



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 0 / 1 9 9 7

La Laguna, a 18 de abril de 1997.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias sobre la *resolución del contrato-programa suscrito con la empresa T.L.M., S.A. (EXP. 42/1997 CG)**.

F U N D A M E N T O S

I

Por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno se interesa del Consejo Consultivo conforme a los arts. 12.a) y 15.2 de su Ley constitutiva dictamen facultativo por el procedimiento de urgencia (urgencia que se ampara en la precaria situación en la que se encuentra no sólo la calidad de la prestación de un servicio público esencial, sino también en la situación de conflictividad laboral en la empresa que lo presta) sobre la Propuesta de Acuerdo gubernativo de resolución del contrato programa (CP) suscrito con la empresa de T.L.M., S.A. para el período 1995-1998, cuya finalidad era la modernización del servicio, la renovación del material y el reequilibrio de las cuentas (cláusula 1.2 del CP), a cuyo efecto se concedió a la mencionada empresa una subvención de 200 millones de pesetas, debidamente autorizada por el Gobierno de Canarias (de conformidad con lo que exigen los arts. 18.2 de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma para 1995, 52.4 de la Ley 7/1984, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, LHP, y 5.2 del Decreto 6/1995, de 27 de enero, por el que se establece el régimen general de ayudas y subvenciones de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, RS); ya que, cuando la cuantía de la subvención excede de 15 millones, si se trata de transferencias corrientes, o cuando se trata de transferencias de capital -sea cual fuere su importe-, su autorización corresponde al Gobierno y no -como es la regla

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

general- al titular del Departamento afectado, en este caso la Consejería de Pesca y Transportes, cuyo titular fue quien suscribió el contrato programa de referencia "en ejercicio de las facultades que le confiere el art. 29.1.k) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias", que no son otras que firmar "en nombre de la Comunidad Autónoma los contratos y convenios de colaboración relativos a asuntos de su Consejería".

El órgano de contratación, pues, es el Consejero citado, que no se confunde con el órgano colegiado gubernativo concedente y autorizante de la subvención que se articula en el contexto del contrato programa. De ahí que el Acuerdo del Consejo de Gobierno, adoptado en sesión celebrada el 24 de mayo de 1995, fuera el de "autorizar al Consejero de Pesca y Transportes para la realización de un gasto superior a 200.000.000 de pesetas" y "para que previa cumplimentación del procedimiento reglamentariamente establecido conceda la subvención a T.L.M., S.A. que dicho contrato programa comporta"; a cuyo fin se dispuso la correspondiente comunicación al Excmo. Sr. Consejero a los "efectos determinados por el artículo 29.1.l) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias".

II

Esta circunstancia nos obliga a detenernos en una cuestión previa -de carácter formal competencial- cual es que el órgano de contratación (art. 113. 1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, LCAP, es el competente para resolver los contratos previamente suscritos; sin perjuicio -claro está- de la cumplimentación de cuantos procedimientos paralelos y concurrentes sea menester realizar, como es en este caso la reintegración de las cantidades concedidas como subvención. Es decir, el Consejero es el competente para resolver, y en tal sentido el expediente debía haber venido concluido con la pertinente Propuesta de Orden y no por una Propuesta de Acuerdo gubernativo de resolución contractual -al ser incompetente el Gobierno, pues no fue el órgano de contratación-. Si debe haber Acuerdo gubernativo, pero no de resolución contractual, sino de reintegración de la subvención concedida, y cuya devolución procede por incumplimiento de las obligaciones cuyo compromiso dio lugar precisamente a que el Gobierno la concediera en su día.

En efecto, el órgano concedente de la subvención puede comprobar el empleo de los fondos recibidos (art. 29.1 RS); puede iniciar de oficio el procedimiento de reintegro (art. 33.1 RS) y deberá resolver el expediente, con audiencia del interesado en un plazo no inferior a 10 días (art. 33.2 RS), correspondiendo a la Dirección General del Tesoro disponer el reintegro efectivo (art. 3 de la Orden de 13 de diciembre de 1993, de la Consejería de Economía y Hacienda, sobre tramitación de reintegro de pagos, ORP). Estos actos, aunque separados, son conexos, como se desprende del art. 31.2 RS, según el cual "con carácter previo a la suscripción de los convenios de colaboración o contratos programa, el órgano competente deberá dictar la correspondiente resolución de concesión (...) [cuya] efectividad (...) se supeditará a la firma del correspondiente convenio o contrato". En coherencia, el expediente de reintegro debería ser la consecuencia de la culminación del correspondiente expediente de resolución contractual. Ahora bien, ambas incidencias están tan imbricadas que no hay inconveniente legal alguno en que ambos expedientes tengan un mismo curso, de forma que simultáneamente a la resolución -adoptada por el órgano competente- se acuerde el reintegro debido -asimismo por el órgano competente, y por el procedimiento ya señalado-.

