareciente una copia de aquel, integrado en ese momento por ochocientos veintiséis (826) folios.

14. El día 20 de mayo de 2013, el Director General del Consorcio de Transportes de Asturias dicta Resolución por la que se deniega la ampliación de plazo solicitada, teniendo en cuenta que la resolución de inicio “fue notificada con fecha 10 de mayo de 2013, a las 12:40 horas (...), en el domicilio señalado para notificaciones”, y que el representante “no se personó y obtuvo vista y copia del expediente hasta la tarde del día 17 de mayo de 2013, más de una semana después”, por lo que no considera que existan circunstancias para acceder a lo solicitado.

La resolución anterior se notifica al representante de la concesionaria ese mismo día, mediante fax.

15. Con fecha 18 de mayo de 2013, la concesionaria presenta en las oficinas de correos un escrito de alegaciones en el que, además de reproducir las formuladas el 28 de marzo de 2013, incorpora nuevos motivos y argumentos.

Así, alude a una “notificación incompleta y concesión del plazo de diez días naturales desde la notificación”, denunciando con ello que con la notificación de la resolución de inicio “no se ha acompañado” una copia del dictamen emitido anteriormente por este Consejo, por lo que la notificación sería nula y “causa de gravísima indefensión, que podría ser constitutiva de un delito de prevaricación”.

Afirma que deberían haberse notificado “previamente al concesionario” la adjudicación provisional de la concesión administrativa “en fraude de la ley de fecha 22 de febrero de 2013 (...), lo que pudiera ser constitutivo por su gravedad de un delito de prevaricación”, y la “tramitación en desviación de poder constitutiva de prevaricación de una suspensión de autorización VD”, junto con la inutilización “por vía de hecho (de) las máquinas electrónicas digitales de cobro de billetes accionadas a distancias propiedad del Consorcio (...), lo que pudiera denotar una maquinación delictiva”, y pone de manifiesto la “inexistencia en el expediente de resolución firmada por el Consejero de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente”, que tampoco se le ha trasladado.

Manifiesta que en la copia del expediente que se le entregó en el trámite de audiencia “han sido omitidos (...) todos los documentos relativos al expediente administrativo de la adjudicación directa” a una determinada UTE de la concesión a que se refiere este procedimiento, “todos los documentos relativos al expediente administrativo de la suspensión de las autorizaciones VD” y “la resolución del recurso de alzada” sobre la denegación de adscripción de vehículos, “no siendo suficiente que se aporte una certificación firmada por un Jefe de Servicio”, y reitera que no se le dio traslado del dictamen de este Consejo Consultivo y que solicitó una copia íntegra del expediente y la concesión de un nuevo plazo de alegaciones.

Refiere la “inexistencia de periodo de instrucción para acreditar los hechos”, y sostiene que los que se le han imputado “no han sido objeto de un expediente instructor contradictorio con práctica de prueba”. Subraya que se le atribuye la “inexistencia de tres vehículos con contrato de arrendamiento (...), un vehículo embargado y (...) la omisión de la acreditación de los seguros obligatorios” y señala, al respecto, que la empresa no fue requerida para “la aportación documental de los contratos”, precisando que fueron presentados “ante la Dirección General de Transportes de la Administración territorial tutelante”; que “el hecho accidental de que un vehículo sufra un embargo preventivo es simplemente un error de la autoridad embargante (...), dado que los vehículos adscritos a una concesión administrativa de transporte público (...) son inembargables”, y que “es falso que carezcan de seguros obligatorios”.

Señala que “la suspensión de las autorizaciones VD de transporte discrecional por causas ilegítimas no es un hecho imputable al concesionario, sino a la Administración”, y que “la resolución adoptada al parecer por el Director General de Transportes de la Consejería (...), además de ilegal y de incurrir en desviación de poder, no es firme”, habiendo sido objeto de recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, “por lo que en tanto no adquiera firmeza en vía administrativa no es apta para resolver un contrato de concesión administrativa”. Considera que la actuación del Director General de Transportes “constituye desviación de

poder y un posible delito de prevaricación”, y que “al existir una concesión administrativa que es un título habilitante superior, bilateral, sinalagmático y de naturaleza contractual no es posible que la Administración suspenda las autorizaciones VD de transporte discrecional, pues al hacerlo viola fraudulentamente el procedimiento y las causas de modificación y resolución de la concesión”.

Tras poner de manifiesto la “incompetencia del Director General de Transportes y Movilidad (....) sobre autorizaciones y concesiones administrativas de transportes públicos regulares permanentes de viajeros de uso general, y por tanto para resolver a 27 de febrero de 2013 sobre la suspensión de la concesión administrativa de uso general de que es titular” la empresa interesada, basándose para ello en lo dispuesto en el Decreto 77/2012, de 14 de julio, por el que se establece la Estructura Orgánica Básica de la Consejería de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, y en la Resolución de 29 de junio de 2012, por la que se delegan competencias en el seno de la misma, concluye que el Director General “solo tiene competencia sobre la autorización, pero no sobre la suspensión o resolución” de autorizaciones VD.

Expone que “se alega como causa de extinción de la concesión la suspensión de las autorizaciones VD (...) acordada por el Director General (...) por causa de incumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social, a pesar de que la LOTT exige para ello la concurrencia de sanciones reiteradas con resolución firme que no existe en el presente caso”, y cita en su apoyo los artículos 42 y 44 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

Denuncia la “falta de autorización por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, y en su caso por el Consejo de Administración del Consorcio de Transportes de Asturias, para la resolución de la concesión administrativa por el Director del Consorcio”, así como la “falta de delegación del Consejo de Administración del Consorcio de Transportes de Asturias en el Director General”.

Indica que "en la fecha de 8 de marzo de 2013, de adopción del acuerdo de incoación del expediente de extinción de la concesión, estaba sin resolver el recurso de alzada de 7 de marzo de 2013", y resalta que "el acuerdo de incoación del expediente de resolución (...) nombra a un instructor y abre con ello un periodo de instrucción, y por tanto la audiencia al concesionario es prematura por no existir propuesta de resolución, que solo puede ser redactada una vez instruido el expediente, ni propuesta de oficio acordando la resolución del contrato, pues en el caso específico del art. 109.1 RGCSF el contratista se debe oponer en su caso a una propuesta de oficio adoptada una vez completada la instrucción del expediente".

Expone, asimismo, que "recusa a la (...) Consejera ante su superior jerárquico, que es el Presidente del Principado de Asturias, al "Director General de Transportes y de Movilidad" y a la "Jefa de Contratación del Consorcio", con los "efectos suspensivos previstos por el art. 77 LRJPAC", así como a "la representación en el Consorcio (...) del Ayuntamiento de Avilés, del Ayuntamiento de Langreo, del Ayuntamiento de Mieres, del sindicato UGT y de CCOO" y a "los miembros del Consorcio que hayan votado a favor" del acuerdo adoptado en la "reunión del 22 de enero de 2013" sobre una nueva contratación directa de la concesión administrativa.

Asegura que "no concurren los incumplimientos alegados", pues reitera que "están acreditados ante la Dirección General de Transportes y Movilidad los tres contratos de arrendamiento (...) de los que se imputa su falta", precisando que "la media de todos ellos es inferior a diez años"; que "de ellos dos están adaptados para personas de movilidad reducida", identificándolos por su matrícula; que "todos tienen seguros obligatorios, sin que (la empresa) haya sido requerida" para aportarlos, y que "la existencia de un embargo es un error del embargante".

A la vista de ello, solicita "la acumulación" de los tres expedientes a los que se ha venido refiriendo (resolución del contrato de concesión, suspensión administrativa de autorizaciones VD y adjudicación provisional de la explotación de la concesión "X"), con "otorgamiento de un nuevo plazo de alegaciones por

diez días (...) y que, con admisión a trámite, sustancie y resuelva las causas de recusación y tenga por formulada *ad cautelam* desde este momento la oposición de la concesionaria a la resolución del contrato de concesión, por ser nulo el acuerdo de incoación de 8 de marzo de 2013 (...) y por no existir, en cuanto al fondo, los incumplimientos que se invocan en el acuerdo de 28 de diciembre de 2012 del Director del Consorcio (...), supuestamente confirmado en alzada por el (...) Consejero de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente (...), notificada a 17 de mayo de 2013, pendiente de recurso de reposición y en su caso de recurso contencioso-administrativo, por lo que no es firme”.

16. Con fecha 27 de mayo de 2013, el Jefe de los Servicios Jurídico-Administrativos del Consorcio de Transportes de Asturias emite informe sobre las alegaciones presentadas. En la medida en que gran parte de las mismas ya habían sido informadas el 5 de abril de 2013 (al ser reiteración de otras anteriores), el autor del informe se limita a reproducir en su práctica integridad aquel informe, en el que consideró probados los incumplimientos que se imputan a la contratista.

Añade que no “tiene sentido alguno pretender la imposibilidad de suspender la autorización de transporte público discrecional VD de una empresa transportista en tanto que sea concesionaria de un servicio de transporte público regular de viajeros por carretera de uso general, toda vez que la autorización VD es un requisito imprescindible para el otorgamiento y posterior mantenimiento de la concesión, pero ello en modo alguno impide que pueda ser suspendida o dada de baja durante su vigencia, teniendo en cuenta que la primera es una autorización para el ejercicio de la genérica actividad de transporte público discrecional de viajeros en autobús (artículo 109 del ROTT, y artículos 1 y 16 de la Orden de 23 de julio de 1997), y la segunda un contrato administrativo”. Tampoco tiene sentido, según el autor del informe, “la pretensión de recusación de determinados miembros del Consejo de Administración del Consorcio de Transportes de Asturias, no estando ninguno

de los supuestos señalados entre los previstos en la normativa vigente, ni (...) la acumulación de los expedientes” que solicita, por ser absolutamente independientes y “firmes en vía administrativa dos de ellos”.

Finaliza informando “favorablemente la resolución del contrato”, propone “la suspensión del plazo para resolver” y señala que, “con carácter previo a la resolución del contrato, que deberá ser aprobada por el Consejo de Administración del Consorcio de Transportes de Asturias, habrá de solicitarse autorización al Consejo de Gobierno del Principado de Asturias”.

17. El día 28 de mayo de 2013, la Instructora del procedimiento eleva propuesta de resolución del contrato que nos concierne en “aplicación de la causa de extinción prevista en el apartado h) del artículo 95 del ROTT, imputable exclusivamente al incumplimiento culpable de la empresa concesionaria”, al considerar acreditado un “incumplimiento de las cláusulas 2.5.2, 2.5.8 y 2.5.10” del contrato suscrito, “por no mantener adscritos a la concesión los diez vehículos exigidos, por no mantener adscritos un mínimo de dos vehículos accesibles (...) y por superar los vehículos adscritos una media de antigüedad de diez años”, y un “incumplimiento de la cláusula 2.5.1, por carecer de autorización habilitante para la realización de transporte discrecional de viajeros (...) a partir del día 3 de marzo de 2013, según se deriva de la Resolución de 27 de febrero de 2013, del Director General de Transportes y Movilidad del Principado de Asturias”.

18. Con fecha 28 de mayo de 2013, el Director General del Consorcio de Transportes de Asturias acuerda “suspender el plazo para la resolución del procedimiento de resolución del contrato” que analizamos, lo que se notifica mediante burofax al representante de la mercantil.

