



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 2 5 / 2 0 1 3

(Pleno)

La Laguna, a 4 de octubre de 2013.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente 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 38, de 27 de enero de 2011, recaída en el expediente sancionador nº 163/10 (EXP. 321/2013 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Es objeto del presente Dictamen la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de revisión de oficio de la Resolución nº 38, de 27 de enero de 2011, de la Viceconsejería de Turismo, en virtud de la cual se sancionó a la entidad mercantil R.E.C., S.L. con una multa de treinta y nueve mil euros (39.000 €), por la comisión de infracción a la normativa turística, consistente en *"Estar abierto al público en general sin la autorización preceptiva para la entrada en servicio y desempeño de la actividad turística reglamentada de Apartamentos"*.

2. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo para emitirlo y la legitimación del Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias, 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. La revisión de oficio sólo cabrá, a tenor del artículo 102.1 de la citada Ley 30/1992, contra actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurrido en plazo; siendo en este caso el acto cuya nulidad se

* **PONENTE:** Sr. Lorenzo Tejera.

pretende la Resolución número 38, de 27 de enero de 2011, notificada el 2 de febrero de 2011, que devino firme al no ser recurrida en plazo. Se cumple el requisito de la firmeza del acto que se pretende revisar por el cauce del citado art. 102 de la LRJAP-PAC.

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

II

Constan, como antecedentes del procedimiento que nos ocupa, los siguientes:

- Por la Inspección de Turismo se levantó acta de inspección nº 14251, de 5 de julio de 2008, extendida por inspector de turismo actuante en el establecimiento denominado Apartamentos R.E.C., de cuya explotación turística es titular la entidad mercantil que ahora insta la revisión de oficio, en presencia del recepcionista del inmueble. En tal acta se consigna: *"(...) En el exterior del complejo no se da publicidad de la placa distintivo de la modalidad y categoría de los alojamientos. Se da por concluida la visita con el resultado reflejado, encontrándose la industria abierta al público y funcionando con normalidad. El compareciente desea hacer constar que la documentación turística se encuentra en manos del contable de la explotadora y que éste se encuentra en la isla de Tenerife"*.

- El 20 de mayo de 2009 se emite informe por el inspector de turismo actuante, complementario al acta, en el que se refiere que en tal fecha se realizaron varias visitas al establecimiento *Apartamentos R.E.C.* con el fin de verificar la situación administrativa del establecimiento y completar el acta nº 14251, instando a una nueva inspección.

- El 28 de abril de 2010 se realiza nueva visita de inspección de la que resulta el acta de inspección nº 15669, en la que consta: *"(...) se solicita documentación de la Administración Turística y no la presenta. No se nos aporta Libro de Inspección y hojas de reclamaciones. No cuentan con placa distintiva de la fachada. En el momento de la inspección se encuentran alojados cinco turistas que ocupan dos apartamentos, los n.º (...). El establecimiento se encuentra abierto al público y realiza la actividad normalmente. El complejo se compone de 29 unidades alojativas y la empresa R.E.C., S.L. explota 20"*.

- Asimismo consta acta de inspección nº 17754, de 30 de septiembre de 2010, extendida nuevamente por inspector de turismo actuante en el establecimiento de referencia, en la que se refleja: *"Solicitada la documentación de la Administración*

Turística Canaria, no presenta el Libro de Inspección de la industria, así como tampoco Declaración de Inicio o Autorización para el ejercicio de la actividad turística de alojamiento en la modalidad de apartamentos. (...)".

- Con fundamento en las actas de inspección nº 14251, de 5 de julio de 2008, y nº 15669, 28 de abril de 2010, se inició el expediente sancionador nº 163/10 por Resolución de la Dirección General de Ordenación y promoción Turística, de 13 de septiembre de 2010, por el hecho infractor consistente en: *"Estar abierto al público en general sin la autorización preceptiva para la entrada en servicio y el desempeño de la actividad turística reglamentada de Apartamentos"*.

