

Dictamen nº: **298/18**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Recurso Extraordinario de Revisión**
Aprobación: **28.06.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 28 de junio de 2018, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Madrid, a través del Vicepresidente, Consejero de Presidencia y Portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre el recurso extraordinario de revisión interpuesto por GESTIÓN INMOBILIARIA GÉNOVA 2000, S.L. contra la Resolución de la Gerente de la Agencia de Actividades de 13 de febrero de 2013 por la que se le impone una sanción de 30.051 euros como responsable de una infracción prevista en la Ley 17/1997, de 4 de julio de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de la Comunidad de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 7 de junio de 2018 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora solicitud de dictamen preceptivo en relación con el recurso aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 271/18, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la

Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal D.^a M.^a del Pilar Rubio Pérez de Acevedo, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 28 de junio de 2018.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, son de interés para la emisión del dictamen los hechos que a continuación se relacionan:

1.- El Gerente de la Agencia de Gestión de Licencias de Actividades, vista el Acta de Inspección en materia de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, levantada por Agentes de Policía Municipal, de fecha 19 de marzo de 2012 a las 02:09 horas, en la que se denuncian hechos que pudieran ser constitutivos de infracción a la normativa sobre espectáculos públicos y actividades recreativas, en los que aparece GESTION INMOBILIARIA GENOVA 2000 S.L., titular del local sito en calle Cava Alta nº 27 como presunto responsable, mediante Resolución de fecha 18 de diciembre de 2012, dispuso:

“1. INICIAR procedimiento sancionador contra GESTION INMOBILIARIA GENOVA 2000 S.L., titular del local sito en CALLE CAVA ALTA NUM 27, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 del Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid (en adelante R.E.P.S.).

Los hechos que motivan la iniciación del presente procedimiento son los siguientes: la modificación sustancial del establecimiento/local careciendo de las preceptivas licencias de funcionamiento y por tanto, incumpliendo lo previsto en artículo 8 de la Ley 17/1997 de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, según

Acta de Inspección en materia de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas levantadas por Agentes de Policía Municipal de fecha 19/03/2012.

Los hechos descritos, sin perjuicio de lo que resulte del expediente, pueden ser constitutivos de una INFRACCIÓN prevista en el Artículo 37 apartado 2 de la LEPAR, que califica como infracción MUY GRAVE: "La apertura de establecimientos, recintos y locales, la modificación sustancial de los mismos o sus instalaciones y el cambio de actividad que se produzcan careciendo de las preceptivas licencias de funcionamiento, infracción de la que puede ser RESPONSABLE el denunciado, de acuerdo con el Artículo 34 de la citada Ley.

(...)

En este caso concreto, se considera plenamente ajustado al principio de proporcionalidad, así como a los criterios de graduación a) y f) anteriormente señalados, la imposición al denunciado de la SANCIÓN de 30.051,00 € por incumplimiento del apartado 2 del artículo 37 de la Ley 17/1997, de 4 de julio de Espectáculos públicos y Actividades Recreativas".

Asimismo, se concedió un plazo de 15 días para formular alegaciones y proponer pruebas de conformidad con el artículo 6.3 REPS.

2. El acuerdo de inicio se notificó por correo certificado a GESTIÓN INMOBILIARIA GENOVA 2000 (LIMON Y SAL) en la calle Cava Alta nº 27 de Madrid, tras un primer intento realizado el día 2 de enero de 2013 a las 11.00 horas en el que se hace constar "ausente", a un señor que se identificó como empleado, el día 3 de enero de 2013 a las 13.30 horas.

3. Posteriormente, el 5 de febrero de 2013 se dictó resolución por la que se disponía el cambio de instructor en el procedimiento sancionador. En el acuse de recibo consta un primer intento realizado el 13 de febrero de 2013 a las 12.30 horas en el que no se pudo entregar por ausencia y un segundo intento al día siguiente, el 14 de febrero de 2013 a las 13.35 horas, en el que tampoco se pudo entregar por la misma causa.

