

Dictamen nº: **301/18**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **28.06.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad en su sesión de 28 de junio de 2018, sobre la solicitud formulada por la alcaldesa de Madrid a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y portavoz del Gobierno de la Comunidad de Madrid al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre revisión de oficio de una resolución sancionadora dictada en materia de espectáculos públicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 7 de junio de 2018 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora, solicitud de dictamen preceptivo en relación con la solicitud de revisión de oficio de la Resolución del gerente de la Agencia de Gestión de Licencias de Actividades del Ayuntamiento de Madrid de 15 de noviembre de 2012, por la que se impuso a la mercantil GESTIÓN INMOBILIARIA GÉNOVA 2000, S.L., una sanción de 60.102 euros por la comisión de la infracción muy grave consistente en la superación del aforo máximo permitido cuando comporte un grave riesgo para la seguridad de las personas o de los bienes, prevista en el apartado 11 del artículo 36 de la Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas.

Admitida a trámite la solicitud de dictamen en la misma fecha de su entrada se le asignó el número de expediente 270/18, correspondiendo la ponencia, según las reglas generales de reparto de asuntos, al letrado vocal D. Tomás Navalpotro Ballesteros.

SEGUNDO.- De la documentación que constan en el expediente administrativo de responsabilidad patrimonial, se desprenden los siguientes hechos relevantes para la emisión del dictamen:

1. El 19 de marzo de 2012, agentes de la Policía Municipal de Madrid levantaron un acta de inspección en materia de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas en el local de la calle Cava Alta 27, en el que daban cuenta de que se había superado el aforo máximo permitido en 79 personas, toda vez que el máximo autorizado era de 77 personas y, en el momento de la comparecencia, estaban presentes 156 individuos en el establecimiento.

Elevado el acta de inspección, mediante Resolución del gerente de la Agencia de Gestión de Licencias de Actividades del Ayuntamiento de Madrid de 26 de septiembre de 2012, se acordó la incoación de procedimiento sancionador contra dicha entidad como titular del local por la posible comisión de una infracción muy grave del artículo 36.11 de la Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, consistente en la superación del aforo máximo permitido cuando comporte un grave riesgo para la seguridad de las personas o de los bienes.

En el referido acuerdo, aparte de identificar los hechos, su tipificación y la posible sanción; designar instructor y secretario; informar sobre el órgano competente y el plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento, se concedía un plazo de quince días a efectos de formular alegaciones, aportar documentos y proponer pruebas conducentes a su derecho, con el apercibimiento de considerar a dicho acuerdo como propuesta de resolución, pudiendo concluir sin

más trámite el procedimiento, en el caso de no formular alegaciones en el plazo indicado.

En la fecha del 11 de octubre de 2012, se procedió a la notificación mediante correo certificado del acuerdo de incoación del procedimiento, figurando como destinataria la sociedad que promueve la revisión de oficio, poniendo entre paréntesis el nombre comercial del establecimiento. El acuse de recibo de la notificación, obrante al folio 125 del expediente administrativo, da cuenta de que, después de un primer intento infructuoso por ausencia en la fecha del 9 de octubre a las 13 horas, se materializó la entrega el día 11 a las 14 horas en la calle Cava Alta 27. En el recuadro del acuse relativo a la recepción, figura la firma de una persona identificada mediante la constancia manuscrita de su nombre, apellidos y DNI, en calidad de *autorizada*.

Transcurrido el plazo referido sin que se tuviera constancia de la presentación de alegaciones, el gerente de la Agencia, con base en la tipificación y fundamento fáctico ya indicado, dictó Resolución de fecha 15 de noviembre de 2012 en cuya virtud se imponía a la mercantil una sanción de 60.102 euros. En el pie de recursos, se indicaba que dicha resolución era susceptible de recurso potestativo de reposición y, alternativa o subsidiariamente, de recurso contencioso-administrativo en los plazos legales.

Obra al folio 135, la notificación directa de la resolución sancionadora en la misma dirección de la Cava Alta, 27. De dicho documento se infiere que, en la fecha del 24 de noviembre de 2012, se hizo cargo de la misma una persona distinta de la que había recibido el acuerdo de incoación, firmando en concepto de *encargado*.

2. Mediante escrito presentado en la Oficina de Registro de la Agencia de Gestión de Licencias del Ayuntamiento de Madrid de 25 de febrero de 2013, un representante de la mercantil sancionada,

actuando en nombre de esta, solicitó la nulidad del procedimiento sancionador al no ser dicha entidad la titular del bar en el que se había cometido la infracción.

En sus alegaciones, daba cuenta de que dicho local había sido arrendado para su explotación mediante contrato de 30 de septiembre de 2008, a cierta persona física que identificaba por su nombre y apellidos, que, a su vez, había subarrendado el local a RINCÓN DE CABA ALTA, 27, HOSTELERA, S.L., propiedad de dicha persona física y de su mujer. Según afirmaba, los inquilinos del local, titulares de la mercantil que lo explotaba y había cometido el exceso de aforo, habían recibido la notificación del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador, ocultándolo a la sociedad arrendadora. Con ello, habían inducido igualmente a confusión a la Administración, al no expresar que eran quienes explotaban el local, y habían impedido su derecho de defensa en el procedimiento sancionador.

Advertían asimismo que, en realidad, su domicilio social estaba en una conocida calle situada entre los barrios de Justicia y Almagro, cuestión que a su juicio quedaba acreditada a la vista de la escritura de constitución de la sociedad.

Concluían solicitando que se declarase la nulidad del procedimiento sancionador, y se procediera contra los verdaderos responsables de la infracción.

Adjuntaban a su escrito una copia del contrato de arrendamiento del local, formalizado en documento privado fechado el 30 de septiembre de 2008. En dicho contrato, se fijaba como única actividad susceptible de realización por el arrendatario, la de bar de copas. La entrada en vigor del contrato se demoraba al 1 de octubre, y su duración se extendía a los doce años siguientes, si bien la entrega de la posesión era inmediata a la firma.

Como documento 2, aportaban otra copia de la escritura privada de cesión del contrato de arrendamiento a EL RINCÓN DE CABA ALTA 27, HOSTELERA, S.L. En el contrato constaba la firma del representante de la sociedad arrendadora en nombre de esta, dando su conformidad a la modificación de la cláusula del contrato de arrendamiento concerniente a la fianza.

Aportaba también la copia de una escritura de elevación a público de determinados acuerdos sociales adoptados por la Junta General Ordinaria, Extraordinaria y Universal de Socios el 18 de octubre de 2016, entre ellos uno en cuya virtud se cambiaba el domicilio social. Ni el domicilio anterior a la modificación, ni el que en dicha junta se adoptó, era el propio del local en el que se cometió la infracción sancionada.

Una serie de declaraciones tributarias eran relativas a las operaciones con terceras personas, entre ellas con la sociedad que, según la reclamación, era la titular del local en el que se cometió la infracción.

Finalmente, aportaba recibos facturas relativas al cobro de la renta al arrendatario del local, correspondientes a los meses de febrero de 2009 a octubre de 2012, y justificantes bancarios relativos al pago por su parte de algunas cuotas de comunidad del local.

Por Resolución del gerente de la Agencia de Gestión de Licencias de Actividades de 22 de marzo de 2013, se acordó declarar la inadmisión a trámite de la solicitud de revisión de oficio. En la fundamentación, se hacía referencia a que la transmisión de la licencia urbanística relativa al local se había realizado el 24 de abril de 2012, esto es, con posterioridad a la imposición de la resolución sancionadora, y a que la notificación a la mercantil denunciada se había hecho al único domicilio que era conocido por el Ayuntamiento de Madrid, en el que las personas

que se hicieron cargo de la misma lo hicieron como autorizada y encargado, respectivamente.

3. Formulada impugnación por la empresa interesada contra la resolución administrativa de inadmisión de la solicitud de revisión de oficio, fue inicialmente rechazada mediante Sentencia de 27 de junio de 2016, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 28 de Madrid.

No obstante, en vía de recurso de apelación, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante Sentencia de 17 de mayo de 2017, revocó la sentencia de instancia, ordenando la prosecución del procedimiento administrativo de revisión de oficio. Dicha sentencia fue declarada firme por Decreto de 18 de julio de 2017.

TERCERO.- Por Resolución de 1 de noviembre de 2017, de la gerente de la Agencia de Actividades, se dispuso acatar la sentencia y retrotraer las actuaciones a la fase procedimental adecuada para recabar dictamen de la Comisión Jurídica Asesora.

Consta en el expediente administrativo propuesta de resolución de fecha 4 de mayo de 2018 del jefe de la Unidad de Recursos II y la jefa del Departamento de Régimen Jurídico, con el conforme de la subdirectora general de Secretaría Técnica de la Agencia de Actividades, al considerar que las alegaciones de la mercantil solicitante de la revisión de oficio no desvirtúan la resolución sancionadora. Para llegar a esa conclusión, la propuesta razonaba: 1) que en la fecha de la notificación de la incoación del procedimiento sancionador, dicha empresa era la titular de la licencia, cuya transmisión se llevó a cabo con posterioridad; 2) que el titular de la licencia es responsable solidario de las infracciones que se cometan en el local o establecimiento correspondiente, y 3) que no constaba ningún otro domicilio de dicha empresa y que, además, las notificaciones fueron recibidas por dos personas en nombre de ella.

En tal estado del procedimiento se ha remitido el expediente a la Comisión Jurídica Asesora solicitando la emisión del preceptivo dictamen en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) y en el artículo 5.3.f) b. de la Ley 7/2015, de la Comunidad de Madrid, de 28 de diciembre.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3.f).b de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, y a solicitud del vicepresidente, consejero de Presidencia y portavoz del Gobierno según lo previsto en el artículo 18.3.c) del Decreto 5/2016, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (ROFCJA).

Por lo que hace a las entidades locales, el artículo 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL), dispone que las Corporaciones Locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común.

Igualmente, los artículos 4.1.g) y 218 del Real Decreto 2568/1986, indican que dichas Corporaciones, dentro de la esfera de sus competencias, tienen atribuida la potestad de revisión de oficio de sus

actos, resoluciones y acuerdos, con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común.

La remisión a la legislación del Estado conduce a los artículos 102 a 106 de la LRJ-PAC, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), cuyo apartado b) prevé, interpretado *sensu contrario*, que los procedimientos iniciados después de su entrada en vigor se sustancien por las normas establecidas en dicha ley.

El artículo 102.1 de la LRJ-PAC establece la posibilidad de que las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, declaren de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo. Para ello será necesario, desde un punto de vista material, que concurra en el acto a revisar alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJ-PAC, y, desde el punto de vista del procedimiento y garantía del ajuste de la actividad administrativa al principio de legalidad, que se haya recabado dictamen previo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, y que éste tenga sentido favorable.

De ese artículo se desprende que la adopción del acuerdo de revisión de oficio tendrá lugar siempre previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente, que adquiere en este supuesto carácter parcialmente vinculante en el sentido de constreñir a la Administración que lo pide solo en el caso de tener sentido desfavorable a la revisión propuesta. La referencia que el artículo 102 de la LRJ-PAC, en sus apartados 1 y 2, hace al Consejo de Estado “*u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma*”, debe entenderse hecha, en el

caso de la Administración autonómica madrileña, a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, constituida por la ya citada Ley 7/2015.

En cuanto a la competencia para acordar la revisión de oficio de actos nulos, la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, le atribuye al Pleno, el alcalde y la Junta de Gobierno la potestad de declarar la nulidad de sus propios actos -arts. 11.1.m), 14.3.l) y 17.1.j)-. Esta solución es semejante a la prevista en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), en cuanto a los municipios de gran población -arts. 123.1.l), 124.4.m) y 127.1.k)-.

Ahora bien, en el caso de la Agencia de Actividades, se trata de un organismo autónomo cuyo régimen aparece previsto en sus Estatutos aprobados por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 30 de octubre de 2014 (BOCAM de 12 de noviembre de 2014). En su artículo 20.3 se encomienda a su Consejo Rector *“la revisión de oficio de los actos administrativos nulos y la declaración de lesividad de los anulables dictados por los demás órganos de la Agencia de Actividades”*.

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

En lo que se refiere a la tramitación del procedimiento, la LRJ-PAC (al igual que, actualmente, la LPAC), no contemplaba un procedimiento específico a seguir para la sustanciación de los expedientes de declaración de nulidad, limitándose a señalar el carácter preceptivo del dictamen previo favorable del órgano consultivo que corresponda, referencia que debe entenderse hecha, a partir de su constitución, a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid creada por la ya citada Ley 7/2015.

Las normas generales de todo procedimiento determinan que este comience con un acuerdo de inicio y que la tramitación del expediente continúe con la realización de los actos de instrucción necesarios *“para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución”* (artículo 75.1 de la LPAC). Estas actuaciones instructoras pueden consistir en la emisión de los correspondientes informes en garantía de la legalidad, objetividad y acierto de la resolución final que se dicte en el procedimiento, exigidos con carácter general por el artículo 79 de la LPAC.

Una vez concluida la instrucción, debe cumplirse el trámite de audiencia, cuestión que abordaremos más adelante, y, finalmente, con carácter previo a la solicitud de dictamen de la Comisión Jurídica Asesora debe redactarse la propuesta de resolución en la que la Administración consultante se pronuncie sobre la procedencia de la nulidad solicitada, con inclusión de los correspondientes antecedentes, fundamentos jurídicos y parte dispositiva, conforme a la exigencia de motivación de los actos por los que se resuelvan procedimientos de revisión de oficio –art. 54.1.b) de la LRJ-PAC-. Asimismo, en dicha resolución se podrán reconocer las indemnizaciones a que hubiere lugar cuando concurren los presupuestos propios de la responsabilidad patrimonial de la Administración a tenor de lo dispuesto en el artículo 102.4 de la misma ley.

En el procedimiento que se somete a consulta, una vez retrotraído el procedimiento en virtud de lo establecido en la Sentencia de 17 de mayo de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el único trámite que se ha realizado consiste en la elaboración de una propuesta de resolución, que ha sido adoptada por el jefe de la Unidad de Recursos II y la jefa del Departamento de Régimen Jurídico, con el conforme de la subdirectora general de Secretaría Técnica de la Agencia de Actividades, con fecha 4 de mayo de 2018.

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 de oficio.

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 estableciera expresamente el artículo 102 de la LRJ-PAC (como tampoco lo hace, actualmente, el art. 106 de 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 de oficio, 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 una revisión de oficio conforme a la LRJ-PAC, debe plantearse si se respeta el deber de dar audiencia a 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 la solicitud de revisión de oficio 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 de revisión de oficio 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 la revisión de oficio, procede también otorgarle nueva audiencia una vez que se proceda a su incorporación.

En mérito a cuanto antecede, esta 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 propia peticionaria de revisión de oficio.

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 301/18

Excma. Sra. Alcaldesa de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid