



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 / 2 0 0 9

(Sección 1ª)

La Laguna, a 8 de enero de 2009.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Presidencia, Justicia y Seguridad en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio de las autorizaciones, de 7 de febrero de 2008, de instalación de sendas máquinas recreativas propiedad de la operadora R.L.G., S.L. Carecer de requisitos esenciales para la adquisición del derecho (EXP. 521/2008 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 2 de diciembre de 2008, el Consejero de Presidencia, Justicia y Seguridad del Gobierno de Canarias solicita por el procedimiento ordinario, al amparo de los arts. 11.1.D.b), 12.1 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, Dictamen preceptivo en relación con la Propuesta de Resolución relativa a la revisión de oficio de dos autorizaciones, de 7 de febrero de 2008, de instalación de sendas máquinas recreativas propiedad de la operadora R.L.G., S.L.

2. Se considera por la Administración que las autorizaciones de las máquinas se encuentran incursas en la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), según el cual incurren en vicio de nulidad radical aquellos actos "expresos contrarios al Ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición".

La revisión de oficio procede contra actos nulos que incurran en alguna de las causas de nulidad del art. 62.1 LRJAP-PAC y que sean firmes en vía administrativa,

* **PONENTE:** Sr. Díaz Martínez.

firmeza que se acredita en las actuaciones. De hecho, la concesión de las citadas autorizaciones de dos máquinas fueron *extinguidas* por la Administración, en aplicación del art. 32, en relación con el art. 35.7, ambos del Decreto 162/2001, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar (RMRA), de los que se infiere que la autorización de instalación se vincula o anuda al local en el que se ubican las máquinas recreativas, de tal forma que dicha autorización *sólo es posible para una empresa operadora por local*.

Esta extinción fue recurrida en alzada por el interesado perjudicado por la misma, recurso que fue estimado ya que la extinción del derecho no fue llevada a cabo mediante el procedimiento revisor previsto en la Ley.

3. El presente procedimiento fue incoado de oficio mediante Orden de 14 de octubre de 2008, por lo que, de conformidad con el art. 102.5 LRJAP-PAC, el procedimiento caducará a los tres meses desde su incoación, sin perjuicio de que, si se declarase la caducidad, se pueda abrir nuevo procedimiento revisor.

II

Antes de pasar a analizar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada, habremos de realizar un sucinto relato de hechos.

1. Con fecha de 12 de junio de 2002, se diligenció boletín de instalación y explotación de una máquina recreativa (GC B/23982), con permiso de explotación propiedad de la empresa operadora V.M.M.H., para su instalación en el bar M.C., del término municipal de Agüimes, con vigencia hasta el 18 de junio de 2012.

Con fecha 8 de marzo 2003, se diligencia el boletín de instalación de la máquina recreativa GC B/20539, de la empresa operadora V.M.M.H., a instalar en el bar M.C. El 12 de febrero de 2007, esta máquina es sustituida por la GC B/29768, permaneciendo en el mismo local hasta el 21 de septiembre de 2007, en que se instala en otro establecimiento.

2. Con fecha 23 de febrero de 2003, el Negociado de Máquinas Recreativas y de Azar procedió por "error a realizar una anotación informática en el programa de juego (...) cambiando la ubicación del aparato de juego propiedad de la empresa operadora V.M.M.H. (...) y dejando por tanto libre de máquinas el establecimiento denominado bar M.C., donde realmente este aparato se encuentra ubicado".

3. Con fecha 4 de febrero de 2008, la empresa operadora R.L.G., S.L. solicita el diligenciamiento de dos boletines de instalación de sendas máquinas recreativas para

su ubicación e instalación en el establecimiento bar M.C., "al no encontrarse aparato de juego alguno instalado en dicho local".

Con fecha 7 de febrero de 2008, por parte de la Administración se procede al diligenciamiento de los citados boletines de instalación "al encontrarse libre, según los datos informáticos", el local de referencia.

4. El 21 de febrero de 2008, la operadora V.M.M.H. solicita información en relación a la instalación de máquinas "que no son de su propiedad en un establecimiento *en el que tiene intención de instalar* el aparato de juego de su propiedad, que cuenta con boletín de instalación en vigor desde el 18 de junio de 2002".

Hechas las pertinentes comprobaciones y al percatarse la Administración del error informático que motivó el diligenciamiento de los boletines de la operadora R.L.G.,S.L. se "procede a extinguir" los boletines de esta empresa, al amparo del art. 39.1.e) del Decreto 162/2001, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, que dispone tal "extinción en el caso de que se compruebe la existencia de "inexactitudes, falsedades o irregularidades esenciales en alguno de los datos expresados en las solicitudes o en los documentos aportados con éstas", y del art. 105 LRJAP-PAC, que regula la revocación de actos administrativos.

5. Con fecha 7 de mayo de 2008, la operadora R.L.G., S.L. interpone recurso de alzada contra esa extinción en base a las siguientes consideraciones: Que antes de solicitar la autorización, compareció ante el Negociado de Máquinas solicitando información en relación con las posibles máquinas vinculadas al local M.C. "siendo negativa la búsqueda"; que la *inexactitud* en base a la cual se procedió a la extinción de los boletines en realidad fue un error informático de la propia Administración; que en el local en cuestión, cuando solicitó la autorización, "no existía máquina de juego alguna"; y que, en consecuencia, la operadora V.M.M.H. incumplió la obligación prevista en el art. 27.e) de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de los Juegos y Apuestas, al trasladar "la máquina a su almacén".

Previo informe del Servicio Jurídico de 30 de septiembre de 2008, favorable a la estimación del recurso, se estima el mismo sobre la base de que su fundamento -la inexactitud- no era de recibo pues la misma sería imputable en todo caso a error de la Administración, además de que la extinción de la autorización se llevó a cabo por

procedimiento inadecuado para ello, cuando lo procedente sería un procedimiento revisor.

6. Como consecuencia de la estimación del recurso, se revocó la Resolución por la que se extinguían los boletines de instalación correspondientes a las máquinas recreativas propiedad de la operadora R.L.G., S.L. lo que se notificó el 2 de octubre, abriéndose seguidamente el procedimiento revisor por Orden de 10 de octubre de 2008, notificada el 15 de octubre, con apertura de trámite de alegaciones, que ambas partes formulan, aunque no se consideran -ni se aportan al expediente- pues los dos escritos se califican de extemporáneos.

7. Con fecha 1 de diciembre de 2008, se formula informe-Propuesta favorable a la nulidad de los boletines de instalación autorizados a la operadora R.L.G., S.L. el 7 de febrero de 2008.

III

1. Lo primero que hemos de señalar es que con la solicitud de Dictamen no se ha remitido completo el expediente revisor en el que la misma se debe sustentar.

En efecto, en el expediente remitido no obra la Orden de apertura del procedimiento revisor -que se hizo, ha de recordarse, como consecuencia de la estimación de recurso de alzada interpuesto por uno de los interesados, la operadora R.L.G., S.L. y considerar, sin embargo, que las autorizaciones son nulas- ni las alegaciones que las partes formularon respecto de tal Orden de apertura y que, como se dijo, no fueron objeto de consideración al estimarse "extemporáneas". Tampoco se abrió trámite de prueba; ni de audiencia; ni se solicitó informe del Servicio Jurídico; ni, habría que añadir, se resolvieron todas las cuestiones que se plantearon en el expediente remitido, que conciernen a incidencias previas a este procedimiento revisor.

2. Las actuaciones remitidas contienen la concesión de sendas autorizaciones de instalación de dos máquinas recreativas a favor de la operadora R.L.G., S.L.; la comparecencia en el procedimiento de la operadora V.M.M.H., que se creía con mejor derecho y que según alegó *poseía una máquina operativa en el mismo local*, lo que impedía la instalación de otras nuevas; la extinción de estas autorizaciones; el recuso de alzada interpuesto por la operadora R.L.G., S.L.; su estimación, previo informe del Servicio Jurídico en tal sentido; y, a consecuencia de tal estimación, al entender que las autorizaciones no son legales, la apertura del procedimiento revisor.

Es decir, no se ha realizado instrucción del procedimiento propiamente revisor, sino que, asumiendo todo lo actuado con anterioridad, se pasó directamente de la apertura a la formulación de la Propuesta de Resolución, mediando un trámite de alegaciones al que, según se dice, las partes comparecieron de forma extemporánea, extremo que no puede ser conocido por este Consejo, pues en el expediente no obran tales escritos.

3. En ocasiones, por la inexistencia de terceros afectados y/o por la identidad de posición entre la Administración y el titular del derecho afectado, la instrucción del procedimiento revisor es escueta, sobre todo cuando todas las cuestiones planteadas tienen cumplida y adecuada respuesta y constatación en las actuaciones a las que tampoco se precisa incorporar informes o alegaciones, de la Administración o de hipotéticos terceros, que obliguen a una prolongación de la instrucción en aras de la certeza o de la debida contradicción entre partes. En estos supuestos, la instrucción del procedimiento revisor es perentoria en coherencia con el breve plazo de tres meses que la Ley otorga para la debida conclusión cuando la misma se realiza de oficio.

Pero no parece que éste sea el caso, pues *no hay propiamente procedimiento revisor ni el fundamento que supuestamente lo avala es indubitado*, pues, por un lado, el expediente que formaliza los distintos incidentes relativos a las autorizaciones concedidas a uno y otro operador no evidencia la resolución de todas las cuestiones planteadas, pudiendo afectar la licitud y corrección de la revisión instada, con la consecuencia de que ello *impide asumir lo instruido como antecedente del procedimiento revisor*; y, por otro, de lo tramitado se desprende que existe información que no ha sido aclarada convenientemente y que podría dar lugar a que la revisión no cuente con todos los elementos necesarios para que prospere, al menos en la forma en que se ha planteado.

Si se diera alguna de las dos eventualidades que se sugieren deberíamos concluir en que no se ha realizado la correcta tramitación del procedimiento revisor, por lo que debería acordarse la pertinente retroacción para que se tramite el mismo con plenitud de garantías para ambas partes.

4. En efecto, de las actuaciones se desprenden los siguientes hechos y manifestaciones de importancia para poder entrar en el fondo de la existencia de causas legales para la revisión de oficio:

A. Con fecha 8 de marzo 2003, se diligencia el boletín de instalación de una máquina recreativa GC B/20539, de la empresa operadora V.M.M.H., a instalar en el bar M.C. El 12 de febrero de 2007, esta máquina es sustituida por la GC B/29768, permaneciendo en el mismo local hasta el 21 de septiembre de 2007, en que se instala en otro establecimiento.

Esta incidencia, resuelta conforme a la legislación de aplicación, es irrelevante por lo que atañe a este procedimiento revisor. Se señala, sin embargo, que en el expediente obra boletín de instalación de esta máquina del que resulta que con fecha 21 de septiembre de 2007 la misma figura instalada en otro local de la Avenida Canarias 177, en Santa Lucía.

B. Con fecha de 12 de junio de 2002, se diligenció boletín de instalación y explotación de una máquina recreativa (GC B/23982), con permiso de explotación propiedad de la empresa operadora V.M.M.H., para su instalación en el bar M.C., del término municipal de Agüimes. De las actuaciones resulta que esta máquina estaba instalada *el 27 de febrero de 2003 en otro local, el L.C., ubicación que repite el 31 de julio de 2003.*

En la Resolución del Director General de Administración Territorial y Gobernación, de 27 de febrero de 2008, por la que se extinguen los boletines de instalación de las máquinas de R.L.G., S.L. se dice que por "error informático" cometido el *27 de febrero de 2003* se ubicó la máquina GC B/23982 en otro local "dejando por tanto libre de máquinas el establecimiento denominado M.C.".

Al respecto cabe plantearse si *la máquina estaba en efecto en otro local (L.C.) o en el originario M.C.*, así como si no debiera estar en otro local y si lo estaba, era con o sin conocimiento de la Administración, y las consecuencias jurídicas de los distintos supuestos.

Asimismo, cabe plantearse si es lícita la concesión de las autorizaciones de sendas máquinas otorgadas a la operadora R.L.G., S.L., en el caso de que efectivamente la máquina estuviera en otro local y en el bar M.C. no hubiera máquina alguna.

C. Cuando la operadora V.M.M.H. *conoce* que el bar M.C. había reiniciado su actividad -pues se hallaba cerrado, abriendo sus puertas con nuevo arrendatario- y que la operadora R.L.G.,S.L. había solicitado y obtenido autorización de las dos máquinas para ese local, alega su mejor derecho e insta la reinstalación de su máquina, oponiéndose a las autorizaciones concedidas. Que ello es así se desprende

del propio escrito de V.M.M.H., de 21 de febrero de 2008, en el que además de señalar que “hay una máquina licenciada a nombre de la empresa de la cual [es (...)] propietario” -silenciando dónde se hallaba esa máquina- solicita “aclaración del malentendido para *poder instalar* la máquina de mi propiedad en el mencionado local”. Luego, *la máquina no estaba en el local M.C., por lo que parece*, en efecto, que, como dijo la empresa operadora R.L.G., S.L., el mismo se encontraba vacío de máquinas recreativas.

Se significa en este punto que obra en las actuaciones copia de contrato de arrendamiento, de 1 de febrero de 2008, del citado local M.C. en el que no se hace mención a máquina recreativa alguna, aunque sí a un “*inventario detallado* de todos los enseres (...) maquinaria y demás elementos (...)”, que no se halla en las actuaciones remitidas.

El recurso de alzada interpuesto por R.L.G., S.L., estimado, se fundaba justamente en que el local se hallaba vacío, y el procedimiento revisor se fundamenta en que se dio licencia al citado operador R.L.G., S.L. en base a un error: Que el local *no estaba vacío pues en el mismo se encontraba la máquina GC B/23982 de la operadora V.M.M.H. y no puede haber dos operadores en el mismo local*. No obstante, hay dudas de que la certeza sobre la que se asienta la Propuesta sea en efecto tal.

D. Se recuerda que con fecha 7 de mayo de 2008 la operadora R.L.G., S.L. interpone recurso de alzada contra la extinción de las autorizaciones concedidas, argumentando que no hubo error de ningún tipo, pues antes de solicitar autorización compareció ante el Negociado de Máquinas pidiendo información sobre las máquinas vinculadas al negocio “siendo negativa la búsqueda”; que, de haber error informático, el mismo es imputable a la propia Administración; que en el local en cuestión, cuando solicitó las autorizaciones, “no existía máquina de juego alguna”, lo que significaría -según manifiesta R.L.G., S.L.- que V.M.M.H. incumplió la obligación prevista en el art. 27.e) de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de los Juegos y Apuestas, al trasladar “la máquina a su almacén”.

De las actuaciones parece resultar que, con o sin autorización, la citada máquina dejó de estar ubicada en el local M.C. y pasó a otro local o, como dice el otro interesado, al almacén de V.M.M.H. El hecho es que al parecer *no estaba en el local*, que, por cierto, había cesado en su actividad durante un tiempo, lo que abonaría la tesis de que la máquina recreativa fuera sacada del mismo y llevada a otro lugar.

E. De hecho, se estimó el recurso de alzada interpuesto en base a sólo una de las consideraciones alegadas por R.L.G., S.L. (el supuesto error informático, que no le era imputable), pero silenciándose lo concerniente a los demás elementos fácticos que, en la medida que han sido asumidos por el procedimiento revisor, lo hacen cuestionable por no haberse realizado la adecuada instrucción revisora.

F. Finalmente, la operadora R.L.G., S.L. manifiesta en su escrito de recurso de alzada que la revocación de sus autorizaciones a consecuencia del error informático cometido por la Administración le ha supuesto "perjuicios cuantiosos", que no detalla. Sin embargo, tampoco la Administración formula consideración alguna al respecto en la Propuesta de Resolución, pudiéndolo hacer de conformidad con lo dispuesto en el art. 102.4 LRJAP-PAC. Aunque también puede, y debe, si fuere el caso, abrir de oficio el correspondiente procedimiento de responsabilidad, con plenitud procedimental, una vez se resuelva este procedimiento revisor, si en efecto se concluye que procede la nulidad de las autorizaciones anuladas, lo que constituiría daño imputable a la misma.

5. La brevedad del expediente remitido no aclara sobre los términos en que los operadores han cumplido las obligaciones que la legislación sobre el juego les impone -entre ellas, la comunicación de información, art. 46.3 RMRA-, siendo la "revocación" la consecuencia de la "pérdida de alguno de los requisitos exigidos para su otorgamiento" (art. 46.2 RMRA).

La rectificación se realiza en el contexto del recurso de alzada interpuesto, si bien en base a la consideración de que la inexactitud no fue imputable al interesado, sin entrar a considerar los demás elementos fácticos. Precisamente, ahora, se pretende anular las autorizaciones a R.L.G., S.L. mediante el presente procedimiento revisor, que se sustenta en una secuencia de hechos e informaciones cuestionables, que o no están detallados o no han tenido respuesta pese a ser planteados.

6. Las anteriores consideraciones nos impiden en este momento ir más allá, siendo precisa la confirmación de algunos extremos y la aclaración de otros y, en cualquier caso, dar respuesta a cuantas cuestiones se han suscitado en los incidentes que se hallan en el expediente matriz. Todo ello obliga a completar el procedimiento revisor incoado, a cuyo expediente deben incorporarse todos los documentos generados en su día (como la Orden de incoación o los escritos de alegaciones de ambas partes declarados extemporáneos) o que se generen tras este Dictamen, una vez se verifiquen los trámites que, de conformidad con la Ley, resulten de obligado cumplimiento.

En consecuencia, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, procedería:

A. Resolver conforme a la legislación de procedimiento administrativo y sobre el juego las dudas y desajustes fácticos a que se ha hecho referencia en el apartado 4 anterior, particularmente: Dónde se hallaba la máquina GC B/23982, de la operadora V.M.M.H., el día en que se autorizaron los boletines de la operadora R.L.G., S.L.; si hubo, en su caso, autorización de traslado de la misma; consecuencias si no la hubiera; si el local M.C. estaba en efecto vacío de máquinas cuando R.L.G., S.L. solicitó su autorización; si era posible entonces proceder a la instalación de nuevas máquinas en ese local; si pese a tener su máquina en otro local, V.M.M.H. seguía con mejor derecho para la reinstalación de su máquina en el local M.C.; y si se cumplimentaron las obligaciones que la legislación impone en casos de cambio de titularidad del local donde se hallaba la máquina.

B. Dar respuesta a todas las cuestiones planteadas y no resueltas por R.L.G., S.L., incluida la que concierne a los daños ocasionados, si fuere el supuesto.

C. Cumplimentar, en su caso, el trámite probatorio (testifical del arrendador del local de negocio y del funcionario que cometió el error informático), para aclarar cuestiones tan básicas como determinar si el local estaba vacío de máquinas y dónde se encuentra el error y por qué se califica de tal.

D. Garantizar la audiencia de las partes.

E. Informe del Servicio Jurídico.

F. Formulación de nueva Propuesta de Resolución a este Consejo Consultivo, con remisión de la misma y de todo lo actuado, para emitir el pertinente Dictamen de fondo.

7. En todo caso, estando próxima la fecha en la que, cumplido el plazo previsto en el art. 102.5 LRJAP-PAC, se producirá inexorablemente la caducidad del procedimiento revisor tramitado, vista la fecha de su inicio de oficio, si efectivamente no se hubiesen podido realizar las actuaciones antes indicadas y, en consecuencia, se caducara tal procedimiento, la Resolución del mismo habría de consistir en la declaración de dicha circunstancia sin más (art. 42.1 LRJAP-PAC), sin perjuicio de iniciar entonces otro procedimiento con idéntico propósito, incorporando a su contenido los trámites de que se trata.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, debiéndose retrotraer el procedimiento de revisión de oficio para la práctica de las actuaciones expuestas en el Fundamento III.6 o, en su caso, 7 del mismo.