



Consejo Consultivo de Canarias

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

La Laguna, a 26 de octubre de 2000.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con *la resolución del contrato de obras del Proyecto de Reforma y Ampliación del Parque de Bomberos de San Miguel (EXP. 138/2000 CA)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Presidente del Cabildo Insular de Tenerife, es una propuesta de resolución del contrato de las obras de reforma y ampliación del parque de bomberos de San Miguel, que fue adjudicado el 4 de diciembre de 1998, por acuerdo de la Comisión Insular de Gobierno a la entidad mercantil S., S.L., la cual se ha opuesto a la resolución contractual en trámite de audiencia.

La legitimación para la solicitud de Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se deriva del art. 11.1 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias en relación con los arts. 59.3,a) y 96.1, de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, TRLCAP (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) y con el art. 26, de carácter básico, del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, LCAP, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

En cuanto a los aspectos procedimentales procede señalar lo siguiente:

---

\* PONENTE: Sr. Millán Hernández.

a) El art. 41.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, LRBRL, dispone que se aplicarán a los Cabildos las normas de organización y funcionamiento que establece para las Diputaciones Provinciales.

Con anterioridad a la Ley 11/1999, de 21 de abril, que modificó la LRBRL, el Cabildo aprobó un Reglamento Orgánico, RO (Boletín Oficial de la Provincia de 17 de agosto de 1994), cuyo art. 20.5,c) que atribuyó a la Comisión Insular de Gobierno la competencia para contratar siempre que la cuantía de los contratos no excediera del cinco por ciento de los recursos ordinario, tuvieran una duración inferior a un año y no exigieran recursos superiores a los consignados en el presupuesto anual. No es objeto de este Dictamen el examen de la compatibilidad de este precepto reglamentario con el tenor original del art. 34 LRBRL.

Con base en este precepto reglamentario la Comisión Insular de Gobierno actuó como órgano de contratación cuya resolución se pretende y que fue adjudicado el 4 de diciembre de 1998 y formalizado el 27 de enero de 1999.

La Ley 11/1999, de 11 de abril, que entró en vigor el 12 de mayo siguiente, modificó el art. 34.1 LRBRL atribuyendo en todo caso al Presidente de la Diputación la competencia para las contrataciones de toda clase cuando su importe no superase el 10 por 100 de los recursos ordinarios del Presupuesto ni, en cualquier caso, los quinientos millones de pesetas (ahora los mil millones), incluidas las de carácter plurianual.

El Presidente puede delegar esta competencia en la Comisión de Gobierno (art. 35.2.b) LRBRL), en cuyo caso seguirá el régimen que para las delegaciones interorgánicas establece el art. 13 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, LPAC, pudiendo revocar en cualquier momento esa delegación (art. 13.6 LPAC).

La Ley 11/1999 no tiene eficacia retroactiva y como de las Disposiciones Transitorias Iª de la LCAP y del TRLCAP, se extrae la conclusión de que los contratos adjudicados bajo una normativa se siguen rigiendo por ésta, no obstante sus modificaciones posteriores, se debe concluir que, conforme con los arts. 112.1 TRLCAP (antes 113.1 LCAP) y 26 del citado RD 320/1996 (en adelante, RDP), la competencia para resolver el presente contrato corresponde a la Comisión Insular de Gobierno.

b) El art. 7.1,e) RO atribuye al Consejero Insular de Área, respecto a las materias de su Área, la formulación de las propuestas de resolución en los asuntos cuya decisión corresponda a la Comisión Insular de Gobierno. En el presente procedimiento, el Consejero Insular de Área formuló la propuesta de resolución que es la que en puridad debería ser objeto del Dictamen. Esa propuesta de resolución fue aprobada por unanimidad sin modificación como tal propuesta y remitida al Consejo Consultivo para su examen.

Es patente que la aprobación de una propuesta de resolución por el órgano que luego ha de adoptar la resolución definitiva incide en una irregularidad procedimental, que por sí sola no debe generar efecto impeditivo alguno, pudiendo interpretarse como la toma en consideración de la P.R. por parte de la Comisión Insular de Gobierno.

## II

Tras las alegaciones del contratista en trámite de audiencia, se emitieron por el director de la obra y el funcionario técnico gestor de la obra informes sobre el contenido de aquéllas.

Así, el 29 de marzo de 2000 se dicta por el Consejero Insular "propuesta de acuerdo" por la que: 1º) se deja sin efecto el acuerdo núm. 18 de la Comisión de Gobierno de fecha 22 de noviembre de 1999, relativo a la incoación de expediente de demora del contratista adjudicatario de las obras del Proyecto de Ampliación y Reforma del Parque de Bomberos de San Miguel; 2º) se ordena la paralización inmediata de las obras; 3º) se incoa expediente de resolución del contrato por demora del contratista en la ejecución; y 4º) se inicia trámite de audiencia a la empresa adjudicataria, S., S.L. y a la entidad bancaria avalista (...).

La citada "propuesta de acuerdo" se emite tras el informe del Arquitecto Director de las obras en el que pone de manifiesto que el retraso habido con posterioridad al 8 de octubre de 1999, es imputable exclusivamente al contratista por "una escasa actividad de obra", siendo la prueba, que a fecha de 8-10.1999, se llevaba ejecutado un 47,4% del presupuesto de adjudicación y febrero de 2000, un 53,63%.

En el trámite de audiencia se formulan alegaciones por la empresa S., S.L., en las que reconoce el retraso en la ejecución de las obras, manifestándose la

existencia de "numerosos modificados del proyecto original e imprevistos que originan dificultades y retrasos; replanteo de la obra, alteración posterior de ésta, etc.", concluyendo, solicitando una nueva prórroga de tres meses" para su terminación.

Del contenido de las citadas alegaciones del adjudicatario se da traslado al Arquitecto, Dirección Facultativa, que formula un nuevo informe en el que niega la existencia de modificados, respecto del proyecto original; falta de relación de los técnicos redactores del proyecto respecto del personal que intervino en el cálculo de la estructura; inexistencia de cambio en la ferralla; colocación de un perfil metálico de sección RHS y, por último, se atribuye el retraso a la realización de otras obras por la empresa, a la Consejería de Educación.

Ambos escritos se remiten a la Jefatura de Sección Técnica del Cabildo Insular, que, a su vez, emite informe en el que reconoce un cambio de diseño en la estructura respecto del proyecto, sosteniéndose que fue promovido por el constructor y aceptado por la Dirección Facultativa; la falta de constancia de cambios de ferralla, escasa entidad del retraso por la colocación de un perfil metálico; modificaciones que no afectan a unidades de obra sino a disposición de ventanas y tabiques y la ejecución de otras obras por el adjudicatario para otros organismos de la Administración Autonómica, Consejería de Educación.

Estos últimos informes de la Dirección Facultativa de las obras como el de la Jefatura de la Sección Técnica del Cabildo Insular, gestor de la obra, permite, según la PR (1º Considerando), "deducir claramente que la dilatada demora en la ejecución del contrato se debe a causas imputables a la empresa contratista", con las consecuencias, resolución del contrato de obras y demás, que se expresan en dicha PR, que es aprobada posteriormente por la Comisión de Gobierno del Cabildo Insular el 12 de octubre de 2000.

El trámite de audiencia, en consecuencia, no se ha cumplido materialmente. No basta una audiencia formal, sino que ésta debe permitir a los afectados e interesados conocer y debatir con precisión los hechos y actos que constituyen la base de la decisión de la Administración, con la posibilidad de aportar las pruebas que estimen oportunas, como las órdenes de dirección técnica que tengan relación con la demora en la ejecución de la obra.

La actuación equidistante de la Administración entre los distintos sujetos en el procedimiento administrativo, no es compatible con una actuación instructora inquisitiva, sin audiencia o participación plena de quienes pueden quedar afectados por la resolución.

Someter las alegaciones del adjudicatario de las obras al informe de la Dirección facultativa y al de la Jefatura de la Sección Técnica del Cabildo Insular, resolviendo la Propuesta de Resolución en base a éstos, sin participación ni conocimiento de los mismos por parte del adjudicatario, supone alterar la esencia de la audiencia "audiatur et altera pars", con incidencia grave en la defensa y garantía de los intervinientes en el expediente administrativo.

En suma, habiéndose privado al adjudicatario de conocer y debatir tanto los hechos como las razones técnicas esenciales que se han tenido en cuenta por el Cabildo Insular en la resolución del expediente, a través de los citados informes procede considerar que la Propuesta de Resolución no se adecua a Derecho; debiéndose retrotraer las actuaciones al trámite previo a la Propuesta de Resolución, a fin de que el adjudicatario y demás interesados en el expediente administrativo puedan conocer el contenido y alcance de los mencionados informes y rebatir y probar lo que convenga a su defensa y derecho, y en su caso, pueda ser tenido en cuenta y valorado al redactarse la nueva PR.

### III

Los arts. 20,c) y 21 LCAP [actualmente arts. 20,c) y 21 TRLCAP] en relación con los arts. 12.2 y 13 RDP permite que el acto que disponga la resolución contractual pueda acordar la iniciación del procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar, procedimiento cuya resolución corresponderá a la propia Administración contratante, que deberá ser comunicado a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, debiendo determinarse la duración de la prohibición, "atendiendo a la existencia de dolo o manifiesta mala fe del empresario y a la entidad del daño causado a los intereses públicos".

El procedimiento de resolución contractual por demora en la ejecución del contrato (arts. 96 y 97 LCAP, en la actualidad arts. 95 y 96 TRLCAP) se dirige a establecer o descartar que esa demora sea imputable al contratista, no el grado de culpa en que haya incurrido, ni la entidad del daño a los intereses públicos. Basta

que la demora le sea imputable para que la Administración pueda resolver el contrato. La prohibición de contratar y la determinación de su duración, precisa la existencia de dolo, mala fe en el empresario, y la entidad del daño causado a los intereses públicos previa declaración de culpabilidad mediante resolución firme. La presente propuesta de resolución carece de tal carácter de firmeza. No procede establecer prohibición de contratar antes de adquirir firmeza la Propuesta de Resolución, por cuanto la voluntad de la ley es la de garantizar que no exista sanción alguna, de resoluciones no firmes, susceptibles, por ende, de revocación.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución analizada no es conforme a Derecho, debiéndose retrotraer las actuaciones al momento anterior a la Propuesta de Resolución, a efectos de que se conceda audiencia plena al adjudicatario de las obras y demás interesados, en garantía de los derechos de contradicción y defensa de éstos, tal como se razona en la Fundamentación II de este Dictamen.