- De la resolución recibe notificación la interesada el 16 de septiembre de 2010, viniendo a presentar alegaciones, en oficina de correos, el 5 de octubre de 2010, esto es, fuera del plazo de 15 días concedido al efecto. En las mismas, la mercantil esgrime en su defensa:

"Se cuenta con autorización para ejercer la actividad y así consta en la solicitud de apertura instada ante el Excmo. Cabildo Insular de La Gomera. Obviamente entendemos que la tramitación de la apertura consta de una serie de trámites que en la mayoría de las veces es lento, por razones no imputables al administrado ni a la Administración. Eso conlleva que muchas veces las normas que al principio le eran de aplicación se vean derogadas, y ello conlleva que se tenga que proceder a realizar modificaciones puntuales de los proyectos técnicos. Esta parte debe indicar que los técnicos aún están trabajando en las adaptaciones precisas, por lo que no ha existido mala fe por parte de la entidad mercantil. Asimismo queremos manifestar que la solicitud instada ante el organismo competente dio origen a un expediente el cual hasta la fecha de hoy no nos consta que haya procedido a su cierre, es decir, aún está vigente, en tramitación".

- El 27 de enero de 2011 se dicta la Resolución sancionadora nº 38, por la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias, que, habiéndose notificado a la entidad mercantil el 2 de febrero de 2011, no fue recurrida en plazo, adquiriendo firmeza y generando los correspondientes instrumentos cobratorios.

- El 22 de marzo de 2013 la entidad mercantil R.E.C., S.L., mediante la representación acreditada de B.B.R., solicita la revisión de oficio de la citada resolución sancionadora, con anulación de la sanción impuesta *"por la falta de tipicidad y legalidad exigible que la convierte en un acto nulo de pleno derecho"*.

III

1. De su solicitud de revisión de oficio, se infiere, dado que no se indica en el escrito de solicitud de revisión, que la interesada señala como causa de nulidad la recogida en el art. 62.1.a) LRJAP-PAC, esto es, lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (art. 25.1 CE), viniendo a señalar, en síntesis, que *“la Resolución sancionadora que se impugna adolece en su aplicación de la concurrencia de los principios de tipicidad y legalidad que han de presidir e inspirar el ejercicio por la Administración Pública de su potestad sancionadora administrativa, de que nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que no constituyan infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento. La conducta reputada como infracción administrativa no se encuentra tipificada ni descrita con la suficiente precisión en la legislación en materia de turismo”*. En su escrito de solicitud, la entidad sancionada desarrolla tal fundamentación, a lo que añade que, en todo caso, ya había adquirido la autorización de apertura y funcionamiento por silencio positivo. Finalmente, resalta también la falta de culpabilidad y de responsabilidad de su parte.

IV

1. La Propuesta de Resolución estima la solicitud de la interesada, si bien no por la causa que ésta alega.

Así, viene a señalar la Propuesta de Resolución: *“Si bien las alegaciones de la entidad mercantil sancionada fueron presentadas fuera del plazo concedido, sólo un día después a que expirase el mismo, dado el contenido de esas alegaciones, como de lo aducido ahora en vía de revisión de oficio, la Administración debió realizar las actuaciones necesarias para el esclarecimiento de los hechos a los efectos de verificar si la entidad mercantil había obtenido la preceptiva autorización por silencio administrativo, toda vez que siendo el hecho imputado el de carecer de autorización administrativa para el ejercicio de la actividad turística de alojamiento, y aducido por la mercantil que dicho título habilitante había sido solicitado al Cabildo Insular de La Gomera, como así consta en el documento que anexa a su escrito de revisión de oficio (solicitud de apertura de apartamentos presentada en dicha Corporación el 7 de julio de 2008, a la que se acompaña Resolución de la misma Administración de fecha 17 de julio de 2001 de concesión de autorización previa a la actividad turística extrahotelera de apartamentos turísticos), y que el mismo se entiende concedido por silencio administrativo al amparo del artículo 15 del Decreto 23/1989, de 15 de febrero, sobre Ordenación de*