En cualquier caso, se nos interesa Dictamen sobre la resolución del contrato -suscrito por el Consejero- no sobre el expediente de reintegro de la subvención concedida (que lo fue por el Gobierno), por más que este expediente es consecuencia de aquél otro, mas no necesariamente debida, pues pudiera darse el caso hipotético de reintegro de una subvención, sin que sea preciso resolver el contrato que le da cobertura.

La confusión entre ambos procedimientos (se pretende resolver el contrato por el órgano competente para ordenar el reintegro de la subvención) plantea la cuestión de la incompetencia del Gobierno para resolver el contrato y, consecuentemente, el concurso de una posible causa de nulidad, contemplada en el art. 62.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), cual es que el acto haya sido dictado "por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio". La reciente doctrina considera que sólo esa incompetencia -es decir, la material o territorial, mas no la jerárquica- es causa de nulidad, de forma que si el órgano con competencia en la materia -en este caso contractual, en incidencia

resolutoria- no la tiene para resolver un determinado contrato -por razón de la cuantía- no habrá causa de nulidad, sino de anulabilidad.

Ciertamente, hay supuestos en que el Gobierno debe autorizar determinados contratos (art. 12.2 LCAP) y para el caso de contratos programa el art. 31.3 RS remite a las reglas ordenadoras de la capacidad para contratar y de autorización de contratación previstas en la legislación contractual para determinar la competencia gubernativa en la materia, (remite al citado art. 12.2 LCAP, que dispone que la preceptiva autorización gubernativa del contrato, cuando el presupuesto sea igual o superior a 2.000 millones de pesetas, que no es el caso, o cuando siendo el contrato plurianual, se modifiquen los porcentajes o el número de anualidades legalmente previsto a que se refiere el art. 61 de la Ley General Presupuestaria (LGP); es decir, que sea de cuatro el número máximo de anualidades (que es el caso, cláusula cuarta del CP) y que el gasto imputado a futuros ejercicios autorizados no exceda de la cantidad que resulte de aplicar al crédito, correspondiente al año en que se comprometió la operación (1995), los siguientes porcentajes: 70% en el segundo; 60% en el tercero y 50% en el cuarto.

Las cantidades por anualidades son (cláusula cuarta del CP) en miles de pesetas y diferenciando subvención de explotación y subvención de capital: 1995: 10.709/47.000; 1996: 13.022/45.900; 1997: 13.331/45.895; 1998: 12.297/47.990. Se modifican, pues, los porcentajes de imputación, siendo entonces exigible la previa autorización gubernativa para resolver (art. 12.2, último párrafo LCAP); autorización que se dio en su día con carácter previo a la firma del contrato programa y que ahora debe preceder a la resolución del contrato.

En el Acuerdo gubernativo se acuerda, a propuesta del Consejero de Turismo y Transportes, solicitar por el procedimiento de urgencia dictamen facultativo del Consejo Consultivo de Canarias sobre la resolución del contrato programa de referencia, sin que se contenga acuerdo alguno en relación con la autorización de la resolución del contrato, aunque en la cabecera del certificado de la sesión gubernativa se mencionan dos propuestas de acuerdo: La de autorización de resolución contractual y la de solicitud de dictamen del Consejo. Se estima, en cualquier caso, pese a que se hace expresa referencia a los arts. 12.2 in fine y 112 de la LCAP, siendo aquél el que exige la previa autorización gubernativa, que la autorización no se concedió, pues falta la constatación de la adecuada ponderación

de las causas concurrentes en este caso para autorizar la presente resolución contractual, que debe ser objeto de singular consideración.

