



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 2 / 2 0 1 4

(Pleno)

La Laguna, a 23 de enero de 2014.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del recurso extraordinario de revisión interpuesto por N., S.A.U., contra la Resolución nº 378, de 5 de abril de 2013, de la Viceconsejería de Turismo, que le sancionó por la comisión de dos infracciones de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias (EXP. 522/2013 RR)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, consiste en la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento del recurso extraordinario de revisión interpuesto por N., S.A.U. contra la Resolución nº 378, de 5 de abril de 2013, de la Viceconsejería de Turismo, que le sancionó por la comisión de dos infracciones de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias.

La legitimación del Excmo. Sr. Presidente para solicitar el Dictamen, su preceptividad y la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo resultan de los arts. 12.3 y 11.1.D.b) de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias en relación este último precepto con el art. 119.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), por cuanto al suprimirse el dictamen únicamente cuando se haga la declaración de inadmisión a trámite del recurso extraordinario de revisión, se está confirmando el deber de solicitar dicho dictamen fuera de tan específico supuesto (STS 14/3/2002).

* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

El recurso se ha interpuesto por persona legitimada para ello, como titular de derechos o intereses legítimos al mismo tiempo que podría resultar beneficiado de estimarse el recurso en el sentido de su pretensión.

2. La Resolución nº 378, de 5 de abril de 2013, de la Viceconsejería de Turismo (en adelante Resolución 378/2013), fue notificada a la sociedad mercantil interesada el 9 de abril, y frente a ella interpuso un recurso de alzada que fue inadmitido por extemporáneo mediante Resolución de la Secretaría General de Presidencia del Gobierno de 14 de junio de 2013, notificada a la recurrente el 25 del mismo mes. La Resolución nº 378/2013 es por tanto un acto firme en vía administrativa y por ende, conforme a los arts. 108 y 118.1 LRJAP-PAC, puede ser objeto de un recurso extraordinario de revisión cuya resolución corresponde al órgano que la dictó.

La Resolución nº 378/2013 se le notificó a la interesada el 9 de abril de 2013. El recurso de revisión puede entenderse fundado en la primera circunstancia del art. 118.1 LRJAP-PAC y se presentó el 4 de octubre de 2013, dentro pues del plazo cuatrienal que establece el art. 118.2 LRJAP-PAC, por lo que no es extemporáneo.

II

El recurso extraordinario de revisión es un medio excepcional (art. 118.1 LRJAP-PAC); porque, en primer lugar, se da 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 (arts. 62 y 63 LRJAP-PAC), el extraordinario de revisión se ha de fundamentar exclusivamente en la concurrencia de alguna de las circunstancias tasadas del art. 118.1 LRJAP-PAC (SSTS 16/01/2002 y 29/04/2004). Esta naturaleza extraordinaria y la limitación rigurosa de sus supuestos se aplica por razones de justicia, que deben prevalecer frente al principio de seguridad jurídica (art. 9 CE) con el fin de hacer justicia, valor superior que proclama el art. 1 de la Constitución.

De lo anterior se sigue que por medio de este recurso extraordinario no pueden suscitarse cuestiones propias de los recursos ordinarios; por lo que cuando se funde en la existencia de un error de hecho se ha de distinguir claramente entre éste y el error de Derecho. Todo acto administrativo descansa sobre la representación y apreciación de unos hechos concretos que subsumen 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 realidades distintas los hechos y su

representación y apreciación. 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 virtud de los cuales se ha dictado el acto. El error -como señala el TS- ha de incidir en los presupuestos de la decisión adoptada y no en el contenido de la decisión (STS 30/09/2002).

Por esta razón, cuando este recurso se funde en las dos primeras circunstancias del art. 118.1 LRJAP-PAC (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” (STS 26/04/2004); además, 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. 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.

2. La naturaleza extraordinaria del recurso de revisión conlleva la carga para el recurrente de que cuando lo fundamente en una de las dos primeras circunstancias del art. 118.1 LRJAP-PAC debe señalar claramente los documentos que pretenda hacer valer, dado los distintos plazos que para interponer el recurso establece el art. 118.2 LRJAP-PAC, según se trate de la primera o de la segunda. El recurrente no puede interponer el recurso fundándolo en un error de hecho que resulta de un documento obrante en el expediente y al mismo tiempo fundar su pretensión revisora en otros documentos que deben ostentar valor esencial para la Resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error. Tampoco se puede soslayar la exigencia de que el recurso fundado en estos documentos se interponga en el plazo de tres meses desde la fecha en que conoció su existencia. Indudablemente que un recurso de revisión se puede fundar simultáneamente en los documentos contemplados en el art. 118.1.1ª y 2ª LRJAP-PAC, pero respecto a estos últimos se debe justificar que son distintos a los aportados anteriores o posteriores (STS 16/01/2002) y el momento en que aparecieron, lo cual no se ha cumplido en el

presente recurso, porque la interesada lo funda expresamente en documentos obrantes en el expediente, pero también en los obtenidos con posterioridad a la resolución que se pretende revisar.

