



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº 128/2018

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 14 de mayo de 2018, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Ilma. Sra. Secretaria General de la Consejería de Presidencia y Fomento (por delegación del Excmo. Sr. Consejero), mediante oficio registrado el día 13 de abril de 2018, sobre resolución del contrato de gestión de servicios públicos de transporte regular de viajeros de uso general MU-043, MURCIA-LORCA (expte. 73/18), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 10 de marzo de 1960, el Ministro de Obras Públicas adjudicó a la "Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles" (RENFE), la concesión de servicio público de transporte regular de viajeros por carretera entre Lorca y Murcia, conforme al entonces vigente Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres Mecánicos por Carretera de 9 de diciembre de 1949. En la resolución ministerial de concesión no obra el plazo concesional. No se remiten los posibles pliegos de condiciones para la adjudicación ni el eventual contrato suscrito al efecto.

SEGUNDO.- Mediante Resolución del Director General de Transportes de esta Administración regional de fecha 8 de junio de 1988 se autorizó --". En dicha resolución se expresa que la explotación del servicio comenzó el 13 de mayo de 1960.

TERCERO.- Mediante Orden de 31 de marzo de 1995 (publicada en el BORM del siguiente 17 de abril), del Consejero de Política Territorial y Obras Públicas se acordó la "sustitución" de la concesión por otra nueva, lo que implicaba, entre otras circunstancias, que la nueva concesión tuviera un plazo de veinte años, a contar del modo establecido en la Disposición transitoria cuarta de la Ley 30/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT). La referida Orden fue dictada en aplicación del número 4, b), 1º de la citada Disposición Transitoria Segunda LOTT.

Mediante Resolución del Director General de Transportes de 15 de mayo de 1995, convalidada por Orden del Consejero competente de 22 de junio de 2004, y al amparo de lo establecido en el artículo 167 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se autorizó una prórroga excepcional de cinco años sobre el plazo concesional resultante de la sustitución de la concesión acordada en marzo de 1995. De todo ello resultaba entonces que la nueva concesión (denominada MU-043-MU), derivada de la antigua de 1960, vencía el 13 de mayo de 2012.

CUARTO.- El 2 de diciembre de 2009 la concesionaria y el Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio firman el contrato-programa regulado en el artículo 4 de la Ley regional 10/2009, de 30 de noviembre de 2009, de Creación del Sistema Integrado de Transporte Público de la Región de Murcia y Modernización de las Concesiones de Transporte Público Regular Permanente de Viajeros por Carretera. En virtud de sus artículos 5.3 y 6, desde la citada firma del contrato-programa, el plazo concesional se ampliaba en diez años, por lo que el plazo de vencimiento de la concesión finaliza el 13 de mayo de 2022.

QUINTO.- Mediante escritos de 6 de noviembre de 2017, un particular y el presidente de la Asociación de Empresarios de Transporte de Servicio Discrecional de la Provincia de Murcia comunican a la citada Dirección General de Transportes que del Registro de Empresas y Actividades del Transporte del Ministerio de Fomento se desprende que "- no ha obtenido el visado bianual de su autorización administrativa como empresa de transporte regular de viajeros por carretera, a fin de que adopten las medidas procedentes.

SEXTO.- El 11 de noviembre de 2017 la Jefa de Sección de Viajeros y la Jefa del Servicio de Transportes de la citada Dirección General emiten informe en el que, en síntesis, expresan que el 26 de septiembre de 2017 la empresa solicitó el visado de su autorización de transporte VD-N, requiriéndosele el siguiente 29 para que aportara diversa documentación preceptiva al efecto, lo que no consta que fuese atendido, por lo que se ha constatado en el sistema informático SITRANGESTIÓN, del Ministerio de Fomento, que dicha empresa se encuentra en situación de baja desde el 30 de septiembre de 2017; y que como los artículos 82.3, c) y 83.3 LOTT (en la redacción dada por la Ley 9/2013, de 4 de julio) establecen que es causa de resolución necesaria del contrato de gestión de servicios públicos de transporte regular de viajeros por carretera "*la pérdida por el contratista de la autorización de transporte público de viajeros...*", procede la incoación de un procedimiento para declarar la resolución del contrato, con las consecuencias previstas en el último de los citados preceptos (pérdida de la garantía constituida).

SÉPTIMO.- A propuesta de la citada Dirección General, el 20 de noviembre de 2017 el Consejero de Presidencia y Fomento acuerda iniciar un procedimiento para declarar la resolución del contrato en cuestión, con pérdida de la garantía prestada, por las razones expresadas en el referido informe.

OCTAVO.- El 11 de enero de 2018 el Jefe del Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería informa favorablemente la resolución, con similares fundamentos a los ya expuestos.

NOVENO.- Otorgado el preceptivo trámite de audiencia al contratista y a su avalista, el primero presentó un escrito el 14 de febrero de 2018 en el que se opone a la resolución del contrato; en síntesis, por considerar que el requerimiento de aportación de documentación efectuado, según la Administración, el 29 de septiembre de 2017 nunca le fue notificado (en la dirección electrónica que afirma que había facilitado previamente), porque en este caso la Administración no le envió el aviso de puesta a disposición de la notificación electrónica a que se refiere el artículo 41.7 (sic., en realidad, 6) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), mientras que otros actos, anteriores o posteriores al citado, sí le habían sido notificados.

Alude a un escrito suyo previo de 30 de noviembre de 2017 (no obrante en el expediente remitido), en el que dice que expresaba que el visado estaba en tramitación en aquellas fechas, como entonces se podía comprobar mediante la aplicación SITRANGESTIÓN del Ministerio de Fomento.

Añade que la autorización de transporte se encuentra vigente a fecha actual, presentando al efecto copia de la autorización-tarjeta de transporte VD-N a nombre de la empresa, en la que consta como fecha de autorización el 5 de diciembre de 2017, con validez hasta el 31 de octubre de 2019, sujeta a visado en septiembre de 2019. Añade que, en todo caso, las autorizaciones de transporte caducadas pueden ser objeto de rehabilitación, como es el caso (según se deduce de su escrito).

DÉCIMO.- El 20 de febrero de 2018, la Jefa del Servicio de Transportes emitió informe en el que, en síntesis, reitera los hechos ya expresados en anteriores informes y añade que el requerimiento de subsanación, para la aportación de los documentos necesarios para realizar el visado de la autorización, que dice que fue realizado por la Administración el 29 de septiembre de 2017, fue "rehusado" por la empresa el 15 de octubre de 2017, según la aplicación SITRANSGESTIÓN, por lo que la empresa no presentó tal documentación, lo que motivó (según se deduce) que el 30 de septiembre de 2017 se la considerara en dicho Registro en situación de baja, por no obtener el visado de la autorización en el plazo establecido.

Asimismo, añade que el 16 de noviembre de 2017 la empresa presentó una solicitud de alta de dicha autorización, a la que la Administración respondió con un requerimiento de presentación del documento preceptivo (para acordar la rehabilitación de la autorización caducada, hay que entender, conforme con la normativa aplicable en la materia), en concreto, el documento acreditativo de la vigencia de la ITV correspondiente al vehículo -- (que, se deduce, estaba adscrito a la concesión), aportando luego la empresa dicha documentación, por lo que se le autorizó (o rehabilitó) la autorización de transporte con fecha 5 de diciembre de 2017, con validez hasta el 31 de octubre de 2019.

No obstante, dicho informe viene a considerar que el hecho de que la concesionaria perdiera en su día (30 de septiembre de 2017) su autorización de transporte por no obtener en plazo su visado, pues en su momento no cumplimentó el requerimiento de aportación de documentos, implica la necesaria procedencia de resolver el contrato (al margen, pues, de la posterior rehabilitación de la autorización), con pérdida, además, de la garantía prestada, conforme a lo establecido en los artículos 82.3, c) y 83.3 LOTT (en la redacción dada por la Ley 9/2013, de 4 de julio).

UNDÉCIMO.- El 9 de abril de 2018 el Director General de Transportes, Costas y Puertos, acogiendo lo informado anteriormente, formula propuesta de resolución, a elevar al Consejero competente, para que se declare la resolución del contrato de referencia y la pérdida de la garantía prestada, previo Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico de la Región de Murcia al haberse formulado oposición del contratista.

DUODÉCIMO.- En la fecha y por el órgano expresado en el encabezamiento del presente se solicitó Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico, acompañando parte del expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo al versar sobre un procedimiento de resolución de un contrato de gestión de un servicio público regional, en concreto, de una concesión de un servicio público de transporte regular de viajeros por carretera entre Lorca y Murcia, de conformidad con lo establecido en los artículos 83.1 de la LOTT, en la redacción dada por la Ley 9/2013, de 4 de julio, y 211.3, a) del Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, como normas procedimentales aplicables al procedimiento objeto de Dictamen, vista su fecha de iniciación, según la doctrina jurisprudencial y consultiva aplicable a estos efectos; todo ello en relación con el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Cuestiones formales.

Previamente al análisis de las cuestiones de procedimiento y de fondo atinentes al procedimiento dictaminado, debe destacarse que el órgano consultante no ha remitido el expediente completo, pues de los Antecedentes que se han reseñado anteriormente se desprende que en el mismo deberían obrar los siguientes documentos, no remitidos a este Conejo Jurídico:

- El expediente completo dirigido al visado de la autorización VD-N de la concesionaria, incluyendo el requerimiento de aportación de documentos de 29 de septiembre de 2017 y los documentos acreditativos del intento de notificación válido de tal requerimiento (incluyendo el aviso de puesta a disposición de la empresa de la notificación electrónica de dicho requerimiento que contempla el art. 41.6 LPACAP).

- El escrito de 30 de noviembre de 2017 a que se refiere la concesionaria en su escrito de alegaciones (f. 63 exp.).

-El expediente completo de solicitud de alta o rehabilitación de la citada autorización de transporte presentada por la concesionaria, al que se alude en el informe reseñado en el Antecedente Décimo.

-Acreditación documental de las diferentes situaciones por las que ha pasado la citada autorización de transporte de la empresa, que se dicen obtenidas de la aplicación SITRANGESTION, del Ministerio de Fomento.

No obstante lo anterior, las observaciones que se contienen en la siguiente Consideración sobre la caducidad del procedimiento resolutorio objeto de Dictamen, e incluso a la vista de las observaciones adicionales que se realizarán posteriormente, eximen de requerir al órgano consultante, en este momento, el envío de la reseñada documentación.

TERCERA.- Régimen jurídico sustantivo y procedural aplicable al contrato y al procedimiento resolutorio

objeto de Dictamen. Régimen procedural: la caducidad del procedimiento.

I. Para determinar el régimen sustantivo aplicable a la pretendida resolución del contrato de referencia, en los aspectos relativos esencialmente a las causas de resolución por las que puede resolverse dicho contrato, debe partirse del trascendental hecho de que, en virtud de la Disposición transitoria segunda, 4, b) LOTT, y, en su aplicación, la Orden regional de 31 de marzo de 1995 (Antecedente Tercero), la concesión otorgada en 1960 fue jurídicamente sustituida por otra en la que, en lo esencial, se mantenían los términos de los servicios de transporte contratados (salvo las modificaciones que pudiera introducir la Administración titular del servicio, según dicha Disposición Transitoria), debiéndose entender que, en virtud de dicha sustitución "*ope legis*", el régimen jurídico de la nueva concesión, en sus aspectos generales, se regía por dicha LOTT. Considerando que la concesión que nos ocupa deriva de la Orden (de sustitución de la anterior) de marzo de 1995, debe concluirse que el régimen sustantivo de la nueva concesión se rige por la LOTT en la redacción vigente en tal fecha, complementada por la legislación de contratos públicos vigente asimismo en tal fecha.

II. En cuanto al régimen jurídico aplicable al procedimiento resolutorio, la conclusión es distinta, pues en numerosos Dictámenes de este Consejo Jurídico se ha recogido la consolidada doctrina jurisprudencial y consultiva que considera que el correspondiente procedimiento debe regirse, en sus aspectos formales, por la normativa ?procedimental- vigente en el momento de su iniciación (Dictamen nº 336/2017, de 27 de noviembre, entre muchos otros).

Quiere decirse que el presente procedimiento resolutorio, iniciado el 20 de noviembre de 2017, se rige, en primer lugar, por el artículo 83.1 LOTT en la redacción dada por la Ley 9/2013, ya citada, que establece que "*la resolución de los contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de viajeros de uso regular se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, mediante el procedimiento que resulte de aplicación de acuerdo con la legislación sobre contratos del sector público*". Esta legislación, a su vez, se remite supletoriamente a la normativa sobre procedimiento administrativo común, y la jurisprudencia viene reiterando que los procedimientos resolutorios de los contratos administrativos iniciados de oficio están sujetos a un plazo de caducidad, que es de tres meses desde su iniciación, como hemos reiterado en numerosos Dictámenes (vid. el ya citado) para los procedimientos, como el presente, iniciados antes de la vigencia de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cuyo artículo 212.8 fija el plazo máximo de resolución de estos procedimientos en ocho meses.

En conclusión, el procedimiento resolutorio iniciado el 20 de noviembre de 2017 está inciso en caducidad, lo que debe declararse, sin perjuicio, si así se estima, de iniciar uno nuevo con el mismo objeto.

CUARTA.- Otras observaciones.

I. Sin perjuicio de lo anterior, un examen sobre el fondo del asunto revela la improcedencia de la resolución contractual pretendida.

Así, debe comenzarse por recordar lo anteriormente expresado en el sentido de que, en los aspectos sustantivos, incluido aquí lo relativo a las causas de resolución del contrato de que se trata, rige la LOTT en su redacción originaria, y no la resultante de su modificaciones posteriores, específicamente, y en la materia que nos atañe, la operada por la ya citada Ley 9/2013.

Ello implica que haya que atenerse a lo establecido en el artículo 82 LOTT en su versión original, que establecía, por lo que aquí interesa, que las concesiones se extinguirán por: "*b) Incumplimiento de las condiciones esenciales de la concesión en los términos previstos en el punto 5 art. 143*", que establecía que "*independientemente de las sanciones que correspondan de conformidad con esta Ley, el incumplimiento reiterado o de manifiesta gravedad de las condiciones esenciales de las concesiones o autorizaciones administrativas podrá dar lugar a la caducidad de la concesión, o a la revocación de la autorización, en ambos casos con pérdida de la fianza*".

Ello supone dos cosas: a) en primer lugar que, frente a la regulación establecida en 2013, la resolución de la concesión (entonces denominada como "*declaración de caducidad*" de la misma) era potestativa y no obligatoria para la Administración; b) en segundo lugar, que la extinción de la concesión de tal modo sólo podía justificarse ante un incumplimiento "*reiterado o de manifiesta gravedad de las condiciones esenciales de la concesión*".

Si ello lo aplicamos al caso que nos ocupa, se advierte que existen circunstancias que impiden apreciar que se den tales supuestos y, por tanto, que, ante la caducidad del procedimiento resolutorio objeto de Dictamen, no proceda iniciar otro con el mismo objeto.

Así, para que la pérdida de vigencia de la autorización VD que debe poseer la concesionaria de un servicio público como el contratado reúna la gravedad necesaria para justificar una medida tan radical y trascendente en la vida del contrato de gestión de servicios públicos como su misma extinción, deben analizarse las circunstancias concretas que hubieren determinado tal pérdida autorizatoria, así como su eventual recuperación por la concesionaria. Y ello porque, como viene reiterando la jurisprudencia y la doctrina, el principio de proporcionalidad entre la gravedad del incumplimiento contractual (incluyendo la ponderación de su imputación a una o ambas partes del contrato) y la decisión de resolver el contrato por tal concreta causa, es una exigencia ineludible en esta materia, so pena de llegar a una solución injusta e incluso contraria al principio de preservación del interés público que está en la base de este tipo de contratos. Vid. en este aspecto nuestro Dictamen nº 155/2014, de 29 de mayo (especialmente la jurisprudencia y doctrina consultiva reseñada en su Consideración Cuarta), entre muchos otros.

