

Referencia:	2023/00006903P
Procedimiento:	EXPEDIENTES DE SESIONES JGL 28/07/2023
Asunto:	EXPEDIENTE DE REVISIÓN DE OFICIO DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN DENOMINADO CONTRATO DE GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE LAS LÍNEAS 2 Y 3 DEL TRANSPORTE URBANO DE VIAJERAS/OS DE PUERTO DEL ROSARIO EN LA MODALIDAD DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA”
Secretaria (JLBN)	

**DON JUAN MANUEL GUTIÉRREZ PADRÓN, SECRETARIO ACCIDENTAL DEL
AYUNTAMIENTO DE PUERTO DEL ROSARIO**

CERTIFICO: Que de los datos que obran en esta Secretaría a mi cargo, por la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada con fecha 28 de julio de 2023, se adoptó entre otros el siguiente acuerdo:

3.- ASUNTOS DE LA ALCALDÍA.

3.5.- Expediente de revisión de oficio del procedimiento de contratación denominado CONTRATO DE GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE LAS LÍNEAS 2 Y 3 DEL TRANSPORTE URBANO DE VIAJERAS/OS DE PUERTO DEL ROSARIO EN LA MODALIDAD DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA” (Exp. 7172Y/2022).

Por el Sr. Secretario se da cuenta de la siguiente Propuesta de Resolución en relación al “CONTRATO DE GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE LAS LÍNEAS 2 Y 3 DEL TRANSPORTE URBANO DE VIAJERAS/OS DE PUERTO DEL ROSARIO EN LA MODALIDAD DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA”, y que transcrito literalmente dice como sigue:

“D. JUAN MANUEL GUTIERREZ PADRON, LETRADO JEFE DEL SERVICIO JURIDICO/SECRETARIO ACCTAL. DEL AYUNTAMIENTO DE PUERTO DEL ROSARIO, tiene el honor de emitir el siguiente

I N F O R M E

EXPTE. 2022/7172Y

A) ANTECEDENTES

Por este Ayuntamiento se ha promovido el expediente de contratación denominado “CONTRATO DE GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE LAS LÍNEAS 2 Y 3 DEL TRANSPORTE URBANO DE VIAJERAS/OS DE PUERTO DEL ROSARIO EN LA MODALIDAD DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA”, con un valor estimado de 5.845.528,91 €, más el 7% de IGIC que asciende a 175.365,87€, lo que hace un total de 6.020.894,78 euros.

Consta que por la entidad Buikk 32, Transportes, S.L. se ha presentado escrito de fecha 11 de mayo de 2.023 por el que expone que la empresa en cuestión es actual concesionaria de la línea urbana de Puerto del Rosario según resolución dictada por la Concejala Delegada de Contratación núm. 2019003825.

Señala la referida entidad que ha tenido conocimiento de que se está licitando la implantación de dos nuevas líneas de servicio urbano de transporte de viajeros en el municipio de Puerto del Rosario y que en dicho procedimiento se ha vulnerado el artículo 34.1 del Decreto 72/2012 de 2 de agosto al no habersele dado trámite de audiencia con carácter previo a la implantación de la concesión lo que vicia de nulidad al procedimiento dado que se trata según refiere de un trámite preceptivo y vinculante para la implantación al margen de no haberse recabado informe de la Consejería de Transportes del Gobierno de Canarias.

Consta que el procedimiento de licitación de referencia se inició mediante Providencia de fecha 21 de julio de 2.022, aprobándose el expediente de contratación por acuerdo del Pleno de la Corporación fecha 26 de septiembre de 2.022, en el que se delegó en la Junta de Gobierno Local las competencias para actuar como órgano de contratación, publicándose el correspondiente Anuncio de la Licitación el 10 de octubre de 2.022, finalizando el plazo de presentación de ofertas el 9 de noviembre de 2.022, licitación pública a la que no ha concurrido la entidad Buikk 32, Transportes, S.L.

B) LEGISLACION APLICABLE

Ley 13/2007 de 17 de mayo de Ordenación del Transporte por carretera de Canarias.

Decreto 72/2012, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 13/2007, de 17 de mayo, de Ordenación del Transporte por Carretera de Canarias

Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ley 9/2.017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público.

Ley 7/2.015, de 1 de abril, de municipios de Canarias.

Art. 3.3.3 del Real Decreto 128/2018 de 16 de marzo por el que se regula el Régimen Jurídico de los Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

C) CONSIDERACIONES JURIDICAS

C.1.- CONSIDERACIONES JURIDICAS SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ORDENACION DE TRANSPORTE POR CARRETERA Y LEGISLACION CONCORDANTE AL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACION

Dispone el artículo Art. 48.4 de la Ley 13/2007 de 17 de mayo de Ordenación del Transporte por carretera de Canarias que:

“Con carácter general, las concesiones se referirán a una zona determinada, comprendiendo los servicios, líneas y trayectos que se determinen de forma expresa en el pliego. No obstante, cuando las necesidades de los usuarios así lo aconsejen, sea más adecuado para la organización del servicio público o se trate de una demanda sobrevenida, las concesiones podrán ser lineales, con delimitación de la línea, trayecto y frecuencia, **sin que sea obstáculo para su implantación la eventual concurrencia territorial con una concesión zonal preexistente”.**

Por su parte el artículo 57 de la misma Ley establece que:

“1. Se entiende por transporte urbano, aquel que se desarrolle en núcleos consolidados de población dentro de un mismo término municipal, así como el que comunique entre sí núcleos poblacionales diferentes situados en el mismo ámbito territorial municipal según se establezca reglamentariamente..