III

1. El recurso de revisión se funda en que la Resolución 378/2013 incurre en un error de hecho como lo demuestran documentos obrantes en el expediente. Ese error de hecho de la Resolución estriba en su afirmación de que N., S.A.U. explotaba turísticamente los Apartamentos M.F.; lo cual, según la recurrente, no es cierto porque en el expediente obra copia del contrato de mantenimiento de las instalaciones contra incendios que aportó en contestación al requerimiento que se le formuló en el acta de inspección nº 027821 de 16 de febrero de 2012. Ese documento demuestra que la entidad mercantil no explotaba los mencionados apartamentos ya que *" está firmado por el Presidente de la Comunidad Aptos. M.F., porque N., S.A.U. no es titular de la explotación del complejo, dicho documento no se ha tenido en cuenta y se ha pasado por alto la relevancia del mismo, siendo indicio claro de las manifestaciones mantenidas por mi representada en el procedimiento administrativo; puesto que demuestra que quien se obliga en nombre del establecimiento y traba relaciones comerciales con terceros, para el mantenimiento de las instalaciones del mismo, no es N., S.A.U."*

2. También señala como documentos que demuestran ese error de hecho los dos que el 11 de marzo de 2013 presentó junto con su escrito de alegaciones en trámite de audiencia *" Comunicación previa de inicio de actividad turística a favor de la Comunidad de Explotación Turística Apartamentos M.F. y Libro de Inspección en el que consta como titular de la explotación la Comunidad de Explotación Turística Apartamentos M.F. Quedando con ellos finalmente acreditado y justificado que N., S.A.U. no realiza la explotación del establecimiento sino solo la gestión de acuerdo al contrato suscrito con la Comunidad, por lo que no es responsable de las infracciones objeto de las actuaciones"*.

3. El primer documento que se señala es el titulado *"contrato de mantenimiento de instalaciones y protección de incendios entre la empresa I.T.S.C.I., S.L. y T.C., S.L."* suscrito el 1 de abril de 2010 y en el que intervienen de una parte J.Á.P.G., en calidad de apoderado de la empresa I.T.S.C.I., S.L. y C.M.S., en calidad de representante de la empresa T.C., S.L. y también como Presidente de la Comunidad de Apartamentos M.F. En virtud de este contrato la primera se obliga al mantenimiento de los sistemas contra incendios en el complejo denominado

Apartamentos M.F. (Cláusulas II y VI) entre los días comprendidos entre el 1 de abril de 2010 y el 31 de marzo de 2011, "entendiéndose tácitamente renovado por un período de tiempo igual al reflejado si ninguna de las partes comunica a la otra su intención de renunciar al mismo con al menos un mes de antelación antes del vencimiento del mismo" (Cláusula III).

Este contrato está firmado por la Comunidad de Propietarios Apartamentos. M.F. en calidad de cliente y por I.T.S.C.I., S.L., como "*La Empresa*".

Este documento únicamente demuestra que ese contrato se firmó el 1 de abril de 2010 con el objeto del mantenimiento de los servicios contra incendios del complejo de Apartamentos M.F. entre la sociedad mercantil T.C., S.L. presidente de la Comunidad de Propietarios M.F. y la mercantil I.T.S.C.I., S.L. por un período de un año desde la fecha de su firma hasta el 31 de marzo de 2011 y, salvo que con un mes de antelación a esta fecha alguna de las partes renunciara a ello, se prorrogaría hasta el 31 de marzo de 2012.

Pero no demuestra que la empresa N., S.A.U. en el período comprendido entre el 16 de febrero de 2012, fecha de la primera acta de inspección, y el 9 de noviembre de 2012, fecha de la tercera acta de inspección, no estuviera explotando el complejo de apartamentos.