Por diligencia de 6 de mayo de 2013 se hizo constar que *“la notificación de cambio de Instructor ha estado expuesta al público en el Tablón de Edictos del Ayuntamiento de Madrid con número de edicto 201300766 desde el día 01/04/2013 hasta el día 17/04/2013, ambos inclusive, y ha sido publicada en el Boletín Oficial de 1a Comunidad de Madrid nº 97 de fecha 25/04/2013”*.

4. Por Resolución de 13 de febrero de 2013, el Gerente de la Agencia de Gestión de Licencias de Actividades dispuso:

“IMPONER a GESTION INMOBILIARIA GENOVA 2000 S.L., como responsable del local sito en CALLE CAVA ALTA NUM 27, la sanción de 30.051,00 € como responsable de una infracción prevista en el artículo 37 apartado 2 de la Ley 17/1997, de 4 de julio de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, que tipifica como infracción MUY GRAVE la apertura de establecimientos, recintos y locales, la modificación sustancial de los mismos o sus instalaciones y el cambio de actividad que se produzcan careciendo de las preceptivas licencias de funcionamiento, toda vez que transcurrido el plazo para hacer alegaciones al Acuerdo de Iniciación, no formuló ninguna, y, en consecuencia, como ya le fue informado en la notificación del mencionado Acuerdo, el mismo se considera Propuesta de Resolución, al contener un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada, procediendo resolver

directamente el procedimiento, al quedar cumplido el trámite de audiencia respecto de la propuesta de Resolución”.

Tras dos intentos de notificación mediante correo certificado, en los que no se pudo practicar por ausencia, uno el 28 de febrero de 2013 a las 12.00 horas y otro, el siguiente 1 de marzo a las 13.10 horas, por diligencia de 13 de marzo de 2013 se procedió a su publicación por medio de anuncios en el tablón de edictos electrónico del Ayuntamiento de Madrid y en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid por aplicación de lo previsto en el artículo 59.2 de la LRJ-PAC.

5. El 30 de enero de 2014 compareció en la Agencia de Gestión de Licencias de Actividades una persona en representación de Gestión Inmobiliaria para tomar vista del expediente.

6. El 21 de febrero de 2014 la mercantil, mediante escrito presentado en una oficina de Correos, con fecha de registro de entrada en el registro municipal el siguiente día 23, interpuso recurso extraordinario de revisión contra la Resolución de 23 de febrero de 2013.

En el recurso expone que el local de su propiedad fue arrendado para su explotación a una persona física en virtud de contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda de 30 de septiembre de 2008, en el que se establecía de manera expresa que la arrendataria únicamente podría desarrollar en el local *“la actividad de Bar de Tapas y/o Restaurante”* (Estipulación Segunda del Contrato) y que *“la Arrendataria desarrollará su actividad bajo su exclusiva responsabilidad y al amparo de las licencias o permisos precisos con que cuenta actualmente el local”*. El día 1 de Mayo de 2011 se cedió el contrato a la mercantil “EL RINCON DE LA CABA ALTA 27, HOSTELERA S.L.”, subrogándose ésta en todos los derechos y obligaciones del arrendatario, incluida la prohibición de desarrollar una actividad distinta en el local a

la de “*Bar de tapas y/o Restaurante*” y compareció su administradora única.

Manifiesta que, el 19 de marzo de 2012 a las 2:09 horas se personó en el local propiedad de su representada, situado en la calle Cava Alta 27 de Madrid, la Policía Municipal de Madrid y levantó Acta de Inspección en Materia de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas por el ejercicio de “*actividad distinta a la autorizada*” que posteriormente originó el procedimiento sancionador por resultar los hechos en el Acta recogidos como constitutivos de una infracción muy grave conforme a lo establecido en el artículo 37.2 de la LEPAR. El acta se levantó contra su representada señalando como domicilio social de la el de “calle Cava Alta 27, Bajo Derecha”, y especificando como nombre comercial del establecimiento “Limón y Sal”, nombre con el que su representada no tiene relación alguna, por ser propiedad el mismo de la arrendataria del local. Le entregaron copia del acta a la administradora única de la arrendataria que se identificó como encargada por lo que su maliciosa conducta perjudicó gravemente a su representada, haciéndola responsable de una sanción que no había cometido e indujo a un grave error de hecho tanto a los agentes actuantes, puesto que levantaron el Acta de Inspección contra persona jurídica no responsable de la infracción, como al órgano que inició el procedimiento sancionador de manera errónea contra su representada en lugar de frente a la verdadera responsable de la infracción cometida en el local inspeccionado