Ahora bien, en esta tesitura, esta autorización es previa, mas no sustituye la propuesta de acto resolutorio del contrato programa suscrito, cuya adopción corresponde al Consejero competente por razón de la materia. No es ocioso en este punto recordar que la competencia para solicitar dictamen facultativo es del Excmo. Sr. Presidente del Gobierno, no del Gobierno, sin perjuicio de que, en los casos en que sea preceptiva, esa solicitud venga acompañada del certificado gubernativo de solicitud de dictamen, cuando el acto a aprobar sea competencia del Gobierno (como los Proyectos de Decreto), mas no cuando sea competencia de un Consejero, como es el caso, sin perjuicio de que previamente haya debido haber autorización gubernativa. Pero esta autorización no se debe ni puede confundir con el acto final del expediente resolutorio contractual, que debe revestir la forma de Orden, no de Acuerdo Gubernativo, como ha sido en esta ocasión.

En suma: a) La resolución contractual debe ser autorizada por el Gobierno; b) La resolución del contrato debe ser dispuesta por el órgano de contratación, que es el Consejero competente en materia de transportes; c) Consecuentemente, el expediente debe venir concluido por una Propuesta de Orden del Consejero y no por una Propuesta de Acuerdo gubernativo de solicitud de dictamen sobre la resolución contractual, que da a entender que el Gobierno es el órgano de contratación; d) Por ser el Gobierno el órgano concedente de la subvención, es asimismo el competente para ordenar su reintegro, a través de la Dirección General del Tesoro.

Ahora bien, sentado lo precedente, se significa que en el expediente obra un Borrador de Orden -inmediatamente anterior a la Propuesta de Acuerdo gubernativo- que es la que se debe tomar en cuenta a los efectos de delimitar el objeto del Dictamen de este Consejo. No obstante, se debe expresar que, emitido el correspondiente Dictamen, deberá ser el Consejero en materia de transportes quien culmine el expediente mediante la pertinente Orden resolutoria, sin que sea menester por las razones antedichas que el Consejo de Gobierno se pronuncie al respecto, sin perjuicio de su competencia en relación con el expediente de reintegro.

III

Con carácter inicial, debemos siquiera detenernos someramente en la naturaleza del contrato que se pretende resolver; contrato que tiene la condición jurídico formal de ser un contrato-programa suscrito al amparo de lo dispuesto (según se dice en la cláusula segunda del mismo) en los arts. 59 LHP y 91 de la Ley General Presupuestaria (LGP), precepto al que remite el primero y en el que se detalla el contenido mínimo de tal clase específica de convenios en razón de las subvenciones que las empresas beneficiarias reciben de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma. Tal singularidad -es decir, suscripción de un contrato cuyo objeto principal es la entrega, condicionada, de una subvención a una empresa en este caso prestataria de un servicio público esencial (cláusula decimocuarta CP)- es la que determina que el contrato programa suscrito quede excluido de la aplicación de la LCAP, de conformidad con lo dispuesto en su art. 3, cuyo apartado d) dispone tal exclusión en los supuestos de "convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebra la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales". Estamos, en suma, ante uno de esos contratos que el Reglamento de Contratos del Estado, RCE, aun parcialmente vigente en la medida que no se oponga a la LCAP, denomina contratos especiales (art. 7 RCE).

Según el citado RCE estos contratos están sujetos, en primer lugar, a sus normas especiales; en su defecto y por analogía, a las normas reguladoras de los contratos de obras, servicios y suministros y por las demás normas de Derecho Administrativo; en defecto de éstas le serán de aplicación las normas de Derecho privado.

Respecto de tales contratos, la vigente LCAP es más parca, pues en el apartado 2 del art. 3 sólo precisa que tales contratos "especiales" se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de la LCAP para resolver las dudas y lagunas que pudieren presentarse. En cualquier caso, de lo que no cabe duda es de la "especialidad" de esta específica clase de contratos, como lo ha venido a reconocer el Tribunal Supremo, a los efectos de excluirlos de la aplicación de la legislación general de contratos administrativos (SSTS de 18 de marzo de 1985 y de 8 de marzo de 1990).

El contrato programa es una medida cualificada de fomento que se compatibiliza, pero no se confunde, con la concesión de servicio público de

transporte que, en este caso data de 1955, y que está sujeta a las condiciones del pliego concesional y a las disposiciones de la legislación de contratos relativas a la gestión indirecta de servicios públicos. Tal concesión queda incólume en el presente expediente de resolución contractual, aunque no se puede ocultar la conexión no sólo formal sino material entre la actividad desempeñada al amparo de la concesión y el contrato programa que se pretende resolver, pues éste se suscribió en atención a la insostenible situación económica y financiera de la concesión otorgada en su día, lo que se justifica en la condición de esencial del servicio público de transporte, de lo que se hace eco el propio contrato programa. La resolución del contrato programa tendrá a buen seguro unos irresistibles efectos en la concesión administrativa, que pudiera hallarse en una situación tal que exigiere el rescate del servicio -art. 168.b) LCAP- o incluso la intervención del mismo (art. 167 LCAP). Es más, mediante escrito de 11 de enero de 1997, el concesionario propuso a la Administración autonómica la cesión de la concesión, regulada en los arts. 234 y 235 RCE, que pudieran entenderse vigentes dados los términos de la Disposición Derogatoria única del Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la LCAP. Aunque nada se dice del cesionario, por lo que parece que está proponiendo que la Administración rescate el servicio.

Debe recordarse que el régimen jurídico de tal clase de contratos administrativos especiales se halla fundamentalmente en el art. 31 y siguientes del RS -que remite en cuanto a los aspectos de capacidad contractual a la legislación de contratos, apartado 3- y en los antes citados preceptos de la LHP y LGP. Este régimen debe ser completado con el de las subvenciones -que es aquí la causa del contrato- contenido en el RS y en la ORD, así como en el art. 81 y siguientes de la LGP, relativos al régimen de ayudas y subvenciones públicas. Por lo que respecta a la legislación contractual a la que se llama, no cabe duda que en esta ocasión es la vigente LCAP y Reglamento de desarrollo parcial -aprobado por el citado Decreto 390/1996-, porque la LCAP ya estaba en vigor cuando se suscribió el 19 de junio de 1995 el contrato programa.

Nada se dispone en las reglas especiales sobre la resolución de los contratos programa, por lo que es de aplicación la LCAP (art. 3.2) y su normativa complementaria. En materia de resolución contractual las reglas son (art. 26 de Decreto 390/1996): a) audiencia del contratista por un plazo de 10 días; b) informe

del Servicio Jurídico; c) Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias en el caso de que haya habido oposición del contratista. Estos requisitos se compatibilizan con los que la regulación especial dispone para el reintegro de la subvención concedida; es decir, audiencia del interesado y dación de cuentas a la Dirección General del Tesoro y a la Intervención General (art. 33.2 del Decreto 6/1995); porque, como se indicó, los expedientes de resolución contractual y de reintegro de la subvención son distintos, aunque este último sea consecuencia de un incumplimiento de condiciones de concesión de subvención que, además, es causa de resolución contractual.

Consta en el expediente -por lo que a la resolución contractual atañe, que en puridad es el objeto del Dictamen que se nos solicita- el trámite de audiencia al interesado por diez días, siéndole notificada la diligencia el 18 de febrero de 1997, y procediéndose a evacuar el trámite el 5 de marzo de 1997, fuera de plazo, no efectuándose en el escrito que formaliza el trámite alegación alguna respecto del incidente resolutorio, sino que se remite a lo ya manifestado por la empresa (parece que se refiere al escrito de 11 de enero de 1997, en el que se hizo una propuesta de cesión de la concesión) y a efectuar una "Propuesta de Negociación", que parece tener por objeto el servicio o la concesión, no el contrato programa, que es lo que se pretende resolver y respecto de lo que se le notificó la apertura del trámite de audiencia.

El trámite parece formal y materialmente cumplido, aunque parece que fuera de plazo, sorprendentemente dada la trascendencia del incidente.

Ahora bien, en todas las alegaciones que en el expediente constan efectuadas por la empresa concesionaria bien ante los servicios centrales de la Consejería de Transportes, bien en el seno de la Comisión de seguimiento del contrato programa (cláusula novena CP) interviene como Consejero delegado J.M.M.; mientras que el trámite de audiencia del expediente resolutorio se notificó a C.R.M.M., cuya condición societaria no se acredita.

