



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 269/2016

(Sección 1ª)

La Laguna, a 13 de septiembre de 2016.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Turismo, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento del recurso extraordinario de revisión interpuesto por D.E.M., en representación de la entidad mercantil D.I., S.L.U., contra la Resolución 722/2015, de 29 de octubre, de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias recaída en el expediente sancionador nº 146/2015 (EXP. 242/2016 RR)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Turismo, Cultura y Deportes, es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento del recurso extraordinario de revisión interpuesto por D.E.M., en representación de la entidad mercantil D.I., S.L.U., de la cual es su administrador único, contra la Resolución 722/2015, de 29 de octubre, de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias, recaída en el expediente sancionador nº 146/2015.

2. La legitimación de la Excm. Sra. Consejera para solicitar el dictamen, su preceptividad y la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo resultan de los arts. 12.3 y 11.1.D.b) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias en relación este último precepto con el art. 119 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

---

\* Ponente: Sr. Brito González.

3. El recurso se ha interpuesto por persona legitimada para ello porque afecta a su esfera patrimonial.

4. La Resolución 722/2015, de 29 de octubre, de la Viceconsejería de Turismo (en adelante Resolución 722/2015), es un acto firme en vía administrativa, por lo cual, conforme a los arts. 108 y 118.1 LRJAP-PAC, puede ser objeto de un recurso de revisión, cuya resolución corresponde al órgano que la dictó.

5. El escrito del recurso de revisión dice que se funda en las dos primeras causas del art. 118.1 LRJAP-PAC. Con respecto a la primera causa, «error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados al expediente», el recurrente no señala expresamente un documento obrante en el expediente a efectos de demostrar un error de hecho en la Resolución 722/2015. Del contenido de ese escrito tampoco se deduce que exista tal documento. Por consiguiente, el recurso de revisión no se funda en la primera causa del art. 118.1 LRJAP-PAC.

No obstante, la argumentación del recurso se basa en la existencia de una licencia municipal de apertura, otorgada el 18 de octubre de 2011 a la interesada para «el ejercicio de la actividad de ampliación de tienda de embutidos a restaurante y cambio de titularidad» (*sic*), licencia que obra en el expediente por haberla aportado la recurrente como documento nº 2 de su recurso extraordinario de revisión. El recurso se funda, pues, exclusivamente en la segunda causa del art. 118.1 LRJAP-PAC: «que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida».

El tercer apartado de este precepto establece que para ese supuesto el plazo será de tres meses a contar desde el conocimiento del documento de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sea posterior, evidencie el error de hecho en que haya incurrido el acto administrativo. Sobre el interesado recae la carga de probar el carácter de nuevo del documento y la fecha en que tuvo conocimiento del documento a fin de acreditar que el recurso de revisión se interpone en plazo. La recurrente no ha cumplido con esa carga. Tampoco la Administración la requirió para que acreditara esa fecha, dando con ello por sentado que el recurso fue presentado en plazo.

6. La Resolución 722/2015 se le notificó el 5 de noviembre de 2015 a la interesada, la cual no la recurrió en alzada, por lo que el 5 de diciembre de 2015 devino un acto firme en vía administrativa, en virtud del art. 18.2 del Decreto 190/1996, de 1 de agosto, que regula el procedimiento para el ejercicio de la

potestad sancionadora en materia turística y de inspección de turismo (que reitera lo dispuesto en el art. 21 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto) en relación con los arts. 138.3 LRJAP-PAC y 81.1 y 2 Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias (LOT).

## II

1. La Resolución 722/2015 resolvió el procedimiento sancionador 146/15, iniciado a raíz de la inspección de 19 de mayo de 2015, la cual había instado el Cabildo Insular de Gran Canaria en ejercicio de sus competencias en materia turística.

La Resolución 722/2015 declaró como hechos probados:

1º. Que la mercantil D.I., S.L.U. no había comunicado al Cabildo Insular de Gran Canaria el inicio de la actividad turística reglamentada de restaurante, ni había presentado la declaración responsable sobre cumplimiento de la normativa.

2º. Que el local donde se desarrollaba la actividad de restauración no cumplía las condiciones y requisitos mínimos reglamentarios en sus servicios higiénicos, porque no disponía de un aseo para el personal independiente del de los clientes y que los de éstos, diferentes para cada sexo, carecían de uno de los dos lavabos y uno de los dos inodoros exigibles por el aforo del local.

Conforme a la citada Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canaria, y al Decreto 90/2010, de 22 de julio, por el que se regula la actividad turística de restauración y los establecimientos donde se desarrolla, modificado por Decreto 29/2013, de 31 de enero, la Resolución 722/2015 calificó el primer hecho como infracción grave y el segundo, como infracción leve. La primera la sancionó con multa de 1.501 €, la otra con multa de 345 €.

