

## V. Anuncios

### Otros anuncios

#### Administración Local

#### Cabildo Insular de Tenerife

**559** ANUNCIO de 15 de enero de 2010, sobre notificación de Resolución de 28 de agosto de 2009, por la que se resuelve el recurso de revisión planteado en el expediente sancionador de transportes nº TF-40057-I-2009.

Providencia de 15 de enero de 2010, del Jefe de Servicio de Carreteras y Transportes, de la Resolución del Sr. Coordinador del Área de Movilidad y Seguridad de este Excmo. Cabildo Insular de Tenerife, de fecha 28 de agosto de 2009, resolutoria del recurso de revisión planteado en el expediente sancionador de transportes nº TF-40057-I-2009.

Dando cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 59, apartado 5º, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, sobre notificación al interesado, intentada y no practicada,

#### DISPONGO:

Notificar al recurrente que se cita la Resolución del Sr. Coordinador General del Área de Movilidad y Seguridad de este Excmo. Cabildo Insular de Tenerife de fecha 28 de agosto de 2009, estimatoria del recurso de revisión planteado en el expediente sancionador de transportes nº TF-40057-I-2009.

Contra esta Resolución, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, contados a partir del siguiente a su notificación, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

“Visto escrito presentado por Dña. Ana Esther Afonso Herrera, en nombre y representación de la entidad mercantil El Mar Services, por el que se interpone recurso de alzada contra la resolución dictada por el Coordinador General del Área de Movilidad y Seguridad de fecha 3 de abril de 2009 recaída en el expediente de referencia, y,

Resultando: que con fecha y hora 3 de febrero de 2009, 10,00, por agente de Inspección de transportes con D.N.I. nº 43.827.164, mediante la documentación presentada el día 24 de noviembre de 2008, con números de registro de entrada 133804 y 133803, correspondientes a los requerimientos ACL 130/08 y ACL 161/08, realizados a las empresas Transportes Afonso Herrera, S.L. (transportista) y El Mar Service, S.L. (agencia de viajes), y posterior aclaración del requerimiento ACL 161/08 solicitado con un nue-

vo requerimiento con nº ACL 172/08, mediante la documentación que fue presentada el día 16 de enero de 2009, con números de registro de entrada 4675.

De la documentación presentada, una vez examinada la misma se desprenden de la factura nº 089/08, de fecha 16 de septiembre de 2008, por servicios realizados de la empresa transportista a la agencia de viajes por servicios de transfer del 8 al 14 de septiembre de 2008, por un importe total de 3.902,42 euros.

El transporte se realiza con el vehículo matrícula 2609-DVK, entre otros, según consta en el libro de ruta de ese vehículo, traslados de clientes de la agencia de viajes, la mayoría de veces los viernes, coincidiendo con los horarios de llegada y salida de los vuelos y en la modalidad de transporte discrecional desde el Aeropuerto Reina Sofía hasta hoteles y apartahoteles de la zona sur de la isla y viceversa, facturando el transportista transfer del 8 al 14 de septiembre de 2008 de las distintas expediciones, coincidiendo con una línea regular de viajeros, a la agencia de viajes se le han solicitado facturas emitidas por servicios de transporte (realizados a sus clientes), en los meses de agosto y septiembre de 2008, con sus prestaciones complementarias, si procede; aporta una relación de tiques “clientes contado pago con visa” de los meses de agosto y septiembre de 2008, la mayoría de esos clientes realizaron pago por servicio de traslados transfer realizados por la empresa transportista y organizados por la agencia de viajes, se le solicita en el segundo requerimiento la aportación de la fotocopia de los tiques con número desde el 3801 hasta el 3950, ambos inclusive, con sus prestaciones complementarias, si procede. Tanto en el primero como en el segundo requerimiento, se le solicitan a la agencia de viajes los servicios complementarios, los que no son aportados.