Con fecha 26 de abril de 2012, su representada traspasó la licencia a la arrendataria e indica que, por considerar responsable de los hechos sancionados a “EL RINCÓN DE LA CABA ALTA 27, HOSTELERA, S.L.”, y no a su representada, se procedió a anular la sanción impuesta a GESTIÓN INMOBILIARIA GENOVA 2000, S.L. en el procedimiento sancionador 220/2012716300, de idénticas características que el presente (adjuntó esta resolución).

Considera que, el error en el lugar de notificación de las resoluciones por la Administración actuante, ha influido enormemente en la indefensión sufrida ya que GESTIÓN INMOBILIARIA GENOVA 2000, S.L. en ningún momento ha tenido su domicilio social en la calle Cava Alta 27 de Madrid y ha sido el motivo por el que su representada se vio privada de ejercer su legítimo y constitucional derecho de defensa, sufriendo indefensión, puesto que si la Administración actuante hubiese notificado correctamente en el domicilio social de GESTIÓN INMOBILIARIA GENOVA 2000, S.L., ésta hubiera defendido sus intereses en tiempo y forma, y no hubiese tenido lugar la manipulación del procedimiento que los representantes legales de EL RINCÓN DE LA CABA ALTA, 27, HOSTELERA, S.L. han llevado a cabo.

Como motivo de revisión arguye el *“error de hecho en la identificación del responsable de la infracción que origina el expediente sancionador”*.

Argumenta que el Acta de Inspección en Materia de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas en virtud de la cual se inició el procedimiento sancionador, determina como responsable de la infracción denunciada a GESTIÓN INMOBILIARIA GÉNOVA 2000, S.L. por constar como titular de la licencia de actividad, sin embargo, la actividad denunciada no se estaba ejerciendo por su representada, sino por la mercantil “EL RINCÓN DE LA CABA ALTA 27,HOSTELERA, S.L.” quién ostentaba desde mayo de 2011 la explotación del referido local, así como por el hecho de que la Administradora Única de la citada mercantil fuese quién recibió copia del Acta de Inspección levantada por los Agentes actuantes que no se identificó como arrendataria del local, sino que se limitó a señalar interesadamente que era la *“encargada”* del mismo, induciendo a que los agentes por error de hecho atribuyeran la explotación del local y la responsabilidad por las infracciones en él cometidas a su representada, en lugar de los verdaderos responsables,

es decir, quienes de manera efectiva ejercían la explotación del local. En este sentido, la resolución impugnada impuso a su representada sanción por importe de 30.051,00 € como responsable de una infracción prevista en el artículo 37.2 de la LEPAR, cuando la responsabilidad por las infracciones cometidas, que se determina según lo dispuesto en el artículo 34.1 de la LEPAR, no resultaba atribuible a su representada.

Finaliza solicitando la nulidad del expediente sancionador 220/2012/18138 instado frente a GESTIÓN INMOBILIARIA GENOVA 2000, S.L. por no ser responsable ésta de la infracción contenida en el mismo, sin perjuicio de que pueda iniciar las acciones correspondientes contra los responsables.

7. El 3 de febrero de 2014 se dictó propuesta de resolución en la que se proponía declarar inadmisibile el recurso por no concurrir la causa prevista en el artículo 118.1.1^a de la LRJ-PAC ni ninguna otra de las previstas en dicho precepto.

Por Resolución de 12 de junio de 2014, el Gerente de la Agencia de Gestión de Licencias de Actividades declaró inadmisibile el recurso interpuesto.

8. Frente a dicha resolución, el interesado interpuso recurso contencioso-administrativo. Por Auto 296/2014, de 20 de noviembre, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 30 de Madrid decidió no haber lugar a la medida cautelar interesada por la mercantil y denegó la suspensión de la ejecución de la Resolución de 13 de febrero de 2013 por la que se le impuso la sanción.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 30 de Madrid en Sentencia nº 168/2017, de 8 de mayo, estimó el recurso y en el fallo acordó *“la retroacción de las actuaciones, al objeto de que la Administración entre a valorar los documentos aportados y resuelva si estima o desestima el recurso de revisión presentado (...)”*.

Según la sentencia:

“En el presente caso, procede la estimación del recurso dado que por la recurrente se aportaron documentos nuevos de valor esencial para la resolución del asunto, que revelan que la actora no explotaba el local donde se cometió la infracción y que tampoco se le comunicó en ningún momento la existencia del EA.

(...)

En este caso la actora, una vez que tiene conocimiento de la sanción impuesta en el EA en el que no ha tenido intervención, presenta recurso extraordinario de revisión aportando documentos preexistentes y no aportados con anterioridad dado el desconocimiento de la existencia del propio exped. sancionador y que evidencian con suficiencia el error de hecho en la comisión de la infracción y la ausencia de notificación de las resoluciones advtas dictadas en el seno de aquel expediente.

En suma, los documentos aportados variarían los datos que dieron lugar a la resolución.

Por lo demás y en lo relativo a la titularidad de la licencia al tiempo de los hechos recuerda la STSJ Madrid de 14.10.2015 que:...”.

9. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que, por Decreto de la Letrada de la Administración de Justicia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de octubre de 2017, se declaró desierto y devino firme la sentencia dictada por el Juzgado el 8 de mayo de 2017.

10. Por Resolución de 12 de marzo de 2018, adoptada previa propuesta, la Gerente de la Agencia de Actividades resolvió acatar y dar

cumplimiento a la citada sentencia y retrotraer las actuaciones del recurso extraordinario de revisión tramitado a la fase procedimental adecuada para recabar el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

11. El 4 de mayo de 2018 se dictó propuesta de resolución en la que se propuso la desestimación del recurso extraordinario de revisión por no concurrir la causa 1ª del artículo 118.1 de la LRJ-PAC.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La solicitud de dictamen se ha formulado por la alcaldesa de Madrid y se ha cursado a través del Vicepresidente, Consejero de Presidencia y Portavoz del Gobierno, en virtud del artículo 18.3.c) del ROFCJA (*“Cuando por Ley resulte preceptiva la emisión de dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, este será recabado por: (...) c) Las solicitudes de dictamen de las Entidades Locales se efectuarán por los Alcaldes-Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relación con la Administración Local”*).

La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3.f) c. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual *“3. En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por (...) las entidades locales (...) sobre (...) c. Recursos extraordinarios de revisión”*.

Igualmente, la petición de dictamen a la Comisión Jurídica Asesora viene impuesta por la propia normativa reguladora del recurso extraordinario de revisión.

Toda vez que el recurso extraordinario de revisión se interpuso el 21 de febrero de 2014, de conformidad con la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1, de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, resulta de aplicación lo dispuesto en el Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJ-PAC), en concreto, en el Capítulo II, que lleva por rúbrica “*Recursos administrativos*”, y dentro de éste, la Sección 4ª, que comprende los artículos 118 y 119. De este último artículo se infiere el carácter preceptivo de la consulta al órgano consultivo autonómico al regular la posibilidad para el órgano que conoce del recurso de acordar motivadamente su inadmisión a trámite, “*sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando el mismo no se funde en alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo anterior o en el supuesto de que se hubiesen desestimado en cuanto al fondo otros recursos sustancialmente iguales*”.

SEGUNDA.- Previamente al examen de fondo del asunto, debe plantearse el cumplimiento de los requisitos de plazo y procedimiento en la tramitación del procedimiento.

El recurso extraordinario de revisión se ha formulado por el representante de la empresa que resultó sancionada por Resolución del Gerente de la Agencia de Gestión de Licencias de Actividades de 13 de febrero de 2013, en quien concurre la condición de interesada del artículo 31 de la LRJ-PAC, por lo que, en consecuencia, está legitimada para la formulación del recurso. No obstante, ha de advertirse que en

este expediente no consta acreditada la representación por lo que este extremo deberá ser subsanado.

En cuanto al objeto del recurso lo constituye, como hemos señalado, la Resolución de 13 de febrero de 2013 por la que se le impuso una sanción de 30.051 euros a la mercantil, titular del local y de la licencia, por la comisión de una infracción prevista en el artículo 37. 2 de la Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas (en adelante, LEPAR) calificada como muy grave.

