



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 9 3 / 2 0 1 5

(Pleno)

La Laguna, a 19 de marzo de 2015.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la *revisión de oficio de la Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Departamento por la que se resuelve el procedimiento de revisión de oficio nº 9/14, instado por J.Z.P., sobre la Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias nº 1205, de fecha 15 de octubre de 2012, recaída en expediente sancionador (EXP. 57/2015 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de revisión de oficio nº 9/14 de la Resolución de la Secretaría General de Presidencia del Gobierno, instado por J.Z.P. respecto de la Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias nº 1205, de fecha 15 de octubre de 2012, recaída en expediente sancionador, en virtud de la cual se le sancionó, como titular de la explotación turística del establecimiento denominado "X.", sito en calle Z., C.F., nº5, Caleta de Fuste, término municipal de Antigua, por la comisión de infracción administrativa a la normativa turística, consistente en realizar actividad de intermediación turística sin haber comunicado el inicio de la actividad a la Dirección General competente en materia de ordenación turística, imponiéndole una sanción multa de 9.000 € por el hecho infractor.

2. La preceptividad del dictamen, la competencia de este Consejo para emitirlo y la legitimación del Sr. Presidente del Gobierno para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación con el art. 102.1, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

II

1. En la tramitación del expediente no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que obsten analizar el asunto planteado, habiéndose realizado las siguientes actuaciones:

Primero.- Mediante acta de inspección nº 0025595/11, de 25 de marzo, extendida por Inspector de Turismo, en visita de inspección al establecimiento "X.", en presencia de su titular, se constata que el establecimiento de referencia se dedica, entre otras actividades, a la realización de excursiones en *jeep safari*, tal y como se desprende de la publicidad, que se adjunta al acta, y que se encuentra en el interior del local; por lo demás, el establecimiento estaba abierto al público en el mismo momento en el que se efectúa la inspección. En dicho momento, el inspector, en ejercicio de sus funciones, solicitó al titular del establecimiento la comunicación de inicio de la actividad de intermediación turística, que no presentó.

Segundo.- En consecuencia, en fecha 9 de mayo de 2012 se dicta Resolución de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística nº686, de incoación de expediente sancionador nº 4/12, contra el titular de la explotación turística del referido establecimiento, por la comisión de infracción administrativa a la normativa turística consistente en realizar actividad de intermediación turística sin haber comunicado el inicio de la actividad a la Dirección General competente en materia de ordenación turística. En la Resolución indicada se determinaba que el afectado disponía de un plazo de 15 días, contados a partir del día siguiente de la recepción de la citada resolución, para aportar cuantas alegaciones estimare conveniente, o proponer prueba concretando los medios de los que pretenda valerse, ante el Instructor del procedimiento sancionador.

Tercero.- La antedicha Resolución fue notificada al afectado, en la dirección del establecimiento consignada en el acta de inspección, en dos intentos -18 (se dice 8 de mayo, pese a que la Resolución de incoación fue adoptada el 9 de mayo de 2012) y 21 de mayo de 2012- que resultaron infructuosos al constar la imposibilidad de efectuar la entrega domiciliaria "*ausente reparto*". Por lo que fue expuesta en el tablón de edictos del Ayuntamiento de Antigua por plazo de 15 días (art. 59.5 LRJAP-PAC). Asimismo, tales actuaciones se hicieron constar en la Resolución de 27 de junio de 2012 de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística, sobre

notificaciones de expediente sancionador, a titulares de empresas y actividades turísticas de ignorado domicilio. Finalmente, las citadas Resoluciones fueron publicadas en el Boletín Oficial de Canarias nº 136, de fecha 12 de julio de 2012, identificándose en el mismo correctamente al afectado.

Cuarto.- No constando en el expediente alegaciones realizadas por el titular del establecimiento a la resolución de inicio del expediente, se emitió Propuesta de Resolución de la instructora, en fecha 13 de agosto de 2012, proponiendo sancionar al expedientado con sanción de multa.

Sin embargo, los dos intentos de notificación de la citada Propuesta de Resolución, 21 y 22 de agosto de 2012, no se pudieron efectuar oportunamente por constar "*ausente de reparto*"; no se efectuó publicación en el tablón de edictos del Ayuntamiento de su último domicilio ni en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma.

Quinto.- Se emitió la Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias nº 1205, de fecha 15 de octubre de 2012, recaída en el expediente sancionador nº 4/12, mediante la que se sancionaba al afectado por la comisión de la infracción descrita; concretamente, por haber vulnerado lo dispuesto en el art. 13.2.a) de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias (LOTC), modificada por la Ley 14/2009, de 30 de diciembre, en relación con los arts. 4 y 8 del Decreto 89/2010, de 22 de julio, por el que se regula la actividad de intermediación turística, que establecen la obligación de que quien ejerza la actividad de intermediación turística deberá efectuar, ante la Administración turística competente, comunicación de inicio en el ejercicio de dicha actividad. Incumplimiento que está tipificado de infracción muy grave a la normativa turística en el art. 75.3 LOTC, pero degradada a grave en el expediente sancionador en aplicación del art. 76.18 del indicado cuerpo legal.

La citada Resolución de la Viceconsejería, de 15 de octubre de 2012, fue objeto de intento de notificación personal en una ocasión, el 22 de octubre de 2012, siendo publicada en el Boletín Oficial de Canarias núm. 229, de 22 de noviembre de 2012, y expuesta en el tablón de edictos del Ayuntamiento de Antigua desde el 21 de noviembre al 11 de diciembre de 2012.

Sexto.- Transcurrido el plazo de un mes del que disponía el afectado para la interposición del recurso de alzada, sin que el mismo fuera promovido, la citada

Resolución nº 1205 de la Viceconsejería quedó firme a todos los efectos conforme dispone el art. 115.1 LRJAP-PAC.

En escrito de la instructora del expediente sancionador de fecha 25 de abril de 2013, dirigido al afectado a la dirección conocida, se adjuntaba el correspondiente instrumento cobratorio (carta de pago), por el importe de la sanción de multa impuesta, nueve mil euros, que dio lugar al acto de liquidación número 387052013210001158, con indicación del lugar, forma y plazos de ingreso, así como de los recursos posibles contra el acto de recaudación. Escrito del que solo consta un primer intento de notificación, el 3 de mayo de 2013, y su posterior publicación en el Boletín Oficial de Canarias (BOC) nº 145, de fecha 30 de julio de 2013.

Séptimo.- El 8 de mayo de 2014, el interesado presentó escrito en el Registro Auxiliar de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias solicitando, con motivo de haber recibido el 2 de mayo de 2014 comunicación de la Administración Tributaria del Gobierno de Canarias en relación con sanción de multa en el expediente sancionador 4/2014, copia completa del expediente tramitado por la Administración.

Con fecha 15 de mayo de 2014, registrado el 26 de mayo, se interpone por el interesado recurso extraordinario de revisión contra la Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias nº 1205, de fecha 15 de octubre de 2012, recaída en el expediente sancionador nº 4/12, solicitando la anulación del indicado acto administrativo, y de cualesquiera actos de ejecución de dicho acto, en especial los de recaudación ejecutiva de la sanción, indicando el art. 118.1 LRJAP-PAC, pero sin referirse de forma expresa a ninguna de las circunstancias prevista en el artículo mencionado.

En el recurso se cita el art. 62.1 e) LRJAP-PAC, basando la nulidad del procedimiento en que este no se ha llevado correctamente al no actuar de conformidad con los derechos de información y participación del interesado, causándole indefensión por haberse obviado la notificación en la forma establecida en la normativa aplicable. Así, se omitió el cumplimiento del art. 14.3 del Decreto 190/1996, de 1 de agosto, regulador del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora en materia turística y de la Inspección de turismo, que exige que la Propuesta de Resolución sea notificada a los efectos y de conformidad con el art. 15 del citado Decreto, que regula el trámite de audiencia, justificando que dicha propuesta no fue notificada personalmente, sino publicada en el BOC.

Octavo.- El citado recurso extraordinario de revisión fue inadmitido por la Viceconsejería de Turismo mediante Resolución nº494, de 15 de julio de 2014, porque se consideró que el recurso no se fundamentaba en ninguna de las causas que el art. 118.1 LRJAP-PAC establece al efecto, siendo la misma notificada correctamente al interesado.

Noveno.- En fecha 17 de septiembre de 2014, el afectado presentó escrito solicitando revisión de oficio en base a las razones que había expuesto en el recurso extraordinario anterior, esto es, el art. 62.1.e) LRJAP-PAC, solicitando la anulación de la citada Resolución 1205 de la Viceconsejería de Turismo.

Décimo.- Mediante comunicación interna de fecha 15 de octubre de 2014, la Sección de Sanciones consideró que efectivamente al no haberse tramitado correctamente el procedimiento de acuerdo, con la normativa que lo regula, procedía revisar el expediente.

2. En fecha 21 de octubre de 2014, se emite Resolución de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno, de admisión a trámite de la revisión de oficio nº 9/14, que, por lo demás, fue notificada correctamente al afectado el 20 de noviembre. En ella se concedió trámite de audiencia por un plazo de diez días para alegaciones y presentación de los documentos que se estimaren oportunos.

3. El 9 de enero de 2015, se emite la Propuesta de Resolución, estimando la solicitud de la revisión de oficio planteada por el interesado, que fue favorablemente informada por el Servicio Jurídico el 29 de enero de 2015.

III

1. En la solicitud de revisión de oficio el interesado señala como causa de nulidad la recogida en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC, esto es, que serán nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones públicas que se hubiesen dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. Fundamenta la revisión, con cita, asimismo, en la violación de los arts. 14 y 15 del Decreto 190/1996, en la vulneración de sus derechos de información y participación en el procedimiento sancionador en lo atinente a la comunicación y audiencia como interesado.

2. La Propuesta de Resolución por la que se resuelve el procedimiento de revisión de oficio viene a estimar la solicitud del interesado por entender que concurre la causa de nulidad que alega, anulando la resolución impugnada.

3. Como reiteradamente ha señalado este Consejo Consultivo, ha de advertirse ante todo que la aplicación de las causas de revisión de oficio de actos firmes en vía administrativa ha de ser rigurosa por implicar un conflicto entre dos principios generales del derecho: el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. Por ello, debe ceñirse la revisión de oficio a las causas tasadas del art. 62.1 LRJAP-PAC, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva. Concretamente, lo que es necesario para que se produzca el supuesto previsto en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC es que la omisión del procedimiento sea “clara, manifiesta y ostensible” (SSTS, Sala Tercera, Sección 7ª de 28 de abril de 2000 y 17 de marzo de 2000, entre otras).

4. En el caso que se analiza habrá de determinarse si el procedimiento sancionador sustanciado contra quien ha promovido la revisión de oficio objeto del expediente se ha tramitado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido al efecto lo que, en su caso, determinaría la nulidad de la resolución sancionadora.

IV

1. En cuanto al procedimiento del expediente sancionador nº4/12, se permite apreciar que se han cumplimentado formalmente los trámites previstos en materia turística regulados en el citado Decreto 190/1996. Igualmente, se ha llegado a constatar que la Resolución de inicio fue dictada con fecha 9 de mayo de 2012 por la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística, y que se remitió copia de la misma al domicilio del establecimiento, esto es, C/Z., nº 5, Caleta de Fuste, Antigua, siendo esta dirección la que figura en el acta de inspección nº 0025595, de fecha 25 de marzo de 2011, para su notificación por correo certificado.

Sin embargo, hubo dos intentos de notificación en los que no consta el acuse de recibo, figurando junto al aviso la indicación “ausente reparto”. En el primer intento de notificación no se aprecia bien la fecha en la que fue practicada, a efectos de la instrucción del procedimiento es el 8 de mayo de 2012, lo que resulta llamativo dada la fecha de emisión de la Resolución de inicio del expediente sancionador el 9 de mayo de 2012, por lo que se considera que la fecha que figura en el documento se presta a confusión y la lógica nos lleva a entender que se practicó el 18 de mayo de 2012. El segundo intento de notificación fue el 21 de mayo de 2012. Ante la

imposibilidad de la práctica de notificación, se procedió a la publicación en el Boletín Oficial de Canarias núm. 136, de 12 de julio de 2012, así como en el tablón de edictos del Ayuntamiento de Antigua.

Siguiendo lo preceptuado en el art. 59.2 LRJAP-PAC (práctica de la notificación), que es el que aplica la Propuesta de Resolución, todo parece indicar que el segundo intento de notificación fue practicado dentro de los tres días siguientes al primer intento, pues si la fecha de la Resolución es de 9 de mayo de 2012, tendría que ser notificada con posterioridad a la misma, por tanto el 18 de mayo de 2012 (y no el 8 como se dice erróneamente), cumpliéndose entonces el requisito de los tres días para practicar el segundo intento de notificación que, por lo demás, fue efectuado el 21 de mayo de 2012.

En cuanto a la Propuesta de Resolución emitida por la instructora del expediente, con fecha 13 de agosto de 2012, se intentó la práctica de notificación al interesado los días 21 y 22 de agosto de 2012, siendo igualmente infructuoso figurando el motivo "ausente de reparto", según se observa en el aviso que obra en el expediente. Si bien se intentó la práctica de notificación según la normativa establece, lo cierto es que no se cumplió correctamente dicha actuación de acuerdo con el art. 59.5 LRJAP-PAC, al no practicarse anuncio en el tablón de edictos del Ayuntamiento de su último domicilio ni en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma (BOC).

Respecto a la Resolución num. 1205 de la Viceconsejería de Turismo, de 15 de octubre de 2012, que pone fin al procedimiento sancionador, según consta acreditado en el correlativo expediente, la instrucción del citado procedimiento solo intentó la notificación personal el 22 de octubre de 2012, no practicándose el segundo intento de notificación. La Resolución referida fue publicada en el Boletín Oficial de Canarias nº 229, de 22 de noviembre de 2012, y estuvo expuesta en el tablón de edictos del Ayuntamiento de Antigua desde el 21 de noviembre de 2012 hasta el 11 de diciembre.

Respecto del acuerdo del instructor, de fecha 25 de abril de 2013, remitiendo al interesado el correspondiente instrumento cobratorio (carta de pago) por el importe de la sanción de multa de nueve mil euros, al no haberse formulado recurso administrativo en plazo contra la Resolución de 15 de octubre de 2012, sólo hubo un intento de notificación personal el 3 de mayo de 2013, sin que la misma se hubiera podido llevar a cabo por el motivo que figura en el aviso *desconocido*, sin que se hubiera practicado un segundo intento. Además, la misma fue publicada en el Boletín

Oficial de Canarias núm. 145, de 30 de julio de 2013. No obstante, esta no fue publicada en el tablón de edictos del Ayuntamiento de Antigua.

2. Por tanto, de las prácticas de notificación efectuadas por la instrucción del procedimiento sobre el procedimiento sancionador se observa que no se han realizado conforme a la normativa que lo regula, lo que determinaría la imposibilidad de formular alegaciones y proponer pruebas por las causas dirigidas contra el interesado, suponiendo ello que se ha tramitado un procedimiento carente de las garantías debidas (art. 135 LRJAP-PAC) y, en particular, refiriéndonos a la Resolución emitida por la instructora del expediente con fecha 13 de agosto de 2012.

3. La primera noticia que tiene el expedientado del procedimiento sancionador procede de la Administración Tributaria Canaria cuando comunica la sanción de multa impuesta en materia turística que debía de abonar. Por lo que formuló en primer momento recurso de extraordinario de revisión, que fue inadmitido por la instrucción del procedimiento; y, en un segundo momento, instó la revisión de oficio que fue estimada por el órgano instructor al considerar constatada la existencia de la causa que predica el art. 62.1.e) LRJAP-PAC.

En escrito de la Sección de Sanciones del Servicio de Inspección y Sanciones de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística, emitido con fecha 15 de octubre de 2014, se informa:

“Visto el contenido de dicho escrito y examinado el expediente de referencia, se advierte que esta Administración ha incurrido en un error al considerar que el acuse de recibo de la Propuesta de Resolución de fecha 13 de agosto de 2012 se recibió por su destinatario a través de D^a R.N.A., que es la persona que consta como receptora en el referido acuse de recibo, si bien esta resulta ser funcionaria de Presidencia del Gobierno como se refleja en el sello que, seguramente se estampó en el citado acuse de recibo, al recibir la devolución de correos.

Este error originó que ante la creencia de que la mencionada Propuesta de Resolución había llegado a su destinatario, no se procediera a publicar dicha Propuesta en el Boletín Oficial de Canarias.

Por todo ello, se estima conveniente que se proceda a revisar el expediente de referencia, siempre que por ese Servicio se considere oportuno”.

4. Según STS de 28 de octubre de 2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5^a): “El procedimiento Administrativo se desarrolla en función de un principio de garantía de los administrados y otro de eficacia de la Administración en una

tensión dialéctica que en materia de notificaciones se manifiesta con especial intensidad. La primordial garantía de los interesados es tener conocimiento directo de las resoluciones que les afecten pero, a su vez, constituyendo la notificación de los actos administrativos que afectan a los interesados presupuesto para su eficacia, el legislador ha adoptado los mecanismos que en cada caso considera adecuado para vencer las situaciones derivadas de la imposibilidad de proporcionar a los interesados ese conocimiento. Por ello el art. 59.2 LRJAP-PAC establece con carácter general que las resoluciones y actos administrativos se practicarán en el domicilio del interesado, y sólo tras dos intentos de notificación en ese domicilio sin que nadie se haga cargo de ella, se acude al arbitrio de la notificación edictal (art. 59.5 LRJAP-PAC)".

5. Y el Tribunal Constitucional en la Sentencia de la Sala Primera, num. 65/1999 de 26 de abril, expresa: "La citación por edictos se convierte en un modalidad de carácter supletorio y excepcional. Aunque la misma no es contraria al Ordenamiento jurídico vigente, debe ser utilizada cuando no es posible recurrir a otros medios más efectivos. Es un procedimiento que sólo puede ser empleado cuando se tiene la convicción o certeza de la inutilidad de cualquier otra modalidad de citación, lo que quiere decir que previamente han de agotarse todas aquellas otras modalidades que aseguren más eficazmente la recepción del destinatario de la correspondiente notificación y que, en consecuencia, garanticen en mayor medida el derecho a la defensa (SSTC 234/1998, 174/1990, 203/1990, 97/1992 y 312/(1993)".

6. En definitiva, constatada la práctica de la notificación defectuosa reconocida por la propia Administración implicada, se han vulnerado las garantías del procedimiento sancionador previstas en el art. 135 LRJAP-PAC, así como lo previsto en los arts. 14.3 y 15 del Decreto 190/1996, de 1 de agosto, tramitación irregular que ha afectado el derecho del expedientado al oportuno trámite de audiencia, a formular alegaciones y proponer pruebas, constituyendo la causa de nulidad de pleno derecho alegada por este en su solicitud de revisión de oficio.

A mayor abundamiento, en el Dictamen de este Consejo 416/2014 se cita la Sentencia del Tribunal Constitucional 42/1989, de 16 de febrero, señalándose en ella que " (...) *las garantías del artículo 24 de la Constitución referidas a la tutela judicial efectiva no pueden trasladarse sin más a las actuaciones administrativas, salvo que éstas tengan una naturaleza sancionadora equivalente materialmente a las actuaciones administrativas*".

Este Consejo Consultivo en supuestos similares al aquí expuesto (DCC 96/2014, por todos), en los que la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística ha resuelto procedimientos sancionadores adoleciendo de los mismos defectos que el actual, que se derivan todos ellos de unas notificaciones defectuosas, ha señalado, siguiendo la doctrina constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 291/2000, de 30 de noviembre), que “La jurisprudencia constitucional ha deducido la exigencia de tres requisitos para que la falta de emplazamiento tenga relevancia constitucional: “en primer lugar, es preciso que el no emplazado tenga un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda verse afectado por la resolución que se adopte en el proceso; en segundo lugar, es necesario que el no emplazado personalmente haya padecido una situación de indefensión a pesar de haber mantenido una actitud diligente (por ello se considera que cuando los no emplazados tuvieron conocimiento extraprocesal de la existencia del proceso, la falta de emplazamiento personal no determina la invalidez del mismo); y por último, se exige que el interesado pueda ser identificado a partir de los datos que obran en el expediente”, resultando evidente que todos y cada uno de los mismos concurren en el presente caso.

7. La Propuesta de Resolución aquí analizada se considera conforme a Derecho, en cuanto concluye que procede estimar la revisión de oficio de la Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias nº 1205, de fecha 15 de octubre de 2012, recaída en el expediente sancionador nº 4/12, solicitada por el interesado y, consecuentemente, declarar la nulidad de pleno derecho del indicado acto administrativo por incurrir en la causa de nulidad establecida en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC.

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina favorablemente la Propuesta de Resolución por la que se declara la nulidad de la Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias nº1205, de fecha 15 de octubre de 2012, culminatoria del expediente de revisión de oficio num. 9/14 sometido a nuestra consideración.