



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 4 9 / 2 0 1 1

(Sección 2ª)

La Laguna, a 18 de octubre de 2011.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Agricultura, Ganadería, Pesca y Aguas en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio de la Resolución del Director del Instituto Canario de Calidad Agroalimentaria, de 27 de agosto de 2010, por la que se puso fin al procedimiento sancionador GC-7/10-V incoado frente a SAT nº 437/05 B.L.T. por presuntas infracciones en materia de calidad agroalimentaria (vinos) (EXP. 471/2011 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado el 19 de agosto de 2001 (RE 1 de septiembre de 2011) por el Excmo. Sr. Consejero de Agricultura, Ganadería, Pesca y Aguas, es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de revisión de oficio de la Resolución del Director del Instituto Canario de Calidad Agroalimentaria, de 27 de agosto de 2010, por la que se puso fin al procedimiento sancionador GC-7/10-V incoado frente a SAT nº 437/05 B.L.T. por presuntas infracciones en materia de calidad agroalimentaria (vinos), iniciado a instancia de interesado por entender que concurre la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el art. 62.1, apartado e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

2. Mediante acuerdo de fecha 26 de septiembre de 2011 de la Sección II, en virtud del art. 53.b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias, se solicita la remisión del informe del Servicio Jurídico sobre el Proyecto de Resolución, cuya existencia se refiere en el expediente, pero que no consta en el expediente que se nos remite. El 6 de septiembre de 2011 (RE 10 de octubre de 2011) se ha dado traslado de este informe a este Consejo Consultivo.

* **PONENTE:** Sr. Suay Rincón.

3. La legitimación del Consejero 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 LRJAP-PAC, de carácter básico.

II

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

- Mediante Resolución del Director del Instituto Canario de Calidad Agroalimentaria, de 16 de marzo de 2010, se inició procedimiento sancionador GC-7/10-V frente a SAT nº 437/05 B.L.T. por presuntas infracciones en materia de calidad agroalimentaria (vinos). En la misma se nombró instructor del expediente.

- El 26 de julio de 2010 se notificó la Propuesta de Resolución del órgano instructor, de 7 de julio de 2010.

- Mediante Resolución del Director del Instituto Canario de Calidad Agroalimentaria, de 27 de agosto de 2010, se puso fin al procedimiento sancionador referido, lo que se notificó al sancionado por correo con acuse de recibo, con salida del Instituto el mismo 27 de agosto, siendo el 23 de septiembre de 2010 cuando se realizó un primer intento de notificación, y el 24 de septiembre de 2010 el segundo intento, notificándose posteriormente el 5 octubre de de 2010.

III

1. El presente procedimiento de revisión de oficio se inicia como consecuencia del escrito presentado por J.C.H.L., en nombre y representación de S.A.T. nº 437/05 B.L.T., solicitando la revisión de oficio de la Resolución del Director del Instituto Canario de Calidad Agroalimentaria, de 27 de agosto de 2010, por la que se puso fin al procedimiento sancionador GC-7/10-V incoado frente a SAT nº 437/05 B.L.T. por presuntas infracciones en materia de calidad agroalimentaria (vinos), imponiendo sendas sanciones a aquella empresa.

El escrito de solicitud se fundamenta en la causa de nulidad del art. 62.1.e) LRJAP-PAC, puesto que, por un lado, la resolución le fue notificada al interesado habiendo transcurrido más de 6 meses desde el inicio del procedimiento sancionador, por lo que éste habría caducado. Asimismo, entiende el interesado que la fase instructora y sancionadora no se han atribuido a órganos distintos. Por ambas causas nos hallamos, según el escrito de iniciación, ante el supuesto previsto en el art.

62.1.e) LRJAP-PAC: actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Por otra parte, el interesado en su escrito también señala como fundamento de su pretensión el artículo 42.7 LRJAP-PAC que establece que *"el personal al servicio de las Administraciones públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo. El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio a la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente"*.

2. Por otra parte, a lo largo de este procedimiento constan practicadas las actuaciones requeridas legalmente, habiéndose evacuado los informes exigibles, así como otorgado trámite de audiencia al interesado:

1) El interesado presenta escrito de 16 de febrero de 2001, por el que se solicita la revisión de oficio de la Resolución del Director del Instituto Canario de Calidad Agroalimentaria, de 27 de agosto de 2010, por la que se puso fin al procedimiento sancionador GC-7/10-V incoado frente a SAT n° 437/05 B.L.T.

2) El 23 de febrero de 2011 se insta al interesado a acreditar la representación con la que actúa, presentando aquél, a tal efecto, determinada documentación el 9 de marzo de 2011.

3) Por Resolución de la Directora del Instituto Canario de Calidad Agroalimentaria, de 18 de marzo de 2011, se tiene por desistido a J.C.H.L., en nombre y representación de S.A.T. n° 437/05 B.L.T., de la solicitud de la Revisión de Oficio, ya que, si bien se acreditó que aquél ostenta el cargo de presidente que le fue otorgado en la sociedad mercantil, mediante poder otorgado ante notario y acta de la Asamblea en la que fue nombrado presidente, sin embargo, no se acompaña el acuerdo adoptado por el órgano competente para el ejercicio de la acción de recurso contra la actuación de la Administración Pública.

4) El 4 de abril de 2011, antes de la notificación de aquella resolución, J.C.H.L., aporta acuerdo de la Junta Rectora de la S.A.T. de solicitar la revisión de oficio de la Resolución de fecha 27 de agosto de 2010, por lo que mediante Resolución del Presidente del Instituto Canario de Calidad Agroalimentaria, de 31 de mayo de 2011,

se deja sin efecto la Resolución de desistimiento, y se admite a trámite la solicitud de revisión de oficio formulada.

5) El 21 de julio de 2011 se emite informe del Servicio Jurídico, favorable a la revisión de oficio.

6) El 4 de agosto de 2011 se emite informe del Secretario, desfavorable a la Revisión de Oficio, en el que se refuta el informe emitido por el Servicio Jurídico, con entrada en el Instituto Canario de Calidad Agroalimentaria el 2 de agosto de 2011, favorable a la Revisión de Oficio.

7) Se dicta Propuesta de Resolución, en la que no consta fecha, por el Presidente del Instituto Canario de Calidad Agroalimentaria, siendo desfavorable a la Revisión de Oficio.

IV

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución sometida a Dictamen de este Consejo Consultivo, viene a señalar:

Por una parte, *“en relación con la alegación de que la citada Resolución incurre en el supuesto de nulidad el artículo 62.1.e) «los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido», por haberse producido la caducidad del procedimiento, ha de significarse que el procedimiento sancionador GC-7/10-V se inició el 16 de marzo de 2010, siendo, por tanto, la fecha de terminación del procedimiento el 15 de septiembre de 2010.*

En consecuencia, la resolución que puso fin al procedimiento dictada el 27 de agosto de 2010, se dictó dentro del plazo fijado para la terminación del procedimiento, si bien no ocurrió así con la práctica de la notificación, realizada por correo con acuse de recibo, ya que la salida de este Instituto del oficio de notificación se hizo el mismo 27 de agosto, y es el 23 de noviembre (debe decir septiembre) de 2010 cuando se realizó un primer intento de notificación, y el 24 de noviembre (debe decir septiembre) de 2010 el segundo, notificándose posteriormente el 5 octubre de de 2010.

(...) en el presente supuesto, no nos encontramos ante este supuesto, sino de una resolución dictada dentro de dicho plazo pero practicada la notificación transcurrido dicho plazo.

Con lo cual, (...) en la resolución objeto de este procedimiento en el momento de dictarse no procedía que se declarase la caducidad del procedimiento, pues no

estaba fuera del plazo para resolver, y, por tanto, se dicta resolución dentro de un procedimiento existente, de un procedimiento no caducado, por lo que dicha resolución, al no haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, no es nula.

Asimismo, es de tener en cuenta que la propia naturaleza de la nulidad implica que la causa sea originaria es decir, que se encuentre existente en el momento de dictarse el acto, si la causa deviene en un momento posterior, la cuestión planteada no será de validez, sino de eficacia.

A mayor ahondamiento, es de indicar que dado que el acto produce efectos desfavorables al interesado, la eficacia de la resolución queda demorada a la notificación de la misma (art. 57.2 LRJAP-PAC), de lo que se deriva que el acto de notificación no constituye un requisito de validez del acto impugnado sino una condición de su eficacia, con lo que en el incumplimiento de la obligación de notificar dicha resolución dentro de plazo, podría dar lugar a que se apreciase, en su caso, la existencia de un incumplimiento de una condición, lo cual tampoco lleva a la invalidez del acto por nulidad de pleno derecho, como acto contrario a Derecho, sino, si así se establece como consecuencia de dicho incumplimiento, a la rescisión del acto por ineficaz”.

Por otra parte, “en relación con la alegación de que la citada Resolución incurre en el supuesto de nulidad el artículo 62.1.e): los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, por haberse incumplido el requisito establecido en el apartado 2 del artículo 134 (Garantía de procedimiento) y art. 10.1 del Reglamento regulador del procedimiento en materia sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto: «Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos. Requisito que viene a establecer que la persona que decide no sea la misma que la que instruye».

En este sentido hemos de indicar que en la Resolución del Director del Instituto Canario de Calidad Agroalimentaria, de 16 de marzo de 2011, por el que se inicia el procedimiento sancionador GC-7/10-V a SAT nº 437/05 B.L.T., se nombró a un Instructor del expediente distinto del que lo inicia y resuelve; asimismo el 26 de julio de 2010 se notificó la propuesta de resolución del citado Instructor, de 7 de julio de 2010, de forma que queda constancia de que en el citado procedimiento

sancionador GC-7/10-V, la fase instructora y la sancionadora corresponde a órganos distintos”.

Asimismo, la Propuesta de Resolución se pronuncia en relación con la alegación efectuada por el interesado de que *“el personal al servicio de las Administraciones públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo. El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio a la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente”*, precisamente por entender que no se ha vulnerado el plazo legalmente establecido, puesto que la resolución se ha dictado en plazo, si bien no la notificación, a la que no le afecta aquel plazo.

2. En contra de lo que señala la Propuesta de Resolución, el plazo señalado para la terminación de los procedimientos viene referido tanto a la resolución como a la notificación, como establece expresamente el art. 44 LRJAP-PAC respecto de los procedimientos iniciados de oficio, como es el sancionador que nos ocupa. En aquella norma se preceptúa: *“El vencimiento del plazo sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración de la obligación de resolver”*, lo que produce como efecto, en el caso de los procedimientos sancionadores, a tenor del apartado 2 del citado artículo, la caducidad del procedimiento y archivo de las actuaciones.

El citado artículo es claro, al indicar que tanto la resolución como su notificación deben dictarse dentro del plazo establecido legalmente, y por ello lo ha indicado expresamente, a diferencia del art. 102.5 respecto de la caducidad de los procedimientos de revisión de oficio, donde el *dies ad quem* que determina la caducidad viene dado únicamente por no haberse adoptado la resolución en el plazo señalado.

En este sentido puede verse la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2001 (RJ 2002/10190), así como la de 12 de noviembre de 2001 (RJ 2002/7789).

Sentada esta premisa, en la que la notificación de la resolución sancionadora es el momento que debe tomarse como de terminación del procedimiento, y, por ende, debe realizarse dentro del plazo establecido para su terminación, ha de indicarse cuál es el efecto de que no se haya realizado en dicho plazo.

Ciertamente, el plazo no es con carácter general un elemento esencial en todos los procedimientos cuyo incumplimiento implique *per se* su nulidad, mas en el procedimiento sancionador sí lo es. El art. 44.2 LRJAP-PAC establece expresamente que en tales procedimientos el vencimiento del plazo para dictarse y notificarse la resolución sin haberlo hecho conlleva la caducidad del procedimiento, debiendo la resolución que declare tal caducidad ordenar el archivo de las actuaciones.

De todo lo expuesto se deriva el hecho de que la resolución por la que se impuso la sanción al interesado se ha dictado en el seno de un procedimiento caducado, y, por tanto, inexistente, estando incurso, pues, la resolución en la causa de nulidad del art. 62.1.e) LRJAP-PAC, por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, procediendo, pues la revisión de oficio y la consiguiente declaración de nulidad solicitada por el interesado.

No se opone a estos efectos la Propuesta de Resolución, donde se reconoce la nulidad de las resoluciones adoptadas en procedimientos caducados, siguiendo la actual línea jurisprudencial, si bien parte de que no es la notificación, sino la resolución, lo que marca el *dies ad quem* para la caducidad del procedimiento, lo cual hemos refutado.

El propio informe del Servicio Jurídico, que se cita en el informe del Secretario, si bien no se adjuntaba inicialmente a este expediente, cita el Dictamen del Consejo Consultivo 326/2009, cuya doctrina acerca de los efectos de la caducidad del procedimiento sigue la Propuesta de Resolución.

En la Propuesta de Resolución, se señala, como lo hiciera nuestro citado Dictamen, que la calificación de la invalidez del deber de resolver en el plazo establecido por parte de la Administración en los procedimientos sancionadores no ha sido pacífica, ni siquiera en la doctrina del Tribunal Supremo, y, tras citar la inicial postura jurisprudencial, expone la actual: *“Siguiendo (...) la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 1827/2008, de 4 de junio (JUR 2009/6763), esta evolución parece fundarse en el hecho de que el art. 63.3 LRJAP-PAC (conforme al cual sólo se producirá la anulabilidad de una actuación realizada fuera de plazo «cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo)», «no resulta aplicable cuando existen normas específicas sobre procedimiento administrativo del que se trate». Y, justamente «en el supuesto del procedimiento sancionador el art. 43.4 (LRJAP-PAC) en su primitiva redacción (hoy día, el art. 44.2, todavía con más claridad) establecen de forma inequívoca que los plazos concedidos para su*

tramitación son plazos esenciales cuya finalización da paso a un plazo de caducidad». La consecuencia de todo ello es que «la actuación de una Administración Pública en un procedimiento caducado es causa de invalidez de la sanción administrativa. Y el tipo de invalidez será su nulidad de pleno derecho», pues «no declarar la caducidad del procedimiento e imponer una sanción administrativa en un procedimiento ya caducado supone dictar un acto sin seguir ningún procedimiento, pues el que se ha seguido se encuentra caducado, es decir, fenecido. Supuesto éste de nulidad de pleno derecho del art. 62.1.e) LRJAP-PAC, los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido».

Esta doctrina ha sido confirmada, entre otras, por las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 635/2006, de 11 de julio (JUR 2007/108152), y 457/2008, de 23 de mayo (JUR 2008/275234) (...). Parece que éste es el sentir de la doctrina actual del Tribunal Supremo, el cual, en su STS de 18 de marzo de 2008 (RJ 2008/37267) señala que la reforma en 1999 (de la Ley 30/1992) ha pretendido introducir una cierta disciplina en la duración de los procedimientos iniciados de oficio que puedan tener efectos gravosos para el administrado, sometiéndolos a un riguroso plazo de caducidad (...). La regla general, como es bien sabido, consiste en que el vencimiento del plazo máximo para resolver dichos procedimientos sin que se haya dictado la Resolución correspondiente determina de modo automático su caducidad y archivo (art. 44.2)».

Ciertamente, esta doctrina se ha formado a propósito de un supuesto que no plantea específicamente que el plazo de caducidad tiene por *dies ad quem* el momento en que se produce la notificación de la resolución sancionadora. Lo mismo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha elaborado sobre la base de que dentro del plazo ni siquiera se ha producido la resolución sancionadora.

Esta circunstancia es relevante y obliga a matizar el sentido de nuestras consideraciones, aunque a la postre no tiene ello proyección sobre el supuesto que nos ocupa.

3. En principio, de resultas del art. 44 LRJAP-PAC la resolución ha de haberse dictado y notificado, como ya se ha indicado. Sin embargo, no ha de dejar de tenerse presente igualmente lo dispuesto por el art. 58.4 LRJAP-PAC: "Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado".

En suma, el “*dies ad quem*” puede también ir referido el momento en que se intentó la notificación. Es claro que no basta con cursarla (art. 58.2), sino que también ha de haberse intentado, una vez al menos, la notificación.

Ahora bien, proyectado ello al supuesto que nos ocupa, la cuestión no altera la conclusión, por cuanto que, cursada la notificación de la resolución sancionadora el mismo día en que se produjo la resolución sancionadora el 27 de agosto de 2010, consta un primer intento de notificación el 23 de septiembre (y un segundo, el 24 del mismo mes). La notificación, finalmente, se produjo el 5 de octubre. Lo relevante, sin embargo, no es esto último (fuera queda del ámbito de la Administración y puede depender de la propia conducta del interesado que la notificación se haga finalmente efectiva o no). Lo verdaderamente relevante es que, en todo caso, ya el 23 de septiembre de 2010 se había producido la caducidad.

Desde la perspectiva expuesta, resulta acertado el criterio expuesto en el Informe de los Servicios Jurídicos, que en suma debió asimismo ser adoptado por el órgano instructor en su Propuesta de Resolución.

4. Por otro lado, en relación con la diferenciación de las fases del procedimiento sancionador, se han asignado correctamente a órganos diferentes, con el pertinente nombramiento del instructor del procedimiento, como indica la Propuesta de Resolución, no deviniendo, pues, por esta vía, causa de nulidad del procedimiento.

5. Por último, en cuanto a la responsabilidad derivada del art. 42.7 LRJAP-PAC, dado que se trata de responsabilidad disciplinaria, no es ésta cuestión sobre la que proceda el pronunciamiento de este órgano consultivo.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, pues procede la nulidad de la Resolución del Director del Instituto Canario de Calidad Agroalimentaria, de 27 de agosto de 2010.