No conteniendo la legislación contractual regulación del trámite de notificación de la audiencia al interesado, deberá acudirse a las reglas de procedimiento común, que para la notificación (art. 59.1 LRJAP-PAC) exigen que se practiquen " por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado". Aunque C.R.M.M. tiene idénticos apellidos que el Consejero delegado que ha venido

actuando en nombre de la empresa concesionaria, es lo cierto que no consta que sea interesada (pues no se acredita su condición societaria) ni representante de la empresa (pues de lo actuado tal representación parece que la ostenta J.M.M.).

Es cierto que el párrafo segundo del art. 59 LRJAP-PAC dispone que cuando "la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad". Ahora bien, este párrafo se ubica en un precepto que parece estar dedicado a los "procedimientos iniciados a solicitud del interesado" (primer párrafo), siendo así que el expediente de resolución contractual se inició de oficio. Además, consta que el domicilio de quien durante la tramitación del expediente resulta ser el interesado es el nº 131 de la carretera del Monte de las Mercedes, cuando la notificación parece haber sido realizada en algún lugar de tal carretera del que no se identifica el número. Significativa al respecto es la STS de 12 de julio de 1991 que entiende correctamente realizado el trámite de audiencia al evacuarse el trámite en la persona de la hija del compareciente en el procedimiento, por ser la misma uno de los tres socios de la sociedad interesada.

Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo exige el cumplimiento riguroso de los requisitos de la notificación, de forma que su omisión o realización defectuosa puede dar lugar a nulidad de actuaciones. Ahora bien, también debe señalarse que para que concurra ese vicio la indefensión del interesado debe ser material, de forma que la regla general se excepciona en aquellos supuestos en los que la no cumplimentación formal del trámite o su realización deficiente no causa indefensión al interesado.

Tal es lo que aconteció en el supuesto del que conoció el Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de febrero de 1992, la cual, después de recordar que "en la mayor parte de los supuestos la audiencia al interesado debe considerarse como un trámite esencial del procedimiento administrativo (...) [sin embargo hay ocasiones en las que] la alegación de la falta de audiencia del interesado es en realidad un argumento puramente formal (...) Sin embargo materialmente ello no significó que no se hubiera dado audiencia al interesado ni se le hubiera privado de las debidas garantías, **pues por el contrario consta en el expediente que se le hicieron repetidos**

requerimientos verbalmente y por escrito de que cumplierse el contrato pactado en su día, advirtiéndosele de que en caso contrario se procedería a la resolución del mismo".

Estas circunstancias concurren en el presente caso: Formalmente al menos en dos ocasiones la empresa concesionaria representada por su Consejero delegado conoció de las denuncias de los incumplimientos del contrato programa y de la propuesta de "rescisión" del mismo, con los efectos que dispone el art. 32.1 RS. Tales ocasiones fueron sendas reuniones de la Comisión de seguimiento del contrato programa celebradas los días 19 de diciembre de 1996 y 15 de enero de 1997, sin que en los escritos presentados el 14 de enero de 1997 y el 5 de marzo de 1997, (este último se supone que formaliza el trámite de audiencia) la empresa manifestara la adopción de medidas orientadas a eliminar las circunstancias motivadoras de los incumplimientos; porque en el primero propone la "cesión de la concesión" y en el segundo se limita a efectuar una "propuesta de negociación".

Finalmente por lo que a este capítulo atañe, se acredita la emisión el 3 de enero de 1997 de informe del Servicio Jurídico y la solicitud de Dictamen de este Consejo Consultivo, trámite no exigible en este caso, porque no ha habido oposición del contratista, aunque se defendió de las imputaciones de incumplimiento en la Comisión de seguimiento señalada, en los términos que se verá en el apartado siguiente.

IV

El fondo del asunto consiste en la pretensión de resolver el contrato-programa por incumplimiento de obligaciones derivadas de éste que se consideran esenciales por la Administración; a saber: 1. Inejecución del programa de inversiones correspondiente a 1995, por un importe total de 47 millones de pesetas [no se efectuó inversión alguna por este concepto]. 2. Impagos a la Seguridad Social [según certificaciones de la Tesorería de la Seguridad Social, que no obran en el expediente, que al parecer acreditan un débito de 15.823.072 ptas.]. 3. La realización de inversiones no contempladas específicamente en el contrato programa, sin mediar la autorización correspondiente. 4. La no presentación de la documentación necesaria al objeto de poder efectuar el control de la gestión y aplicación de los fondos públicos [consta sin embargo que se le requirió el 3 de julio de 1996, aportándose una parte el 10 de diciembre de 1996 y el resto el 14 de enero de 1997]. 5. El