De conformidad con el artículo 118.1 de la LRJ-PAC, son susceptibles de recurso extraordinario de revisión únicamente “*los actos firmes en vía administrativa*”. El acto objeto de recurso es firme en vía administrativa en cuanto frente al mismo no cabe recurso administrativo alguno.

Por otra parte, el recurso no especifica la causa en la que ampara por lo que la Administración municipal ha considerado que resulta aplicable la causa prevista en artículo 118.1.1ª de la LRJ-PAC (“*Que al dictarlos se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente*”), causa para la que el apartado 2 del mismo precepto establece un plazo de interposición de cuatro años a contar desde “*la fecha de notificación de la resolución impugnada*”.

En este caso, el recurso interpuesto el 21 de junio de 2014 lo ha sido en plazo pues la resolución recurrida es de fecha 13 de febrero de 2013, con independencia de la fecha en que se produjera la notificación, que según se pone de manifiesto en el expediente, se produjo el 18 de abril de 2013.

La tramitación del recurso extraordinario de revisión que se somete a consulta, una vez retrotraído el procedimiento en virtud de lo establecido en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-

Administrativo nº 30, ha consistido simplemente en la elaboración de la propuesta de resolución.

Se observa por ello que se ha dejado de realizar un acto de instrucción relevante, que consiste en la incorporación al procedimiento del expediente administrativo correspondiente a la sanción que se pretende sea dejada sin efecto, en el que se incluya, en particular el acta levantado por la Policía Municipal de Madrid el 19 de marzo de 2012. Solo a la vista de dicho expediente se puede evaluar con plenitud de conocimiento las causas alegadas para sostener la revisión pretendida.

Por otra parte, debe prestarse una atención especial al trámite de audiencia. Esta Comisión Jurídica Asesora viene observando en sus dictámenes que, aunque no lo establecieran expresamente el artículo 119 de la LRJ-PAC (como tampoco lo hace, actualmente, la LPAC), cuando se aprecien elementos para ello, es necesario garantizar la audiencia de los interesados, trámite contemplado con carácter general en el artículo 84 de dicho texto legal.

En concreto, conviene examinar si se ha cumplido con esa garantía desde una doble perspectiva. Desde el punto de vista del solicitante de la revisión, el organismo autónomo que la tramita, al no incorporar ningún acto de instrucción al procedimiento, se ha guiado por lo previsto en el apartado 4 del artículo 84, que contempla la posibilidad de prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

Pero, por otra parte, todo órgano administrativo que tramite un recurso extraordinario de revisión conforme a la LRJ-PAC, debe plantearse si se respeta el deber de dar audiencia desde la perspectiva de otros posibles interesados en el procedimiento (art. 84.1). Estos, por remisión a su artículo 31, serían aquellos que, sin haber iniciado el

procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la resolución que en el mismo se adopte.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el recurrente pretende que se deje sin efecto la sanción impuesta a la empresa que la promueve, y que las actuaciones sancionadoras se dirijan, en su caso, frente a la entidad bajo cuyo auspicio se realizaría según la solicitante la actividad en el local en la noche de la inspección y que, según presume, le habría ocultado la existencia del procedimiento para que recayeran sobre sus espaldas las consecuencias de un acto ajeno. Resulta así la necesidad de otorgarle audiencia en el procedimiento del recurso a que se contrae la consulta.

Toda vez que, conforme a lo antes expuesto, se va a incorporar al procedimiento el expediente administrativo de la sanción, en aras a garantizar la defensa de la entidad que promueve el presente recurso, procede también otorgarle nueva audiencia una vez que se proceda a su incorporación.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede retrotraer el procedimiento a efectos de incorporar al procedimiento el expediente administrativo correspondiente a la sanción impuesta y, una vez que esto sea hecho, dar audiencia a la mercantil que, según la solicitante, realizaba la actividad que dio lugar a la imposición de la sanción, y repetir la audiencia de la recurrente.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 28 de junio de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 298/18

Excma. Sra. Alcaldesa de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid