

Dictamen n<sup>o</sup>                   **60/14**  
Consulta:                   **Consejero de Economía y Hacienda**  
Asunto:                     **Recurso Extraordinario de Revisión**  
Aprobación:               **05.02.14**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid aprobado por unanimidad en su sesión de 5 de febrero de 2014, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Economía y Hacienda, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por S.L.O., en nombre y representación de la empresa A, contra la Resolución de 27 de septiembre de 2012 de la Dirección General de Consumo de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se le impuso una sanción pecuniaria de 1.500 euros por la comisión de una infracción en materia de Protección de Consumidores.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 27 de diciembre de 2013 tuvo entrada en el registro de este Consejo Consultivo solicitud de dictamen preceptivo, por el trámite ordinario, de conformidad con el artículo 16.1 de la Ley del Consejo, en relación con el recurso extraordinario de revisión referido.

Admitida a trámite dicha solicitud con la fecha aludida, se procedió a darle entrada con el número 679/13, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril, correspondiendo su ponencia por

reparto de asuntos a la Sección VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se considera suficiente.

**SEGUNDO.-** De los antecedentes que obran en el expediente, son de interés para la emisión del dictamen, los que a continuación se relacionan:

El 12 de enero de 2012 se inicia expediente sancionador contra la empresa A por:

- Considerar que el documento de reserva y recibo de señal contiene cláusulas abusivas, que el acuerdo de iniciación no especifica y que la página web no permite conocer las condiciones del contrato. Califica la infracción como grave.

- Considerar que la empresa no tiene a disposición de los clientes información relevante sobre la vivienda a arrendar, como: datos del arrendador, plano y emplazamiento de la vivienda, zonas comunes y servicios, materiales de construcción, instrucciones de uso y conservación y datos registrales. Lo que estima como un incumplimiento de las disposiciones que normalicen bienes y productos, así como de aquellas que regulen los requisitos documentales y de funcionamiento establecidos en la normativa vigente reguladora de la actividad comercial y de prestación de servicios. Esta infracción la califica de leve.

El inicio del expediente sancionador, se notifica a la recurrente el 13 de enero de 2012, que presenta alegaciones el 31 de enero del mismo año en las que solicita el archivo del expediente, al considerar que los hechos imputados no son objeto de infracción alguna:

- Expone que el documento de reserva y recibo de señal se formaliza a través de una página web, pero que el usuario conoce, leyendo un borrador de dicho documento, todas las condiciones. Circunstancia que se ha averado ante notario. Respecto de la ausencia de contrato en la propia web, expone que un modelo de contrato está a disposición de los usuarios en las oficinas de la empresa y que se trata de un contrato sujeto a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de alquileres urbanos, por lo que cualquier cláusula abusiva, de acuerdo con esta norma, se tendría por nula y por no puesta.

- Respecto de la ausencia de información relevante para el consumidor, expone que no se trata de un promotor de vivienda sino de una empresa intermediaria para el alquiler y que los requisitos de información exigidos lo son para el caso de compra y arrendamiento de vivienda de obra nueva.

El 28 de febrero de 2012 la empresa interesada presenta un escrito en el que informa que ha procedido a insertar en su página web un modelo de borrador del contrato de arrendamiento.

El 22 de julio de 2012 el instructor del expediente se pronuncia sobre las alegaciones:

- Respecto de la primera imputación, reconoce la posibilidad de información previa por parte del cliente a través de la página web, pero considera que ello no empece la existencia de una cláusula abusiva. Propone la imposición de una sanción por importe de 3.006 euros. En cuanto a la ausencia de modelo de contrato en la página web, entiende subsanada la infracción por lo que retira la imputación sobre ella.

- Respecto de la segunda imputación, considera que es aplicable a la empresa expedientada toda vez que, de acuerdo con los datos obrantes en el Registro Mercantil, su objeto social es: *“La adquisición, enajenación,*

*transformación, construcción y explotación de terrenos, su urbanización, parcelación, explotación y venta*”. Propone una sanción de 350 euros.

- Por ambas infracciones propone una sanción de 3.356 euros.

El 24 de agosto de 2012 la empresa formula de nuevo alegaciones y expone:

- Respecto de la imputación primera, que la cláusula no es abusiva, ya que el encargo de alquiler no es en exclusiva y nada impide al propietario arrendar la vivienda por otro medio. Añade que la señal que aporta el candidato a arrendatario está sujeta a una condición suspensiva: que el arrendador lo acepte como arrendatario y que la empresa lo valore como adecuado. En caso de que ello no se cumpla la señal se devuelve. No cabe una devolución mayor dado que el arrendador no ha suscrito contrato alguno y no puede existir obligación de la empresa de alquiler si el propietario no acepta al arrendatario.

- Sobre la segunda imputación, expone que la propia comunidad de Madrid, a través del Plan Alquila, ejerce una actividad similar a la de su empresa sin facilitar la información que a esta se exige, por lo que considera que o bien dicha información no es exigible para esta actividad o bien la Comunidad de Madrid incurre en competencia desleal en esta actividad. Añade que el objeto social de la empresa no es lo relevante sino que la normativa atribuye esa obligación de información para los casos de adquisición de la vivienda, quedando sin regulación la información que se ha de suministrar en caso de arrendamiento.

El 27 de septiembre de 2012 se dictó la resolución arriba citada, que se aparta de la propuesta de resolución en los siguientes aspectos:

- Al entender que la empresa es un simple intermediario entre arrendador y arrendatario no cabe considerar que el pago de una cantidad por sus servicios, se lleve a cabo o no el arrendamiento, sea una cláusula abusiva.

- Considera la información que debería estar a disposición de los consumidores, según la propuesta de resolución, no puede exigirse *“dadas las características de la empresa”*.

- Por último, y en lo que afecta al recurso extraordinario de revisión objeto de consulta, se aparta de la propuesta de resolución al entender que el hecho respecto del que se había retirado la imputación, es decir, la falta de un modelo de contrato en la página web, su subsanación implica una atenuación de la falta, pero no la desaparición de la misma, por lo que aún conservando la calificación de infracción grave atendiendo a la subsanación y al principio de proporcionalidad rebaja el importe de la sanción a 1.500 euros.

La resolución es notificada a la recurrente al día siguiente, 28 de septiembre de 2012.

La empresa sancionada presentó el 4 de octubre de 2012 escrito por el que informa de las modificaciones introducidas en el *“Documento de reserva y recibo de señal”* elaborado por la empresa.

Por escrito presentado en el Servicio de Correos el día 31 de octubre de 2012, la interesada interpone recurso de alzada contra la resolución de 27 de septiembre de 2012. Alega la mercantil que la resolución sanciona por unos hechos distintos de los que se establecen como infracción en la propuesta de resolución.

El 19 de diciembre de 2012, la mercantil formula recurso extraordinario de revisión contra la resolución de 27 de septiembre de 2012 por unos hechos que no se establecen como infracción en la propuesta de resolución.

Con fecha 23 de enero de 2013 la directora general de Comercio propone estimar el recurso de la alzada interpuesto y, en consecuencia, anular la resolución recurrida.

Con fecha de 8 de mayo de 2013 el consejero de Economía y Hacienda dicta resolución por la que se declara el recurso de alzada interpuesto como inadmisibile por extemporáneo a tenor de lo dispuesto en el artículo 115.1 en relación con el 48.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC). El fundamento de derecho tercero de la resolución anterior, sobre la interposición del recurso extraordinario de revisión, significa:

*“que es un recurso extraordinario que sólo cabe contra actos firmes en vía administrativa y en los casos taxativamente enumerados en el art. 118.1 de la vigente Ley 30/92. Atendiendo a lo antedicho, y toda vez que la Resolución contra la que se ha interpuesto no agota esta vía administrativa, se declara la inadmisión a trámite de este recurso extraordinario de revisión, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, atendiendo a lo previsto en el art. 119.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.*

No consta tramitación alguna sobre el recurso extraordinario de revisión presentado el 19 de diciembre de 2012, más allá de este fundamento de derecho en la resolución del recurso de alzada.

El 17 de junio de 2013 se notifica a la mercantil el requerimiento de pago de la sanción interpuesta y el 23 de julio de 2013 formula recurso de reposición contra la notificación de pago en periodo voluntario y al mismo tiempo que se dicte resolución expresa del recurso extraordinario de revisión

por medio de la cual se deje sin efecto la sanción impuesta en la resolución de 27 de septiembre de 2012, como consecuencia de su nulidad.

La directora general de Consumo, por acuerdo de 3 de septiembre de 2013 desestima el recurso de reposición interpuesto contra la notificación de pago, que en consecuencia se confirma y expone que ya tuvo lugar, por resolución del consejero de 8 de mayo de 2013, la inadmisión a trámite del recurso extraordinario de revisión, en el sentido de que el escrito de 19 de diciembre de 2012 no puede ser calificado como tal porque en esa fecha el acto recurrido no era firme en vía administrativa ya que estaba pendiente de resolución el recurso de alzada.

Con fecha de 4 de octubre de 2013, el representante acreditado de la mercantil interpone segundo recurso extraordinario de revisión contra la resolución de 27 de septiembre de 2012.

El día 12 de diciembre de 2013, el jefe del Área de Recursos e Informes, con el visto bueno del secretario general técnico de la Consejería de Economía y Hacienda propone estimar el recurso presentado, anulando consecuentemente la resolución de 27 de septiembre de 2012 de la Dirección General de Consumo.

Se solicita dictamen al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

## **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen a solicitud del consejero de Economía y Hacienda, legitimado para recabar dictamen de

este órgano consultivo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.1 de la Ley reguladora del Consejo Consultivo, en relación con el artículo 32.1 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

La consulta es preceptiva a tenor del artículo 13.1.f).3º de nuestra ley, que dispone la necesidad de recabar consulta del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, entre otros supuestos, en los expedientes relativos a recursos extraordinarios de revisión.

La petición de dictamen al Consejo Consultivo autonómico viene impuesta, igualmente, por la misma normativa reguladora del recurso extraordinario de revisión, que se contiene en el Título VII de la LRJ-PAC, en concreto, en el Capítulo II, que lleva por rúbrica “*recursos administrativos*”, y dentro de éste, en 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*”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene considerando que la omisión del trámite de solicitud de dictamen del Consejo de Estado -u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo tiene-equivale a omisión total del procedimiento legalmente establecido, y determina que la resolución así dictada esté viciada de nulidad radical, trayendo consigo en consecuencia la necesidad de retroacción de actuaciones. Así se ha pronunciado, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal



Supremo de 14 de marzo de 2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª [RJ 2002\3696]):

*“Se alega en el único motivo articulado la infracción por aplicación indebida de lo dispuesto en los artículos 22.9 de la Ley de 22 de abril de 1980, junto con la de los artículos 118 y 119 de la Ley 30/1992, en consonancia con lo resuelto por el Tribunal Constitucional con fecha 26 de noviembre de 1992 (RTC 1992, 205) (...). Evidentemente los artículos 22.9 y 23 de la Ley 3/1980 continúan en vigor en virtud de la explícita declaración de constitucionalidad entonces efectuada, e incluso cabe afirmar que ha salido reforzada la intervención del correspondiente órgano consultivo -el de la Comunidad, o el propio Consejo de Estado en su caso- tras la reforma de la Ley 30/1992 llevada a cabo en 13 de abril de 1999, puesto que al suprimir la necesidad de audiencia consultiva únicamente cuando se haga razonada declaración de inadmisión a trámite del recurso extraordinario de revisión en el supuesto del artículo 119.1, se está confirmando inequívocamente la obligatoriedad de solicitar dicho dictamen fuera de tan específico supuesto.*

*Consecuentemente, no cabe sostener que la falta de mención explícita de la necesidad de acudir al dictamen del Consejo de Estado (o del entonces inexistente órgano consultivo de la Generalidad) en los artículos 118 y 119 de la Ley 30/1992 pueda llevarnos a la conclusión que se pretende por la parte recurrente: la de que la audiencia del mismo en el recurso extraordinario de revisión no forma parte del régimen jurídico del procedimiento administrativo común. Entonces como ahora, ya fuere por aplicación del artículo 22.9, ya sea por virtud de lo dispuesto en el nuevo artículo 119.1 de la Ley 30/1992, la intervención del órgano consultivo en este tipo de recursos es ineludible”.*

**SEGUNDA.-** El recurso extraordinario de revisión se ha formulado por la misma persona jurídica que ha resultado sancionada por hechos distintos de los que constaban en la instrucción del expediente sancionador. En ella concurre, pues, la condición de interesada, del artículo 31 de la LRJ-PAC, estando legitimada, en consecuencia, para la formulación del recurso. Asimismo, queda debidamente acreditado, mediante la copia de escritura pública de apoderamiento, que el recurso ha sido presentado por un letrado designado como representante.

El objeto del recurso sobre el que se dictamina lo constituye la resolución de 27 de septiembre de 2012, de la directora general de Consumo por la que se impone una sanción de 1.500 euros a la recurrente pero por un hecho distinto de los que habían sido objeto de la instrucción en el procedimiento sancionador.

Es preciso hacer notar que el recurso extraordinario que ahora se dictamina es el presentado el 4 de octubre de 2013, ya que el presentado el 19 de diciembre de 2012 se inadmitió por entender que el acto contra el que se recurría no era firme al haber sido objeto de recurso de alzada, el cual se inadmitió por extemporáneo.

Hemos de subrayar que, puesto que el recurso de alzada se presentó fuera de plazo el 31 de octubre de 2012, el acto ya era firme, por lo que el primer recurso extraordinario de revisión presentado no debió ser inadmitido. Al pretender que no se daba dicha firmeza la resolución del consejero de Economía y Hacienda incurrió en confundir los actos firmes en vía administrativa, respecto de los que no cabe recurso ordinario, con los actos que agotan la vía administrativa, regulados en el artículo 109 LRJ-PAC.

Tampoco fue correcto prescindir del trámite del dictamen del Consejo Consultivo en la inadmisión de dicho recurso extraordinario de revisión, ya que el artículo 119 LRJ-PAC solo permite prescindir de dicho trámite

cuando el recurso no se fundamente en una de las causas del artículo 118.1 o que se hubiesen desestimado en cuanto al fondo otros recursos similares. Ninguna de estas circunstancias concurría en el recurso presentado, en el que se invocaba la causa 1ª del artículo 118.1 y el recurso de alzada no se resolvió en cuanto al fondo pues se inadmitió por extemporáneo.

En todo caso, procede emitir informe sobre el recurso extraordinario de revisión presentado el 4 de octubre de 2013, ya que es el que ha sido sometido a consulta de este órgano consultivo.

Como acabamos de exponer el acto era firme desde que no se presentó en tiempo el recurso de alzada, para cuya interposición el plazo finalizó el 28 de octubre de 2012, un mes después de la notificación de la resolución sancionadora. Al ser un acto firme en vía administrativa es susceptible de revisión.

El recurso se ampara en la causa primera del artículo 118.1 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 del recurso de cuatro años *“siguientes a la fecha de la notificación de la resolución impugnada”*.

En el caso que os ocupa, el recurso se ha interpuesto dentro del plazo de cuatro años ya que la resolución recurrida fue notificada el 28 de septiembre de 2012.

En la tramitación del recurso, se han seguido los cauces establecidos en la mencionada LRJ-PAC, y si bien se ha prescindido del trámite de audiencia a la interesada, al no ser tenidos en cuenta para la resolución del expediente otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por aquélla se respeta el artículo 84.4 de la LRJ-PAC.

**TERCERA.-** Respecto del fondo de la pretensión deducida, se impone entrar a considerar si concurre o no, en el acto administrativo objeto de recurso, la concreta causa de revisión que se invoca en el recurso, y cuya apreciación determinará la expulsión de dichos actos de la vida jurídica y el reconocimiento de la situación jurídica individualizada pretendida por la recurrente, que ha quedado suficientemente delineada en la exposición de los antecedentes fácticos del presente dictamen.

El recurso de revisión regulado en los artículos 118 y 119 de la LRJ-PAC es un medio de impugnación extraordinario en la medida en que sólo procede en los supuestos y por los motivos previstos en la Ley. Constituye un remedio específico frente a la normal eficacia de los actos administrativos firmes.

El carácter extraordinario de este recurso, en contraposición a los recursos administrativos ordinarios, obliga a una interpretación restrictiva de sus requisitos y motivos. En este sentido, abundante jurisprudencia (valga por todas la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2006, recurso de casación 3287/2003, que cita otras anteriores) sostiene que:

*“El recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 118 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es un recurso excepcional que, aparte de una interpretación estricta de los motivos invocados -sólo los enumerados en dicho precepto-, impide examinar 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”.*

En coherencia con el carácter extraordinario del recurso de revisión, la ley ha tasado las causas por las que cabe interponerlo y ha delimitado los actos

susceptibles de este recurso. El recurrente invoca la causa prevista en el apartado 1º del artículo 118.1, con arreglo al cual cabe el recurso extraordinario de revisión cuando *“al dictarlos se hubiera incurrido en error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados al expediente”*.

En la resolución de la directora general de Consumo de 27 de septiembre de 2012, por la que se impone una sanción por importe de 1.500 euros, el hecho objeto de sanción lo constituye una imputación que fue objeto de subsanación en el expediente sancionador, la cual fue admitida por el instructor retirando la imputación sobre este concreto hecho.

El mantenimiento de dicha imputación, sin embargo, no constituye un error material que implique incongruencia entre el expediente sancionador instruido y la sanción impuesta. Antes al contrario, lo que implica es una decisión del órgano sancionador, discrepante del órgano instructor, perfectamente consciente y fundamentada, ya que por un lado califica el hecho como falta grave tipificada en el artículo 50.8 de la Ley 11/1998, de 9 de julio de protección de los consumidores de la Comunidad de Madrid y, por otro, plenamente conocedor de la subsanación efectuada por la empresa expedientada con posterioridad a los hechos, aprecia dicha subsanación como atenuante, imponiendo la sanción pertinente en su grado mínimo.

Lo que tiene lugar en el expediente sometido a consulta es una discrepancia entre los órganos instructor y sancionador, perfectamente admitida por el artículo 134 LRJ-PAC que considera la diferenciación de tareas entre ambos órganos como una garantía.

El artículo 20.3 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora prescribe:

*“En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en la fase de instrucción del procedimiento, salvo los que resulten, en su caso, de la aplicación de lo previsto en el número 1 de este artículo, con independencia de su diferente valoración jurídica. No obstante, cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción reviste mayor gravedad que la que determina la propuesta de resolución, se notificará al inculpado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes, concediéndole un plazo de quince días”.*

En el presente caso, el hecho sancionado estaba perfectamente determinado en la fase de instrucción, aunque sobre el mismo se retirase la imputación.

Por su parte, la valoración jurídica de entender que la subsanación de la infracción constituía una atenuante y no una causa de inimputabilidad supone que el órgano competente para resolver considera que la infracción reviste mayor gravedad que la apreciada en la propuesta de resolución, por lo que habría procedido dar trámite de audiencia a la empresa sancionada por un plazo de quince días, lo que no ha tenido lugar, incurriendo así en una vulneración del derecho de defensa de la empresa sancionada.

Esta circunstancia, sin embargo, no implica la existencia de un error de hecho que determine la estimación del recurso extraordinario de revisión, sino la existencia de un vicio procedimental susceptible de ser corregido por otros cauces.

Este órgano consultivo entiende, por lo tanto, que no procede estimar el recurso extraordinario de revisión por no concurrir la causa 1ª del artículo 118.1 LRJ-PAC.

En mérito de cuanto antecede, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

No procede estimar el recurso extraordinario de revisión presentado por la interesada contra la resolución de la directora general de Consumo de 27 de septiembre de 2012, por la que se impone una sanción por importe de 1.500 euros.

Madrid, 5 de febrero de 2014