El error de hecho que acredita el documento que se trata de hacer valer a tal fin debe resultar de una manera clara, evidente e indiscutible de la confrontación entre los datos fácticos recogidos en ese documento y los contenidos en la Resolución administrativa, sin necesidad de acudir a calificaciones o interpretaciones jurídicas ni deducciones o hipótesis. El hecho de que la Comunidad de propietarios haya suscrito en 2010 un contrato con una tercera empresa no demuestra que en 2012 N., S.A.U. no estaba explotando los apartamentos como titular de los mismos, ni permite afirmar que quien contrataba con los usuarios turísticos durante el período en cuestión era la Comunidad de Propietarios en vez de N., S.A.U.

La Administración, con base en las denuncias de los usuarios, lo comprobado por las actas de inspección, la posición que adoptó inicialmente N., S.A.U., que firma esas actas y contesta a los requerimientos como explotadora de los apartamentos sin negar esta cualidad, consideró probado que ella era la que efectiva y materialmente en el año 2012 los explotaba turísticamente sin disponer del Libro de inspección y de las hojas de reclamaciones. El contrato suscrito en el 2010 carece de virtualidad alguna para rebatir esta afirmación de hecho de la Resolución 378/2013, por lo que

el recurso de revisión en cuanto fundado en dicho documento contractual debe ser desestimado.

4. Los otros documentos que hace valer la interesada por la vía del art. 118.1.1ª LRJAP-PAC son:

a) El oficio, de 21 de enero de 2013, que la Jefa de la Oficina de Renovación y establecimientos Turísticos del Cabildo Insular de Gran Canaria dirige a "B.F.I., S.L." por el que le notifica que se ha tomado nota del inicio de la actividad de turística a favor de la "Comunidad de Explotación Turística Apartamentos M.F." en virtud de su escrito, de 17 de enero de 2013, de declaración responsable y de comunicación previa de inicio de la actividad.

b) La fotocopia del Libro de Inspección del establecimiento M.F. cuyo titular es la "Comunidad de Explotación Turística Apartamentos M.F.", en cuya primera hoja figuran dos diligencias, fechadas ambas el 21 de enero de 2013, una expresando el número de hojas del Libro, otra la entrega de las hojas de reclamaciones.

El primer documento acredita que el 21 de enero de 2013 la mencionada Comunidad presentó la declaración responsable acerca de que reunía los requisitos para dedicarse a la actividad de alojamiento turístico y realizó la comunicación previa de que la iniciaba. El segundo demuestra que el 21 de enero de 2013 se le entregó a la Comunidad el Libro de Inspección y las hojas de reclamaciones. Ambos hechos aparecen recogidos en el informe (véase folio 88 del expediente) que la Jefa de la citada Oficina del Cabildo remitió al instructor del procedimiento sancionador, informe que expresa que en las mentadas fechas la Comunidad presentó esa declaración y comunicación previa.

Esos documentos acreditan que en enero de 2013 la Comunidad inició la explotación y recibió el Libro y las hojas susodichas, pero no demuestran que con anterioridad a enero de 2013 era la entidad que las explotaba en vez de N., S.A.U., por lo que carecen de toda virtualidad revisora del hecho, constatado por la Resolución 378/2013, de que en el período previo abarcado por la actuación inspectora desarrollada en 2012 N., S.A.U. era la empresa que explotaba el complejo de apartamentos.

IV

1. La recurrente, aunque sin ponerlos bajo la cobertura del art. 118.1.1ª LRJAP-PAC, señala también como documentos de los que pretende evidenciar el error de

hecho que imputa a la Resolución recurrida los que acompañaron a su recurso de alzada inadmitido por extemporáneo.

No se pueden considerar como documentos obrantes en el expediente los presentados con el recurso de alzada, porque dichos documentos no formaban parte del expediente en que se sustentó dicha Resolución. Se han presentado con posterioridad al dictado de ésta. Únicamente pueden ser considerados como documentos que, independientemente de su fecha, han aparecido con posterioridad a la Resolución, los cuales pueden servir para fundamentar un recurso de revisión en la segunda circunstancia del art. 118.1 LRJAP-PAC pero no en la primera. Esos documentos sólo se podrían hacer valer como obrantes en el expediente sólo si el recurso de revisión tuviera por objeto la Resolución que decidió el recurso de alzada, no la Resolución sancionadora contra la que se interpuso aquél.

2. Los documentos que acompañaron al recurso de alzada son:

a) Escrito del representante de N., S.A., de 12 de noviembre de 2009, dirigido al Cabildo Insular de Gran Canaria, por el que declara que cesa en la actividad de explotación de los Apartamentos M.F. y que renuncia al procedimiento que había instado de apertura y clasificación de dicho establecimiento.

b) Resolución, de 10 de diciembre de 2009, del Patronato de Turismo del Cabildo Insular de Gran Canaria, por la que se archiva por renuncia de la interesada el expediente del procedimiento de apertura y clasificación del establecimiento extrahotelero "M.F.":

c) Notificación, de 10 de diciembre de 2009, de la anterior Resolución a N., S.A.

d) Informe, de 10 de mayo de 2013, del mencionado Patronato de Turismo, en el que se expresa que, de conformidad con el escrito que se ha citado en el anterior apartado a), N., S.A. cesó en la explotación del establecimiento M.F. el 1 de noviembre de 2009.

e) Copia de la constitución de la Comunidad de Explotación Turística Apartamentos M.F., de 13 de octubre de 2009.

f) Copia de la escritura de elevación a público de los estatutos de la mencionada Comunidad fechada el 4 de diciembre de 2009.

Los documentos reseñados bajo las letras a) a c) estaban en poder de la interesada, porque el primero fue creado por ella y los otros dos se le notificaron en diciembre de 2009.

No puede considerarse por tanto como documentos que hayan aparecido para fundamentar un recurso extraordinario de revisión con base en la segunda causa del art. 118.1 LRJAP-PAC.

Los documentos e) y f) fueron presentados con el recurso de alzada el 10 de mayo de 2013. Esta es la fecha en que hay que presumir que aparecieron para la interesada, pues no hay constancia de otra anterior en que haya conocido de su existencia. Según el segundo inciso del apartado 2 del art. 118 LRJAP-PAC en relación con la segunda circunstancia de su primer apartado, el plazo para presentar al amparo del art. 118.1.2ª LRJAP-PAC un recurso de revisión con base en ellos expiró el 10 de agosto de 2013. Por consiguiente, no se pueden hacer valer en un recurso de revisión presentado el 4 de octubre de 2013 y fundado en la primera causa del art. 118.1 LRJAP-PAC.

En todo caso, esos documentos acreditan que en el año 2009 la recurrente solicitó el cese en la explotación de los apartamentos M.F., pero no demuestran que con posterioridad y durante el período en que se practicaron las actuaciones inspectoras no haya retomado su explotación.

V

1. La interesada también aporta con su recurso extraordinario de revisión, que funda única y exclusivamente en la primera causa del art. 118.1 LRJAP-PAC, los siguientes documentos:

a) La declaración, de 2 de noviembre de 2009, de baja en el Impuesto de Actividades Económicas (IAE) por la actividad de hospedaje en aparta-hoteles.

b) La Resolución de 10 de diciembre de 2009, del Director de la sucursal en Las Palmas de B.E. dirigida a N., S.A.U., en la que accede a su solicitud de dar de baja como local autorizado para el cambio de moneda al local nº 1397 en los Apartamentos M.F.

c) Los documentos que se han descrito en las letras b) y c) del apartado anterior.

d) El escrito, de 18 de noviembre, dirigido por N., S.A.U. al Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, en el que solicita que se le de de baja en el IAE y en las

demás tasas e impuestos municipales por la explotación turística del establecimiento Apartamentos M.F.

e) El contrato de explotación turística suscrito el 13 de octubre de 2009 entre J.M.Z. y la Comunidad de Explotación Turística de los apartamentos M.F. en virtud del cual ésta cedía a aquél a cambio de un canon la explotación turística de los apartamentos desde el 1 de noviembre al 30 de abril de 2011 (cláusulas primera a tercera del contrato).

2. Los documentos descritos bajo las letras a), b), c) y d), todos ellos fechados en noviembre o en diciembre de 2009, no han aparecido con posterioridad a la Resolución sancionadora, porque eran conocidos por la interesada, pues de unos es su autora y de otros su destinataria. No pueden por consiguiente fundar una revisión de dicha Resolución por la vía del art. 118.1.2ª LRJAP-PAC. Está de más decir que tampoco por la vía del art. 118.1.1ª LRJAP-PAC porque no son documentos obrantes en el expediente que alumbró esa Resolución. En todo caso, con abstracción de dicha imposibilidad legal, esos documentos acreditan que en el año 2009 cesó en la explotación de los apartamentos M.F., pero no demuestran que con posterioridad y durante el período en que se practicaron las actuaciones inspectoras no haya reanudado su explotación.

3. El único documento nuevo que ha aparecido es el contrato de explotación turística descrito en el anterior apartado e). Como no hay prueba de la fecha en que la interesada conoció la existencia de ese documento se puede conjeturar que supo de él en una fecha entre el 10 de mayo de 2013, día en el que firma su recurso de alzada sin mencionarlo, y el 31 de julio de 2013, fecha en la que firma su recurso de revisión al que acompaña el contrato, pero la única fecha en la que hay constancia de que conoce la existencia de este contrato es la última, el 31 de julio de 2013, fecha de su escrito de recurso de revisión donde lo hace valer a efectos revisores.

A partir de ella hay que computar el plazo de tres meses que establece el art. 118.2 LRJAP-PAC para presentar el recurso de revisión fundado en la existencia de un error de hecho en la Resolución impugnada que resulte de un documento de valor esencial para la decisión del asunto que, sea de fecha anterior o posterior a la de dicha Resolución, haya aparecido con posterioridad a su dictado. El recurso de revisión se presentó el 4 de octubre de 2013, dentro por tanto del plazo de tres meses del art. 118.2. LRJAP-PAC.

Aunque la recurrente no haya invocado expresamente el art. 118.1.2ª LRJAP-PAC, del tenor de su escrito de recurso es patente que alega que el contrato demuestra el error de hecho de la Resolución sancionadora, puesto que se le sanciona porque explotaba turísticamente los apartamentos M.F. sin disponer del Libro de Inspección ni de las hojas de reclamaciones, y el contrato demuestra que los apartamentos eran explotados por J.M.Z. en virtud de dicho contrato de explotación turística.

Esta alegación no puede ser estimada por lo siguiente: El contrato presentado tenía una vigencia hasta el 30 de abril de 2011. La Resolución sancionadora constata con base en las actas de inspección, levantadas con motivo de reclamaciones de usuarios turísticos de los Apartamentos y de denuncia del Ayuntamiento de San Bartolomé, y en las alegaciones en el procedimiento sancionador de la propia interesada, que con posterioridad a dicha fecha la empresa que realmente explotaba como su titular el Complejo de Apartamentos M.F. era la hoy recurrente. Así, la hoja de reclamación de un usuario (folio 27), presentada el 5 de septiembre de 2011, lleva el sello de "N., S.A., M.F.". Asimismo, la reclamación de otra usuaria (folio 43) fechada el 29 de julio de 2011, está extendida en un papel con membrete que reza "M.F., N., S.A.U." y lleva estampado el mismo sello. La denuncia de otra usuaria ante la Policía Local (folio 56) por no disponer el establecimiento M.F. de hojas de reclamaciones consigna como empresa explotadora a N. Las actas de inspección nº 027821, de 16 de febrero de 2012 (folio 1), nº 028764, de 31 de julio de 2012 (folio 46) y nº 029089, de 9 de noviembre de 2012 (folio 52), firmadas por el director del establecimiento M.F., expresan que éste es explotado por N., S.A. En la primera y en la tercera, junto a la firma del director figura el mismo sello que expresa "N., S.A. Apartamentos M.F.".

El contrato, por consiguiente, meramente acredita que entre el 1 de noviembre de 2009 y el 30 de abril de 2011 el establecimiento fue explotado por otra persona, pero no desvirtúa el hecho establecido por la Resolución sancionadora de que a la fecha de la comisión de las infracciones el establecimiento era explotado por la entidad mercantil sancionada y hoy recurrente.

4. Por todo lo expuesto no puede estimarse que al dictar la Resolución sancionadora objeto del recurso se incurrió en un error de hecho, resultante de los propios documentos incorporados al expediente. Tampoco cabe sostener que tal error pueda derivarse de documentos de valor esencial, como expresan las SSTS 24/06/2008, 31/3/2012, y 17/05/2013, para la resolución del asunto que evidencien

error en la Resolución recurrida, aparecidos posteriormente, además para que tal pretensión prospere debió haberse interpuesto este recurso dentro de los tres meses siguientes a la aparición de aquéllos y acreditar que no los conocía, ya que el plazo comienza a contarse desde el conocimiento del documento.

C O N C L U S I Ó N

Es conforme a Derecho la desestimación del recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la Resolución nº 378, de 5 de abril de 2013, de la Viceconsejería de Turismo.