19. En este estado de tramitación, mediante escrito de 4 de junio de 2013, registrado de entrada el día 11 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta

preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de gestión del servicio público, de uso general, de transporte regular de viajeros por carretera correspondiente a la concesión "X", adjuntando a tal fin una copia autenticada del expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra o), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra o), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

En la solicitud de dictamen se requiere a este Consejo que lo emita por el procedimiento de urgencia, "de conformidad con lo previsto en el artículo 109.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas". En atención a lo señalado en el artículo 19, apartado 3, de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, del Consejo Consultivo, y en aplicación de lo dispuesto en la norma invocada, conforme a la cual todos los trámites de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente, el presente dictamen se emite dentro del plazo de quince días hábiles.

SEGUNDA.- Las concesiones de transporte regular de viajeros por carretera, como la que se somete a nuestra consideración, han sido tradicionalmente objeto de regulación por la legislación especial; en el caso concreto de las concesiones zonales su régimen jurídico se encuentra contenido básicamente

en los artículos 78 a 80 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante LOTT), y en los artículos 98 y 99 de su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (en adelante ROTT). Igualmente, resulta de aplicación la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), vigente al momento de la formalización del contrato.

El artículo 149 de la LCSP enumeraba, al igual que el ahora vigente artículo 210 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, el elenco de prerrogativas de la Administración pública, entre otras, la de acordar su resolución. Y así, la cláusula 4.5.5 del contrato suscrito determina que, "dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la Ley de Contratos del Sector Público y en la LOTT, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de (...) acordar su resolución y determinar los efectos de esta".

Como venimos sosteniendo en dictámenes similares, el ejercicio de tal prerrogativa, a fin de garantizar no solo el interés público, sino también el que los concesionarios tienen en el cumplimiento de los contratos, exige la concurrencia de motivos de interés público que lo justifiquen, así como la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. Si se incumple el procedimiento, la causa resolutoria pierde su legitimación, pues aquella potestad solo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley.

En cuanto a la extinción del contrato, debemos distinguir entre las normas que determinan el procedimiento a seguir, que disciplina la normativa vigente al momento de inicio del expediente de resolución -el TRLCSP-, y las que establecen las causas de resolución, que no pueden ser otras que las que imperan en el momento de la adjudicación del contrato. En concreto, la cláusula 4.6 del contrato dispone que son causas de extinción de la concesión "las previstas en el artículo 82 de la LOTT y en el artículo 95 del ROTT, así como las que resulten de aplicación contenidas en los artículos 206 y 262" de la LCSP.

La competencia para resolver en los supuestos de extinción de la concesión corresponde al Consorcio de Transportes de Asturias, según dispone el artículo 4 de la Ley del Principado de Asturias 1/2002, de 11 de marzo, del Consorcio de Transportes de Asturias (en adelante Ley del Consorcio), y más concretamente a su Consejo de Administración, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9, apartado j), de la misma Ley. Al respecto, hemos de reparar en que la resolución de inicio del expediente que analizamos justifica la competencia del Director General del Consorcio con invocación de lo "establecido en el artículo 19.2" de la Ley del Principado de Asturias 1/2002, de 11 de marzo, por considerar que le corresponde como "órgano de contratación". Resulta incuestionable que la formalización de la concesión ha de realizarse mediante la celebración del correspondiente contrato administrativo, y que tal instrumento contractual ha de suscribirlo un órgano unipersonal. Sin embargo, la intervención del Director General en los actos de instrumentación ha de salvaguardar la competencia para resolver las autorizaciones y concesiones que la Ley del Consorcio atribuye al Consejo de Administración.

En todo caso, y aunque el expediente que analizamos no incorpora los antecedentes que pudieran ilustrar sobre el respeto al reparto de competencias en el seno del Consorcio y sobre el alcance de las actuaciones de instrucción del procedimiento realizadas por el Director General, consideramos -como habíamos anticipado en el Dictamen Núm. 369/2009- que la competencia para declarar, llegado el caso, que se incumplen las condiciones del contrato de concesión, y por ello que concurren motivos para la extinción de la concesión, corresponde al Consejo de Administración del Consorcio de Transportes de Asturias, en función de lo dispuesto en el ya repetido artículo 9, apartado j), de la Ley del Consorcio.