2. La competencia en la regulación, planificación, administración, financiación y gestión corresponde a los Ayuntamientos del municipio donde se desarrolle el transporte urbano. Los municipios serán competentes con carácter general para la gestión, inspección y sanción del transporte público urbano de viajeros que se lleve a cabo dentro de sus respectivos términos municipales. También serán competentes para la ordenación de los servicios, así como el establecimiento del régimen tarifario, con sujeción a la normativa general sobre precios.

3. En los términos previstos en la legislación de la Comunidad Autónoma, la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y los Cabildos Insulares podrán delegar a los municipios funciones distintas de las expresadas en el artículo anterior, siempre que las mismas se presten íntegramente dentro del correspondiente término municipal. Asimismo, podrán participar en la financiación del transporte urbano público regular de viajeros en los términos que se acuerden. 3.

4. El transporte urbano regular de viajeros podrá integrarse en el servicio público de transporte insular integrado previo acuerdo de las administraciones promotoras con el Cabildo Insular correspondiente, en el que se establecerán las obligaciones financieras de aquéllas. 4.

De otro lado, dispone el artículo 34 del Decreto 72/2012, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 13/2007, de 17 de mayo, de Ordenación del Transporte por Carretera de Canarias lo siguiente:

“Artículo 34 Compatibilidad entre concesiones de servicios públicos

1. Con carácter general, las concesiones se referirán a una zona determinada, comprendiendo los servicios, líneas y trayectos que se determinen de forma expresa en el pliego. No obstante, cuando las necesidades de los usuarios así lo aconsejen, sea más adecuado para la organización del servicio público o se trate de una demanda sobrevenida, las concesiones podrán ser lineales, con delimitación de la línea, trayecto y frecuencia, sin que sea obstáculo para su implantación la eventual concurrencia territorial con una concesión zonal preexistente. **En todo caso, con carácter previo a la implantación de una nueva concesión se dará audiencia a todos los concesionarios existentes en la isla.**

2. Asimismo, podrán autorizarse tráficos coincidentes con los de otros servicios preexistentes en los siguientes supuestos:

a) Cuando el servicio deba prestarse en la zona de influencia de núcleos urbanos de más de cincuenta mil habitantes de población de derecho, hasta las distancias máximas siguientes medidas en línea recta desde el centro de dichos núcleos:

- Poblaciones de entre doscientos mil y quinientos mil habitantes: quince kilómetros.

- Poblaciones de entre setenta y cinco mil y doscientos mil habitantes: diez kilómetros.

Poblaciones de entre cincuenta mil y setenta y cinco mil habitantes: cinco kilómetros.

No obstante, mediante orden departamental de la persona titular de la consejería de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias competente en materia de transporte por carretera, previo informe de la Mesa del Transporte Terrestre, podrá establecerse en relación con poblaciones concretas distancias distintas de las que resultarían de la aplicación de las anteriores reglas generales.

Habrà de tratarse de concesiones globalmente distintas y deberá justificarse en el expediente la procedencia del establecimiento del tráfico coincidente de que se trate.

b) En los tráficos de competencia municipal coincidentes con otros de servicios interurbanos que se desarrollen dentro de un mismo término municipal.

c) Cuando siendo insuficientes las expediciones realizadas por la línea preexistente para atender debidamente las nuevas necesidades surgidas, el titular de aquella, ante el requerimiento de la administración pública competente para que lleve a cabo las modificaciones precisas, manifieste expresa o tácitamente su desinterés en atenderlas, y la administración pública competente no decida imponerlas con carácter forzoso.

3. La administración pública competente establecerà en los servicios en los que se produzcan coincidencias de tráfico con otros, las medidas que, en su caso, resulten precisas para coordinar y armonizar las condiciones de prestación, tales como el régimen tarifario, la frecuencia y horario de las expediciones u otras con el fin de impedir competencias desleales o perturbadoras, pudiendo determinarse en relación con los tráficos afectados condiciones diferentes a las que rijan para el resto de los tráficos de las concesiones de que se trate.

4. En el supuesto de concesiones zonales su desarrollo deberá ajustarse al plan de explotación aprobado por la administración pública competente, que formará parte de las cláusulas concesionales, especificando los servicios a los que afecta y sus condiciones de prestación, las necesidades de los usuarios y las exigencias de la ordenación territorial y urbanística.

5. A las concesiones zonales se incorporarán todos los servicios lineales existentes, salvo que expresamente se exceptúen por la administración pública concesionaria en atención a la ventaja que para el interés público comporta mantener su funcionamiento separado. La incorporación respetará los derechos económicos de los anteriores titulares.

