



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 4 6 / 2 0 1 5

(Pleno)

La Laguna, a 3 de febrero de 2015.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el *Proyecto de Decreto por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias (EXP. 12/2015 PD)\**.

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

### I

Antecedentes y solicitud.

1. Se interesa por el Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, a través de escrito de 15 de enero de 2015, con registro de entrada en este Consejo Consultivo del 16, dictamen preceptivo, al amparo de los arts. 11.1.B.b), 12.1 y 20.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación con el Proyecto de Decreto (PD) por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos, tomado en consideración por el Gobierno en sesión celebrada el día 15 de enero de 2015, como resulta del certificado gubernativo del Acuerdo de toma en consideración y solicitud de dictamen, que se acompaña a la referida solicitud (art. 50.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias, aprobado por Decreto 181/2005, de 26 de julio).

2. En la norma proyectada se establece la organización y funcionamiento de un órgano administrativo, pudiendo, *a priori*, considerarse la misma, por tal motivo, un reglamento organizativo que no es susceptible de preceptivo dictamen, en la medida que sus determinaciones pudieran no afectar directamente a terceros pues sus efectos son esencialmente internos, administrativos o *ad intra*, si bien está llamado a conocer y resolver los recursos especiales en materia de contratación regulados en el

---

\* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

art. 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

Sin embargo, el PD es dictado en desarrollo de una norma básica, art. 41. 3 y 4 TRLCSP, la cual, como posteriormente se expondrá, se estableció en cumplimiento de lo dispuesto en la Directiva Comunitaria 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre.

En los recientes Dictámenes 442/2014, de 2 de diciembre y 457/2014, de 18 de diciembre, de este Consejo, se señala que " (...) Pero, al margen de que algunas determinaciones sí tienen efecto indirecto o reflejo en terceros, no podemos olvidar que estamos ante un reglamento, ciertamente organizativo, que se halla especialmente ordenado por la Ley habilitante, (...) por lo que, al margen de que materialmente sea reglamento organizativo es también, formalmente, un reglamento ejecutivo por cuanto procede a desarrollar previsiones específicas de la ley habilitante, que delimita su contenido y alcance", consideración esta que es aplicable a la norma proyectada objeto del presente dictamen, dado que el art. 41.3 TRLCSP determina que en el ámbito de las Comunidades Autónomas la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas, debiendo crear un órgano independiente; y en el apartado 4 del mismo artículo se prevé que, cuando las Comunidades Autónomas tengan competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación, la competencia para resolver aquéllos recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas.

3. En el escrito del Presidente del Gobierno se hace constar la urgencia en la solicitud del presente dictamen al amparo del art. 20.3 LCCC, justificándose tal urgencia en el retraso producido a la hora de efectuar el desarrollo de la normativa básica anteriormente citada.

Tal circunstancia justifica la urgencia en la tramitación de esta norma, para evitar, así, un mayor retraso en el cumplimiento del mandato legislativo y constituir el Tribunal a la mayor brevedad posible.

## II

### Tramitación.

1. Se ha dado cumplimiento a las exigencias legales y reglamentarias de aplicación previstas en el art. 44 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, así como en el Decreto 20/2012, de 16 de marzo, del Presidente, por el que se establecen las

normas internas para la elaboración y tramitación de las iniciativas normativas del Gobierno y se aprueban las directrices sobre su forma y estructura, pues se ha otorgado el trámite de audiencia a los Cabildos Insulares y a la Federación Canaria de Municipios y, además, se informó a los distintos Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, constando en el expediente la siguiente documentación.

- Memoria económica, elaborada por la Dirección General de Patrimonio y Contratación de la Consejería de Economía, Hacienda y Seguridad, de 8 de octubre de 2014. Con posterioridad a la misma, el día 5 de diciembre de 2014 se elaboró el informe de iniciativa reglamentaria y de acierto y oportunidad del Proyecto de Decreto [art. 44 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno].

- Informe de la Oficina Presupuestaria de la Consejería de Economía, Hacienda y Seguridad, de 15 de octubre de 2014 [art. 2.2.f) del Decreto 153/1985, de 17 de mayo, modificado por Decreto 234/1998, por el que se crean las Oficinas Presupuestarias de las Consejerías del Gobierno de Canarias], haciéndose constar la insuficiencia de contenido de la memoria económica de acuerdo con la normativa aplicable a la materia.

- Informe de la Dirección General de Planificación y Presupuesto de la Consejería de Economía, Hacienda y Seguridad, de 24 de octubre de 2014 [art. 26.4.a) del Reglamento Orgánico de la Consejería de Economía y Hacienda, aprobado por Decreto 12/2004, de 10 de febrero], manifestando en el mismo que la Dirección General de Patrimonio y Contratación elaboró diversos proyectos normativos, que no fueron tomados en consideración por el Gobierno, de distinto contenido, puesto que en algunos de ellos se optaba por la posibilidad de crear un órgano administrativo independiente para el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias y en otros por la de atribuir tal competencia al Tribunal Central de Recursos Contractuales (TCRC), previa suscripción de un convenio a tal fin, posibilidades previstas en la normativa básica estatal.

En dicho informe y en lo que se refiere a la opción por la que finalmente ha optado el Gobierno de Canarias, la creación de un órgano administrativo independiente, se estima que el mínimo incremento de gasto, 2.909 euros anuales, que se prevé en la memoria económica para la creación del mismo es superior al gasto de atribuir la competencia al Tribunal Central de Recursos Contractuales (opción prevista en el TRLCSP mediante convenio). No obstante, concluye que puede ser

compatible en términos que excluyan todo impacto sobre los gastos públicos autonómicos o que permitan que se absorba con las dotaciones presupuestarias y los recursos humanos y materiales de que dispone la Administración autonómica.

- Informe de 1 de abril de 2014, de la Dirección General de Patrimonio y Contratación, manifestando que el PD no produce impacto por razón de género [art. 6.2 de la Ley 1/2010, de 26 de febrero, Canaria de Igualdad entre Mujeres y Hombres].

- Informe de la Inspección General de Servicios de 31 de octubre de 2014 [art. 63.c) del Decreto 331/2011, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad, y art. 7 del Decreto 48/2009, por el que se establecen en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias medidas ante la crisis económica y de simplificación administrativa].

- Informe de la Dirección General del Servicio Jurídico de 18 de noviembre de 2014 [art. 20.f) del Reglamento de este Servicio, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero], tras el que se emitieron otros informes. Sin embargo, cabe señalar que este informe debe recabarse una vez completado el procedimiento, exigencia que requiere atenderse para que pueda cumplir su funcionalidad, tal y como ya ha manifestado este Consejo Consultivo en diversas ocasiones (por todos, el Dictamen 611/2011, de 14 de noviembre).

- Informe de impacto empresarial emitido por la Dirección General de Patrimonio y Contratación, de 1 de diciembre de 2014, manifestando que la norma proyectada carece de impacto en el tejido empresarial de la Comunidad Autónoma de Canarias (art. 17 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Fomento y Consolidación del Emprendimiento, el Trabajo Autónomo y las Pymes de la Comunidad Autónoma de Canarias).

- Informe de la Comisión Preparatoria de Asuntos del Gobierno, de 12 de enero de 2015 [art. 2 del Decreto 37/2012, de 3 de mayo, por el que se regula la Comisión Preparatoria de Asuntos del Gobierno].

Además, consta en el expediente el informe de la Dirección General de la Función Pública de 17 de diciembre de 2014.

### III

#### Objeto y competencia.

1. Procede hacer referencia, tal y como se hace en la introducción a modo de preámbulo del PD, a la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, del Consejo. Consultas de partes interesadas y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas han puesto de manifiesto una serie de puntos débiles en los mecanismos de recurso existentes en los estados miembros, por lo que se consideró conveniente introducir en las Directivas 89 y 92 citadas “las precisiones indispensables que permitan obtener los resultados buscados por la legislación comunitaria”, medios de recurso eficaces y rápidos contra decisiones adoptadas por poderes adjudicadores y entidades contratantes, tal y como se señala en el preámbulo de la propia Directiva 2007/66/CE.