En cuanto al procedimiento, el propio artículo 224.1 del TRLCSP citado se remite a un desarrollo reglamentario aún no aprobado, por lo que habremos de acudir al artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de

octubre, que establece como primer trámite la “Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio”.

El expediente sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento de todos los trámites señalados, y en lo que se refiere al plazo máximo para resolver y notificar la resolución que recaiga, la Administración ha utilizado la posibilidad de suspender el transcurso de dicho plazo de resolución por causa de la petición de dictamen a este Consejo Consultivo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).

TERCERA.- Procede ahora que analicemos el fondo de la cuestión que se nos plantea, es decir, si la empresa incumplió, como sostiene la propuesta de resolución, las cláusulas 2.5.2, 2.5.8 y 2.5.10, y también la 2.5.1, del contrato, ya referidas; a saber, no mantener adscritos a la concesión los diez vehículos exigidos; no mantener adscritos dos vehículos accesibles; superar, con los vehículos adscritos, la antigüedad media de diez años, y carecer de autorización habilitante (VD).

Frente a tales imputaciones, y pese a que dispuso de dos trámites de alegaciones -el segundo habilitado en consideración a la hipotética indefensión que podría derivarse de una notificación incompleta del trámite de audiencia-, la empresa se limita a negar dichos incumplimientos, sin aportar prueba alguna, y a solicitar que se abra un nuevo trámite de audiencia.

Este Consejo Consultivo es consciente de que, acaso llevados por un exceso de celo en la defensa de los intereses representados, algunos profesionales del Derecho sostienen en ocasiones tesis en extremo forzadas del ordenamiento jurídico en favor de sus clientes, cuyo límite se encuentra en la deontología profesional. Nuestra labor consiste en depurar esas interpretaciones con el mayor rigor posible. Sin embargo, consideramos que los límites se exceden cuando, como aquí sucede, se imputa a casi todas las autoridades relacionadas con la cuestión que se debate la “supuesta” comisión

no solo de un sinfín de irregularidades administrativas de toda índole, sino incluso un gran número de ilícitos penales (“prevaricaciones” y “maquinación delictiva”) cuya posible valoración correspondería a los órganos jurisdiccionales de tal orden, sin que conste -como resultaría obligado- que quien tiene conocimiento de tales hechos presuntamente delictivos los hubiera puesto en conocimiento de aquellos órganos.

Al margen de ello, hemos de comenzar por recordar, en línea de principio, que durante el trámite de audiencia los interesados no solo pueden presentar alegaciones, sino también “los documentos y justificaciones que estimen pertinentes”, lo que resulta de una interpretación recta (literal) del artículo 84.2 de la LRJPAC. En consecuencia, si -como sostiene el representante de la interesada- existen “tres contratos de arrendamiento” que justificarían la adscripción de determinados vehículos al contrato, la utilización razonable del procedimiento administrativo por parte de quien se opone a la resolución del contrato aconsejaría que, junto con la alegación, se incorporase igualmente la prueba; y lo mismo cabe decir respecto a su afirmación de que poseen los “seguros obligatorios” cuya exhibición, al parecer, no le ha “sido requerida”. Nada más fácil habría sido, en aplicación equilibrada del procedimiento administrativo, que aportar aquellos justificantes, que de existir -como se dice con singular redundancia- demostrarían sin duda lo erróneo de las conclusiones a las que llega la Administración al ignorarlos. Nada de eso se ha hecho, y, por tanto, no es posible tener en cuenta ninguna de dichas consideraciones, dado que no podemos amparar desde este Consejo una invocación torcida de las garantías jurídicas con una finalidad obstruccionista que raya en el filibusterismo procesal.

Pues bien, si la empresa no presenta justificante alguno en prueba de su oposición a la resolución del contrato, debemos analizar las que aporta la Administración en relación con tales incumplimientos.

Al respecto, queda acreditado en el expediente que, a través de burofax de 8 de septiembre de 2012, la empresa se dirige al Consorcio manifestando que el día 7 de septiembre de 2012 “se procede a dar de baja” cinco vehículos

adsritos a la concesión, solicitando que se incorporen otros cinco (con lo que la antigüedad media de la flota, según sus propios datos, pasa a ser de 9,995 años) e indicando cuáles son los dos vehículos adaptados (PMR), dado que uno de los que figuraba en la adscripción inicial había sido vendido, como después se pudo comprobar (folios 520 y 530).

Mediante notas manuscritas de trabajo sobre copias de dicho documento, constatamos que el Consorcio cuestiona la viabilidad de la solicitud, al constarle que determinados vehículos pertenecen a otra empresa y que alguno está embargado o dado de baja con fecha muy anterior a la comunicación del cambio de adscripción (folios 531 y 541). En consecuencia, el día 9 de octubre de 2012, el Director General del Consorcio requiere a la empresa para que aporte documentación de tres vehículos “en la que conste su disponibilidad por parte” de la empresa concesionaria.

En contestación a dicho requerimiento, la empresa entrega, el 26 de octubre de 2012, una copia del permiso de circulación y de la “tarjeta ITV” donde se comprueba que los tres vehículos figuran a nombre de una tercera empresa, sin aportar ningún otro documento en el que, como se le solicitaba, “conste su disponibilidad por parte” de la ahora interesada (folios 556 a 567).

Con fecha 28 de diciembre de 2012, el Director General del Consorcio resuelve denegar la solicitud de cambio de vehículos instada por la concesionaria. Relata que tres de ellos ya habían sido dados de baja antes de aquella solicitud, pues dos se habían vendido a otra empresa en noviembre de 2011 y mayo de 2012 y un tercero había sido dado de baja definitiva el día 14 de mayo de 2012. Es decir, el Consorcio constató que la empresa venía incumpliendo su obligación de mantener diez vehículos adsritos, de modo que cuando aquella solicita los cambios tan solo mantenía la disposición de siete de ellos. Por otro lado, y pese a habersele requerido formalmente, no justificó la disponibilidad de tres de los vehículos que figuraban en los archivos de la Dirección General de Tráfico a nombre de otra empresa. Además, advierte que sobre uno de los vehículos cuya adscripción solicita la empresa en esa fecha (8 de septiembre de 2012) consta una anotación de embargo el día 30 de abril de

2012, casi cinco meses antes de que manifestase su intención de adscribirlo a la concesión. Por último, comprueba que tampoco aporta los seguros obligatorios de esos vehículos.

La consecuencia de todo ello es que el Consorcio resuelve “no hacer efectivo el cambio solicitado”, y advierte a la empresa de que incurre en la “infracción tipificada en el artículo 198.1 del ROTT” (folios 624 a 627).

Con fecha 7 de marzo de 2013, la empresa concesionaria presenta un recurso de alzada frente a la resolución anterior en el que señala, respecto a la disponibilidad de los tres vehículos, que en la propia Consejería ante la que dirige el recurso consta el “contrato de alquiler (...) en el que se prueba la disponibilidad de los vehículos”; sobre los embargos, afirma que los vehículos fueron precintados “con fecha 19 de diciembre de 2012” (pero no alude a la fecha de anotación del embargo en el registro -30 de abril de 2012-), y, en relación con los seguros, alega que tal documentación “no se solicitó en ningún momento” (folios 672 a 675). Aunque con su recurso aporta fotocopia de un sinfín de documentos (folios 676 a 725), no incorpora la de aquellos que podrían cuestionar la resolución administrativa que se combate, toda vez que no presenta copia de los contratos de arrendamiento de los tres vehículos cuya disponibilidad ha de probar, ni la de los seguros obligatorios correspondientes.