incumplimiento de los índices financieros y patrimoniales previstos en la cláusula 3.1.f) del CP, conforme al siguiente relato que contrasta los datos según la auditoría celebrada en 1995 y las magnitudes previstas en el plan: banda máxima de endeudamiento: 0.19 (CP, entre 0,63 y 0,95); banda mínima de fondo de maniobra: 15.419 (CP, entre 1.12 y 1.43); banda mínima de solvencia: - 35.54 (CP, entre 1.40 y 1.91). 6. Incumplimiento de las obligaciones contenidas en los apartados i), j), k), y l) de la cláusula 3.2 del CP [confección de folletos informativos, instalación de paneles informativos en las cabeceras de línea y parada, señalización de paradas, desarrollo de un sistema informático] (Antecedente tercero del proyecto de Orden).

Estas deficiencias, imputables a la gestión de la empresa, han generado según la Propuesta de Orden, además de otras consecuencias -que no se mencionan- "una disminución en la calidad de los servicios prestados básicamente motivada por la no renovación de los vehículos como pretendía el contrato, una situación de conflictividad laboral en la empresa que está afectando a la correcta prestación de dichos servicios, y una obstrucción a la labor de control y seguimiento de la ejecución del contrato-programa suscrito" (antecedente CUARTO del Borrador de Orden).

Reforzando la apreciación administrativa la Propuesta de resolución contractual se refiere a las "denuncias de diferentes Asociaciones de vecinos relativas a la deficiente calidad de los servicios de transporte prestados por la citada empresa concesionaria", escritos que no constan en el expediente; y a que la empresa, en escrito de 11 de enero de 1997 (antecedente sexto) "reconoce la imposibilidad de llevar a cabo los compromisos adquiridos" [en el mencionado escrito la empresa interesa la cesión de la concesión, sin efectuar consideración alguna respecto del estado de ejecución del contrato programa].

El contrato programa suscrito pretendía proporcionar apoyo financiero a la empresa concesionaria a fin de garantizar su mantenimiento y elevar la calidad del servicio, a cuyo efecto detallaba un plan de inversiones cuyo beneficiario último era el interés público, sin perjuicio de los medios de control de la aplicación correcta de los recursos públicos transferidos a la empresa (Acuerdo de Consejo de Gobierno de 24 de mayo de 1995). El correspondiente compromiso fue asumido el 19 de junio de 1995, fecha de suscripción del contrato programa, cuyo sintético fin era: La modernización del transporte, con un plan de inversiones orientado a la renovación

del parque móvil: la modernización de los equipos informáticos y elementos auxiliares; el encauzamiento de la explotación en beneficio del interés general, respetando el equilibrio económico de la concesión (cláusula primera), de la que el contrato programa era un instrumento complementario, pero no un sustituto.

Para el logro de tales objetivos se establece una serie de obligaciones del concesionario (cláusula tercera), que tienen el carácter de principales (apartado 1) o complementarias (apartado 2). En este punto es relevante distinguir entre una y otra clase de obligaciones, porque, según reiterada jurisprudencia, el incumplimiento que puede dar lugar a la resolución contractual es el "sustancial o relevante" (por todas, SSTs de 25 de septiembre de 1987 y de 2 de septiembre de 1988) es decir, el que afecta a las obligaciones sustanciales o principales del contrato, pero no a las obligaciones accesorias o secundarias, sin perjuicio de la adopción de las medidas que correspondan. Si se contrastan las obligaciones que se dicen incumplidas con el contenido obligacional del contrato programa, resulta que sólo son obligaciones principales las contenidas en los apartados 1.a) (ejecución del programa de inversiones correspondiente a 1995) y 1.f) (cumplimentación de los índices financieros y patrimoniales) de la cláusula TERCERA del contrato programa; en tanto que las restantes son simplemente accesorias o complementarias. Por otra parte, siendo dos los incumplimientos de obligaciones principales, el segundo no parece tampoco que sea total, pues de las tres magnitudes (endeudamiento, fondo de maniobra y solvencia) la empresa parece cumplir con las dos primeras, tal y como se hizo constar al comienzo del presente apartado.