Apartamentos Turísticos: “transcurridos dos meses desde la presentación de la solicitud de apertura y clasificación sin que por parte de la Administración turística competente se hubiese dictado resolución, se podrá iniciar la explotación turística del establecimiento con la categoría instada, entendiéndose en este supuesto concedida la pertinente autorización de apertura, así como, la clasificación que será provisional, todo ello siempre que los interesados presenten sus peticiones debidamente documentadas y se ajusten al ordenamiento jurídico”, entendiéndose por la parte interesada que habiendo solicitado la licencia de apertura, presentada debidamente con los documentos requeridos y ajustada a la normativa aplicable, el transcurso del plazo sin actividad administrativa vino a suponer la obtención de la licencia por haber operado el mecanismo del silencio administrativo positivo.

La Administración debió reclamar del Cabildo Insular de La Gomera toda la documentación del expediente tramitado a partir de la autorización previa a la actividad turística extrahotelera de apartamentos turísticos para poder evidenciar si se habían cumplimentado los requisitos necesarios para el otorgamiento de la autorización de apertura. No haberse tomado en consideración las alegaciones presentadas por la expedientada durante la tramitación del expediente sancionador ha generado una clara indefensión. El de prueba es considerado un trámite esencial en cualquier procedimiento, y de manera especial en el procedimiento sancionador, máxime en este caso en el que las actas de inspección e informe de inspector, que obran en el expediente sancionador, se limitan a consignar que la entidad mercantil carecía de libro de inspección, hojas de reclamaciones y placa distintiva en la fachada, y por ello deduce que carece de la autorización de apertura sin averiguar mediante la realización de las correspondientes actuaciones, al no tomar en consideración lo aducido por la mercantil para su defensa en fase de alegaciones, si había operado el silencio administrativo y, en consecuencia, a fecha 7 de septiembre de 2008 (dos meses más tarde a la fecha de presentación de la solicitud de autorización de apertura), se disponía del indicado título habilitante, con lo que a fecha de infracción, 28 de abril de 2010, momento en que se extendió el acta de inspección de la que trae causa directamente el expediente sancionador, la entidad mercantil estaba ejerciendo la actividad turística de alojamiento con la preceptiva autorización.

Podemos concluir afirmando que se conculcó el derecho de defensa derivado del artículo 24.2 de la Constitución Española. En un procedimiento sancionador, en principio, es invocable el derecho de defensa reconocido en el citado artículo 24.2

de la CE (...)" . La inexistencia del trámite de audiencia, así como la falta en consideración de las alegaciones que en este caso se presentaron durante la sustanciación del procedimiento sancionador, ha causado indefensión considerándose violado el artículo 24.2, omisión procedimental que ha originado indefensión a la entidad mercantil, por la ya expuesto, toda vez que esta omisión no ha dado lugar a una simple vulneración meramente formal sino que se ha producido una auténtica indefensión que ha impedido el esclarecimiento de los hechos habiéndose producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa".

2. Pues bien, entendemos que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho al estimar la solicitud de revisión de oficio instada.

Así, ciertamente, en el expediente sancionador no se tuvieron en cuenta las alegaciones efectuadas por la entidad afectada, mas, en puridad hubo trámite de audiencia, si bien no desplegó sus efectos por causa imputable a la propia entidad mercantil al presentar las alegaciones fuera de plazo, no siendo la ausencia de trámite de audiencia un vicio predicable del expediente sancionador 163/2010.

Ahora bien, como señala la Propuesta de Resolución, tales alegaciones debieron tomarse en cuenta en la tramitación del expediente, dado el carácter esencial del contenido de las mismas para la resolución del procedimiento sancionador, pues de ellas se detraía la inexistencia de hecho infractor, al haber adquirido la entidad mercantil autorización de apertura por silencio administrativo positivo, lo que era verificable recabando la documentación acreditativa de ello al Cabildo Insular de La Gomera.

3. La revisión de oficio debe estimarse por la causa en la que la fundamenta la entidad sancionada. Tal causa es la recogida en el art. 62.1.a) LRJAP-PAC, esto es, lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, por haberse vulnerado el art. 25.1 CE: *"Nadie puede ser (...) sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento"*.

La Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias nº 38, de 27 de enero de 2011, recaída en el expediente sancionador nº 163/10, cuya nulidad se pretende, establece, como hecho infractor *"Estar abierto al público en general sin la autorización preceptiva para la entrada en servicio y el desempeño de la actividad turística reglamentada de Apartamentos"*, consignándose como fecha de infracción el 28 de abril de 2010, correspondiente a la fecha de expedición del acta de inspección nº 15669, y como normas sustantivas infringidas los artículos 8, 12.1 y

15 del Decreto 23/1989, de 15 de febrero, sobre Ordenación de Apartamentos Turísticos, en relación con el art. 24.2 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, tipificándose como infracción muy grave en el art. 75.1 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, modificada por la Ley 14/2009, de 30 de diciembre *“La construcción, ampliación, rehabilitación, reforma o apertura de establecimientos turísticos de alojamiento, incumpliendo los deberes previstos en el artículo 13.2.a) o careciendo de la preceptiva autorización en el caso en que ésta fuera preceptiva”*.

Sin embargo, la normativa existente en el momento de la imposición de la sanción dispensaba del requisito de autorización administrativa para la apertura y funcionamiento del establecimiento, siendo un requisito reservado a los supuestos excepcionales establecidos en la normativa medioambiental o de ordenación del territorio. Pero, en todo caso, aun siendo exigible, ya disponía de tal autorización la entidad por haberla adquirido por silencio administrativo positivo, aportando en prueba de ello, la entidad sancionada, por un lado, copia de autorización previa de fecha 17 de julio de 2001, concedida por el Cabildo Insular de La Gomera, así como solicitud de autorización de apertura de 7 de julio de 2008 (solicitada tras la inspección realizada al establecimiento el 5 de julio de 2008, que dio lugar al acta nº 014251/08). Tal adquisición resulta de la aplicación del art. 15 del Decreto 23/1989, de 15 de febrero, sobre Ordenación de Apartamentos Turísticos, que establece: *“transcurridos dos meses desde la presentación de la solicitud de apertura y clasificación sin que por parte de la Administración turística competente se hubiese dictado resolución, se podrá iniciar la explotación turística del establecimiento con la categoría instada, entendiéndose en este supuesto concedida la pertinente autorización de apertura, así como la clasificación, que será provisional, todo ello siempre que los interesados presenten sus peticiones debidamente documentadas y se ajusten al ordenamiento jurídico”*.

La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre (Directiva de Servicios), relativa a los servicios en el mercado interior, se incorporó al Ordenamiento jurídico interno por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, lo que se traduce en la supresión del régimen de autorización previa para la apertura de los establecimientos y su sustitución por un régimen menos intervencionista, caracterizado por la comunicación previa para el libre ejercicio de la actividad y la presentación de declaraciones responsables.

Como consecuencia de ello, la Comunidad Autónoma de Canarias ha llevado a cabo la labor de adaptación de diversas leyes a las nuevas previsiones de la legislación básica impuestas por la Directiva de Servicios, entre las que se encuentra la LOT, la Ley 14/2009, de 30 de diciembre, que modifica la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, viniendo a eliminar con carácter general la exigencia de autorización administrativa previa para el ejercicio de las actividades turísticas, con determinadas excepciones que pueden encontrar acomodo en las propias previsiones de la Directiva comunitaria. Así, se modificaron, en lo que aquí afecta, los arts. 13, 22, 23, 24 y 43, así como las infracciones, para su adaptación a la nueva regulación (artículos 75, 76, 77 y 78), y se derogaron los arts. 6.6, 21 y 27 de la Ley de Ordenación del Turismo. Asimismo, en la Disposición Adicional Primera, relativa a la *“sustitución del régimen de autorización previa por el de comunicación previa”*, se establece: *“A la entrada en vigor de la presente ley y sin perjuicio de las autorizaciones de carácter ambiental o territorial, legal o reglamentariamente preceptivas, no serán exigibles las autorizaciones turísticas siguientes: (...) Las autorizaciones de apertura y funcionamiento de establecimientos turísticos de alojamiento, salvo los supuestos contemplados en el art. 24.2. (...)”*. Al respecto, este art. 24.2 reserva tal exigencia para los *“supuestos en los que por razones medioambientales o de ordenación del territorio, esté legal o reglamentariamente restringida o limitada la creación de nueva oferta de alojamiento turístico y, especialmente, siempre que dichas limitaciones vengan justificadas en la ordenación territorial atendiendo a la capacidad de carga de las islas”*. Ninguno de estos supuestos concurre en el caso que nos ocupa.

Esta modificación ha supuesto, pues, la eliminación de la exigencia generalizada de autorizaciones administrativas turísticas para el acceso y ejercicio de actividades de esta naturaleza y su sustitución, también con carácter general, por un régimen de comunicación previa (artículos 13.2.a) y 24.1), deviniendo en excepcional la exigencia de autorización administrativa.

En este sentido, cabe recoger la paradigmática doctrina sentada en la Sentencia número 99 de la Sala de Contencioso-Administrativo (Las Palmas), del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 8 de mayo de 2012, citada por la entidad mercantil en su escrito de solicitud de revisión de oficio, pues se determina en ella: *“(...) En esta línea se produce una modificación de los ilícitos administrativos y, entre ellos, una nueva redacción del art. 75.1 por lo que, a partir de su vigencia, se considera infracción muy grave a la disciplina turística: 1. La construcción, ampliación, rehabilitación, reforma o apertura de establecimientos turísticos de*

alojamiento, incumpliendo los deberes previstos en el artículo 13.2.a) o careciendo de autorización en el caso que ésta fuera preceptiva.

Y, en el caso, el contraste entre la nueva regulación y la anterior permite constatar que ha desaparecido del catálogo de infracciones la consistente en el ejercicio de la actividad turística sin las autorizaciones preceptivas para la entrada en servicio de establecimientos y desempeño de actividades turísticas reglamentadas, y, en particular, la relativa a la apertura del establecimiento sin la previa autorización turística, y ello por cuanto conforme al nuevo régimen la apertura sólo exigirá el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, entre ellos, la declaración responsable, y sólo excepcionalmente, en supuestos tasados, será necesaria la autorización previa, pero sin que sea posible a priori y en abstracto determinar esos supuestos.

Por tanto, en tanto en cuanto ha desaparecido la autorización previa, salvo en aquellos casos en que fuere preceptiva que no podrán ser determinados a priori, deja de existir la infracción que tipificaba, como infracción muy grave la apertura de establecimientos sin dicha autorización en la que el reproche de la conducta venía determinado por ese ejercicio de la actividad sin el control preventivo que suponía la autorización previa que ya no es necesaria con carácter general.

La nueva infracción constituye un precepto en blanco que es preciso llenar con preceptos que establezcan supuestos en los que legal o reglamentariamente y por razones medioambientales o de ordenación del territorio esté restringida o limitada la creación de nueva oferta de alojamiento turístico, que difiere diametralmente del anterior, que tipificaba tan solo la apertura sin autorización previa, por lo que podemos concluir que la conducta objeto de sanción, tal y como estaba descrita, ha dejado de ser típicamente antijurídica al regir el principio de libertad de establecimiento, sin necesidad de autorización previa, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos de comunicación y declaración responsable. (...)

Por tanto, habiendo desaparecido, en el momento de dictarse la resolución sancionadora, la infracción administrativa por cuya comisión se sanciona a la entidad mercantil R.E.C., S.L, no puede producirse sanción alguna, dado el principio de legalidad sancionadora recogido en el art. 25.1 CE, por lo que procede la revisión de oficio y consecuente declaración de nulidad de la Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias nº 38, de 27 de enero de 2011, recaída en el

expediente sancionador nº 163/10, *ex art.* 102 Ley 30/1992, en relación con el art. 62.1.a) de la misma Ley.

C O N C L U S I Ó N

Procede la declaración de nulidad de la Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias nº 38, de 27 de enero de 2011, de acuerdo con lo expuesto en este Dictamen.