Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 2 6 / 2 0 2 4

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 12 de marzo de 2024.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Puerto del Rosario en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento 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. 47/2024 RO)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por oficio de 22 de enero de 2024 del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Puerto del Rosario (con entrada en el Consejo Consultivo el 30 de enero de 2024), es la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio tramitado en relación con el 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.

2. La legitimación del Sr. Alcalde para solicitar el Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 41 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2017 (LCSP), norma básica aplicable al presente supuesto porque el contrato que se pretende declarar nulo fue iniciado con posterioridad a su entrada en vigor.

---

[*] **Ponente: Sr. Fajardo Spínola.**

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1, LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor.

Asimismo, resulta aplicable, en lo que no se oponga a la LCSP (Disposición derogatoria de la LCSP), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, también de carácter básico.

3. Se ha otorgado el preceptivo trámite de vista y audiencia a las empresas interesadas, que no han formulado alegaciones, salvo una de ellas que mostró su disconformidad (UTE (…)).

Este Consejo Consultivo en su Dictamen 72/2023, de 1 de marzo, seguido, entre otros, por los Dictámenes 170/2023, de 20 de abril, 318/2023, de 20 de julio y 386/2023, de 5 de octubre, ha considerado que el Dictamen debe ser preceptivo haya o no oposición del contratista, por aplicación de lo dispuesto en el art. 106.1 LPACAP, por remisión del art. 41 LCSP.

4. La competencia para resolver el presente procedimiento le corresponde al órgano de contratación, en virtud de lo previsto en el art. 41.3 y en la Disposición adicional 2.ª LCSP, que en este caso es la Junta de Gobierno Local.

5. La revisión de oficio procede contra actos nulos que incurran en alguna de las causas de nulidad previstas en el art. 47.1 LPACAP y que, además, sean firmes en vía administrativa.

En este concreto expediente, la revisión de oficio se dirige contra los actos preparatorios y de adjudicación correspondientes al 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, considerando que se incurre en las causas de nulidad establecidas en el art. 47.1.a) y e) LPACAP, ya que se ha omitido, en la tramitación del procedimiento contractual, el trámite preceptivo de audiencia establecido, para supuestos como el que nos ocupa, en el art. 34 del Reglamento de desarrollo de la Ley 13/2007, de 17 de mayo, de Ordenación del Transporte por Carretera de Canarias, aprobado por el Decreto 72/2012, de 2 de agosto, que dispone en su punto 1, que:

«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».

Además, para que proceda la declaración de nulidad del acto que se revisa, el dictamen de este Consejo Consultivo ha de ser favorable, no pudiendo declararse tal nulidad si, por el contrario, el dictamen fuera desfavorable.

6. El procedimiento se inició por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, adoptado el 28 de julio de 2023; en consecuencia, la Resolución definitiva hubiera debido dictarse antes del día 28 de enero de 2024, momento en el que se hubiera producido su caducidad (art. 106.5 LPACAP). Sin embargo, se ha de precisar que se acordó por la Junta de Gobierno Local la suspensión del presente procedimiento administrativo de revisión de oficio el día 15 de diciembre de 2023 hasta la emisión del preceptivo Dictamen de este Consejo Consultivo, suspensión que se ha llevado a cabo cumpliendo los criterios jurisprudenciales y doctrinales señalados, entre otros muchos, en el Dictamen de este Consejo Consultivo 76/2024, de 8 de febrero.

II

1. En cuanto a los antecedentes de hecho, la Propuesta de Resolución los deja consignados en unos términos que han podido corroborarse a través de la documentación incorporada al expediente y que ahora se hace preciso reproducir:

«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 (...) 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 ele Contratación núm. 2019003825.

Señalaba 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 habérsele 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 1O 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 (...)».

2. Asimismo, con la finalidad de completar tales antecedentes de forma correcta, se ha de trascribir el escrito formulado por la empresa (...), en el que se manifiesta que:

«PRIMERO. Que la empresa de (...) es actual concesionaria de la línea urbana de Puerto del Rosario según Resolución dictada por la Concejala delegada en Contratación del Ayuntamiento de Puerto del Rosario, (...), con número 2019003825 por la que resuelve el procedimiento de cesión del CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE COLECTIVO URBANO DE VIAJEROS DEL MUNICIPIO DE PUERTO DEL ROSARIO GSP 26/15.

