



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 171/2013

(Pleno)

La Laguna, a 8 de mayo de 2013.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidentes del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio de la Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias nº 617, de 4 de junio de 2012, recaída en el expediente sancionador nº 287/11 (EXP. 155/2013 RO)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

1. El objeto del presente Dictamen es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de revisión de oficio de la Resolución, nº 617, de 4 de junio de 2012, de la Viceconsejería de Turismo, en virtud de la cual se sancionó a la interesada con sendas multas de 6.900 euros por la comisión de dos infracciones graves de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias (LOT), consistentes en: "Explotar turísticamente la villa denominada D., careciendo del libro de inspección de turismo" y, "Explotar turísticamente la villa denominada D., careciendo de las hojas de reclamaciones".

2. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo para emitirlo y la legitimación del Sr. Presidente del Gobierno para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12 de la Ley del Consejo Consultivo, en relación con el art. 102.1, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

3. Contra la citada Resolución sancionadora se presentó recurso de alzada nº 194/2012, que se inadmitió por Resolución nº 501, de 2 de octubre de 2012, de la Secretaría General de Presidencia del Gobierno, por haber sido presentado fuera de

---

\* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

plazo, Resolución que se notificó al interesado con fecha 9 de octubre de 2012, por lo que la Resolución devino firme. Se cumple, pues, el requisito de la firmeza del acto que se pretende revisar por el cauce del art. 102 LRJAP-PAC.

4. En la tramitación del expediente no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que impidan entrar en el fondo del asunto.

## II

1. Constan como antecedentes del procedimiento que nos ocupa los siguientes:

- El 2 de marzo de 2011 se levanta acta de inspección nº 18260/11, por dos inspectores de turismo, en el local donde se ubica la entidad denominada I.T.S.N., de cuya explotación es titular la mercantil T.S.N., S.L, y requieren a ésta para que informe a la Administración de la identidad y domicilio de los propietarios de los establecimientos que se publicitan en su página web (...), entre los que se halla el apartamento denominado V.D.

- El 24 de marzo de 2011, se facilita por aquella entidad la información solicitada, de la que resulta como titular de V.D., a K.D., con su correspondiente *e-mail*.

- El 31 de marzo de 2011 el Jefe de Sección de Inspección Turística informa de que, consultado el programa de información turística TURIDATA, consta que la villa denominada V.D., situada en los apartamentos S.A., en Callao Salvaje, no figura registrada como establecimiento turístico, siendo ofertada turísticamente en Internet sin disponer su titular, K.J.D., de libro de inspección de turismo y de las hojas de reclamaciones.

A este informe se acompaña copia impresa de las páginas de Internet en las que se informa de las características de la vivienda, equipamiento y servicios, aportando fotos, precios del alojamiento, variables en función de la temporada, así como números de teléfono y de telefax y una dirección de correo electrónico para hacer reservas.

- Por Resolución, de 10 de enero de 2012, de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística se inició un procedimiento sancionador contra la citada K.J.D. por explotar turísticamente el establecimiento denominado Apartamento V.D. sin disponer del libro de inspección de turismo y de las hojas de reclamaciones, hechos que constituyen dos infracciones graves de la legislación turística, tipificadas, la primera, en el art. 76.9 LOT en relación con el art. 84 de la misma, y con el art. 28.2

del Reglamento de la Actividad Turística de Alojamiento (aprobado por el Decreto 142/2010, de 4 de octubre); y la segunda, en el art. 76.4 LOT en relación con el art. 20.1 de la misma y con el art. 26.1 del mencionado reglamento, para las cuales el art. 79.2 LOT prevé una sanción consistente en multa de 1.501 a 30.000 euros. Esta Resolución proponía por cada una de los hechos una sanción de 9.000 euros.

- Esta Resolución fue notificada a la interesada por edictos (anuncio en el BOC nº 47, de 7 de marzo de 2012), formulando aquélla alegaciones por medio de escrito presentado el 2 de abril de 2012, si bien el mismo se presenta por S.S.P., en representación acreditada de L.D., esposo de K.J.D., que actúa desde ese momento en nombre propio como copropietario del inmueble explotado, estando su esposa fuera de España.

En el referido escrito se alega, en síntesis, la ausencia de fiabilidad de la información de Internet, por lo que se solicita que se admita como prueba el apartado de la web denominado: *"condiciones y términos de uso de la página web objeto de inspección"*. Se concluye solicitando el archivo del expediente sancionador y, subsidiariamente, que se califiquen las infracciones como leves y se imponga la sanción prevista en el art. 79.2, apartado A de la Ley 7/1995, o en su defecto, el apartado B en su tramo mínimo. También solicitó que, conforme al art. 15.1 del Decreto 190/1996, de 1 de agosto, regulador del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora en materia turística y de la inspección de turismo se le citara a comparecencia ante el instructor para que se levantara acta de las alegaciones que se formularan en dicho acto.

- Se formuló Propuesta de Resolución que desestimó razonadamente las alegaciones del interesado, rechazó su comparecencia ante el instructor con base en el art. 15.2 del Decreto 190/1996 porque no se consideraban otros hechos y pruebas que los aducidos por el interesado, y mantuvo la calificación de los hechos como infracciones graves; y atendiendo, por un lado, a que carecía de antecedentes por dichas infracciones y, por otro, a que esas infracciones le proporcionaban una ventaja competitiva en el mercado adquirida mediante la infracción de leyes, se proponía una multa de 6.900 euros por cada una de ellas.

- Esta Propuesta de Resolución fue notificada a la representación del interesado que formuló alegaciones el 16 de mayo de 2012 en las que insiste en señalar que los hechos que han dado lugar al expediente sancionador se desprenden de la publicidad e información de una página web, no constituyendo ello prueba de que el

apartamento se estuviera explotando turísticamente, habiéndose vulnerado en el referido expediente los principios elementales del derecho administrativo sancionador. En todo caso, se termina solicitando la reducción de las sanciones propuestas a su grado mínimo.

En este escrito, además, el interesado añade su parecer de que la campaña de inspección turística y consiguientes sanciones llevarán abocado que los pequeños inversores se retiren de la actividad turística, lo que produciría efectos económicamente perjudiciales para el sector.

- Por medio de Resolución 617/2012, de 4 de junio, de la Viceconsejería de Turismo, se desestimaron motivadamente las alegaciones del interesado, declarando como hechos probados que explotaba turísticamente el establecimiento denominado Apartamento V.D. sin poseer el libro de inspecciones ni las hojas de reclamaciones. Se califican tales hechos como infracciones graves tipificadas, respectivamente, en los apartados 9 y 4 del art. 76 LOT y se imponen multas de 6.900 euros por cada una de ellas.

- Aquella Resolución es notificada al interesado el 7 de junio de 2012, quien interpuso contra ella recurso de alzada el 26 de julio de 2012. Éste fue inadmitido por medio de Resolución nº 501, de 2 de octubre de 2012, de Secretaría General de Presidencia del Gobierno, por haberse presentado fuera de plazo, deviniendo firme, por tanto, la resolución sancionadora.

- El 9 de noviembre de 2012 el interesado solicitó la declaración de nulidad de pleno Derecho de la Resolución sancionadora fundamentándola en las causas de nulidad contempladas en los apartados a) y c) del art. 62.1 LRJAP-PAC.

### III

1. Como se ha señalado en anteriores ocasiones por este Consejo Consultivo (véase el reciente DCC 97/2013, de 21 de marzo), "la revisión de oficio supone el ejercicio de una potestad exorbitante cuya aplicación debe extremarse con suma cautela, teniendo la nulidad de pleno derecho un marcado carácter excepcional y, como tal, sólo será aplicable únicamente en los casos tasados por la Ley. Ello implica la necesidad de realizar un riguroso análisis del acto pretendidamente viciado y la estricta verificación de la concurrencia de los motivos de nulidad alegados".

Se señala como primera causa de nulidad la recogida en el art. 62.1.c) LRJAP-PAC, al entender el interesado que la resolución, al sancionar como empresario turístico a quien carece de tal cualidad, es un acto de contenido imposible.

Pues bien, respecto a esta causa de nulidad ha de recordarse que la jurisprudencia ha venido a delimitarla entendiéndola por acto de contenido imposible aquél en el que concurre una imposibilidad física o material, pero no imposibilidad legal, ya que una imposibilidad de carácter jurídico es simplemente ilegalidad del acto.

Esta imposibilidad de producir efectos sobre la realidad es la que lleva a considerar también como actos de contenido imposible aquellos que presentan una contradicción lógica interna tal que la aplicación de uno de sus elementos anula el efecto requerido por otro de sus elementos, sin que, por consiguiente, sea posible su aplicación simultánea. Esta imposibilidad de producir efectos porque el contenido contradictorio del acto obliga a que aquellos se aniquilen recíprocamente, determina que se le considere un acto de contenido imposible.

El error de derecho, al que parece equiparar el interesado el acto de contenido imposible, consiste en la aplicación de una norma a unos hechos que no son reconducibles al supuesto de hecho contemplado por aquélla para su aplicación.

En cualquier caso, en este supuesto no sólo la Resolución 542/2012, de 10 de mayo, no presenta ninguna de las condiciones necesarias para mantener que es un acto de contenido imposible, sino que incluso, visto su objeto y presupuesto, tampoco incurre en error jurídico.

2. La otra causa de nulidad en la que fundamenta el interesado la revisión de oficio es la contemplada en el art. 61.1.a) LRJAP-PAC "vulneración de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional", al considerar que en la tramitación procedimental realizada se han vulnerado derechos y principios que tienen cabida en esa causa de nulidad.

Así, el interesado alega que se ha vulnerado el derecho a la reserva de ley en materia sancionadora porque no está regulado un procedimiento de inspección con suficientes garantías de seguridad e identificación indubitada llevado a cabo exclusivamente por medios telemáticos o por Internet. En relación con esta alegación también considera que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia porque considera que la prueba de cargo utilizada es la hoja impresa de una página de internet que se ha traducido con un servicio de traducción automático de Internet que no garantiza la fidelidad de la traducción con el texto original.

Respecto a estas alegaciones se ha de considerar que los inspectores visitaron el local en el que se ubica la mercantil dedicada a la mediación en la contratación de alojamientos turísticos, tal y como se desprende de la página web (...), que reconoce como tal quien comparece ante los inspectores de turismo. Se constata en este acto que la entidad referida daba publicidad a la explotación turística de varios alojamientos, entre ellos, el de K.J.D. y L.D., tal y como se informó posteriormente por la referida entidad.

Dadas las funciones que el art. 83 LOT le atribuye a los inspectores turísticos es obvio que éstos son agentes de la autoridad tal como expresa el art. 44 del Decreto 190/1996.

Los hechos constatados por los agentes de la autoridad y formalizados en documento público tienen valor probatorio *iuris tantum* (art. 137.3 LRJAP-PAC), por lo que las actas de inspección extendidas por los inspectores de turismo son documentos que acreditan, salvo prueba en contrario, la veracidad de los hechos a que se refieren (art. 25.2 Decreto 190/1996).

Por lo tanto, los inspectores confirmaron que el apartamento del interesado se ofertaba turísticamente una vez realizada la visita de inspección al local donde se ubica I.T.S.N., de cuya explotación es titular, como ya se indicó, la mercantil T.S.N., S.L., que es mediadora en la explotación del inmueble de titularidad del sancionado, según pudo comprobarse a través de la información facilitada por la referida entidad a instancias de los inspectores.

La copia impresa de la página de Internet no es la prueba de cargo, sino el acta de inspección nº 18260/11, de 2 de marzo de 2011, que se levanta en el local donde se ubica la mencionada I.T.S.N.

En todo caso, las propias alegaciones efectuadas por el interesado revelan, de forma inequívoca, el reconocimiento de los hechos imputados, si bien su objetivo no es otro que solicitar la minoración de las sanciones, finalidad a la que ya, en su último escrito de alegaciones, limita su petición. Y es que en este segundo escrito de alegaciones, presentadas una vez ha tenido conocimiento de la Propuesta de Resolución, el interesado no solicita que se archive el expediente porque no ha quedado acreditada la comisión de ambas infracciones, sino que solicita exclusivamente que se le impongan las sanciones en su grado mínimo, lo que supone reconocer la comisión de las infracciones.