Seguidamente, analizaremos los incumplimientos que se dicen producidos y su entidad en el contexto del contrato programa suscrito. Ahora bien, lo cierto es que si el concesionario no cumpliera "con los compromisos suscritos en el presente contrato-programa por causas imputables a la gestión de la misma, no atendiendo a las indicaciones de la Comunidad Autónoma para corregir las deficiencias observadas, se producirán los siguientes efectos": rescisión (*sic*) automática del contrato programa; el cese en la obligación de satisfacer la subvención compensadora al déficit y al capital que hasta dicha fecha estuvieran pendientes; y que los bienes que fueron adquiridos durante la vigencia del contrato programa y afectos a la concesión pasarán a ser propiedad de la Comunidad Autónoma (cláusula undécima). Además (cláusula duodécima), de conformidad con lo dispuesto en los arts. 33 RS y 81.9 de la Ley General Presupuestaria, deberá procederse a la devolución íntegra de las cantidades

percibidas mas el interés de demora desde el momento del abono de la ayuda o subvención, en cualquiera de los supuestos previstos en el mencionado artículo; siendo de posible aplicación los apartados c) y d), relativos, respectivamente, al " incumplimiento de la finalidad para la que la subvención fue concedida" y al " incumplimiento de las condiciones impuestas a las entidades (...) beneficiarias con motivo de la subvención".

Llegados a este punto, es hora de recordar que fueron múltiples los incumplimientos imputados a la empresa concesionaria en el seno de la Comisión de seguimiento del contrato programa, no todos figuran incluidos en la Propuesta de Orden y otros que sí figuran no tienen el detalle preciso o no son relevantes a los efectos de la resolución que se pretende.

Se acredita el incumplimiento de las siguientes obligaciones principales: Inejecución del programa de inversiones por un importe de 47 millones de pesetas. Debe precisarse en la Orden el contenido material de este capítulo, que se halla en el acta de la Comisión de seguimiento correspondiente a la sesión celebrada el día 19 de diciembre de 1996; a saber; adquisición de 2 guaguas con las que se pretendía renovar la flota, que era uno de los objetivos del contrato programa, y modernización de las instalaciones de la flota y de los instrumentos de gestión, siendo otra de las obligaciones principales la de racionalizar los procesos de gestión -cláusula TERCERA 1.c) del contrato programa-, estando contemplada en la inversión de 1995 la adquisición de material informático. Como agravante, esa financiación se destinó a la adquisición de un bien inmueble sin la pertinente autorización que exige la cláusula TERCERA 2.o) del contrato programa. Incumplimiento este último que está en el ANTECEDENTE TERCERO. 3 del Borrador de Orden, aunque sin concretar.

El incumplimiento de alguno de los índices financieros y patrimoniales que exige la cláusula TERCERA 1.f) del contrato programa como obligación principal. Ahora bien, el Borrador de Orden acredita que la empresa cumple alguno de tales índices, lo que no puede ser alegado como causa de resolución. Debe hacerse referencia, justificada, de los índices que se incumplen, no de los que se cumplen. (ANTECEDENTE TERCERO.5)

Por el contrario, la situación de débito con la Seguridad Social (ANTECEDENTE TERCERO.2); el retraso -que no incumplimiento- de la auditoría (ANTECEDENTE

TERCERO.4); y el incumplimiento de las obligaciones contenidas en los apartados i), j), k), l) de la cláusula 3.2 del contrato programa no parece que sean determinantes de la resolución contractual, máxime cuando la inexistencia de los tabloneros informativos los imputa la empresa concesionaria a su destrucción por acciones de vandalismo. Tampoco parece tener ese radical efecto la situación de conflictividad laboral de la empresa -no contemplada específicamente en el contrato programa como obligación de la empresa- ni la "obstrucción" a la labor de seguimiento y control de la ejecución del contrato programa (ANTECEDENTE CUARTO), que no se justifica o motiva en el cuerpo del Borrador de Orden, sin que el "retraso" en el cumplimiento de obligaciones formales sea equiparable a "obstrucción", salvo que se acredite. Idéntica solución debe darse a la alegación de "disminución de la calidad de los servicios" (ANTECEDENTE TERCERO.4) -que además de ser una obligación principal, posee una carga de discrecionalidad que hace discutible su alegación, siendo así que ni siquiera "hace falta una grave perturbación del servicio para que proceda decretar la resolución de los contratos administrativos, bastando su incumplimiento sustancial" (STS de 2 de septiembre de 1988)-; así como a la mala opinión, canalizada vía denuncia, que diferentes asociaciones de vecinos han manifestado de la mencionada calidad; denuncias que además no se concretan en el Borrador de Orden, ni constan en el expediente.