SEGUNDO. Que esta parte tiene conocimiento de que se está licitando la implantación de dos nuevas líneas de servicio urbano de transporte de viajeros por carretera en el municipio de Puerto del Rosario, según pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Técnicas del Contrato que figuran en el expediente, y que solapan varias de las paradas establecidas en la actual concesión que ostenta (...).

TERCERO. Que en dicho procedimiento de licitación se ha vulnerado lo preceptuado en el art. 34.1 del DECRETO 72/2021, 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 carreta de Canarias en tanto que como señala no se ha dado trámite de audiencia al concesionario actual de la línea regular de Puerto del Rosario con carácter previo a la implantación de la concesión, lo que VICIA DE NULIDAD EL PROCEDIMIENTO, dado que se trata de un trámite preceptivo y vinculante para la implantación.

CUARTO. Además de lo anterior, y al hilo de lo que establece el apartado segundo del meritado artículo 34, tampoco se ha dado cumplimiento al trámite de informe de la Consejería Transportes del Gobierno de Canarias, dado que se intenta implantar una línea de tráfico coincidente con otra concesión en población de menos de 50.000 habitantes, lo que

también viciaría de nulidad radical la implantación de las nuevas líneas que han salido a licitación».

III

En lo que se refiere a la tramitación del presente procedimiento administrativo, procede señalar lo siguiente:

- Que el presente procedimiento se inició de oficio a través del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, adoptado el 28 de julio de 2023, como ya se dijo. Además, obra en el expediente un informe jurídico previo al mismo por el que se propone la tramitación del presente procedimiento administrativo, de 27 de julio de 2023.

- Que se le ha otorgado trámite de vista y audiencia a las empresas interesadas, siendo UTE (…) la única que formuló alegaciones mediante su escrito de 18 de agosto de 2023.

- El día 26 de octubre de 2023, bajo la denominación de Informe, se emitió una primera Propuesta de Resolución y se les otorga trámite de vista y audiencia a los interesados. Esta Propuesta fue *aprobada* por la Junta de Gobierno Local el día 27 de octubre de 2023.

- En este nuevo trámite de vista y audiencia solo presenta escrito de alegaciones, de 13 de noviembre de 2023, la UTE (…), en el que se afirmó que:

«PRIMERA.- REMISIÓN A LAS CAUSAS DE OPOSICIÓN DE REVISIÓN DE OFICIO FORMULADAS EN NUESTRO PRIMER ESCRITO DE ALEGACIONES.

Para evitar reiteraciones innecesarias, nos reafirmamos en las causas de oposición manifestadas en nuestro escrito de alegaciones de 18 de agosto de 2023, que si bien han sido objeto de oposición en el acuerdo mencionado, a juicio de quien suscribe no han quedado desvirtuados. En concreto, se oponía por esta parte:

1) La falta de un trámite de audiencia previo a la incoación, cuya ausencia contrasta con la trascendencia que se la ha conferido a la ausencia de trámite de audiencia al anterior contratista.

2) La extemporaneidad de la solicitud de incoación de expediente, que se ha formulado por una empresa que no ha participado en la licitación de la concesión, y que esperó hasta el acto de propuesta de adjudicación para interesar el inicio de expediente de revisión de oficio. Se nos ha contestado que la revisión de oficio como facultad administrativa no está sujeta a plazo alguno, pero de lo que se trata al denunciar esa extemporaneidad es de determinar si la omisión del trámite de audiencia previsto en el Decreto 72/2012 que

desarrolla la Ley 13/2007 de Ordenación del Transporte por Carretera de Canarias ha generado una indefensión material y efectiva en el anterior concesionario, que no había intervenido ni denunciado el vicio de procedimiento pese a haber sido objeto de las correspondientes publicaciones, y que además, mantiene unos vínculos con otra empresa que si ha licitado que permiten razonablemente presumir su conocimiento de esa licitación en proceso.

3) Ejercicio antisocial del derecho y/o fraude de ley: en relación con lo anterior la solicitud del expediente de revisión de oficio por quien podía conocer la licitación no es ni muchos menos ajena, tanto a la incoación del expediente de revisión, como al informe a evacuar por el Consejo Consultivo, como a la decisión que deba adoptarse finalmente, ya que ese ejercicio puede ayudar como veremos después a determinar si el vicio acaecido en la tramitación de la contratación es determinante de nulidad de pleno derecho o no.

4) Anticipación del requisito de audiencia al anterior concesionario, va que la licitación no implica la implantación.

5) Falta de motivación de la concurrencia de la causa de nulidad de pleno derecho: circunstancia que se mantiene en el acuerdo de JGL de 27 de octubre, que da por hecha la causa de nulidad por falta de un elemento esencial del procedimiento enunciando todas las posibles causas de nulidad en el ámbito contractual y en general, administrativo. Cuestión sobre la que tratamos en el siguiente epígrafe.

SEGUNDA.- INEXISTENCIA DE CAUSA DE NULIDAD DE PLENO DERECHO: LA OMISIÓN DE UN TRÁMITE, AUN ESENCIAL, NO IMPLICA DICHA NULIDAD SI NO CONCURRE AUSENCIA ABSOLUTA DEL PROCEDIMIENTO Y SI NO PROVOCA INDEFENSIÓN MATERIAL.

Efectivamente, se va a elevar al Consejo Consultivo un expediente de revisión de oficio en el que el Ayuntamiento se limita a manifestar que por la omisión del trámite de audiencia al anterior concesionario, concurre causa de nulidad de pleno derecho, identificando alegremente y sin razonamientos jurídicos específicos al caso, esa omisión de un trámite y la ausencia absoluta de procedimiento, cuando es pacífica la jurisprudencia claramente restrictiva de los supuestos en que defectos de procedimiento implican la nulidad de pleno derecho.

Así, el Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, ha señalado que la consistencia de los defectos formales necesarios para aplicar esta nulidad, debe ser de tal magnitud que "es preciso que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de estos trámites y resulta necesario ponderar en cada caso las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada, lo 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" (SSTS de 17 de octubre de 1991 y 31 de mayo de 2000).

Por lo tanto, "no cualquier irregularidad puede dar lugar a la nulidad de pleno derecho pretendida, por cuanto que la jurisprudencia viene exigiendo, bien la ausencia de todo trámite, acercándose a la vía de hecho, bien por haberse utilizado un procedimiento no previsto", como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 mayo de 2008 (100876).

Por su parte la Sentencia de 25 de mayo de 1999 señala que: "la invocación de la falta de audiencia sólo podría ser apreciada en sede casacional (...) cuando se hubiera producido una efectiva indefensión o se hubiera impedido que el acto alcanzase su fin, de acuerdo con reiterada Jurisprudencia de esta Sala, de la que son exponente, entre otras, las Sentencias de 24 de mayo de 1995 y 30 de noviembre de 1995".

En fin, sirva como resumen de clara aplicación al caso que nos ocupa la STSJ Madrid (Contencioso}, sec. 1ª, S 21 de mayo de 2010, n2 497/2010, rec. 49/2010 (fundamento jurídico segundo, la negrita es nuestra}:

"Lo único que se echa en falta en el expediente es la concesión de un previo trámite de audiencia, pero esa irregularidad, que se encaja con naturalidad en la queja de que la resolución habría sido dictada sin seguir procedimiento específico, solo podría tener relevancia se hubiese causado indefensión en sentido material, lo que es poco compatible con la existencia de este proceso. En efecto, las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso, y no nacen de la sola y simple infracción de las normas procedimentales, sino cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con perjuicio real y efectivo para los intereses afectados, no protegiéndose situaciones de simple indefensión formal, lo que difícilmente se produce por la propia existencia de este proceso contencioso administrativo en el que la parte ha podido esgrimir cuantas razones de fondo ha tenido par convenientes para combatir el acto impugnado.

Pues bien, en el presente expediente, incluida la última resolución de 27 de octubre, y pese a haber denunciado tal carencia en nuestras alegaciones de 18 de agosto, no se ha realizado ese ejercicio de justificar que se produjo un perjuicio efectivo al concesionario y menos a ningún tercero o al interés público, al poderse alcanzar un resultado diferente, de haberse concedido la audiencia; por el contrario, el Ayuntamiento se ha limitado a constatar la omisión de un trámite formal en un trámite sectorial paralelo al procedimiento de licitación, sin que se haya acreditado ni tan siquiera indiciaria mente que el diseño de la concesión hubiese sido diferente de conocer las alegaciones del primer interesado, ni que su adjudicación hubiera variado un ápice. De hecho, lo que acreditan los vínculos entre las empresas ya advertidos en nuestro anterior escrito es que la solicitud resultaba torticera e interesada, no siendo razonable pensar que la empresa (...) no tuviera conocimiento de la licitación de la concesión hasta justamente el día siguiente de la propuesta de adjudicación. Circunstancias que por supuesto han de observarse para enjuiciar si ese trámite de audiencia

efectivamente generó una indefensión real al interesado, y que el acuerdo de 27 de octubre descarta valorar, aferrándose a una supuesta infracción objetiva, que sin embargo no tiene el alcance anulatorio que automáticamente se le ha atribuido.

Todo lo expuesto determina aún con más claridad en esta fase del procedimiento, la ausencia de justificación de la nulidad de pleno derecho que permita revisar una licitación ya decidida por este extraordinario procedimiento.

Por lo expuesto, SOLICITO se tenga por presentado este escrito, conste reiterada nuestra OPOSICIÓN A LA REVISIÓN DE OFICIO incoada y se eleven los dos escritos de nuestras alegaciones al Consejo Consultivo, dentro del expediente que se le remita, a los efectos oportunos de rechazar la citada medida en su preceptivo informe».

- El día 14 de diciembre de 2023 se emite la Propuesta de Resolución definitiva, bajo el término de Informe, siendo *aprobada* tal Propuesta por la Junta de Gobierno Local el día 15 de diciembre de 2023, acordándose también la suspensión del presente procedimiento, como ya se señaló, y la solicitud a este Consejo Consultivo del preceptivo dictamen.

IV

1. La Propuesta de Resolución objeto del presente Dictamen, desestima las alegaciones de la interesada y además, se procede a declarar «*la aprobación de la 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 y consiguiente declaración de nulidad 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*».

2. En dicha Propuesta de Resolución, después de dar por reproducidas las consideraciones jurídicas contenidas en el Informe Jurídico emitido por la Secretaría General de 27 de julio de 2023, relativas a la nulidad de la actuación administrativa que nos ocupa, se procede a analizar las alegaciones presentadas por una de las interesadas.

2.1. Pues bien, en dicho informe se manifestó, acerca de la nulidad de las actuaciones y la procedencia de la revisión de oficio que se pretende, que:

«Se alega por la entidad (...) 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 habérsele 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.l 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 2° o 145/1990, fundamento jurídico 3°), 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 pe1juicio 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.l de la Ley 39/2015, de l de octubre -por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

(...)

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 (...) 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».

2.2. Asimismo, en la Propuesta de Resolución se señala sobre las alegaciones de la interesada lo siguiente:

«1.- Alegación relativa a que no se ha concedido trámite de audiencia previa a la incoación del expediente de revisión de oficio considerando que la propuesta de incoación de dicho expediente no explica claramente porque en el presente caso la falta de trámite de audiencia determina su nulidad radical, entendiendo que el acuerdo de incoación incurre en nulidad de pleno derecho al ser un acto cualificado que ha impedido la continuación del procedimiento.

En el procedimiento de revisión de oficio o a instancia de parte resulta de aplicación lo dispuesto por el artículo 75.1 de la ley 39/2015, de 1 de octubre según el cual: "l. Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio y a través de medios electrónicos, por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trán1ites legal o regla1nentariamente establecidos".

No se contempla ningún trámite previo de audiencia al acuerdo de incoación del procedimiento sin perjuicio de las actuaciones previas que se puedan practicar con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento en los términos previstos por el artículo 55 de la Ley 39/2015, teniendo en cuenta que en el acuerdo de incoación del expediente ya se hizo saber a los interesados que el dicho acto no agota la vía administrativa por ser acto de trámite no finalizador del procedimiento, sin que concurra por consiguiente la causa de nulidad alegada y ello sin perjuicio de los Recursos que quepa interponer frente a dicho acto de trámite que no ha sido recurrido en vía administrativa por medio de Recurso de reposición.

II.- Con respecto a la alegación relativa a que la reclamación de la empresa (...) resulta ser extemporánea puesto que no es hasta el 11 de mayo de 2.023 cuando la entidad concesionaria de la línea de guaguas actualmente existente no formula su pretensión de declaración de nulidad del procedimiento de contratación al no habérsele conferido trámite de audiencia, teniendo en cuenta que el expediente de contratación de las líneas 2 y 3 del transporte urbano se inició el 21 de julio de 2022 siendo el anuncio de licitación de fecha 10 de octubre de 2022 en el que se incorporan la memoria justificativa y el documento de aprobación del expediente, teniendo en cuenta que con carácter previo se había tramitado el expediente para la contratación de la gestión de este mismo servicio que quedó desierto por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 29 de abril de 2022.

No cabe apreciar extemporaneidad de la alegación presentada por la empresa (...). habida cuenta que el artículo 106 de la Ley 39/2015 establece que "l. Las Ad1ninistraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo

dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Con1unidad Autónon1a, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos ad1ninistrativos que hayan puesto fin a la vía adn1inistrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.l", no estando sometida a plazo esta facultad de revisión sin pe1juicio de lo establecido por el artículo 11O de la misma Ley en cuanto a los límites aplicables a dicha facultad.

Cierto es que la entidad (...). tuvo la oportunidad de presentarse al procedimiento de licitación de las nuevas líneas 2 y 3 y al no haberlo hecho ni impugnado el procedimiento de contratación carece de legitimación para impugnar el resultado de la licitación.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 julio de 2014, de la sección 4ª de la Sala de lo contencioso-administrativo, analiza la legitimación en un supuesto en que se recurría una resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, señalando que: El interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 173/2004, de 18 de octubre, FJ 3; y 73/2006, de 13 de 1narzo, FJ 4; STC 28/2005 de 14 de febrero FJ 3º). En materia contractual la falta de interés legítimo y la consiguiente falta de legitimación activa deriva de la no concurrencia a un contrato administrativo (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 14 julio 2011, rec. 3163/2008). De ahí que la jurisprudencia haya exigido con carácter general para reconocer la condición de interesado a efectos de impugnación de la resolución por la que se adjudica un contrato administrativo, que el recurrente haya participado en el concurso o sistema de adjudicación de que se trate (S. 30 de junio de 1997 y 4 de junio de 2001), pues no pueden hacerse valer para impugnar un determinado acto administrativo intereses que, por no integrar el contenido del acto, no son susceptibles de pronunciamiento alguno en el proceso de que se trate y, por lo tanto, no pueden servir de fundamento para invocar la legitimación activa en el proceso".

No obstante la imposibilidad de combatir el procedimiento de contratación por parte de la entidad (...). del que no ha tomado parte, cierto es que se constata la existencia de la omisión de un trámite que ha de calificarse como esencial y preceptivo en los actos previos o preparatorios de licitación que no es otro que el establecido en el 34 del Decreto 72/2012, de 2 de agosto, por el que se ap1ueba 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".

III.- Se alegaba por la UTE de referencia que el acta de la mesa de contratación en la que se propone la adjudicación del contrato de gestión de servicio de las líneas 2 y 3 a favor de la UTE se publicó por la Mesa de contratación el 10 de mayo de 2023, en detrimento de la entidad (...) y al día siguiente 11 de mayo de 2.023 es cuando la entidad concesionaria del

servicio de transporte de la línea 1, (...). presenta su escrito por el que expone la concurrencia de nulidad por omisión del preceptivo trámite de audiencia.

Se considera por la mis1na UTE que existe una insuficiente motivación en el acuerdo de incoación al no justificar en el caso concreto que la falta de audiencia al concesionario le haya reportado una indefensión insubsanable que genere la nulidad de pleno derecho de todo el procedimiento, teniendo en cuenta que la entidad (...), no ha sido parte en el procedimiento de licitación de las líneas 2 y 3 y no ha presentado alegaciones cuando tuvo la oportunidad de hacerlo sin que conste que se hayan aportado datos que hicieran notoriamente inviable la implantación de las nuevas concesiones en relación al preexistente.

Con respecto a la concurrencia de causa de nulidad por la omisión de un trámite preceptivo que ha de considerarse esencial resulta necesario reiterar que 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

l. 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 de1nanda 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.

Se trata de un trámite esencial que requiere la concesión de audiencia previa a la implantación de nuevas líneas de transporte, omisión del trámite que puede dar lugar a una indefensión formal y material a terceros interesados, si bien con independencia de esa posible indefensión lo cierto es que se trata de un trámite preceptivo y sustancial en el procedimiento de implantación y subsiguiente contratación de la gestión del servicio, en el que puede resultar afectado tanto un concesionario preexistente en el ámbito municipal como cualquiera otra empresa concesionaria de la isla.

Si bien la empresa (...). 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 nuevamente la incidencia que esta infracción despliega en el expediente de contratación tramitado, sin que el acuerdo de

incoación carezca de motivación en este aspecto que se cita por la UTE de referencia habida cuenta que en dicho acuerdo se hace especial mención a las circunstancias fácticas y fundamentos jurídicos que motivaron en este caso concreto la adopción del acuerdo de incoación de esta revisión de oficio que afecta a la nulidad de la aprobación del expediente de contratación y actos sucesivos.

(...)

IV.- Se alega por la misma UTE que la mera voluntad de licitar no determina la implantación de la concesión por lo que se habría iniciado una revisión anterior al hecho determinante de la misma que es la propia implantación, produciéndose un fraude de ley y ejercicio antisocial del derecho habida cuenta que según información que publica el Registro mercantil, el administrador de la entidad (...) también lo es de otras empresas vinculadas accionarialmente todas ellas con la mercantil (...), adjuntando documentación acreditativa de dicha alegación lo que infringe lo dispuesto en el artículo 100 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre y 7.2 del Código Civil, mostrando su oposición a la revisión de oficio.

La implantación efectiva de las nuevas líneas de transporte tendrá lugar en el momento de la puesta en marcha de la gestión del servicio de las nuevas líneas de guagua 2 y 3 si bien está claro que no puede llevarse a cabo la adjudicación de un servicio si previan1ente a la incoación del procedimiento para la adjudicación del mismo no se han cumplido con las actuaciones preparatorias preceptivas que exija el contrato so pena de incurrir en alguna causa de nulidad por lo que no resulta admisible la alegación formulada respecto a que se habría iniciado una revisión anterior al hecho determinante de la misma que es la propia implantación del servicio.

En cuanto al posible fraude de ley y abuso de derecho respecto de la actuación de la empresa concesionaria de la línea 1, (...). por la posible vinculación empresarial con la entidad (...) la posible vinculación e1npresarial que se denuncia no exime a la Administración de cumplir un trá1nite preceptivo que se constata omitido en el procedimiento para la implantación de la gestión del servicio de las líneas 2 y 3».

3. Este Consejo Consultivo, ha señalado reiteradamente, por ejemplo, en el Dictamen 116/2023 de 16 de marzo, entre otros muchos, que:

« (...) siguiendo constante y abundante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha reiterado que la revisión de oficio supone el ejercicio de una facultad exorbitante por parte de la Administración para expulsar del ordenamiento jurídico actos firmes en vía administrativa que adolecen de vicios especialmente graves, en cuya aplicación se ha de ser riguroso por implicar un conflicto entre dos principios generales del derecho: el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. De aquí que no cualquier vicio jurídico permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ella sólo es posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva (Dictámenes de

este Consejo 293/2021, de 24 de mayo; 332/2021, de 14 de junio; 41/2019, de 7 de febrero, 302/2018, de 29 de junio y 430/2017, de 14 de noviembre, que reiteran varios pronunciamientos de este Organismo en el mismo sentido). La declaración de nulidad ha de analizarse, pues, partiendo de este carácter restrictivo de los motivos de nulidad, pues la revisión de oficio no es en modo alguno un cauce para decidir cuestiones que debieran haber sido resueltas por las vías de impugnación ordinarias», doctrina aplicable al presente asunto.

4. Según el art. 106.1 LPACAP, la revisión de oficio sólo procede sobre actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo. Esta condición de finalización del procedimiento o firmeza sólo cabe (art. 84 LPACAP) sobre actos que supongan la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el ordenamiento jurídico, y la declaración de caducidad.

Del expediente remitido a este Consejo Consultivo no consta que la revisión de oficio tramitada por el Ayuntamiento lo sea en relación con ninguno de tales tipos de actos administrativos, que no se han llegado a acordar en el procedimiento de contratación objeto de aquél.

En consecuencia -y sin perjuicio de que por medio de otras vías previstas en nuestro ordenamiento jurídico pudiera encontrar acogida el planteamiento esgrimido por la Administración (con las consecuencias que asimismo resulten inherentes a ello)-, no procede la incoación y tramitación de un procedimiento de revisión de oficio en este caso, por lo que la Propuesta de Resolución que la acuerda se considera contraria a Derecho.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se declara la nulidad 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, resulta ser no conforme a Derecho en virtud de las razones expuestas en el Fundamento IV del presente Dictamen, no procediendo la revisión de oficio.