



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 8 0 / 2 0 1 1

(Sección 1ª)

La Laguna, a 17 de marzo de 2011.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución del Recurso extraordinario de revisión interpuesto por la entidad mercantil V.C.E.M.S., S.L. (la interesada) contra la Resolución del Coordinador General de Transportes, de 27 de marzo de 2006, por la que se le sancionaba con multa pecuniaria por ejercer una actividad de transporte terrestre no autorizada (EXP. 79/2011 RR)*.*

F U N D A M E N T O S

I

Mediante escrito de 9 de febrero de 2011, con entrada en este Consejo el 17 del mismo mes, el Presidente del Cabildo de Tenerife interesa preceptivamente al amparo de los arts. 11.1.D.b), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, Dictamen por el procedimiento ordinario en relación con la Propuesta de Resolución (PR) formulada en procedimiento de recurso de revisión, instado por la entidad mercantil V.C.E.M.S., S.L. (la interesada), contra la Resolución del Coordinador General de Transportes, de 27 de marzo de 2006, por la que se la sancionaba con multa de 1.001 euros por haber infringido los arts. 141.16, 122 y 143.1.e) de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes Terrestres (LOTT), y 165 de su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (ROTT), relativos a ejercer actividad de transporte no autorizada (expediente TF-40006-I-2006).

Se funda el recurso de revisión interpuesto en la causa del art. 118.1.1ª de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), que contempla como causa de

* **PONENTE:** Sr. Díaz Martínez.

revisión que al dictarse el acto “se hubiera incurrido en error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados al expediente”.

II

Los hechos más relevantes deducidos de las actuaciones obrantes en el expediente que acompaña a la solicitud de Dictamen son los siguientes.

- En control de inspección realizado el 13 de enero de 2006, en la terminal de Llegadas del aeropuerto Reina Sofia-Tenerife Sur, se constató que la empresa interesada “cuenta con unos carteles informativos de captación de clientes, dentro de la terminal de Llegadas, anunciando: mini bus shuttle service available-airport mini bus and shuttle service; lo que se tradujo como: servicio de lanzadera de microbús disponible - aeropuerto autobús mini y servicio de lanzadera (se adjunta foto); ofertando así sus servicios dentro del recinto aeroportuario para una mayor captación de clientes”. Por tanto, organizaba transportes de viajeros no turísticos mediante actividad de mediación no autorizada en establecimientos públicos destinados a otros fines.

- Tras levantarse al efecto la oportuna Acta de infracción, que fue notificada el 23 de febrero de 2006 con la resolución de inicio de expediente sancionador, no se presentó por la entidad interesada escrito de descargo alguno en defensa de sus intereses.

- Por Resolución de 27 de marzo de 2006, del Coordinador General del Área de Movilidad y Seguridad, se sancionó a la entidad interesada con multa que de 1.001 €, por infracción de la legislación de transportes terrestres consistente en ejercer actividad no autorizada, notificándose dicha Resolución el 10 de abril de 2006.

- El 3 de abril de 2008 la entidad interesada interpuso recurso extraordinario de revisión alegando que, “contrariamente a los hechos recogidos en el Acta, puede observarse como, en la fotografía del cartel informativo de la entidad, también obrante en el expediente administrativo, simplemente dice “*Airport Mini-bus and shuttle service*”, no figurando la palabra “available” (disponible) en dicho cartel. Además, niega que esté captando clientes, ya que no existe prueba alguna en el expediente de tal captación por parte de la interesada dentro de la terminal de Llegadas, pues el cartel de la agencia es meramente identificativo para recibir a clientes con reserva previa para ese día, como tantos otros carteles identificativos de otras compañías que se encuentran tanto en el aeropuerto Reina Sofia, como en otros recintos aeroportuarios. En particular, la eventual presunción de certeza que pudiera

tener el Acta de infracción no puede alcanzar en ningún caso los extremos de carácter objetivo más arriba referidos, que no constan acreditados, sin que pueda extenderse a valoraciones, suposiciones o impresiones particulares del inspector, cual es la actividad de captación de clientes, aquí inexistente (STS 16/07/90).

- Mediante Resolución de 11 de junio de 2008, del mencionado Coordinador, se procedió a la desestimación del recurso de revisión interpuesto, confirmándose su Resolución de 27 de marzo de 2006.