En el articulado de esta última Directiva se contiene la regulación básica de tales recursos. Entre otros asuntos, se establece en su art. 2.9 la posibilidad de que el órgano competente para tramitarlos y resolverlos bien sea un órgano administrativo independiente o que el recurso contractual especial se tramite y resuelva por los órganos jurisdiccionales.

2. La transposición de la Directiva comunitaria 207/66/CE ha sido llevada a término al Derecho interno español por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que modificó las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y 31/2007, de 30 de octubre, sobre Procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios sociales, optándose por la creación de un órgano administrativo independiente.

Como se indicó *ab initio*, actualmente, en el art. 41.3 TRLCSP, se establece: “En el ámbito de las Comunidades Autónomas, así como en el de los órganos competentes de sus Asambleas legislativas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas, debiendo crear un órgano independiente cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado su Presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias que deba conocer”. Además, en dicho precepto también se les otorga a

las Comunidades Autónomas la posibilidad de atribuir al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales la competencia para resolver los recursos emanados en su propio ámbito, previa celebración de un Convenio con el Estado.

Y, en el punto 4 de dicho precepto se determina que “En el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos será la establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación”, y en caso de no ser así el precepto prevé que será competente el órgano al que la correspondiente Comunidad Autónoma le atribuya tal competencia.

Finalmente, el Estatuto de la Comunidad Autónoma de Canarias otorga competencias sobre desarrollo legislativo y ejecución, entre otras, en las siguientes materias, art. 32.11, “Contratos y régimen jurídico del dominio público y de las concesiones administrativas en el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma”, y art. 32.4, “Régimen local”.

En este sentido, es preciso reiterar lo señalado por este Consejo Consultivo en lo que se refiere a la relación normativa bases-desarrollo. Así, en el Dictamen 317/2014, siguiendo la Jurisprudencia constitucional que se cita en el mismo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/2004, de 25 de mayo, se reseña que « (...) y en relación al concepto de “bases”, nuestra doctrina constitucional ha venido sosteniendo que por tales han de entenderse los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Lo básico es, de esta forma, lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto», aplicable a la cuestión competencial relacionada con la norma proyectada.

#### **Legitimación y solicitud de medidas provisionales.**

3. Según el art. 42 TRLCSP, la legitimación activa para interponer el recurso especial corresponde a “toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”. En el art. 43 TRLCSP se regula la posibilidad de solicitar por los interesados y acordar por el órgano competente para resolver la adopción de

medidas provisionales durante la tramitación del recurso contractual, estableciendo un plazo de cinco días hábiles para decidir motivadamente.

Con referencia a los supuestos especiales de nulidad, así clasificados en el TRLCSP, el art. 39 dispone que el órgano previsto en el art. 41 y, por ende, los que se creen en las Comunidades Autónomas, será el competente para conocer y resolver la cuestión de nulidad. Por otra parte, es el art. 37 TRLCSP el que determina los supuestos especiales de nulidad contractual, su ámbito material y las causas de nulidad, cuya regulación se completa en los artículos siguientes. Asimismo, a solicitud del interesado y si procede podrá imponerse a la entidad contratante la determinación de una indemnización por daños y perjuicios, la cual también es de competencia del correspondiente órgano administrativo establecido en el art. 41 TRLCSP (arts. 47.3 y 48 TRLCSP).

Además, el art. 101 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre Procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, les otorga a los órganos previstos en el art. 41 TRLCSP (anterior art. 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público) competencia en su ámbito para llevar a cabo las reseñadas funciones.

4. Habida cuenta de la regulación reseñada, resulta evidente que el objeto del PD es desarrollar la regulación básica estatal para establecer un órgano administrativo independiente que conozca de los recursos contractuales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias.

## IV

### Estructura del PD.

La estructura del PD se compone de una introducción a modo de Preámbulo, seis artículos: el primero, dedicado a la Creación y adscripción del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias; el segundo, al Ámbito funcional; el tercero, a determinar cuáles son las Competencias del Tribunal; el cuarto, determina lo relativo a la Composición, nombramiento y cese de los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias"; el quinto, determina lo correspondiente al Régimen de impugnación de las resoluciones del Tribunal; y el sexto, lleva por rúbrica "Régimen de funcionamiento".

Consta el PD, asimismo, de tres disposiciones adicionales; la primera, referida al apoyo técnico y administrativo al Tribunal; la segunda, correspondiente a las normas de funcionamiento como órgano colegiado; y la tercera, relativa a los medios telemáticos. Además, cuenta con tres disposiciones transitorias; la primera, en su primer apartado, demora la efectividad del Tribunal a partir del día siguiente de la publicación del nombramiento del titular en el Boletín Oficial de Canarias (BOC), y el segundo apartado dedicado a los procedimientos en tramitación; al Régimen transitorio para las Administraciones Locales y las Universidades públicas se dedica la transitoria segunda; y al Régimen de retribuciones, la tercera. Por último, el PD cuenta con dos disposiciones finales; la primera, tiene por objeto la habilitación normativa para el desarrollo del PD; y la segunda, su entrada en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOC.

## V

### Observaciones de carácter general.

1. Se ha optado por crear un órgano administrativo y pese a que se le ha denominado como *Tribunal Administrativo de Contratos Públicos* se le define de forma expresa en el art. 1.1 PD como "órgano unipersonal de carácter administrativo especializado en materia de revisión de procedimientos de contratación". Al regularse su composición en el art. 4.1 se dispone que este Tribunal está integrado por un titular, teniendo carácter unipersonal y se apunta la posibilidad de que cuando el volumen y la especificidad de los asuntos lo aconseje el titular del departamento al que esté adscrito acordará su transformación en órgano colegiado.

Tal opción está prevista en el art. 41.3 TRLCAP que expresa " (...) debiendo crear un órgano independiente cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado su Presidente (...) ", al regular las exigencias a las que se debe someter los nombramientos a que se refiere el precepto.

No obstante, es procedente señalar que en nuestro Ordenamiento jurídico no existe ningún órgano ni administrativo ni judicial, que denominándose *Tribunal* sea de carácter unipersonal.

2. En el PD objeto de este Dictamen, desde un principio (art. 1), el órgano que se crea se configura como órgano unipersonal y se hace depender de un acontecimiento futuro e incierto la posibilidad de que dicho Tribunal esté compuesto por varios miembros (art. 4.1). Diversos informes obrantes en el expediente exponen



que dicha situación es transitoria. Nuestro criterio es que debe ser así, no obstante existir órganos unipersonales en nuestro Ordenamiento jurídico, pero no tribunales.

Al regular su régimen de funcionamiento (art. 6), se hace una remisión, en su apartado 2, a la legislación de procedimiento administrativo común, dando por sobreentendido que se refiere al Título II, Capítulo I, principios generales y competencia de los órganos administrativos propios de las especialidades derivadas de su organización y Capítulo II (Órganos colegiados).

Finalmente, en lo que se refiere a esta cuestión general, y sin que suponga entrar en contradicción con lo anteriormente expuesto, ya se ha señalado líneas atrás que el art. 41 TRLCSP no exige que el órgano administrativo que conozca de los recursos contractuales sea un órgano colegiado, ni que se denomine *Tribunal*; es más, en el mismo se permite elegir entre ambos tipos de órgano administrativo, como resulta de su tenor literal.

3. Sin perjuicio de las consideraciones relativas al articulado, que posteriormente se expondrán, se observan algunas remisiones normativas incorrectas: en el art. 2, en su apartado 3, al regular el ámbito competencial de los órganos administrativos especiales que puedan crearse por las Administraciones Locales y las Universidades, se observa la expresión "cuestiones de nulidad del art. 37" (art. 37 TRLCSP), la cual de forma evidente es incorrecta, pues dicho artículo no sólo no es el único precepto que regula dichas cuestiones, sino que únicamente establece los supuestos especiales de nulidad contractual, constando su procedimiento y única mención específica al órgano previsto en el art. 41 TRLCAP.

Sería correcto variar tal referencia normativa de acuerdo con lo señalado.