Una vez examinada la documentación del mismo en el momento del control, así como los datos obrantes en su expediente en este Servicio, se han constatado los siguientes hechos:

#### ORGANIZAR TRANSPORTES DE VIAJEROS NO TURÍSTICOS.

Levantándose al efecto la oportuna Acta de Infracción.

Resultando: que el día 11 de marzo de 2009 se publicó la resolución de iniciación del expediente sancionador de transportes nº TF-40057-I-2009 en el Boletín Oficial de Canarias nº 48.

Resultando: por parte del interesado fue solicitada una ampliación del plazo para presentar alegaciones mediante escrito de fecha 13 de marzo de 2009, siendo contestado por la instructora del expediente mediante oficio de fecha 16 de marzo de 2009, mediante el que se le otorga la ampliación del plazo solicitado.

Resultando: que por el expedientado se presentó escrito de descargo alegando lo que entendió conducente a la defensa de sus intereses, en síntesis, que a pesar de que el Cabildo Insular de Tenerife es perfectamente conocedor de que el domicilio de la agencia de viajes es el sito en la Avenida Juan Carlos I, 27, local B, bajo, 38687-Playa San Juan, Guía de Isora, que, además, es el que se ha fijado siempre como domicilio a efecto de notificaciones en la resolución de inicio del expediente consta como domicilio a efecto de notificaciones uno localizado en la Avenida de los Vientos, que no es el domicilio de su representada, por lo que sin perjuicio de la alegación que se efectúe, se interesa que por la Administración se proceda a corregir el error material en que ha incurrido el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Que el Cabildo Insular de Tenerife no ha notificado personalmente a la inculpada el acto por el que se acuerda el inicio del expediente sancionador, habiendo tenido conocimiento la entidad interesada por el anuncio publicado por edictos y en la publicación del Boletín Oficial, de hecho, no consta en el expediente ninguna acreditación de ninguna notificación personal efectuada a Viajes Canarias en su domicilio sito en la Avenida Juan Carlos I, por tanto, la notificación de la resolución de inicio del expediente sancionador no ha respetado la Administración el procedimiento para la práctica de las notificaciones establecido en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, acudiendo directamente a la notificación por edictos, sin realizar antes intento alguno de notificación personal, lo que determina la nulidad de pleno derecho de la resolución de inicio, y, consiguientemente, del expediente sancionador. De la regulación legal expuesta, como ha puesto de relieve reiterada jurisprudencia (STSS de 28 de octubre -RJ 2004, 6594- y 10.11.04 -RJ 2004 6889), se desprende que la notificación edictal tiene un claro carácter subsidiario, es decir, que sólo deba practicarse cuando no puedan utilizarse o hayan fallado los medios de notificación que permiten tener constancia real de su recepción. Y ello significa que han de cumplirse escrupulosamente los requisitos establecidos para la notificación personal, de forma que sólo cuando, cumpliéndose tales requisitos legales, la notificación personal sea infructuosa, cabe acudir a la notificación mediante el sistema subsidiario de edictos. En este caso, ni siquiera se ha intentado por parte de la Administración la notificación personal de la resolución de inicio en el domicilio de la inculpada en Avenida Juan Carlos I, sino que ha acudido directamente a la notificación por edictos, por lo que podemos considerar que se haya notificado en legal forma dicha resolución, y, por ello, dicha resolución de inicio es nula de pleno derecho ex artº. 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Ad-

ministraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Citando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 2 de marzo de 2001 JUR 2001/162682. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 10 de julio de 2007 y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de abril de 2007. Es doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia del Tribunal Constitucional 42/1987, de 7 de abril y 133, de 15 de julio, FJ 2, entre otras) que el artículo 25.1 de la Constitución Española reserva a la ley la tipificación de los elementos esenciales de las infracciones administrativas, y que al Reglamento puede corresponder, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la ley. Este canon de constitucional ha sido precisado por este Tribunal en numerosas sentencias. En el presente expediente sancionador se le imputa la infracción del artículo 104.1.7 de la Ley 13/2007, de 17 de mayo, de Ordenación del Transporte por Carretera de Canarias, consistente en: “la realización de servicios con cobro individual o con reiteración de itinerario o turísticos al exclusivo amparo de autorizaciones de transporte discrecional, fuera de los supuestos expresamente permitidos o incumpliendo las condiciones establecidas para ello”. Sin embargo, si acudimos a los artículos de la Ley 13/2007, de 17 de mayo, de Ordenación del Transporte por Carretera de Canarias, para comprobar cuáles son esos supuestamente permitidos o cuáles son esas condiciones establecidas para la realización de los transportes turísticos (artículos 69 a 72 de la Ley 13/2007, de 17 de mayo, de Ordenación del Transporte por Carretera de Canarias), encontramos que la ley se remite a un futuro desarrollo reglamentario de la misma, que es donde se establecerán las condiciones a las que quedará sometido este tipo de transporte turístico (artículo 77.3). Sin embargo, a día de hoy, lo cierto es que la ley canaria no ha sido desarrollada reglamentariamente, por lo que no se han fijado las condiciones establecidas para la realización de los transportes turísticos, y, consecuentemente, no estando fijadas las condiciones, es claro que tampoco se podrán incumplir. Esa entidad mercantil interesada sí que efectúa un transporte turístico de los definidos en el artículo 69 de la ley autonómica, toda vez que estamos ante un transporte público realizado con una finalidad turística, ofertado y contratado para la satisfacción de necesidades de desplazamiento de personas que tienen la condición de usuarios turísticos, conforme son definidos en la Ley sobre Ordenación del Turismo de Canarias, por tanto, no existe la infracción imputada. Y ello, sin perjuicio de que, además, existiría un vacío legal en la legislación autonómica en cuanto a los transportes turísticos con origen o destino en aeropuertos, vacío que hace que entre en juego el principio de que “todo lo que no está expresamente prohibido está permitido”; motivo por el que la actuación de su mandante, no prohibida ni sancionada por la legislación territorial de aplicación, está permitida. De lo contrario, se estaría

vulnerando el artículo 25.1 de la Constitución Española, citando como jurisprudencia la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2005. Que de acuerdo con el artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el principio de tipicidad, constituye un principio de la potestad sancionadora y del procedimiento sancionador. Ello supone que, inevitablemente, de existir una ley que tipifique que una determinada acción u omisión de los ciudadanos constituye una infracción que debe ser sancionada, lo que no ocurre en el supuesto que nos ocupa. Que se ha vulnerado el principio de non bis in idem que implica, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la prohibición de imponer una pluralidad de sanciones principales, siempre y cuando exista una identidad de sujetos, hechos o fundamentos objeto o causa y acción primitiva. En el caso que nos ocupa, se han levantado cuatro actas de infracción, resultantes de una misma actuación inspectora, basadas en los mismos hechos, imputando a la entidad mercantil interesada una conducta consistente en “organizar transportes de viajeros no turísticos”, constitutiva de una misma infracción de los artículos 104.1.7 de la Ley 13/2007, de 17 de mayo, de Ordenación del Transporte por Carretera de Canarias y 197.1.7 del Real Decreto 1.211/1990, de 28 de septiembre, Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres y 122 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, lo que conllevaría la nulidad de la resolución sancionadora que pudiera dictarse por vulneración del principio non bis in idem. Incluso en la hipótesis de que el hecho imputado hubiera tenido lugar, estiman que la consideración del mismo como una infracción muy grave, sería ajena al principio de proporcionalidad que rige en el Derecho Administrativo Sancionador, por lo que sería más conforme a Derecho, la calificación de la misma como grave, por aplicación del artículo 105.30 de la Ley 13/2007, de 17 de mayo, de Ordenación del Transporte por Carretera de Canarias. En cuanto a la sanción de clausura del local por seis meses, se oponen radicalmente a la misma, por los siguientes motivos: - la resolución de inicio propone imponer la sanción de multa en la cuantía mínima, prevista para las infracciones del artículo 104.1.7 de la Ley 13/2007, de 17 de mayo, de Ordenación del Transporte por Carretera de Canarias, que es la de 4.601 euros, sin embargo, al mismo tiempo, propone castigar a la entidad con una sanción de consecuencias gravísimas e irreparables, como es la de clausura del local, que además, el artículo 109 de la Ley 13/2007, de 17 de mayo, de Ordenación del Transporte por Carretera de Canarias, prevé como facultativa o accesorio. Lo que podría conllevar la desaparición de la entidad que representa y la pérdida de todos los puestos de trabajo vinculados a la misma, sino que la Administración tampoco habría motivado de modo concreto en qué circunstancias se habría basado para proponer una sanción de tanta gravedad.

Resultando: que por el Coordinador General del Área de Movilidad y Seguridad se dictó resolución, que ahora se impugna, de fecha 3 de abril de 2009 que venía a sancionar a El Mar Services con multa que ascendía a 4.601,00 euros, y clausura del local por un período de seis meses, por infracción de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y Real Decreto 1.211/1990, de 28 de septiembre, Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, artº. 104.1.7 LOTCC; artículos 165 y 197.1.7 ROTT; artº. 122 LOTT y en base a los artículos 108.i) y 109 LOTCC y artº. 201.1.i) ROTT.

Notificándose dicha Resolución en fecha 29 de mayo de 2009.

Resultando: que con fecha 1 de julio de 2009, Dña. Ana Esther Afonso Herrera, en nombre y representación de El Mar Services interpuso recurso de alzada, en súplica de que se deje sin efecto la Resolución y sanción impuesta, reiterándose en lo ya expuesto en el pliego de alegaciones interpuesto en descargo por la entidad mercantil interesada, añadiendo que existe falta de concreción del hecho imputado: “organizar transportes de viajeros no turísticos”. Sin embargo, desconocen a cuál de las diversas acciones que recoge el Acta 40021/2009 se refiere al Acuerdo de Incoación, es decir, se desconoce cuál es de todos los hechos recogidos en la referida Acta el que motiva la incoación del procedimiento: realizar un transporte discrecional del Aeropuerto Reina Sofía hasta los hoteles coincidiendo con una línea regular de viajeros (en ese caso debería identificarse qué días se realizó el supuesto transporte, a qué personas en concreto y cuál es la supuesta línea regular). Es contratar la capacidad total de vehículo (en ese caso cuál y qué día) y no de forma individual. Lo contrario supone violar el principio constitucional de tutela judicial efectiva (artículo 24.2 de la Constitución Española) en su vertiente del derecho a la presunción de inocencia y a la defensa de todas las garantías. Hemos visto como la Administración puede destruir válidamente la presunción de inocencia, pero para ello debe cumplir con unas elementales exigencias; es decir, probar y concretar los hechos en los que se basa la inculpación, con detalle. Sin que se pueda admitir la indeterminación y falta de concreción, cuando estamos en el ámbito sancionador administrativo, por la vulneración de garantías que produce al imputado. A lo que habría que añadir que tal actuación de la Administración también habría vulnerado el principio de tipicidad que proscribía que la descripción de los tipos se realice de forma abierta o tan amplia que carezca de todo contenido material, como sucede en la descripción de este expediente de “organizar transporte de viajeros no turísticos”; citando la sentencia del Tribunal Constitucional 127/1990 y sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2009, que han establecido como uno de los requisitos de la tipicidad que la descripción de los hechos

debe ser lo suficientemente precisa como para que quede asegurada la función de garantía del tipo, es decir, que tanto las conductas ilícitas como las sanciones han de quedar predeterminadas mediante preceptos jurídicos que permitan predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y sanción aplicables. Se admiten conceptos jurídicos indeterminados (S.T.C. de 5.10.90) pero no cláusulas abiertas o genéricas, como “el incumplimiento de deberes y obligaciones del funcionario” (sentencia del Tribunal Constitucional 182/1990) o “infracciones laborales de los empresarios contrarias a las disposiciones legales en materia de trabajo” (las ya citadas SSTC de 28 de septiembre y de 5.10.90) citando en este sentido, por analogía, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 5 de octubre de 1998.