2. Tras recibir de la Administración autonómica la copia del acta de la inspección de 19 de mayo de 2015, el Cabildo Insular de Gran Canaria, en ejercicio de sus competencias en materia turística, requirió el 25 de junio de 2015 a la interesada para que presentara la declaración responsable y la comunicación previa del inicio de la actividad turística de restauración.

El 30 de julio de 2015, la interesada presentó la declaración responsable y la comunicación previa de inicio de la actividad turística de restauración como restaurante.

3. La interesada alega en su recurso de revisión que la Resolución 722/2015 incurre en error de hecho porque, como acredita con la licencia municipal de apertura que le fue otorgada el 18 de octubre de 2011, no estaba obligada a presentar la declaración responsable y la comunicación previa del inicio de la actividad turística de restauración pues dicho documento -la licencia de apertura- ya obraba en poder de la Administración, insular y autonómica, y por tanto resultaba ociosa la notificación.

Asimismo, alega que no le es aplicable la Ley 7/2011, de 5 de abril, de Actividades clasificadas y espectáculos públicos y otras medidas administrativas complementarias, sino la Ley 1/1998, de 8 de enero, de Régimen Jurídico de los Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas.

Por último, alega que la Resolución 722/2015 incurre en el vicio de nulidad tipificado en el art. 62.1.b) LRJAP-PAC porque el Viceconsejero de Turismo, órgano competente para sancionar, había delegado la potestad de sancionar las infracciones leves en la Directora General de Ordenación y Promoción Turística.

### III

1. El recurso de revisión es expresamente adjetivado como extraordinario por el art. 118.1 LRJAP-PAC porque, en primer lugar, cabe 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 recurso de revisión se ha de fundamentar exclusivamente en las causas tasadas del art. 118.1 de dicha ley.

Esta naturaleza extraordinaria y la limitación rigurosa de sus supuestos imponen la interpretación restrictiva de estos últimos ya que se trata de destruir la firmeza de un acto administrativo e impiden que a través de él se planteen cuestiones que debieron invocarse en la vía de los recursos ordinarios o en el jurisdiccional contra el acto que puso fin a la vía administrativa, pues lo contrario atentaría contra la seguridad jurídica, dejando en suspenso *sine die* la firmeza de los actos administrativos, a la vez que permitiría soslayar la vía de los recursos ordinarios (por

todas, Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal 31 mayo 2012).

2. Cuando el recurso extraordinario de revisión 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 a los que subsume 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 cosas distintas los hechos y su representación y apreciación. Los primeros son realidades físicas, los segundos, fenómenos subjetivos. Cuando la representación y apreciación de los hechos contenida en el acto administrativo coincide con la realidad y sea exacta, el acto no incurre 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.

Por esta razón, cuando este recurso se funde en las dos primeras causas 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; que ese error de hecho sea manifiesto, evidente e indiscutible; y 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, aunque los hipotéticos errores jurídicos sean manifiestos y patentes. 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.

3. La naturaleza extraordinaria del recurso de revisión conlleva la carga para el recurrente de que cuando lo fundamente en la segunda causa del art. 118.1 LRJAP-PAC (Fundamento I.5 de este Dictamen), debe justificar su naturaleza de hechos nuevos y el momento en que tuvo conocimiento de ellos. Este supuesto, que constituye una de las causas tasadas para la procedencia del recurso de revisión,

posibilita que el documento sea anterior o posterior, pero no obstante establece dos condiciones:

1ª) Que aparezca un documento de valor esencial para la resolución del asunto, esto es, ha de tratarse de un documento y éste ha de ser determinante, de suerte que su conocimiento previo por la Administración hubiera dado lugar necesariamente a la adopción de una resolución distinta.

2ª) Que el documento evidencie el error de la resolución cometida, de forma que con su mera aportación se acredite el error de modo concluyente y definitivo por la mera comparación entre el hecho en que la resolución basa su decisión y el hecho que acredita de modo indubitado el documento nuevo que ha aparecido.

Ambas condiciones han de concurrir acumulativamente. Para que sea procedente la revisión es necesario, en primer término, «que aparezca un documento». No hay ninguna exigencia en relación con la fecha del documento. Puede ser anterior o posterior al acto impugnado, pero debe tratarse de un documento que el interesado no pudo aportar en el momento oportuno, es decir, durante la instrucción o en el trámite de alegaciones del procedimiento administrativo o en los recursos ordinarios contra el acto administrativo. Si el interesado tuvo la oportunidad de presentar el documento durante el procedimiento ordinario, no se puede permitir su utilización como fundamento de un recurso de revisión sin violentar con ello las normas que imponen plazos preclusivos y términos de caducidad para ejercer el derecho de recurso.

Así, la STS de 6 julio de 1998 niega el carácter de nuevos a documentos que obraban en poder del recurrente. La STS de 26 abril de 2004 también rechaza que sea un documento nuevo aquel que existía y del que no cabe «la menor duda que tenía que ser conocido por la parte que ahora lo aporta».

Como no puede ser de otra manera, dado el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los dictámenes de este Consejo Consultivo reiteran la misma doctrina. Valga por todos la cita del Dictamen 214/2007, de 15 de mayo, donde se razonó:

«Como señalan los Dictámenes de este Consejo 61/2003 y 161/2004, un documento esencial, según aquel precepto legal, es aquel que de haberse conocido y de haberse tenido en cuenta al resolver el acto hubiera sido otro. De ahí que, si el documento no tuviere esa fuerza o trascendencia, el recurso de revisión será improcedente (...). Debe significarse al respecto que la redacción original del precepto aplicable permitía como causa revisora la de que "aparezcan o se aporten documentos de valor esencial (...) aunque sean posteriores".

Pero con la reforma de la Ley 4/1999, de 13 de enero, la redacción queda limitada a que “aparezcan documentos de valor esencial (...) aunque sean posteriores”, lo que restringe notablemente las posibilidades de utilizar esta vía. Ahora, con la supresión de la expresión “o se aporten” se reduce la aplicación del precepto a aquellos documentos que fueran desconocidos, pero ya no cabe tal aplicación a aquellos que fueren conocidos pero no se hubieran aportado.

No procedería la revisión si el documento “pudo ser obtenido antes y aportado en el procedimiento administrativo que en su día se sustanció”, ya que los mismos “estuvieron siempre a disposición de la interesada” la cual si no lo hizo “a su debido tiempo es responsabilidad suya” por lo que “su descuido y distracción no puede ser salvado más tarde a su sola voluntad”, lo que “quebraría el principio de seguridad jurídica, que también es un valor constitucionalmente protegido”. Por ello, esta causa revisora se refiere a la “aportación de documentos desconocidos o de conocimiento difícil o anormal. En todo caso, se trata de un concepto problemático (...) y que sin duda por ello ha sido suprimido en la reforma operada por Ley 4/1999, de 13 de enero” (STS de 19 de febrero de 2003)».

## IV

1. Conforme a lo anteriormente señalado, procede analizar ahora si concurre el motivo en el que se funda el recurso de revisión.

El documento nuevo señalado por la recurrente es, como ya dijimos, la licencia municipal de apertura, de 18 de octubre de 2011; licencia que se otorgó a solicitud de la interesada y cuya notificación a la interesada tuvo como fecha del registro de salida el 31 de octubre de 2011. Es un documento cuya existencia conocía la interesada, que estaba a su disposición y que, por ende, pudo aportar en el procedimiento sancionador o con el recurso de alzada que pudo interponer contra la Resolución 722/2015. No tiene, por tanto, el carácter de documento nuevo que pueda fundar un recurso de revisión. Este solo motivo basta para la desestimación de éste.

2. De todas maneras, el documento aportado no evidencia el error de hecho de la Resolución 722/2015 en el extremo que afirma que la sociedad mercantil sancionada no había comunicado al Cabildo Insular de Gran Canaria el inicio de la actividad turística reglamentada de restaurante, ni había presentado la declaración responsable sobre cumplimiento de la normativa. En él se afirma expresamente (condición 12 a la que se sujeta la licencia de apertura) que «(e)l otorgamiento de la presente licencia no presupone ni exime de la obligación de obtener cuantos permisos, autorizaciones u otros que sean precisos para el ejercicio de la actividad

que se pretende desarrollar. Siendo responsabilidad del titular de la licenciar su obtención y, sin los cuales, de ser preceptivos, no se podrá iniciar el ejercicio de la misma». La comparación de este documento con el apartado de la Resolución 722/2015 que declara probado el hecho que se sanciona como infracción grave, no evidencia que sea errónea dicha constatación fáctica, razón por la cual no se puede estimar la pretensión revisora, con abstracción de que, como se explicó, no tiene carácter de documento nuevo la licencia aportada.

La alegación de que el otorgamiento de licencia municipal de apertura eximía de comunicar el inicio de la actividad turística reglamentada de restaurante y de presentar la declaración responsable sobre cumplimiento de la normativa, es una cuestión que atañe a la interpretación de las normas y a la determinación de cuáles son las aplicables. Por consiguiente, es de naturaleza jurídica, no fáctica, por lo que no puede ser dilucidada en el ámbito de un recurso extraordinario de revisión, como se razonó en el fundamento anterior.

3. Por la misma razón, no procede analizar la alegación de que la Resolución 722/2015 adolece del vicio de nulidad tipificado en el art. 62.1.b) LRJAP-PAC, con independencia de que sea manifiestamente infundada, pues consta en el expediente la resolución de avocación de la competencia para imponer sanciones leves a favor del Viceconsejero de Turismo.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución que desestima el recurso extraordinario de revisión se considera conforme a Derecho.