**Observaciones al articulado.**

**- Art. 4. Composición, nombramiento y cese de los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias.**

**Apartado 1.** Tras establecer que el Tribunal tiene carácter unipersonal, se dispone que su transformación en órgano colegiado se acordará, previa autorización del Gobierno, que deberá contener el número de vocales, por el titular del departamento competente, a propuesta conjunta con el titular del departamento competente en materia de organización administrativa.

Pues bien, tal transformación supone la modificación de la configuración del órgano, siendo necesaria una regulación específica, no sólo de su funcionamiento,

sino de las funciones de los distintos miembros del órgano colegiado, determinándose las funciones de la Presidencia, de los Vocales y de la Secretaría del órgano. Ello constituye una modificación que se concrete en la futura norma; ahora bien, sólo se podrá realizar por otra norma del mismo rango (decreto del Gobierno) respetándose así el sistema de derogación y modificación normativa previsto en nuestro Ordenamiento jurídico. Con tal sistema de modificación se vulneraría el principio de jerarquía normativa consagrado en el art. 9.3 de nuestra Constitución y regulado en el art. 51 LRJAP-PAC, y cuyo desarrollo, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias y en lo que se refiere específicamente a la jerarquía normativa de las normas reglamentarias, se establece en los arts. 34 y 39 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, siendo evidente que la modificación del actual Decreto del Gobierno se efectuaría a través de un norma de carácter reglamentario, pero de jerarquía inferior, una Orden Departamental.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo (sección 5ª) del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de noviembre de 2011, ha señalado que «A su vez, de cuanto acabamos de resaltar se infiere que si un Real Decreto, sedicentemente ejecutivo de una Ley, realmente no contuviera una regulación material reconocible como tal desarrollo y ejecución, sino que se limitase a formular una nueva y sucesiva remisión a las normas reglamentarias inferiores, de manera que fueran éstas las que, de hecho, incorporasen la regulación material de desarrollo, se produciría una subversión del sistema de fuentes descrito, pues por encima del sólo aparente y formal desarrollo de la Ley a través del Real Decreto, la realidad sería que ese desarrollo se habría hecho, en lo que tiene de funcional y operativo, a través de las Órdenes Ministeriales y/o disposiciones de autoridades y órganos inferiores según el orden de su respectiva jerarquía, con el resultado de que para aprehender el contenido funcional del mandato legal, el destinatario de la norma se vería obligado a integrarlo no sólo con la reglamentación operada a través del Real Decreto sino también y sobre todo con esas normas reglamentarias inferiores; con grave afección de los principios de legalidad y seguridad jurídica.

Puede ser perfectamente lícito, en palabras de la sentencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 9233) (...), que el Consejo de Ministros, al promulgar un Reglamento, defiera al Ministerio correspondiente "puntos concretos y de carácter accesorio que no supongan una modificación o alteración sustantiva de aquél, sino simplemente un mero desarrollo objetivo y puntual de las normas reglamentarias"; pero lo que, insistimos, no es

conforme al sistema de fuentes en estas materias es que ese Reglamento del Consejo de Ministros se limite a formular una remisión prácticamente incondicionada al posterior y sucesivo desarrollo reglamentario a través de una Orden Ministerial».

No se ha de olvidar que la norma proyectada es un reglamento ejecutivo, tal y como se refirió inicialmente en este Dictamen.

**Apartado 4.** Contempla la posibilidad de que el titular del departamento competente en materia de contratación “podrá designar suplentes”. Parece razonable que esta previsión de nombramiento debiera abordarse de inmediato con la aprobación de esta norma reglamentaria. Se trata de una posibilidad razonable y probable, por lo que se debiera arbitrar un mecanismo o lista de suplencia a la que acudir de inmediato caso de que sea preciso, a fin de no perjudicar la normal tramitación de los procedimientos incoados.

## C O N C L U S I Ó N

El Proyecto de Decreto por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias se ajusta a los parámetros del Ordenamiento jurídico que le son de aplicación. Se efectúan, no obstante, observaciones de carácter general y reparos al articulado.