



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 112/2019

(Sección 2ª)

La Laguna, a 28 de marzo de 2019.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de La Gomera en relación con la *Propuesta de Resolución del recurso extraordinario de revisión interpuesto por la mercantil adjudicataria (...), contra el Decreto de 2 de noviembre de 2018, por el que se desestima el recurso de reposición presentado contra el Decreto de 28 de agosto de 2018, mediante el que hacía efectiva la resolución del contrato «Redacción del Proyecto de reforma y rehabilitación de edificio, del estudio de seguridad y salud y dirección de obras, así como la ejecución de obras, equipamiento y gestión del centro socio-sanitario de La Gomera, en régimen de concesión de obra pública» (EXP. 69/2019 RR)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Se interesa por el Presidente del Cabildo Insular de La Gomera, a través de escrito de 19 de febrero de 2019, con fecha de entrada en este Consejo Consultivo de 21 de febrero de 2019, dictamen preceptivo en relación con la Propuesta de Resolución (PR) formulada en el procedimiento del recurso extraordinario de revisión, interpuesto el día 20 de diciembre de 2018, por la interesada contra el Decreto de 2 de noviembre de 2018 por el que desestimó el recurso de reposición presentado a su vez por la misma interesada contra el Decreto de 28 de agosto de 2018.

2. La preceptividad del dictamen, la competencia de este Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Presidente del Cabildo Insular de La Gomera para solicitarlo 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 el primer precepto citado con el art.

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

126.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

3. Se pretende revisar el Decreto de 2 de noviembre de 2018, fundamentado en la supuesta existencia de un error de hecho en la resolución recurrida, considerando que no coincide con la decisión adoptada por el Pleno de la Corporación Insular el 2 de diciembre de 2016, al entender que la incautación de la garantía debe ir precedida de la valoración de los daños y perjuicios que el incumplimiento del contrato haya causado.

Se cumple el requisito de firmeza en vía administrativa que exige el art. 125.1 LPACAP para poder interponer el recurso extraordinario de revisión, pues se trata de la resolución de un recurso de reposición contra el cual no puede interponerse de nuevo dicho recurso (art. 124.3 LPACAP), quedando agotada, pues, la vía administrativa ordinaria.

No obstante, en el expediente consta que este mismo acto ha sido recurrido en vía contencioso-administrativa ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Santa Cruz de Tenerife, en el procedimiento número 41/2019, sin que sobre el mismo haya recaído resolución judicial, lo que no obsta para que este Consejo dictamine sobre el recurso extraordinario de revisión que nos ocupa.

4. Este recurso se interpone el día 20 de diciembre de 2018, basándose en la causa establecida en el art. 125.1.a) LPACAP, que dispone que contra los actos firmes en vía administrativa cabe interponer el mencionado recurso cuando al dictarlos se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente. Con lo que se cumple el plazo establecido en el art. 125.2 LPACAP para interponer el recurso en el supuesto del art. 125.1.a) del citado artículo, pues no han transcurrido los cuatro años de plazo fijados para este supuesto en dicho precepto.

II

1. Los antecedentes de hecho que se deducen de la documentación obrante en el expediente constan en nuestro anterior Dictamen 404/2016, de 1 de diciembre, mediante el que señalábamos lo siguiente (FJ IV):

«7. En consecuencia, este Consejo considera que la Propuesta de Resolución resulta conforme a Derecho, pues procede la resolución del contrato por incumplimiento del plazo de ejecución de la obra por causa imputable exclusivamente al contratista, de acuerdo con los hechos expuestos.

Resultando evidente el incumplimiento contractual por parte de la adjudicataria tanto en cuanto a la demora en la realización del proyecto como en atención a la falta de solvencia, lo que determina su carácter culpable.

8. En cuanto a los efectos de la resolución contractual, este Consejo Consultivo ha mantenido de forma constante que en aquellos casos en los que se declara el incumplimiento culpable del contratista procede la incautación de la garantía definitiva prestada, sin perjuicio de que si el importe de los daños y perjuicios causados superan el montante de esta garantía, se tramite el oportuno procedimiento contradictorio para su determinación (por todos, Dictamen 196/2015, de 21 de mayo).

Consecuentemente, debe añadirse en el acuerdo que culmine el procedimiento de resolución contractual pronunciamiento expreso sobre la citada incautación de la garantía definitiva en los términos señalados en el acuerdo de incoación.

La determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar el concesionario se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que pudiera llegar a ocasionar al Cabildo implicado.

Por tanto, procede la incautación de la garantía y la eventual indemnización de daños y perjuicios establecida en el art. 225.3 y 4 TRLCSP para el caso de incumplimiento culpable del contratista, determinándose en pieza separada la determinación de los daños y perjuicios, en la que debe concederse nueva audiencia al contratista, como establece el art. 113 del RGLCAP».

Y finalmente, como conclusión, indicábamos lo siguiente:

«1.- La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, pues procede resolver el contrato «Redacción de proyecto de reforma y rehabilitación de edificio, del estudio de seguridad y salud y dirección de obras, así como la ejecución de obras, equipamiento y gestión del centro socio sanitario de La Gomera, en régimen de concesión de obra pública» adjudicado a la entidad (...), por incumplimiento culpable de la concesionaria.

2.- Debe añadirse, en el acuerdo que resuelva el contrato, pronunciamiento expreso sobre la incautación de la garantía definitiva, de acuerdo con lo señalado en el Fundamento III.8».

2. En relación con la tramitación del procedimiento posterior a la emisión del citado Dictamen se observa lo siguiente:

1º.- El Pleno del Cabildo Insular de La Gomera, en su Sesión Ordinaria celebrada el día 2 de diciembre de 2016, adoptó el Acuerdo de resolver el contrato de «REDACCIÓN DE PROYECTO DE REFORMA Y REHABILITACIÓN DE EDIFICIO, DEL ESTUDIO

DE SEGURIDAD Y SALUD Y DIRECCIÓN DE OBRAS, ASÍ COMO LA EJECUCIÓN DE OBRAS, EQUIPAMIENTO Y GESTIÓN DEL CENTRO SOCIOSANITARIO DE LA GOMERA, EN RÉGIMEN DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA» a la adjudicataria (...), CIF (...), por incumplimiento culpable de la concesionaria, ordenando la incautación de la garantía definitiva de la obra en los términos del art. 271.4 del entonces vigente RDLeg 3/2011, de 14 de noviembre, que hoy ha sido derogado por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, no obstante aún resulta ser de aplicación de acuerdo con lo que dispone la DT la de esta Ley, respecto de aquellos contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor.

El Acuerdo plenario se notificó a la mercantil según documentación obrante en el expediente.

2º. - Se decreta, previo informe jurídico, en fecha 28/08/2018, continuar con los trámites administrativos que procedan para llevar a cabo la resolución, y se insta a los Servicios Económicos del Cabildo a incautar la garantía definitiva, aplicándose lo dispuesto en el art. 271.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP); siendo notificado a la mercantil y a su avalista, (...).

3º.- (...) formula recurso de reposición contra el decreto de fecha 28 de agosto, el cual se desestima mediante decreto de fecha 2 de noviembre, «habida cuenta que viene a formular oposición a decisiones adoptadas por el Pleno en su Sesión Ordinaria celebrada el día 2 de diciembre de 2016, que devienen firmes, no procediendo lo alegado respecto al fondo del asunto, ya que aún no se ha iniciado actuación alguna para determinar los posibles daños y perjuicios que exceden de la garantía definitiva constituida, que es cuando procedería dar audiencia a las partes».

4º.- (...) formula en fecha 20/12/2018 recurso extraordinario de revisión contra el decreto de fecha 02/11/2018 fundando el recurso en la existencia de error de hecho en la resolución recurrida, aduciendo que esta se aparta de la decisión adoptada por el Pleno, y entendiéndose que la incautación de la garantía debe ir precedida necesariamente por la valoración de los daños y perjuicios que el incumplimiento del contrato haya causado, y solo hasta el límite al que ascienda tal valoración.

5º.- Con fecha 11 de febrero de 2019 se emite Propuesta de Resolución, desestimatoria del recurso extraordinario de revisión, sobre la que se solicita Dictamen mediante Decreto del Presidente de la Corporación.

III

1. La Propuesta de Resolución desestima el recurso de revisión porque considera que no se aprecia error de hecho en la resolución recurrida, pues en ella se viene a confirmar el mandato del Pleno de 2 de diciembre de 2016 sobre la resolución contractual, que tuvo en cuenta las consideraciones de este Consejo en el Dictamen 404/2016 antes citado.

2. Antes de entrar en el fondo de la cuestión planteada hemos de advertir, como ha expresado en numerosas ocasiones este Consejo Consultivo, que dado el carácter extraordinario del recurso extraordinario de revisión sus causas deben interpretarse restrictivamente. Así, por todos, en el Dictamen 290/2017, de 6 de septiembre se señala:

«El recurso de revisión es expresamente adjetivado como extraordinario por el art. 125 LPACAP; porque, en primer lugar, cabe únicamente contra actos administrativos firmes por no ser impugnables en vía administrativa por los recursos administrativos ordinarios; y, en segundo lugar, porque a diferencia de éstos, que pueden fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, el recurso de revisión se ha fundamentar exclusivamente en las causas tasadas del citado art. 125.1 LPACAP. Esta naturaleza extraordinaria y la limitación rigurosa de sus supuestos imponen la interpretación restrictiva de estos últimos, ya que se trata de destruir la firmeza de un acto administrativo (SSTS de 17 de julio de 1981, 9 de octubre de 1984, 6 de julio y 26 de septiembre de 1988, 16 de marzo de 2004, entre otras). De ahí que por medio de él no puedan suscitarse cuestiones propias de los recursos ordinarios; y que, cuando se funde en las dos primeras causas del art. 125.1 LPACAP (error de hecho que resulta de un documento que obra en el expediente o que aparezca), debe tratarse de un hecho, cosa o suceso, esto es, una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación; que ese error de hecho sea manifiesto, evidente e indiscutible y que se refiera a los presupuestos fácticos determinantes de la decisión administrativa, es decir, a la fundamentación fáctica de la ratio decidendi. Por ello queda excluido del ámbito de este recurso todo aquello que se refiera a cuestiones jurídicas, apreciación de la trascendencia o alcance de los hechos indubitados, valoración de las pruebas, interpretación de normas o calificaciones que puedan establecerse. No es posible aplicar la técnica del error de hecho a cuestiones jurídicas, aunque los hipotéticos errores jurídicos sean manifiestos y patentes. En definitiva, el recurso extraordinario de revisión incide en el plano de lo meramente fáctico sin traer a colación en ningún momento el tema del Derecho aplicable (SSTS de 5 de diciembre de 1977, 4 de abril de 1979, 17 de junio de 1981, 28 de septiembre de 1984, 20 de marzo de 1985, 6 de abril de 1988, 16 de julio de 1992 16 de enero de 1995, 30 de enero de 1996, 9 de junio de 1999 y 9 de octubre de 2007, entre otras).

De ahí que para analizar la procedencia de la estimación o desestimación de un recurso de revisión fundado en las dos primeras causas del art. 125.1 LPACAP se deba distinguir claramente entre error de hecho y error de derecho. Esta distinción parte de la constatación de que todo acto administrativo descansa sobre la representación y apreciación de unos hechos concretos a los que subsume en el supuesto de hecho configurado abstractamente por una norma jurídica a fin de anudar a aquellos los efectos jurídicos queridos por ésta. Son dos cosas distintas los hechos y su representación y apreciación; los primeros son realidades físicas, los segundos, fenómenos subjetivos. Cuando la representación y apreciación de los hechos contenida en el acto administrativo coincide con la realidad y sea exacta, no incurre el acto en error de hecho. Este vicio surge cuando la representación y apreciación de los hechos no coincide con la realidad de los mismos. Error de hecho es, en definitiva, la inexacta representación de una realidad fáctica.

En cambio, el error de derecho consiste en la incorrecta aplicación de normas jurídicas a los hechos. Estos se han representado y apreciado congruentemente con la realidad, pero se les ha subsumido en el supuesto de hecho descrito por una norma al que no eran reconducibles. La norma se les ha aplicado indebidamente, porque se ha errado al comprender su supuesto de hecho o determinar sus consecuencias.

En definitiva, error de hecho es “aquel que verse sobre un hecho, cosa o suceso, es decir, algo que se refiere a una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación” (STS de 6 de abril de 1988, Ar. 2661, por todas), quedando excluido de su ámbito “todo aquello que se refiera a cuestiones jurídicas, apreciación de la trascendencia o alcance de los hechos indubitados, valoración de las pruebas e interpretación de las disposiciones legales y calificaciones que puedan establecerse” (SSTS de 6 de febrero de 1975, 28 de septiembre de 1984 y 4 de octubre de 1993).

El tenor del art. 125.1 a) y b) LPACAP no permite fundar el recurso de revisión en cuestiones relativas a interpretación, determinación o aplicación indebida de normas, porque, de no ser así, se desnaturalizaría su carácter de recurso extraordinario, para devenir una suerte de recurso ordinario que permitiría suscitar o replantear cuestiones que pudieron examinarse con plenitud a través de los recursos ordinarios procedentes, una vez transcurrido el plazo para su interposición con la consiguiente mengua de la seguridad jurídica.

En definitiva, como ha señalado la STS de 9 de octubre de 2007, el recurso de revisión está concebido para remediar errores sobre los presupuestos fácticos de la infracción y, desde luego, no puede promoverse como consecuencia únicamente de un error iuris».

3. Aplicando la anterior doctrina, en este caso, el error de hecho alegado en el recurso extraordinario de revisión consiste en una interpretación jurídica del acuerdo plenario del Cabildo que resolvió el contrato, así como de su motivación, argumentando incluso motivos de nulidad. La interesada considera que la intención del Pleno del Cabildo fue en todo momento incautar la garantía definitiva en

cantidad que corresponda a los daños y perjuicios que el incumplimiento contractual hubiera causado, y que por eso deben determinarse previamente esos daños antes de la incautación de la garantía.

Resulta obvio que no se trata de un error de hecho, pues el Pleno del Cabildo acordó el 2 de diciembre de 2016, resolver el contrato que le fue adjudicado a la interesada por incumplimiento culpable de la concesionaria e incautar la garantía definitiva. Esta garantía, de acuerdo con la dicción literal del art. 271.4 TRLCSP, responde por los daños y perjuicios causados a la Administración por el incumplimiento culpable de la contratista y, si esos daños excedieran del importe de la garantía, deberá dicha contratista indemnizar adicionalmente a la Administración, mientras que en el supuesto de que la cantidad calculada no supere la garantía incautada, la diferencia restante se tendría que devolver a la contratista. Pero todo ello, como indicamos en nuestro Dictamen 404/2016, habrá de realizarse en pieza separada en la que se otorgue audiencia al contratista, evidentemente posterior al acuerdo de resolución contractual y de incautación de la garantía, en los términos del art. 113 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

4. En consecuencia, de acuerdo con la interpretación restrictiva de las circunstancias que concurren en el recurso extraordinario de revisión, el error de hecho alegado no es tal, pues se observa que se trata de una interpretación normativa que efectúa la recurrente del art. 271.4 TRLCSP, y que, además, tal y como se ha indicado, ésta no acredita un error en el presupuesto de hecho que fue tomado en consideración por la resolución firme recurrida (Decreto de 2 de noviembre de 2018).

En definitiva, de acuerdo con la Propuesta de Resolución, no se observa error de hecho en la fundamentación alegada por la entidad mercantil en el recurso extraordinario formulado, pues de los documentos existentes en el expediente no se aprecia que se haya producido ningún error de hecho, basándose la recurrente en una interpretación normativa para su fundamentación, lo que no es posible. Siguiendo, además, el Decreto objeto de recurso las indicaciones establecidas en la resolución contractual que fue dictaminada previamente por este Consejo Consultivo.

CONCLUSIÓN

No procede la estimación del recurso extraordinario de revisión interpuesto por la entidad interesada, siendo conforme a Derecho la Propuesta de Resolución objeto del presente Dictamen.