El acta de inspección por su valor probatorio, que no ha sido desvirtuado, constituye una prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia de responsabilidad administrativa del sancionado, por cuya razón la Resolución sancionadora no se ha dictado vulnerando el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 de la Constitución.

El interesado alega también que se han vulnerado los artículos 80 y 81 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por inadmitir todas las pruebas solicitadas, lo que, sin embargo, no constituye vulneración de derecho fundamental alguno. En el curso del procedimiento se dio ocasión de presentar pruebas, se presentaron las mismas y se inadmitieron motivadamente.

Por todo ello, la Resolución sancionadora no ha sido dictada lesionando el derecho a la predeterminación normativa por ley formal de las infracciones y sanciones administrativas y de la potestad sancionadora. Los arts. 137.3 LRJAP-PAC, 83 LOT y 24 a 30 y 44 del Decreto 190/1996 cubren suficientemente las exigencias del art. 25.1 de la Constitución.

3. Se alega, por otro lado, por el interesado, que la Resolución sancionadora vulnera el derecho de propiedad privada reconocido en el art. 33 de la Constitución. Esta alegación no cabe en un procedimiento de revisión de oficio porque, según el art. 62.1, a) LRJAP-PAC, los derechos cuya lesión constituye causa de nulidad son única y exclusivamente los susceptibles de amparo constitucional, y, según el art. 53.2 de la Constitución, esos derechos son los reconocidos en el art. 14 y en la Sección I del Capítulo II del Título I de la misma, entre los cuales no se encuentra el derecho de propiedad, el cual se reconoce en el art. 33 que se ubica en la Sección II de dicho Capítulo II, por cuya razón no procede entrar en su análisis.

Otra de las alegaciones formuladas por el interesado es que se ha vulnerado su derecho a no ser sancionado por infracciones que no estuvieran tipificadas previamente por una Ley, puesto que se le ha sancionado por celebrar un contrato o explotación que no se regula en ninguna disposición del ordenamiento jurídico.

El art. 31 LOT define el alojamiento turístico como aquel alojamiento temporal que, sin constituir cambio de residencia para el huésped, se ofrece en un establecimiento abierto al público en libre concurrencia mediante precio.

El art. 2.1.b) LOT somete a estos establecimientos y a sus titulares a dicha Ley. Sus arts. 20 y 84 les imponen, respectivamente, disponer de hojas de reclamaciones

y de libro de inspección. Su art. 76, en sus apartados 4 y 9, tipifica como infracción grave el carecer de ambos. En el procedimiento sancionador quedó acreditado que se ofrecía al público con publicidad, tanto en la propia recepción del edificio como en Internet, alojamiento por temporada y no para satisfacer una necesidad permanente de vivienda en el apartamento propiedad del sancionado, y que éste no disponía de las hojas de reclamaciones ni del libro de inspección. La alegación de que ha sido sancionado por unas infracciones que no están tipificadas por ley carece pues de fundamento.

4. La otra causa de nulidad que se alega consiste en la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley que reconoce el art. 14 de la Constitución, argumentando que por iguales infracciones, se ha venido sancionando en distinta cuantía a través de diversas resoluciones de la Viceconsejería de Turismo, que se citan en el escrito del interesado.

Al respecto debe señalarse que el art. 79.2.a) LOT establece para las infracciones graves una escala de multas cuya cuantía va desde 1.501 euros a 30.000 euros. La potestad sancionadora de la Administración, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, puede discrecionalmente fijar la sanción para las infracciones graves dentro de esa escala siempre que no recurra a criterios de diferenciación no objetivos o generales.

A la Administración le basta, a fin de rechazar el argumento del interesado en relación con otras sanciones impuestas por infracciones similares, con la remisión a los correspondientes actos sancionadores, justificando en cada caso la concreción de la sanción impuesta entre cuantías legalmente previstas por razones objetivas ajustadas al supuesto, debidamente argumentadas en su fundamento.

Hecho esto, por consiguiente, tampoco se puede considerar que dicha Resolución haya vulnerado el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley del solicitante de la revisión de oficio.

Por todo lo expuesto, debemos concluir que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, pues no procede la estimación de la solicitud de revisión de oficio instada por el interesado.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución que desestima la solicitud de revisión de oficio instada por S.S.P., en representación de K.J.D., se considera conforme a Derecho.