Es reiterada doctrina jurisprudencial que entiende que las resoluciones sancionadoras dictadas en procedimientos administrativos sancionadores omitiendo el preceptivo trámite de audiencia otorgado mediante la propuesta de resolución, cuando se han efectuado alegaciones a la resolución de inicio, vicia de nulidad de pleno derecho la resolución sancionadora que pudiera dictarse en el expediente, citando las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 12 de febrero de 2001 y de 4 de febrero de 2000; y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 30 de noviembre de 2005. Por lo que la falta de dictado y notificación de propuesta de resolución en este expediente, es motivo de nulidad de pleno derecho de la resolución sancionadora recurrida (artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Que del examen de las actuaciones practicadas en el expediente, se puede comprobar que la Administración notificó el Acuerdo de incoación a la entidad mercantil interesada en la Avenida de los Vientos, Urbanización El Galeón, s/n, Adeje, cuando esa entidad tenía y tiene su domicilio social y fiscal en la Avenida Juan Carlos I, 27, local B, Playa San Juan, Guía de Isora, que es el que, además, se había designado en diversos expedientes como domicilio a efecto de las notificaciones y el que le constaba a la Administración incluso a los efectos litigiosos. Por tanto, el vicio procedimental existió y es incuestionable, por más que se aluda a otro supuesto domicilio que figurara en facturas. Otra cosa es que tuvo conocimiento a través de la publicación edictal y que ese vicio procedimental sea determinante o no de indefensión. Que desconoce si la resolución que en la notificación se afirma haberse dictado, ha sido dictada

efectivamente por el titular del órgano competente o por su delegado, pues dicha resolución no consta firmada en la notificación recibida, ausencia de firma del titular del órgano competente que impide imputar al órgano mismo la manifestación de voluntad de la Administración que todo acto administrativo supone, citando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 2008. Por ello, de no ser apreciado de oficio, esa parte debe solicitar la nulidad de pleno derecho del presente expediente sancionador por tratarse de una falta que así lo determina el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Considerando: que el recurso de alzada ha sido presentado fuera del plazo legalmente previsto en el artículo 115.1 de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establece el plazo de un mes. Ya que notificada la resolución sancionadora dictada por el Coordinador General del Área de Movilidad y Seguridad en fecha 29 de mayo de 2009, según consta en acuse de recibo firmado, el recurso de alzada ha sido interpuesto en fecha 1 de julio de 2009, transcurriendo en exceso el plazo otorgado, deviniendo, en consecuencia firme e inimpugnable la resolución recurrida.

Por la presente, vistos los preceptos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación, en base a lo anteriormente expuesto y de conformidad con lo establecido en los artículos 6.1.R) y 61.2 del Reglamento Orgánico de esta Corporación Insular, vengo en inadmitir el recurso de alzada interpuesto por Dña. Ana Esther Afonso Herrera, en nombre y representación de la entidad mercantil El Mar Services por interposición fuera del plazo legalmente previsto, confirmando la Resolución del Coordinador General del Área de Movilidad y Seguridad, de fecha 3 de abril de 2009, que determinó la imposición de una sanción de cuatro mil seiscientos un (4.601,00) euros, y clausura del local por un período de seis meses, manteniéndose, en consecuencia, en todos sus pronunciamientos.

Contra esta Resolución, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, contados a partir del siguiente a su notificación, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.”

Santa Cruz de Tenerife, a 15 de enero de 2010.-  
El Jefe de Servicio, Pedro Luis Campos Albarrán.