- El 23 de septiembre de 2008 la entidad interesada presentó recurso contencioso administrativo contra la Resolución de 11 de junio de 2008. La Sentencia dictada, de 21 de enero de 2011, anuló la misma y acordó "retrotraer las actuaciones a fin de que, por parte de la Administración demandada, se recabe el preceptivo Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias", que fue solicitado mediante escrito de 9 de febrero de 2011.

III

La Propuesta de Resolución considera que, a la vista de la naturaleza y alcance del mencionado recurso y de las pruebas que constan en el expediente (Acta de infracción, antecedentes infractores, fotografías e informes) se ha desplegado la actividad probatoria necesaria para garantizar la adecuada determinación de los hechos y la responsabilidad en la comisión de los mismos por la entidad mercantil recurrente, de conformidad con lo establecido en el art. 137.4 LRJAP-PAC y 209 ROTT, sin que se aprecie, como argumenta la interesada, ninguna merma al principio de presunción de inocencia del art. 24 CE y 137.1 LRJAP-PAC, pues se impone la sanción, previa prueba concluyente e inequívoca de los elementos de hecho antijurídicos sobre los que se asienta.

En este sentido, se afirma que la mediación en el transporte discrecional de viajeros aparece regulada en los arts. 119 y siguientes de la LOTT y 165 y siguientes ROTT. Así, el art. 122 LOTT dispone que el ejercicio de las funciones correspondientes a la actividad de agencia de transporte de viajeros será realizado por las agencias de viaje, que podrán realizar las siguientes funciones: a) organización y contratación de los transportes turísticos; b) mediación en la prestación de servicios de transporte discrecional de viajeros; c) venta de billetes y reserva de plazas por cuenta del transportista en toda clase de medios de transporte; d) las demás que les atribuya su normativa específica.

Del análisis de los elementos probatorios consignados en el expediente sancionador resulta suficientemente acreditado que la entidad mercantil sancionada realizaba, en el momento de ser inspeccionada, una función de mediación con servicio o actividades no autorizadas, incurriendo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 138.1.c) LOTT, en responsabilidad. Además, se recuerda que por los hechos infractores objeto del expediente sancionador, se le incoó a la empresa expediente sancionador, informando entonces los agentes actuantes, mediante escrito de 25 de enero de 2007 de ratificación del Acta, que, aunque en su momento no se aportó la foto del cartel donde queda reflejado (MINI BUS SHUTTLE SERVICE AVAILABLE-VEHÍCULO DE MICROBUS DISPONIBLE), cartel del que disponen los empleados de la citada agencia y que utilizan en la terminal del aeropuerto Reina Sofia, no significa que no exista y que no se utilice el mismo para la captación de usuarios, aportándose ahora tal foto para mejora del expediente.

Se añade que los hechos constatados por los Servicios de Inspección tendrán valor probatorio. En todo caso, se observa que la agencia no tiene autorizada una concesión para realizar servicios de lanzadera y no se entiende que, para una contratación previa de 5 personas en ese día, constando nombre y apellidos, vuelo y agencia de viajes, como alega la empresa, se necesite un cartel informativo de oferta de un servicio de transportes de manera fija y continuada, circunstancia comprobada inspecciones realizadas a lo largo del año por el Servicio competente.

En este orden de cosas, está acreditado que la traducción literal de la expresión "shuttle service" que figuraba en el cartel utilizado por la interesada es la de servicio de lanzadera, para cuya realización se precisa la autorización administrativa prevista en el art. 154 ROTT, no habiéndose aportado prueba alguna que acredite la disponibilidad de la misma por parte del transportista contratado, incoándose el procedimiento sancionador, no por la captación ilegal de clientes, sino por la mediación en actividad no autorizada.

Este hecho constituye una infracción grave contemplada en la normativa de transportes, sancionable, tras valoración de los criterios de graduación de la sanción, en 1.001 euros, sanción mínima de las previstas para ese tipo infractor dentro de los límites fijados por el artículo 143.1.e) LOTT, al generar competencia desleal con ánimo defraudador implícito en el hecho de realizar mediación con servicios de transportes o actividades no autorizadas.

Para reforzar su argumentación, la Propuesta de Resolución hace referencia a la reiterada tendencia infractora de la entidad mercantil interesada. Así, aún a fecha

de hoy, persiste en la comisión de los citados hechos, fehacientemente probados en múltiples expedientes sancionadores incoados al efecto, pese a los requerimientos formulados, estando aquellos constatados por los inspectores en los controles periódicos realizados en la terminal de llegadas del aeropuerto Reina Sofia y consignados formalmente en varias Actas de infracción(TF-40006-I-06, TF-40013-1-06, 40040-1-06, TF-40041-I-06 y otras), siendo su base fáctica la realización de MEDIACIÓN CON SERVICIOS O ACTIVIDADES NO AUTORIZADAS.

En particular, en el expediente sancionador TF-40045-I-06 existe constancia documental fehaciente de la infracción con origen tanto de la entidad interesada, que aportó relación de personas que han utilizado este servicio de lanzadera (aeropuerto-complejo hotelero o de apartamentos y viceversa), como de las empresas que figuran en esta relación. De ello resulta que la empresa organizaba transporte de viajeros por carretera desde el aeropuerto Reina Sofia a complejos turísticos, no realizándolos en régimen de transporte turístico porque no formaba parte de un paquete combinado con prestaciones complementarias, ni se contrató conjuntamente con el transporte aéreo, como continuación o antecedente de éste, sin que el precio del transporte por carretera excediera el 40 por ciento del realizado en el otro modo, incumpléndose así los arts. 110, 112 y 122 LOTT y los arts. 128 y 165 ROTT). Además, tampoco los transportes organizados eran ocasionales y esporádicos, ni eran dirigidos a un grupo homogéneo de usuarios, con un objetivo común a todos ellos, a los efectos de poderlos encuadrar dentro de la mediación prevista en el art. 131 ROTT.

En definitiva, por los motivos expuestos la Propuesta de Resolución considera que procede desestimar el recurso de revisión interpuesto y, por tanto, confirmar la Resolución impugnada, que impuso a la interesada una sanción de 1.001 €.

IV

1. Por lo que atañe a los requisitos de interposición del recurso de revisión, consta que el presente fue interpuesto por persona legitimada para ello, la entidad mercantil sancionada mediante el procedimiento sancionador cuya Resolución final se impugna, siendo ésta firme. Además, como se dijo con anterioridad, contra ella ya se había interpuesto en su momento este mismo recurso, desestimándolo la Administración también, aunque, recurrido en vía judicial, la Sentencia del proceso contencioso-administrativo anuló la desestimación al haberse omitido la solicitud de

Dictamen de este Organismo, ordenando la retroacción correspondiente para subsanación de este trámite.

El órgano que dictó el acto recurrido es, asimismo, el competente para la resolución de este recurso, aquí el Coordinador General de Transporte del Cabildo Insular de Tenerife.

El recurso interpuesto, dada la causa en la que se funda, lo ha sido en el plazo de 4 años que al efecto dispone el art. 118.2 LRJAP-PAC, habiéndose interrumpido el plazo de prescripción por la presentación del recurso contencioso antedicho.

2. El carácter extraordinario del recurso de revisión establecido en la propia Ley que lo regula conlleva una motivación tasada y, por consiguiente, limitada rigurosamente al ámbito de los motivos concretos determinantes de su incoación que, además, han de ser restrictivamente interpretados, sin que al socaire de aquel recurso quepan otros pronunciamientos propios de los recursos ordinarios (Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª, de 11 de octubre de 2004), así como Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1970 (RJ 4560), 6 de junio de 1977 (RJ 2838), 11 de diciembre de 1987 (RJ 9451), 16 de junio de 1988 (RJ 4939) y 1 de diciembre de 1992 (RJ 9740)].

En esta línea, el error de hecho como causa revisora exige que el defecto sea fáctico y se desprenda inmediatamente de los propios documentos incorporados al expediente (art. 118.1.1ª LRJAP-PAC). Así, han de concurrir los siguientes requisitos, según jurisprudencia constante, como la antes citada: ha de ser una realidad objetiva, ajena a opinión, criterio particular o calificación, excluyendo las valoraciones jurídicas efectuadas, como la apreciación de la trascendencia o alcance de hechos o pruebas y la interpretación de disposiciones legales; ha de ser manifiesto, en cuanto evidente e indiscutible; y ha de resultar de los documentos aportados en el expediente, el cual se integra también por los archivos de la Administración, aunque en relación con el expediente del que trae causa y no cualquier otro diferente o inconexo.

En todo caso, el error aducido tiene que referirse a los presupuestos fácticos determinantes de la decisión administrativa sobre la base de los documentos utilizados o utilizables en el caso, excluyéndose el error de Derecho, sea cual fuere la acepción, intensidad o alcance del error jurídico y la actuación afectada. Por lo demás, es claro que, para ser atendido al fin que aquí interesa, el error fáctico ha de ser de entidad suficiente para que, subsanado, proceda alterar el sentido del acto firme recurrido.

V

1. La entidad interesada entiende que ha habido error de hecho en la medida que la leyenda del cartel que usa en la terminal aeroportuaria que sirve como presupuesto fáctico a la sancionada no lleva la expresión "AVAILABLE (DISPONIBLE)" sino que indica "*Airport Mini-bus and shuttle service*", de modo que, por ello, no se están realizando los servicios de mediación que suponen la comisión de la infracción que se sanciona, no siendo mediación excepcionada y ofreciéndose transporte no autorizado.

Pues bien, ante todo es patente que los argumentos de las partes son básicamente contradictorios en relación con un hecho clave, en cuanto indicativo de que la interesada realizaba o no la mediación infractora.

En este orden de cosas, lo cierto es que la Administración no ha avalado su argumentación con el documento (foto) más relevante al efecto, apoyándose en su defecto en las Actas infractoras levantadas y la información de la inspección en este asunto y otros de la misma índole referidos a la propia empresa sancionada. Por el contrario, existe en las actuaciones una foto del cartel aportado por la recurrente y, aunque resulta ilegible, es significativa su aportación y hace exigible a la Administración constatar su pertinencia, pues, pese a afirmarse que se adjuntó foto al Acta de inspección que funda el procedimiento incoado y la sanción impuesta, como prueba irrefutable de su corrección, tal foto no figura en el expediente.

2. Por otra parte, la propia literalidad del cartel, en la versión de la Administración, sugiere una repetición de información separada por un guión, salvo la expresión "disponible" de la primera parte, que pudiera indicar la pretensión de advertir a los clientes ya existentes y no captar otros nuevos.

Sin embargo, esta eventualidad no se compadece con la inclusión, en la primera parte de la redacción, del término disponible, en general, del transporte por autobús ofrecido, sin hacer referencia a clientes de la agencia. Lo que, además y como señala la Propuesta de Resolución es extraño en relación con una contratación previa con cinco personas, cuyos datos ciertamente constan, aparentándose ofrecer, a través de este cartel, un servicio de transporte desde el aeropuerto a cualquier cliente; lo que, a mayor abundamiento y como se comprueba por inspecciones realizadas a lo largo del año, se hace fija y continuadamente. Es decir, con el término en cuestión se excluye un cartel de mero aviso o identificativo de la agencia contratante, sin ser

necesario ofrecerlo a clientes que ya lo contrataron, bastando a este propósito, en el mejor de los casos, con el texto de la segunda parte del cartel.

3. En esta tesitura, pues, resulta relevante tanto disponer de una foto legible del cartel usado por la agencia, como, en todo caso, asegurar la existencia del término "disponible" en su redacción, en cuanto que el error fáctico cometido por la Administración, empezando por su servicio de inspección, habría sido leer erróneamente tal cartel, en el que no se recogería tal término, como se apreciaría en el documento fotográfico correspondiente; o bien, en la disponibilidad del propio cartel, que no se procuró por la inspección y sin que se exigiera a la empresa la presentación del que usaba en su actuación o sigue usando al parecer al respecto.

Y ello, sin entrar a discutir, en relación con lo expuesto sobre las características del error de hecho como justificativo de la revisión, si el uso del término de referencia no pretendía la realización de la actuación de mediación infractora, que en realidad no se estaba haciendo por la agencia, no constando que así fuese o demostrado por la Administración que lo hiciera, de modo que la actuación a sancionar habría de ser la redacción inadecuada del cartel que induce a error a los usuarios del aeropuerto y permite, en su caso, la captación de clientes aparte de los ya existentes previamente.

Por lo demás, ha de advertirse que las Actas de inspección son simples medios probatorios, de modo que su fuerza acreditativa puede cuestionarse o aun eliminarse con otras pruebas y, desde luego, deben estar justificadas o fundadas en sus apreciaciones fácticas, sin bastar meras afirmaciones u opiniones de los redactores.

