



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 3 4 / 2 0 0 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 21 de noviembre de 2008.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Turismo en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio de la Resolución nº 522 de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Turismo, de fecha 15 de julio de 2008, formulada por J.M.C.E., en representación de la entidad mercantil C.T., S.L. UNIPERSONAL. Prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Lesión de derecho fundamental (igualdad en la aplicación de la Ley) (EXP. 464/2008 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Consejera de Turismo del Gobierno de Canarias el 28 de octubre de 2008, con registro de entrada en este Consejo de 31 de octubre de 2008, es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Turismo nº 522, de 15 de julio de 2008, por la que se desestima el recurso de alzada nº 051/2008, y, en consecuencia, se confirma la Resolución de la Viceconsejería de Turismo nº 294, de 28 de junio de 2007, recaída en el expediente sancionador nº 24/2007, que es formulada por J.M.C.E., en representación de la entidad mercantil C.T., S.L. Unipersonal.

2. La legitimación de la Consejera para solicitar el Dictamen, la competencia de este Consejo para emitirlo y su preceptividad 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 con el art. 102.1 y 2, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

* **PONENTE:** SR. Fajardo Spínola.

II

Los antecedentes que han dado origen a este procedimiento de revisión de oficio son los siguientes:

El 6 de octubre de 2005, se levanta acta de inspección nº 019395 en virtud de la que se inicia expediente sancionador nº 146/2006, por Resolución nº 395 de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias, de 20 de septiembre de 2006, contra C.T. S.L., titular de la explotación del establecimiento turístico denominado "Apartamentos C.B.P.", por infracción consistente en: *"Estar abierto al público en general sin la autorización preceptiva para la entrada en servicio y el desempeño de la actividad turística reglamentada de apartamentos, constando de 46 unidades alojativas"*. Contra aquella Resolución, el 29 de septiembre de 2006 se formuló recurso de alzada, que fue estimado por Resolución de 21 de noviembre de 2006, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Turismo, en la que se dispone la retroacción del expediente sancionador al momento de la admisibilidad o inadmisibilidad motivada por la prueba propuesta por la entidad expedientada. Ahora bien, por transcurso del plazo máximo para resolver el expediente retrotraído se dictó Resolución nº 44 de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias en la que se declara la caducidad del procedimiento y archivo del expediente sancionador.

Posteriormente, por Resolución nº 323 de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística, de 22 de febrero de 2007, se inicia nuevo expediente sancionador en virtud del de inspección de 6 de octubre de 2005. Este expediente será el 24/2007, contra la misma entidad, C.T. S.L., titular de la explotación del establecimiento turístico denominado A.C.B.P., a quien se notifica aquella Resolución el 6 de marzo de 2007. Procediendo ésta, por escrito de 23 de marzo de 2007, a presentar alegaciones y solicitar la práctica de trámite probatorio consistente en *"Solicitar al Cabildo Insular de Lanzarote toda la documentación integrante del expediente de autorización de apertura turística TRAMI.A 0010/03"*. Por Resolución de 13 de abril de 2007, se rechazará la prueba propuesta con fundamento en que *"el procedimiento administrativo llevado a cabo por el Cabildo de Lanzarote para la autorización de apertura del establecimiento es distinto al procedimiento sancionador de la Consejería de Turismo"*. Este acuerdo es notificado a la parte interesada el 25 de abril de 2007. Posteriormente, se dicta Propuesta de Resolución, el 25 de abril de 2007, catalogando la infracción imputada como grave y atenuando su cuantía inicial, que quedaría en 27.646 euros. Tras notificarse al interesado el 15 de mayo de 2007, presenta escrito de alegaciones con fecha 31 de mayo de 2007

relativas, fundamentalmente, a la denegación de la prueba solicitada. No obstante, el 28 de junio de 2007 se dicta Orden-Resolución nº 294, por la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias, que es notificada a la afectada el 13 de julio de 2007. En esta Resolución se confirma la sanción impuesta.

La entidad sancionada presenta recurso de alzada contra la Resolución citada, al entender que se le ha irrogado un daño consistente en la denegación del derecho a prueba fundamental, causándosele indefensión, pues, precisamente por constituir procedimiento distinto al sancionador el de autorización de apertura, es por lo que se pide que se incorpore como prueba en el sancionador, a los efectos de demostrar que no incurre la recurrente en la infracción que se le imputa, al haber adquirido la autorización requerida por silencio administrativo positivo.

Se interpone el referido recurso de alzada el 30 de julio de 2007, instando la Administración a la recurrente a subsanar su escrito mediante la aportación de poder de representación, lo que se hará por ésta el 31 de agosto de 2007. Por otra parte, en este procedimiento, en el que se sustancia el recurso de alzada, se emite informe por el Jefe de Servicio de Inspección y Sanciones el 5 de septiembre de 2007, y, con fechas de 28 de abril de 2008 y de 3 de julio de 2008, se emite informe por el Servicio Jurídico viniéndose, finalmente, a dictar Resolución nº 522 por el Secretario General Técnico, el 15 de julio de 2008, en la que se desestima el recurso de alzada interpuesto y se confirma la Resolución 294 dictada en expediente sancionador 24/2007. De ello recibe notificación la entidad afectada el 6 de agosto de 2008.

El 11 de abril de 2008, la Secretaría General Técnica dirige escrito al Servicio de Inspección por el que se interesa acerca de si se ha dado cumplimiento a la Resolución 849, de 21 de noviembre de 2006, que ordenaba retrotraer la tramitación del expediente 146/2006 al momento de la propuesta de prueba, para que se practique la solicitada por el recurrente. A este requerimiento responde la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística, indicando que la retroacción se operó a la resolución final, ya que por Resolución de la Viceconsejería de Turismo de 29 de enero de 2007 se había declarado la caducidad del expediente, por transcurso del plazo seis meses para resolver (art. 44.2 LRJAP-PAC).

Finalmente, el 1 de septiembre de 2008, J.M.C.E., en nombre y representación de la entidad C.T., S.L. Unipersonal, presenta escrito ante la Consejería de Turismo del Gobierno de Canarias en el que se solicita *“la revisión y/o revocación de la*

Resolución nº 522 de la Secretaría General Técnica de esa Consejería de Turismo del Gobierno de Canarias, de fecha 15 de julio de 2008”.

Sin perjuicio de la denominación dada por la entidad citada, tal escrito es calificado por la Administración como de revisión de oficio, siendo la única vía factible (además del recurso extraordinario de revisión, que no es el caso) frente a un acto que pone fin a la vía administrativa, como lo es el recurso de alzada [art. 109.a) LRJAP-PAC]. Por esta razón, se somete a nuestra consideración la Propuesta de Resolución de este procedimiento.

III

La tramitación del procedimiento de revisión de oficio se ha realizado adecuadamente, si bien no se ha concedido trámite de audiencia al interesado; no obstante, puesto que consideramos, como se argumentará, que ha de estimarse la revisión de oficio y, por ende, procede anular la Resolución 522, la inexistencia de este trámite no genera indefensión al particular. En cualquier caso, constan las siguientes actuaciones:

El 1 de septiembre de 2008, se presenta escrito, que ha de calificarse como de solicitud de revisión de oficio, por la entidad C.T., S.L. Unipersonal, por medio de representación ya acreditada.

El 21 de octubre de 2008 se emite informe del Servicio Jurídico.

Sin fecha, consta Proyecto de Orden de la Consejería de Turismo por la que se resuelve la solicitud de revisión de oficio, desestimando la misma.

IV

1. Se fundamenta la solicitud de revisión de oficio en dos causas. La primera, hace referencia a defectos de forma de la Resolución 522, pues realiza rectificaciones que, al parecer del interesado, no constituyen errores de los que el art. 105.2 LRJAP-PAC permite corregir por esta vía. Así, se indica que en la Resolución citada se *“incurre en nulidad radical ex art. 62.1.e) LRJAP-PAC al realizar una revisión de oficio in peius de la dictada en el mismo expediente de 28 de junio de 2007, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido al efecto”*.

El recurrente considera que no constituyen corrección de errores materiales, sino una revisión sin seguir el procedimiento establecido, la supresión de las siguientes inexactitudes:

a) En la Resolución de inicio, como en la Propuesta de Resolución y Orden Sancionadora se consigna "(...) Anexo al Decreto 84/2004, de 29 de junio (...)", en lugar de "(...) Decreto 84/2004, de 29 de junio (...)".

b) En la Propuesta de Resolución y Orden sancionadora figura "(...) titular del establecimiento (...)", en lugar de "(...) titular de la explotación turística del establecimiento (...)". Ya por último, en la Resolución sancionadora, donde se consigna el nombre del establecimiento como C.B.P., debe figurar A.C.B.P.

La segunda causa en la que se funda la solicitud de revisión de oficio es "la vulneración del derecho de mi representada, contemplado en el art. 137.4 LRJAP-PAC a la admisión y práctica de la PRUEBA adecuada para la determinación de los hechos posibles responsabilidades, consistente en que se solicite del Cabildo Insular de Lanzarote copia autenticada de la documentación integrante de expediente de autorización de apertura turística Refª TRAMI.A 0010/0". Respecto de esta causa, no se alega el concreto motivo de nulidad de los enumerados por el art. 62 LRJAP-PAC, limitándose a reproducir la entidad lo ya alegado en la vía de recurso de alzada. Así, la "vulneración del derecho de mi representada, contemplado en el art. 137.4 LRJAP-PAC a la admisión y práctica de la prueba adecuada para la determinación de los hechos y posibles responsabilidades consistentes en que se solicite al Cabildo Insular de Lanzarote copia autenticada de toda la documentación integrante del expediente de autorización de apertura turística Refª TRAMI.A 0010/03. Falta de motivación del acuerdo por el que se deniega la práctica de la prueba interesada". Esta infracción ocasiona indefensión, y determina la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada.

Y añade el particular, en su escrito de solicitud de revisión de oficio: "La cuestión de hecho debatida, y, por tanto, el objeto de la prueba a practicar para resolver el procedimiento, es si mi representada presentó o no la documentación completa (aunque fuera con posterioridad a la solicitud inicial y atendiendo a los requerimientos -lo que tiene cobertura legal ex art. 71.1 LRJAP-PAC)- y si, después de hacerlo [alzada la suspensión referida en el art. 42.5.a) LRJAP-PAC] transcurrió el plazo para resolver, produciéndose el acto presunto estimatorio".

Ciertamente, la Administración, que no admitió la prueba propuesta, sí solicitó informe al Cabildo al respecto; sin embargo, a ello objeta el solicitante de la revisión de oficio lo siguiente: *"En el referido informe del Cabildo de 23 de junio de 2006, del que se acompaña copia como doc. 1, sólo se afirma que en el momento de la*

solicitud inicial no se presentó la documentación completa, y que por eso mi representada fue objeto de cuatro requerimientos en los que se pedía la subsanación de dos concretas cuestiones, los tres primeros todos relativos al nombramiento de director (subsanado en marzo de 2005 como se demuestra con escrito del que se acompaña copia como doc. 2 que comunica el alta como director de J.V.H.), y el último relativo a la presentación del proyecto de obra (que como se demuestra con el escrito que se acompaña como doc. 3 de fecha 31 de mayo de 2005, ya se había aportado). En el citado informe del Cabildo no se expresa que no se atendieran los requerimientos o que la documentación preceptiva no estuviera completa después del 31 de mayo de 2005, por lo que, si la instructora albergaba dudas al respecto, la única forma de determinar si entre esa fecha y el 6 de octubre de 2005 (fecha del acta de inspección), contándose con la documentación completa en el expediente de autorización de apertura turística, transcurrió el plazo de dos meses sin que se dictara y notificara Resolución, con los efectos de generación del acto presunto, era accediendo a la solicitud probatoria de mi representada y reclamando al Cabildo copia completa de dicho expediente. Sin embargo, tan procedente prueba ha sido rechazada sin motivación suficiente, ocasionado indefensión a mi representada”.

Por lo que, por otra parte -se añade- “Resulta manifiestamente contradictorio que, después de rechazada la práctica de tan pertinente y útil diligencia probatoria (...), la Resolución de 15 de julio de 2008 funde su pronunciamiento desestimatorio del recurso de alzada en que (...) “La entidad recurrente no probó que a fecha de la ya citada acta de inspección estuviera en posesión de la preceptiva autorización de apertura y clasificación”.

Finalmente, en apoyo de su derecho, se aporta por la parte recurrente dos Resoluciones del mismo órgano dictadas en un supuesto sustancialmente igual,; la nº 268, de fecha 25 de abril de 2008, en el expediente 197/2007, y la nº 203, de 27 de marzo de 2008, en el expediente 161/2007; en ellas, tras denegarse la prueba consistente en aportar al expediente sancionador documentación de expediente de autorización de apertura, se estima el recurso de alzada interpuesto contra tales denegaciones por las entidades afectadas en aquellos casos, determinando ambas la retroacción de las actuaciones para la práctica de la prueba solicitada.

2. Pues bien, en cuanto al primero de los motivos alegados por la parte solicitante de la revisión de oficio, entendemos que se ha resuelto adecuadamente por la Administración en la Propuesta de Resolución, pues se indica que *“los errores cometidos en la Resolución de 28 de junio de 2007 son una simple equivocación*

formal que se aprecia teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente sancionador 24/2007, y que resulta patente y claro sin necesidad de acudir a interpretaciones o calificaciones jurídicas o que implique un juicio valorativo - habida cuenta que el Decreto 84/2004, de 29 de junio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Turismo, carece de Anexo; por lo que una referencia a él es obviamente un error formal sin trascendencia en el procedimiento- que la entidad mercantil es la titular de la explotación turística del establecimiento extrahotelero, tal y como se constata por el funcionario de la Inspección de Turismo cuando levanta acta de inspección 19395, de fecha 6 de octubre de 2005, que da inicio al expediente sancionador (...), y que, por último, la correcta denominación del establecimiento de cuya explotación turística es titular la mercantil es A.C.B.P. De tal manera que la Resolución cuya nulidad se pretende utilizó correctamente el instrumento legal de la rectificación de errores subsanando los errores de los que adolecía la Resolución de 28 de junio de 2007, recaída en el expediente sancionador nº 24/2007".

Además, ciertamente, la alegación de la entidad en relación con el diferente alcance que tiene expresiones como "titular del establecimiento" o "titular de la explotación turística del establecimiento" es cierta, si bien en el presente caso no puede conducir a las consecuencias que se reclaman, pues el posible uso equivocado de tales expresiones en la Resolución de 28 de junio de 2007 debe interpretarse en relación con la totalidad del expediente hasta ese momento tramitado.

3. Respecto de la segunda causa de nulidad esgrimida, procede realizar las siguientes puntualizaciones.

De la documentación remitida a este Consejo se deduce con claridad que el particular solicitó la práctica de prueba documental consistente reclamar del Cabildo Insular de Lanzarote toda la documentación del expediente en su día tramitado a partir de su solicitud de autorización turística, pidiendo tal prueba en los dos expedientes sancionadores sucesivamente tramitados (el 146/2006 y el 24/2007), y argumentando fundadamente también en ambos la pertinencia de su práctica, pues de la documentación en poder de la Corporación Insular se evidenciaría que en su momento completó los requisitos exigibles para el otorgamiento de la autorización. Incluso menciona, en apoyo de su pretensión, una nota interna entre dos departamentos de aquella entidad insular remitiendo el proyecto de obras de la referida instalación turística, proyecto cuya inexistencia presume la Propuesta de

Resolución sujeta a revisión de oficio para destruir la consideración del particular de que existió silencio administrativo positivo.

Además, debe traerse en este punto de la argumentación jurídica la Resolución nº 849/2006, de 21 de noviembre, que admite el recurso de alzada del particular, anulando la recurrida, y estimando la pretensión del recurrente de que en el procedimiento (el 146/2007) se retrotraigan las actuaciones al momento de la práctica de la prueba, para instar del Cabildo de aquella isla la entrega de la documentación requerida por el particular. El propio órgano que luego la denegará por segunda vez, tenía que haber dado cumplimiento a esta Resolución 849/2006, pero entendió que ya se había producido la caducidad del primer expediente sancionador (el 146/2007), y así lo declaró mediante otra Resolución, por lo que la retroacción la derivó al momento de la Resolución final; propiamente, esta declaración era indebida, pues la caducidad de un expediente no se puede acordar cuando éste ya ha sido resuelto, como entonces el 146/2007, y en todo caso el cómputo del tiempo de seis meses se habría interrumpido debido a la interposición del recurso. La resolución de caducidad es firme; pero ello no enerva la posibilidad de traer ahora el argumento de que la solicitud de prueba fue aceptada por el mismo órgano administrativo que luego la denegaría (en el expediente 24/20007, posterior).

La presunta infracción consiste en ejercer la actividad sin contar con la autorización turística por parte del Cabildo Insular. El recurrente argumenta que tal autorización cabe entenderla otorgada por silencio administrativo positivo, ya que transcurrió el plazo legalmente establecido después que él completó ante las oficinas insulares la documentación exigible. Si la completó o no se podrá comprobar cabalmente a partir de la consulta del expediente insular TRAMI.A 0010/0, que el particular quiere traer al expediente sancionador, frente a la negativa de la Administración autonómica. Es por ello de todo punto razonable, y está cumplidamente argumentado y fundamentado por el recurrente, que esta prueba se declare pertinente, y se practique. La negativa a hacerlo generó una clara indefensión para el recurrente.

El de prueba es considerado un trámite esencial en cualquier procedimiento, y de manera especial en el procedimiento sancionador, como reconoce una muy fundada Jurisprudencia y la propia doctrina de este Consejo, que consideran su denegación, cuando fue solicitada con el apoyo de razonables argumentos, como es el caso, un vicio del que deriva la nulidad de pleno derecho, por entender que su ausencia en tales supuestos supone que el acto administrativo fue dictado

prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido [art. 62.1.e) LRJAP-PAC].

Por otra parte, también es posible entender que la Resolución 522, del recurso de alzada, contra la que se dirige la entidad interesada, estaría viciada de nulidad, además, por la vía del 62.1.a) de la citada Ley procedimental. Y ello porque, como se cita por el propio recurrente, se ha lesionado el derecho de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución, derecho de amparo constitucional de la entidad interesada en relación con dos supuestos idénticos al que nos ocupa, en los que las Resoluciones dictadas por la misma Administración fueron estimatorias del recurso de alzada, determinando la necesidad de retroacción del procedimiento sancionador a los efectos de aceptar y realizar la prueba propuesta por la entidad en aquellos procedimientos de infracción turística (ausencia de autorización de apertura al público en general), consistente en traer al expediente sancionador la documentación del de autorización turística. El derecho de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas.

Por todo ello, entendemos que la Resolución 522, dictada en el seno del expediente sancionador 24/2007 es nula de pleno derecho, al haberse lesionado la garantía de que se practique una prueba necesaria, así como por haberse conculcado el derecho constitucional a recibir un trato igual de las Administraciones públicas, provocando con ello la privación en perjuicio del interesado de su derecho de defensa y contradicción en el procedimiento sancionador.

Finalmente, consideramos que, no obstante, en la Propuesta de Resolución se ha resuelto adecuadamente la solicitud de suspensión de ejecución de la sanción por parte de la entidad afectada, siendo la suspensión de la ejecutividad de un acto excepcional, pues, en el presente caso, tratándose de una sanción pecuniaria no se produce con su pago un perjuicio de difícil reparación ni hace perder la finalidad del recurso, pues, siendo cuantificable la sanción, está dotada de la certeza que permite la devolución en caso necesario.

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

1. La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, pues procede la revisión de oficio de la Resolución 522, a la que se refiere la solicitud del interesado, que desestima el recurso de alzada nº 051/2008 y confirma la Resolución nº

294/2007, de 28 de junio, de la Viceconsejería de Turismo, por incurrir los indicados actos administrativos en la nulidad del art. 62.1.a) y e) LRJAP-PAC.

2. Procede igualmente, como consecuencia de esta declaración de nulidad de pleno derecho, retrotraer el procedimiento sancionador 24/2007 al momento de la práctica de la prueba, para que se solicite del Cabildo Insular de Lanzarote la documentación incorporada al expediente TRAMI.A 0010/0, completándose luego la tramitación subsiguiente.