En suma:

- Concurren causas de suficiente entidad como para que la Administración autonómica pueda resolver -no rescindir- el contrato programa de referencia, sin perjuicio de que pudiera concurrir causa de extinción de la concesión en los términos que dispone el art. 82.b) de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT); Ley a la que llama la cláusula décimo tercera, último párrafo, del contrato programa, con los efectos que se mencionan (DISPONGO PRIMERO.1 del Borrador de Orden).

- Consecuentemente, deberá procederse al reintegro de las cantidades percibidas más el interés de demora devengado desde el momento del abono (art. 32.1 RS). Ahora bien, aunque el Consejero es competente para proponer el inicio del procedimiento de reintegro (art. 33.1 RS), este expediente -que es distinto formal y materialmente del de resolución contractual- deberá instruirse y resolverse por el órgano concedente de la subvención (art. 33.2 RS), que no es otro que el Gobierno.

Desde esta perspectiva formal competencial, es reparable el DISPONGO SEGUNDO del Borrador de Orden.

- Como continuación del apartado anterior, es reparable el DISPONGO PRIMERO 1 del Borrador de Orden al disponer que pasarán, " en su caso, a ser (...) propiedad [de la Comunidad Autónoma] los bienes adquiridos durante la vigencia del [contrato programa] y afectos a la concesión". En primer lugar, porque el supuesto de hecho al que se anuda esa consecuencia ("en su caso") no es otro que el que se menciona en la cláusula DECIMOTERCERA del contrato programa; es decir, cuando "la empresa concesionaria incurriera en las causas de extinción de la concesión recogidas en el art. 82 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes Terrestres y hubiese de procederse a una obligada indemnización". Lo que no parece el caso; en primer lugar, porque no se acreditan tales extremos; en segundo lugar, porque el Borrador de Orden (DISPONGO TERCERO) expresamente dispone que la " rescisión no afectará a las obligaciones adquiridas en virtud de la concesión administrativa del servicio público". Hay un tercer argumento que pudiera incluso hacernos cuestionar la legalidad de la cláusula. El mencionado art. 82 LOTT remite - sólo su apartado b)- al art. 143.5 LOTT, según el cual el incumplimiento que allí se indica podrá dar lugar a la caducidad de la concesión, " en ambos casos con pérdida de fianza", pero sin que sobre sus bienes se pueda adoptar mas medidas que las que se disponen en el art. 84 y siguientes LOTT. Hay que devolver, pues, las cantidades percibidas más el interés de demora, mas no cabe imponer -lo que no encuentra cobertura en la Ley- la devolución de los bienes adquiridos con tales cantidades y que estén afectos a la concesión.

- De conformidad con lo dispuesto en el art. 26.2 RS "en el plazo no superior a un mes desde el acuerdo de resolución del contrato, el órgano de contratación adoptará las medidas oportunas para la liquidación del mismo", que es el contenido del DISPONGO PRIMERO.2 del Borrador de Orden; liquidación que deberá efectuarse sobre las cuentas de inversión y de explotación durante el ejercicio de 1995 y, si fuere el caso, 1996.

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA. Recabado con carácter facultativo, el Dictamen se emite dando contestación a la cuestión de fondo planteada sobre la resolución del contrato programa de referencia, estimándose conforme a Derecho la Propuesta de Orden elaborada al efecto, conforme se ha razonado en el Fundamento IV y sin perjuicio de las observaciones efectuadas en los Fundamentos II, III y IV, en relación, respectivamente, al trámite de autorización de resolución contractual, a la incoación del expediente de reintegro de la subvención concedida, y a las causas concretas alegadas para la resolución contractual propuesta.

SEGUNDA. La resolución del contrato debe ser dispuesta por el órgano de contratación, que es el Consejero competente en materia de transportes.

TERCERA. Previamente, el Consejo de Gobierno ha de autorizar la resolución contractual y disponer que una vez sea dictada la correspondiente Orden Departamental se proceda al reintegro de la subvención concedida.