El día 13 de mayo de 2013, la Consejería de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente dicta Resolución por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto (folios 823 a 826).

A la vista de cuanto antecede, consideramos acreditado que la empresa concesionaria, antes de pedir el cambio de adscripción, incumplía su obligación de mantener vinculados a la concesión diez vehículos, puesto que había vendido dos (el 9 de noviembre de 2011 y el 2 de mayo de 2012), había dado de baja un tercero (el 14 de mayo de 2012) y había sufrido el embargo de otro (anotado el 30 de abril de 2012). Una vez solicitado el cambio, también consta la baja de un cuarto vehículo (el día 13 de septiembre de 2012) y, como no probó la disponibilidad de tres de ellos, ni que dispusieran de seguros, tampoco pudo aceptarse la sustitución que instó, incumpliendo así, desde el 9 de

noviembre de 2011, la cláusula 2.5.2 del contrato que exige el mantenimiento de diez vehículos adscritos a la concesión.

También resulta probado que no se adscriben a la concesión dos vehículos adaptados (PMR), puesto que uno de los que cumplía tal condición fue vendido el 2 de mayo de 2012, y la solicitud de adscripción de los nuevos (entre los que figuraba uno que, según la empresa, cumple tal característica técnica) fue rechazada. En definitiva, incumple la cláusula 2.5.8 del contrato desde el 2 de mayo de 2012.

Como consecuencia de la no aceptación del cambio de adscripción de vehículos, la empresa únicamente disponía de seis vehículos adscritos, y si bien la antigüedad media de tal flota en la fecha de solicitud del cambio (10 de septiembre de 2012) era inferior a los 10 años (algo superior a 9,9), a la fecha de la resolución denegatoria la media de antigüedad ya superaba los 10. Por tanto, dado que la cláusula 2.5.8 dispone que “la media de antigüedad del conjunto de vehículos adscritos no podrá ser superior en ningún momento a la señalada” -10 años-, y que, pese al rechazo de su pretensión, la mercantil no solicitó la adscripción de ningún otro vehículo, resulta acreditado que desde el 28 de diciembre de 2012 la interesada incumple también la cláusula 2.5.8 del contrato en relación con los seis vehículos que restaban adscritos.

En cuanto a la carencia de autorización VD de transporte de viajeros por carretera, cabe decir que en el expediente se constata que el Director General de Transportes y Movilidad de la Consejería notificó el día 1 de marzo de 2013 al Consorcio la suspensión de la autorización VD, advirtiéndole “que la empresa deberá cesar en sus actividades de transporte de viajeros por carretera a las 24:00 horas del sábado día 2 de marzo de 2013” (folio 653). Es decir, desde esa fecha la empresa incumple la cláusula 2.5.1 del contrato, que dispone que, “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del ROTT, el concesionario deberá contar con una autorización habilitante para la realización de transporte discrecional de viajeros que ampare a los vehículos adscritos a la concesión”. Y, dada la exigencia de título administrativo habilitante para la realización del transporte por carretera, según establece el artículo 47 de la LOTT, en tanto

subsista la suspensión de dicha autorización la empresa estaría, además, inhabilitada para prestar tales servicios de transporte de viajeros por carretera.

Por último, y respecto a los posibles efectos de la resolución, la Administración sostiene que no existen daños o perjuicios indemnizables, por lo que en nada afecta a la garantía prestada. En todo caso, cabe advertir que la resolución del contrato podría haber ocasionado determinados gastos, como serían los costes administrativos de gestión de la resolución contractual y de la suscripción del nuevo contrato, que podrían haberse liquidado en expediente contradictorio y hacerse efectivos sobre la garantía constituida.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución, por incumplimiento del contratista, del contrato de gestión del servicio público, de uso general, de transporte regular de viajeros por carretera correspondiente a la concesión "X", adjudicado a la mercantil, sometido a nuestra consulta."

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.