6. Las concesiones zonales se regirán por las determinaciones de las concesiones lineales en lo que sea de aplicación. La consejería de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias competente en materia de transporte por carretera podrá dictar las normas de adaptación que resulten necesarias”.

C.2) CONSIDERACIONES JURIDICAS RESPECTO A LA OMISION DE TRÁMITE DE AUDIENCIA PREVIA A LA IMPLANTACION DE LA CONCESION COMO ACTO PREPARATORIO DEL CONTRATO

Se alega por la entidad Buikk 32, Transportes, S.L. que en el procedimiento de contratación para la implantación de las líneas 2 y 3 de transporte se ha vulnerado el artículo 34.1 del Decreto 72/2012 de 2 de agosto al no habersele dado trámite de audiencia con carácter previo a la implantación de la concesión lo que vicia de nulidad al procedimiento dado que se trata según refiere de un trámite preceptivo y vinculante para la implantación, al margen de no haberse recabado informe de la Consejería de Transportes del Gobierno de Canarias.

Como se ha señalado, el artículo 34.1 del Decreto en cuestión prevé que con carácter previo a la implantación de una nueva concesión se de audiencia a todos los concesionarios existentes cuando se produzca una eventual concurrencia territorial con una concesión zonal preexistente, trámite que debe considerarse como preceptivo al indicarse en dicho precepto que este trámite se realizará “en todo caso”, si bien el resultado de dicho trámite no es en modo alguno vinculante para la Administración.

Hay que tener en cuenta que la mera omisión de un trámite, aunque fuera preceptivo, no constituye necesariamente por sí sola un vicio de nulidad de pleno derecho, como señala la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1991 y 21 de octubre de 1980) y la doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes 6.175/1997, de 19 de febrero de 1998; 1/1998, de 21 de mayo; 3.170/1998, de 30 de julio, y 2.301/1998, de 10 de septiembre, entre otros muchos).

Ni siquiera la simple omisión del trámite de audiencia da lugar, “siempre y de forma automática”, a la nulidad por esta causa; a este respecto el Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de octubre de 1991, exigió “ponderar, en cada caso, las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada, la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido”. Así se ha pronunciado el Consejo de Estado en sus Dictámenes 6.175/1997, de 19 de febrero de 1998, 1/1998, de 21 de mayo, 1.949/2000, de 22 de junio, 2.132/2000, de

20 de julio, 612/2001, de 5 de abril, y 1.224/2001, de 7 de junio, entre otros. En determinadas circunstancias, cuando un examen detenido del expediente permita excluir que la omisión del trámite de audiencia haya causado indefensión a los interesados, tal omisión puede no dar lugar a un vicio de nulidad de pleno derecho.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 144/1996, de 16 de septiembre, afirma que “en un procedimiento administrativo lo verdaderamente decisivo es si el sujeto ha podido alegar y probar lo que estimase por conveniente en los aspectos esenciales del conflicto en el que se encuentra inmerso”.

Considera igualmente el citado Tribunal, en la Sentencia 210/1999, de 29 de noviembre, que “la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, en general, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa, eliminando o limitando su potestad, bien de alegar derechos e intereses para que le sean reconocidos, o bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del principio de contradicción (por todas SSTC 89/1986, fundamento jurídico 2º o 145/1990, fundamento jurídico 3º), y que esta indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (...)»

(Dictamen 622/2007, de 30 de agosto y, en el mismo sentido, dictamen 251/2018, de 11 de julio)

En relación con la causa de nulidad prevista en la letra a), este Consejo Consultivo, en línea con la reiterada doctrina del Consejo de Estado (por todos, dictámenes 3.221/2000 y 3.226/2000), mantiene que para subsumir en tal precepto una pretendida contravención no basta, obviamente, con la invocación de tal motivo, sino que ha de producirse realmente la violación de un derecho fundamental y que ésta afecte medularmente al contenido del derecho. Para que se produzca lesión constitucional es necesario que el interesado se vea, en efecto, en una situación de indefensión y para ello es preciso que la indefensión sea material y no meramente formal (Sentencias del Tribunal Constitucional 90/1988, 181/1994, 314/1994, 15/1995, 126/1996, 86/1997 y 118/1997, entre otras), lo que implica que el citado defecto haya causado un perjuicio real y efectivo para el demandado en sus posibilidades de defensa (Sentencias del Tribunal Constitucional 43/1989, 101/1990, 6/1992 y 105/1995, entre otras), y, además, es necesario que la indefensión padecida no sea imputable a la propia voluntad o a la falta de diligencia del demandado.

(Dictámenes 393/2019, de 30 de octubre, 191/2019, de 16 de mayo, 81/2016, de 7 de abril, o 622/2007, de 30 de agosto)

Por ello, este Consejo Consultivo considera que la omisión del trámite de audiencia podría incardinarse tanto en la causa de la letra a) -la indefensión lesiona derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional- como de la letra e) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre -por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido-.

C.3) LOS EFECTOS DE LA OMISION DEL TRAMITE DE AUDIENCIA

El trámite de audiencia es el mecanismo para instar y facilitar la participación de las personas interesadas en el procedimiento administrativo. Regulado por el art. 82 de la Ley 39/2015, se lleva a cabo mediante la puesta a disposición de las personas interesadas del expediente administrativo a los efectos de que puedan examinarlo y presentar las alegaciones y documentos que tengan por convenientes para la defensa de sus intereses. Aunque es el único trámite del procedimiento administrativo con presencia en la Constitución¹, no tiene carácter obligatorio en tanto se puede prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado² y su omisión, con algunos matices que ha introducido la jurisprudencia, no constituye una infracción susceptible de amparo³, puesto que las exigencias del art. 24.1 de la Constitución no son trasladables sin más a toda tramitación administrativa⁴ dado que la falta de audiencia en el procedimiento administrativo, incluso cuando es preceptiva, no comporta necesariamente indefensión con relevancia constitucional⁵, que ha de ser corregida en su caso por los órganos judiciales salvo que el procedimiento en que aquélla se haya cometido tenga un carácter sancionador⁶.

Es conocida la doctrina jurisprudencial que considera que la omisión del trámite de audiencia no comporta necesariamente la invalidez del acto resultante del procedimiento administrativo. La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2000 niega que la falta de audiencia pueda considerarse que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento para provocar una nulidad de pleno derecho de la resolución. Este efecto solo se producirá cuando la falta de audiencia produzca indefensión en el interesado. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1997 señala que: *si bien es cierto que el trámite de audiencia, exigido en el art. 91 de dicha Ley constituye, por general, un requisito esencial de validez del procedimiento, cuyo fundamento hay que buscar en el indeclinable principio de contradicción debe presidir toda clase de actuaciones, cualesquiera sea la naturaleza procesal o administrativa de las mismas, no es menos cierto que su observancia es innecesaria, por exigencias de dicho principio; cuando su omisión no produce indefensión a los interesados.*

Del mismo modo, la sentencia de 16 de noviembre de 1999 afirma que *si bien el trámite de audiencia no es de mera solemnidad, ni rito formalista y si medida práctica al servicio de un concreto objeto como es el de posibilitar, a los diferentes afectados en un Expediente, el ejercicio de cuantos medios puedan disponer en defensa de sus derechos, no es menos cierto que la posible nulidad de actuaciones queda supeditada a que la omisión pueda dar lugar a que con ella se haya producido indefensión a la parte.*

La sentencia de 11 de julio de 2003 concreta las circunstancias en que puede darse la indefensión cuando no se practica el trámite de audiencia: *no se produce dicha indefensión material y efectiva cuando, pese a la falta del trámite de audiencia previo a la adopción de un acto administrativo, el interesado ha podido alegar y aportar cuanto ha estimado oportuno. Tal oportunidad de defensa se ha podido producir en el propio procedimiento administrativo*

que condujo al acto, pese a la ausencia formal de un trámite de audiencia convocado como tal por la Administración; asimismo, el afectado puede contar con la ocasión de ejercer la defensa de sus intereses cuando existe un recurso administrativo posterior; y en último término, esta posibilidad de plena alegación de hechos y de razones jurídicas y consiguiente evitación de la indefensión se puede dar ya ante la jurisdicción contencioso administrativa (entre muchas, pueden verse las sentencias de 26 de enero de 1.979 - RJ 232/1.979-; de 18 de noviembre de 1.980 - RJ 4546/1.980-; de 18 de noviembre de 1.980 - RJ 4572/1.980-; de 30 de noviembre de 1.995 - recurso de casación 945/1.992-; o, muy recientemente, la de 30 de mayo de 2.003 -recurso de casación 6.313/1.998-). Lo anterior tampoco supone que la simple existencia de recurso administrativo o jurisdiccional posterior subsane de manera automática la falta de audiencia anterior al acto administrativo, puesto que las circunstancias específicas de cada caso pueden determinar que estos recursos no hayan posibilitado, por la razón que sea, dicha defensa eficaz de los intereses del ciudadano afectado, lo que habría de determinar en última instancia la nulidad de aquél acto por haberse producido una indefensión real y efectiva determinante de nulidad en los términos del art. 63.2 de la Ley 30/1992.

El Tribunal Supremo va más allá todavía para negar eficacia invalidatoria a la omisión del trámite de audiencia invocando la innecesariedad del trámite cuando la eventual subsanación posterior no condujera a un resultado diferente. La sentencia de 21 de octubre de 2008 considera que *cuando existen suficientes elementos de juicio para resolver el fondo del asunto y ello permite presuponer que la nulidad de actuaciones y la repetición del acto viciado no conduciría a un resultado distinto, esto es, cuando puede presumirse racionalmente que el nuevo acto que se dicte por la Administración, una vez subsanado el defecto formal ha de ser idéntico en su contenido material o de fondo, no tiene sentido apreciar la anulabilidad del acto aquejado del vicio formal.*

En el caso que nos ocupa el trámite de audiencia debe considerarse como un trámite esencial habida cuenta que el artículo 34.1 del Decreto 72/2012 de 2 de agosto establece que **“En todo caso, con carácter previo a la implantación de una nueva concesión se dará audiencia a todos los concesionarios existentes en la isla”**.

Si bien la empresa Buikk 32 Transportes, S.L. no ha tomado parte en el procedimiento de contratación, no habiendo presentado Recurso alguno en vía administrativa o jurisdiccional frente a la aprobación del expediente y de los Pliegos que rige la licitación, no habiéndose culminado el expediente con la adjudicación del contrato y concurriendo posible causa de nulidad o anulabilidad al haberse prescindido de un trámite que puede calificarse como esencial en la preparación del contrato se considera procedente analizar la incidencia que esta infracción despliega en el expediente de contratación tramitado.

C.4 SUPUESTOS DE INVALIDEZ DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

El artículo 38 de la LCSP hace referencia a los **supuestos de invalidez de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores**, incluidos los contratos subvencionados del artículo 23 de la LCSP. Así, **serán inválidos** los contratos siguientes:

- Aquellos en los que concurra algunas de las **causas que los invalidan conforme a las disposiciones del derecho civil**.
- Aquellos en que sean **inválidos alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación**, por concurrir en ellos alguna de las **causas de derecho administrativo** que se analizarán a continuación.
- Aquellos en que la invalidez derive de la **ilegalidad de su clausulado**.

El Tribunal Supremo ha señalado en varias ocasiones la diferencia entre la invalidez de los contratos y la resolución de los mismos. En este sentido, la **invalidez** es consecuencia de los vicios concurrentes al tiempo de su celebración, mientras que la **resolución** opera por causas posteriores y presupone la existencia de un contrato válido (sentencia del Tribunal Supremo, rec. 151/2002, de 4 de octubre de 2005, ECLI:ES:TS:2005:5851).

Causas de invalidez de los contratos del sector público conforme el derecho civil

En lo que se refiere a la invalidez de los contratos previstos en el artículo 38 de la LCSP por **causas reconocidas en el derecho civil** que les resulten aplicables, el **artículo 43 de la LCSP** señala que dicha invalidez se sujetará a los **requisitos y plazos de ejercicio de las acciones establecidos en el ordenamiento civil**. No obstante, lo anterior, el **procedimiento para hacer valer dichas causas de invalidez**, en el caso de que el **contrato se haya celebrado por una Administración pública**, se someterá a **lo previsto para los actos y contratos administrativos anulables** en los términos que se expondrán en el siguiente punto.

Causas de invalidez de los contratos del sector público conforme al derecho administrativo

Se distingue en el **capítulo IV del título I del libro I**, relativo al régimen de invalidez, entre las **causas de nulidad y las de anulabilidad de derecho administrativo**.

Cabe citar, en relación con la declaración de nulidad de la adjudicación del contrato, la **sentencia del Tribunal Supremo, rec. 1044/2002, de 31 de octubre de 2005, ECLI:ES:TS:2005:6665**, por la que se establece que se procederá a dicha declaración de nulidad en el caso de que la empresa que hubiese resultado adjudicataria del contrato no cumpliera los requisitos y condiciones establecidas en las bases de la convocatoria.



Conforme a lo dispuesto en el **artículo 39 de la LCSP**, cabe hacer referencia a las siguientes causas de nulidad:

a) Las previstas en el **artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre**, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), esto es:

- Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- Los que tengan un contenido imposible.
- Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta.
- Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.
- Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.
- Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de ley.
- Asimismo, las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

b) Serán, igualmente, **nulos de pleno derecho los contratos celebrados por los poderes adjudicadores en los que concurra algunas de las causas siguientes** (art. 39.2 de la LCSP):

- La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional.
- La falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.
- La falta de clasificación debidamente acreditada del adjudicatario, cuando proceda.

- Estar incurso en alguna de las prohibiciones para contratar del artículo 71 de la LCSP.
- La carencia o insuficiencia de crédito, conforme a la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, u otras normas presupuestarias de las demás Administraciones públicas sujetas a la LCSP, salvo los supuestos de emergencia.
- La falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las comunidades autónomas, en el DOUE o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, conforme al artículo 135 de la LCSP.
- La inobservancia por parte del órgano de contratación del plazo para la formalización del contrato siempre que concurren los dos requisitos siguientes:
 - Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer recurso contra alguno de los actos del procedimiento de adjudicación.
 - Que concorra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener esta.
- Haber llevado a efecto la formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto el recurso especial en materia de contratación sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente para conocer del recurso especial que se hubiera interpuesto.
- El incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que dicho incumplimiento hubiera determinado la adjudicación del contrato de que se trate a otro licitador.
- El incumplimiento grave de normas de derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública que conllevara que el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista, declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un procedimiento con arreglo al artículo 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- La falta de mención en los pliegos de lo previsto en los párrafos tercero, cuarto y quinto del apartado 2 del artículo 122 de la LCSP.

En cuanto a la **nulidad de pleno derecho consecuencia de la omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contengan las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados**, el Tribunal Supremo ha declarado en diversas sentencias que dicha nulidad implica la producción de una clara, manifiesta y ostensible omisión del procedimiento, con ausencia de trámites sustanciales que propicien su estimación (sentencia del Tribunal Supremo, rec. 202/2008, 9 de diciembre de 2011, ECLI:ES:TS:2011:8314).

Por lo que se refiere a la **falta de capacidad de contratación y de clasificación del contratista**, el Tribunal Supremo ha establecido su condición de requisitos imprescindibles, «(...) constatándose la necesidad de acreditamiento de la aptitud técnica y financiera de los contratistas, en congruencia con la entidad de la obra y en previsión de asunción de compromisos desproporcionados a aquella capacidad técnica y financiera, (...)». Como consecuencia de lo anterior, establece la nulidad de la adjudicación en la que se violen las normas sobre capacidad o las prohibiciones previstas (**sentencia del Tribunal Supremo, rec. 1546/1995, de 2 de octubre de 2000, ECLI:ES:TS:2000:6971**).

En relación con la causa de nulidad de pleno derecho derivada de la **carencia o insuficiencia de crédito**, nuestro Alto Tribunal ha señalado la necesidad de asegurar la cobertura presupuestaria indispensable para atender a la obligación que va a contraerse (**sentencia del Tribunal Supremo, rec. 8140/2002, de 22 de junio de 2005, ECLI:ES:TS:2005:4094**).

Causas de anulabilidad de derecho administrativo

Se consideran causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas previstas en la LCSP conforme al artículo 48 de la LPACAP (art. 40 de la LCSP).

El artículo 48 de la LPACAP establece:

- «1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.*
- 2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.*
- 3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo».*

Concretamente, el artículo 40 de la LCSP cita como causas de anulabilidad las siguientes:

- El incumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos en los artículos 204 y 205 de la LCSP.
- Todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.
- Los encargos que acuerden los poderes adjudicadores para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando no observen alguno de los requisitos del artículo 32, apartados 2, 3 y 4, de la LCSP.

Efectos que produce la declaración de nulidad

En el caso de que se declare la **nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación**, cuando sea firme, dicha declaración supondrá la **nulidad del propio contrato**, el cual entrará en fase de liquidación. En este sentido, las partes deberán restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido (art. 42.1 de la LCSP).

Cuando se trate de la **nulidad de los actos que no sean preparatorios**, aquella solo afectará a los propios actos y sus consecuencias (art. 42.2 de la LCSP).

En el supuesto de que la declaración administrativa de nulidad de un contrato produzca un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos del contrato y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio (art. 42.3 de la LCSP).

Los efectos anteriores podrán acordarse en la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto previa declaración de lesividad, conforme al artículo 71 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (art. 42.4 de la LCSP).

Revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos

El **artículo 41 de la LCSP** remite a los **artículos 106 a 111 de la LPACAP**, a los efectos de proceder a la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos.

En relación con lo anterior y a los efectos de la LCSP, tendrán la consideración de **actos administrativos**:

- Los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no sean Administraciones públicas.
- Los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la LCSP.

En cuanto a la posibilidad de ejercicio de la potestad de revisión de oficio de actos de adjudicación de un contrato sujeto a regulación armonizada si su resolución está sujeta a una cláusula de sumisión a arbitraje de derecho privado, la **sentencia del Tribunal Supremo n.º 1346/2021, de 17 de noviembre, ECLI:ES:TS:2021:4174**, ha declarado en cuanto a la concurrencia de ambas vías que:

«(...) una cláusula de sumisión a arbitraje de derecho privado en un contrato de obra no impide por sí mismo el ejercicio por una Administración Pública de su potestad de revisión de oficio de los actos de adjudicación de dicho contrato. La relevancia de que la Administración no fuese quien originariamente adjudicase el contrato, sino que haya ocupado posteriormente la posición jurídica de un poder adjudicador no Administración Pública dependerá de las circunstancias del caso concreto, no resultando en el de autos un óbice para el ejercicio de la facultar de proceder a una revisión de oficio por las razones expresadas en el fundamento de derecho cuarto.

Igualmente, la procedencia de la revisión de oficio o del arbitraje, así como la relevancia del criterio temporal, dependerán de las circunstancias concurrentes en el caso concreto de que se trate, como el tenor de la propia cláusula de arbitraje o la naturaleza del acto sobre el que se plantea el litigio, entre otros».

Sin perjuicio de lo que, en el ámbito de las comunidades autónomas, establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir la competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, la **competencia para declarar la nulidad o lesividad de los actos referidos** se determinará de la siguiente manera (art. 41.3 de la LCSP):

- Si se trata de **contratos de una Administración pública**, será competente el órgano de contratación.
- Si la **entidad contratante no tiene el carácter de Administración pública**, le corresponde al titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita aquella o al que corresponda su tutela.
- En el caso anterior, si la **entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración**, será competente el órgano de la que ostente el control o participación mayoritaria.
- En los **contratos subvencionados**, le corresponde al titular del departamento, presidente o director de la entidad que hubiese otorgado la subvención, o al que esté

adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando esta no tenga el carácter de Administración pública.

- En el supuesto de **conurrencia de subvenciones** por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, atendiendo a la subvención primeramente concedida.

Por lo que se refiere al **artículo 41.3 de la LCSP** que se acaba de reseñar, es importante hacer mención de la **sentencia de Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo, ECLI:ES:TC:2021:68**, que declara que dicho precepto es conforme al orden constitucional de competencias, siempre que se interprete en los términos establecidos en el fundamento jurídico 9.b) que señala:

*«(...) En primer lugar, el precepto establece la **regla general** según la cual para determinar el órgano competente se estará "para el ámbito de las comunidades autónomas [a lo que] establezcan sus normas respectivas". Es decir, la Ley de contratos del sector público atribuye expresamente a las comunidades autónomas la decisión de determinar el órgano competente para llevar a cabo la revisión de oficio, de acuerdo con su potestad de autoorganización.*

En segundo lugar, "sin perjuicio" de lo que establezcan las comunidades autónomas para su ámbito, establece unos criterios para determinar los órganos competentes para declarar la nulidad o lesividad de los actos a los que se refieren los apartados 1 y 2 del art. 41 LCSP (...).

*En tercer lugar, establece una **regla común que condiciona la elección del órgano competente**, y es que "en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa" (inciso inicial, párrafo primero del art. 41.3 LCSP).*

*El tribunal considera que no estamos ante un supuesto de establecimiento de una norma supletoria como alega la parte recurrente. El precepto debe interpretarse en el sentido de que la **única previsión de carácter básico y común para el conjunto de las administraciones públicas es el inciso que exige "atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa"**. Este precepto debe estimarse como dictado al amparo del título competencial del Estado en materia de régimen básico de las administraciones públicas (art. 149.1.18 CE), que condiciona la potestad de organización autonómica dada la singular naturaleza de la institución de la revisión de oficio. La **cláusula "sin perjuicio" permite entender que los restantes criterios para determinar el órgano competente**—inciso final del párrafo primero y el párrafo segundo—, **no tienen carácter básico y son aplicables únicamente a la administración general del Estado**».*

Finalmente, el **artículo 41, apartado 5, de la LCSP**, remite a la LPACAP en relación con la **suspensión de la ejecución de los actos de los órganos de contratación** en los supuestos de nulidad y anulabilidad, concretamente se estará a lo previsto en el **artículo 108 de la LPACAP** que señala:

«Iniciado el procedimiento de revisión de oficio al que se refieren los artículos 106 y 107, el órgano competente para declarar la nulidad o lesividad, podrá suspender la ejecución del acto, cuando esta pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación».

En virtud de todo lo expuesto se formula la siguiente PROPUESTA a la Junta de Gobierno Local, visto el acuerdo adoptado por la Mesa de Contratación en sesión celebrada el 26 de julio de 2.023:

D) PROPUESTA DE RESOLUCION

1º.- Incoar expediente de revisión de oficio del procedimiento de contratación denominado CONTRATO DE GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE LAS LÍNEAS 2 Y 3 DEL TRANSPORTE URBANO DE VIAJERAS/OS DE PUERTO DEL ROSARIO EN LA MODALIDAD DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA”, con un valor estimado de 5.845.528,91 €, más el 7% de IGIC que asciende a 175.365,87€, lo que hace un total de 6.020.894,78 euros, incoado mediante Providencia de fecha 21 de julio de 2.022,, aprobándose el expediente de contratación por acuerdo del Pleno de la Corporación fecha 26 de septiembre de 2.022, en el que se delegó en la Junta de Gobierno Local las competencias para actuar como órgano de contratación constando la publicación del correspondiente Anuncio de la licitación con fecha 10 de octubre de 2.022, y ello por la concurrencia de causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.a) y e) de la Ley 39/2015 de 1 de octubre al no haberse dado cumplimiento, entre los actos de preparación del contrato a lo establecido en el 34 del Decreto 72/2012, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 13/2007, de 17 de mayo, de Ordenación del Transporte por Carretera de Canarias que exige que, **en todo caso, con carácter previo a la implantación de una nueva concesión se dará audiencia a todos los concesionarios existentes en la isla.**

2º.- En aplicación de lo dispuesto por el **artículo 41, apartado 5, de la LCSP**, que se remite a la LPACAP en relación con la **suspensión de la ejecución de los actos de los órganos de contratación** en los supuestos de nulidad y anulabilidad previsto en el **artículo 108 de la LPACAP**, acordar la *suspensión del procedimiento de contratación hasta la culminación del procedimiento de revisión de oficio que se tramite en el que habrá de recabarse Informe preceptivo de la Secretaría General y del Consejo Consultivo de Canarias.*

3º.- Notificar el inicio del procedimiento de revisión de oficio a los interesados, para que, en el plazo de 15 días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la notificación de los presentes acuerdos, formulen las alegaciones y aporten la documentación que estimen oportunas, haciendo saber a los interesados que el presente acto no agota la vía administrativa por ser acto de trámite no finalizador del procedimiento.

4º.- Abrir un periodo de información pública por un plazo de veinte días hábiles para que cualquier persona física o jurídica pueda presentar las alegaciones que estimen oportunas, mediante la inserción del correspondiente anuncio en el Boletín Oficial de la Provincia y en el Tablón de Anuncios del Ayuntamiento de Puerto del Rosario..

5º.- El procedimiento de revisión de oficio incoado se impulsará de oficio en todos sus trámites. Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán por el órgano que tramite el procedimiento, de conformidad con la normativa de aplicación.

6º.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 106.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, el plazo para la resolución y notificación de este procedimiento es de seis meses a contar desde la fecha de este acuerdo de iniciación, transcurrido el cual sin que haya recaído resolución expresa se producirá la caducidad, quedando facultado el Sr. Alcalde Presidente para recabar del Consejo Consultivo de Canarias el oportuno Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias previsto en el artículo 106.2 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

7º.- De conformidad a lo dispuesto en los artículos 51 de la Ley 39/2015, de Procedimiento, la Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan y acordar en caso de declararse la nulidad o anulación de actuaciones, la conservación de los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

Tal es mi Dictamen Propuesta que se formula a la Junta de Gobierno Local en el expediente al principio indicado, que se emite con carácter preceptivo, sin perjuicio de cualquier otro más autorizado en Derecho en Puerto del Rosario a la fecha de su firma electrónica.”

La Junta de Gobierno Local, por la unanimidad de todos sus miembros presentes, acuerdan:

1º.- Incoar expediente de revisión de oficio del procedimiento de contratación denominado CONTRATO DE GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE LAS LÍNEAS 2 Y 3 DEL TRANSPORTE URBANO DE VIAJERAS/OS DE PUERTO DEL ROSARIO EN LA MODALIDAD DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA”, con un valor estimado de 5.845.528,91 €, más el 7% de IGIC que asciende a 175.365,87€, lo que hace un total de 6.020.894,78 euros, incoado mediante Providencia de fecha 21 de julio de 2.022,, aprobándose el expediente de contratación por acuerdo del Pleno de la Corporación fecha 26 de septiembre de 2.022, en el que se delegó en la Junta de Gobierno Local las competencias para actuar como órgano de contratación constando la publicación del correspondiente Anuncio de la licitación con fecha 10 de octubre de 2.022, y ello por la concurrencia de causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.a) y e) de la Ley 39/2015 de 1 de octubre al no haberse dado cumplimiento, entre los actos de preparación del contrato a lo establecido en el 34 del Decreto 72/2012, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 13/2007, de 17 de mayo, de Ordenación del Transporte por Carretera de Canarias que exige que, **en todo caso, con carácter previo a la implantación de una nueva concesión se dará audiencia a todos los concesionarios existentes en la isla.**

2º.- En aplicación de lo dispuesto por el **artículo 41, apartado 5, de la LCSP, que se remite a la LPACAP** en relación con la **suspensión de la ejecución de los actos de los órganos de contratación** en los supuestos de nulidad y anulabilidad previsto en el **artículo 108 de la LPACAP**, acordar la *suspensión del procedimiento de contratación hasta la culminación del procedimiento de revisión de oficio que se tramite en el que habrá de recabarse Informe preceptivo de la Secretaría General y del Consejo Consultivo de Canarias.*

3º.- Notificar el inicio del procedimiento de revisión de oficio a los interesados, para que, en el plazo de 15 días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la notificación de los presentes acuerdos, formulen las alegaciones y aporten la documentación que estimen oportunas, haciendo saber a los interesados que el presente acto no agota la vía administrativa por ser acto de trámite no finalizador del procedimiento.

4º.- Abrir un periodo de información pública por un plazo de veinte días hábiles para que cualquier persona física o jurídica pueda presentar las alegaciones que estimen oportunas, mediante la inserción del correspondiente anuncio en el Boletín Oficial de la Provincia y en el Tablón de Anuncios del Ayuntamiento de Puerto del Rosario.

5º.- El procedimiento de revisión de oficio incoado se impulsará de oficio en todos sus trámites. Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán por el órgano que tramite el procedimiento, de conformidad con la normativa de aplicación.

6º.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 106.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, el plazo para la resolución y notificación de este procedimiento es de seis meses a contar desde la fecha de este acuerdo de iniciación, transcurrido el cual sin que haya recaído resolución expresa se producirá la caducidad, quedando facultado el Sr. Alcalde Presidente para recabar del Consejo Consultivo de Canarias el oportuno Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias previsto en el artículo 106.2 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

7º.- De conformidad a lo dispuesto en los artículos 51 de la Ley 39/2015, de Procedimiento, la Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan y acordar en caso de declararse la nulidad o anulación de actuaciones, la conservación de los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

Y para que así conste y surta efectos donde proceda, se extiende la presente certificación que se extrae del borrador del Acta por lo que se efectúa con la reserva establecida por el artículo 206 del Real Decreto 2568/86, de 28 de Noviembre, visada y sellada en Puerto del Rosario a la fecha de su firma electrónica.

Vº Bº