4. En cualquier caso, independientemente de lo mencionado sobre la redacción del cartel, no consta en este expediente sancionador que, cualquiera que fuese aquélla, se realizara el transporte de viajeros, desde el aeropuerto a complejos turísticos, para el que mediaba la entidad sancionada con usuarios que no fuesen clientes suyos, efectuándose tal actividad por transportista sin autorización para ello. Por tanto, para entender cometida tal concreta infracción, no basta con aducir la existencia del cartel, sino acreditar su realización, afectando tanto a la agencia, como al transportista, para lo cual procedería conocer el contrato de transporte entre ambos y la comprobación de qué actividad se efectuaba efectivamente.

Lo que es extensible a los otros, y múltiples, expedientes sancionadores incoados a la misma agencia, en cuanto que la base fáctica sea idéntica a la de este supuesto; es decir, el mismo cartel. En cambio, y constatados en esos otros casos los extremos antedichos, no sólo se habría de sancionar las infracciones correspondientes a los

sujetos intervinientes, sino que procedería sancionar a la entidad mercantil en el que nos ocupa. Circunstancia que, al parecer, se ha dado en el expediente sancionador TF-40045-I-06, en la forma expresada con anterioridad.

Sin embargo, a la vista de lo dispuesto en el art. 138.3 LOIT, las infracciones que eventualmente cometiera la agencia son independientes, no constituyendo una infracción continuada, de modo que resulta procedente incoar los respectivos procedimientos sancionadores y no acumulados en uno.

Pero, precisamente por esta razón y, además, por la no constancia de que las infracciones efectivamente producidas sean las mismas, no cabe que se utilice para justificar la sanción impuesta en uno lo actuado en otros, especialmente cuando en uno está probada la actuación infractora que se sanciona y en otro no lo está o, aun, puede ser otra. Lo que es aplicable tanto al procedimiento sancionador del que se trate, como al revisor de la resolución sancionadora, en relación con los hechos infractores probados en el citado expediente TF-40045-I-06.

Lo que no empece para incrementar, como reincidente, la cuantía de la sanción por la infracción que se hubiere cometido, habiendo sido sancionado por resolución firme en vía administrativa por infracción grave o muy grave (arts. 143.1 LOTT, en relación con sus arts. 140 y 141); motivo por el que, por cierto, no procedería la sanción aquí impuesta de haber sido sancionada ya la agencia con anterioridad, aunque, vistos los números de expediente sancionador, no parece que sea el caso.

5. Por último, en relación con lo hasta aquí expuesto se advierte que, según el art. 123.2 LOTT, el control y ordenación de las agencias de viaje se realizará por los órganos administrativos competentes en materia de turismo, aunque serán los órganos competentes en materia de transporte los competentes para ordenar, controlar y, en su caso, sancionar, las actuaciones que, en relación con el transporte, realicen dichas agencias.

A este fin, es de tener en cuenta lo previsto en el art. 76.10 de la Ley 7/1995, de Ordenación del Turismo (LOT), así como en el art. 17 del Decreto 135/2000, que aprueba el Reglamento de las Agencias de Viaje, en relación con lo expresado sobre la infracción cometida y, en particular, el tenor literal del cartel exhibido por la agencia para ofrecer servicio de transporte, de manera que, eventualmente, la infracción cometida no sería en materia de transporte, al menos en lo que interesa a la sancionada, siendo objeto de revisión la Resolución que sanciona, sino de turismo, debiendo ser objeto de otra sanción el cartel en cuestión, independientemente de

que también pudiera serlo, en su caso, la mediación para transporte no autorizado y también la realización de este último por el transportista.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, procediendo retrotraer el procedimiento para realizar el trámite probatorio conforme lo expuesto en el Fundamento V, de modo que se disponga de una foto legible del cartel usado por la entidad interesada, en la que se pueda apreciar la existencia en la redacción, en su caso, del término "disponible", así como que se acredite que la interesada mediaba para la realización del transporte de viajeros, desde el aeropuerto a complejos turísticos, que no fueran clientes suyos, efectuándose por transportista sin autorización para ello, con ulterior trámite de vista y audiencia a la interesada y, finalmente, formulación de Propuesta resolutoria a remitir a este Organismo para ser dictaminada.