II. En primer lugar, debe destacarse que el órgano consultante no ha remitido el correspondiente expediente ni ha ofrecido aclaración alguna sobre las fechas del procedimiento de visado (que es un procedimiento para comprobar el mantenimiento de los requisitos necesarios para disponer de la autorización de transporte). Si, como es sabido, estos procedimientos de visado se inician de oficio (art. 51.1 LOTT y Disposición transitoria cuarta de la Ley 9/2013, ya citada), no se explica que al requerimiento de aportación de documentos que la Administración dice que efectuó a la empresa el 29 de septiembre de 2017 siguiera la declaración de baja de la autorización con fecha del día siguiente a éste. Se supone que la Administración debe esperar al transcurso del plazo de aportación de documentos, sin cumplimentarse, para tener por producida dicha baja; si la autorización VD de la empresa caducó el citado 30 de septiembre de 2017, como se reflejó en el Registro ministerial "*ad hoc*", no se explica que el citado requerimiento documental se demorara hasta realizarlo sólo un día antes de la fecha de la caducidad de la autorización de transporte, y ello además de no acreditarse la validez del intento de notificación electrónica de dicho requerimiento. Alegada por la empresa un hecho negativo, la falta de aviso de tener a su disposición la notificación electrónica de dicho requerimiento, correspondía a la Administración acreditar que dicho aviso se realizó y, además, en tiempo y forma, lo que no ha efectuado. Ante ello, no puede afirmarse que fuere imputable a la empresa la falta de realización del visado en el plazo establecido al efecto.

III. Por otra parte, es necesario añadir que, aun admitiendo que la pérdida de la autorización de transporte VD de la empresa pudiera calificarse como un incumplimiento de una condición esencial de la concesión (la vigencia de tal autorización durante todo el plazo concesional), y se concluyera, en mera hipótesis, que la pérdida de la

autorización fuese enteramente imputable a la empresa, los citados artículos 82, b) y 143.5 LOTT, en su redacción original aquí aplicable exigían que el incumplimiento fuese "reiterado" (lo que no consta) o "grave" (exigencia que viene a concordar con el principio de proporcionalidad de la magnitud del incumplimiento contractual con la decisión de la resolución del contrato, antes apuntado), sin que esto último pueda predicarse en un caso en el que, al margen de otros extremos, antes apuntados y no aclarados sobre las causas de que no se visara en plazo la autorización, resulta que se produce la rehabilitación de la autorización (art. 52.2 LOTT) con fecha 5 de diciembre de 2017, es decir, apenas poco más de un mes después de caducar la hasta entonces vigente, constando que está vigente hasta el 31 de octubre de 2019, por lo que no procedería la nueva iniciación de un procedimiento para declarar la resolución de la concesión.

En definitiva, a la vista de la documentación remitida, no se considera acreditado que la falta de visado de la autorización de transporte VD-N sea imputable a la negligencia de la empresa e, incluso en la hipótesis de que se considerara lo contrario, el eventual incumplimiento de la condición de mantener la vigencia de la autorización durante el plazo concesional no revestiría la gravedad necesaria para acordar, por tal sólo motivo, la resolución de la concesión.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERO.- Debe declararse caducado el procedimiento resolutorio objeto de Dictamen, por las razones expresadas en su Consideración Tercera, II.

SEGUNDO.- A la vista de la documentación remitida y sin perjuicio de lo anterior, no procede iniciar un procedimiento de resolución del contrato de referencia, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

TERCERO.- En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, en cuanto pretende la resolución del contrato de referencia, se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.