



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 411/2013

(Pleno)

La Laguna, a 19 de noviembre de 2013.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución de la revisión de oficio nº 8/13, a instancia de J.R.E.Q., en representación de D.O., contra Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias nº 174/2013, de 13 de febrero, recaída en el expediente sancionador nº 368/11 (EXP. 419/2013 RO)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de revisión de oficio, instado por la representación de D.O., de la Resolución nº 174/2013, de 13 de febrero, de la Viceconsejería de Turismo, en virtud de la cual se sancionó al interesado por la comisión de dos infracciones graves de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, LOT.

2. La preceptividad del Dictamen, la competencia de este 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 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación el primer precepto citado 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 Resolución nº 174/2013 no se interpuso en plazo recurso de alzada, por lo que devino firme. Se cumple, pues, el requisito de la firmeza del acto que se pretende revisar por el cauce del art. 102 LRJAP-PAC.

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

El art. 102.1 LRJAP-PAC permite que la Administración declare la nulidad de todos sus actos administrativos, sin distinguir entre si son favorables o desfavorables a los interesados. Por esta razón, cuando se trata de estos últimos la Administración por propia iniciativa puede revocar una resolución sancionadora, bien al amparo del art. 102.1 LRJAP-PAC, bien con la cobertura y los límites del art. 105.1 LRJAP-PAC. Pero si es el interesado quien insta la declaración de nulidad de la resolución sancionadora, la Administración está obligada a tramitar y resolver el procedimiento de revisión de oficio, porque el art. 118.3 LRJAP-PAC en relación con el art. 102.1 confiere a aquél una acción de nulidad. De ahí que el Consejo Consultivo haya dictaminado con toda naturalidad en procedimientos de revisión de oficio dirigidos a declarar la nulidad de resoluciones sancionadoras. Véanse en este sentido los Dictámenes 213/2004, 214/2004 y 215/2004, de 2 de diciembre los tres, y los Dictámenes 292/2010 de 6 de mayo, 753/2010 de 15 de octubre y 324/2013 de 4 de octubre, entre otros muchos.

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

II

1. Por la Resolución nº 174/2013, de 13 de febrero, de la Viceconsejería de Turismo, se impusieron al interesado dos sanciones, de 6.900 euros cada una, por la comisión de dos infracciones administrativas a la normativa turística consistente, la primera en "Explotar turísticamente el apartamento (...) del Complejo denominado (...), careciendo del libro de inspección de turismo" y la segunda en "Explotar turísticamente el apartamento (...) del Complejo denominado (...), careciendo de las hojas de reclamaciones".

2. Una vez firme la mencionada Resolución, por la representación del interesado se ha solicitado su revisión de oficio por considerar que está incurso en la causa de nulidad tipificada en el art. 62.1 a) LRJAP-PAC. Esta consideración la fundamenta, en síntesis, en los siguientes argumentos:

1º.- Vulneración del derecho fundamental, reconocido en el art. 24.2 de la Constitución, de audiencia, defensa y contradicción en los procedimientos sancionadores, al haber optado la Administración por el método de notificación extraordinario de notificación por edictos y anuncios públicos, sin intentar previamente averiguar el domicilio del interesado para notificar la incoación del procedimiento sancionador.

2º.- Irregularidad y ausencia total de garantía de la inspección realizada exclusivamente por Internet sobre una página web, por lo que se ha vulnerado de manera manifiesta el principio fundamental de presunción de inocencia recogido en el artículo 24 de la Constitución Española y que da lugar a la nulidad de pleno derecho de la Resolución nº 174/2013, de 13 de febrero, en virtud del artículo 62.1.a) LRJAP-PAC.

3. Las actuaciones desarrolladas en el procedimiento sancionador que alumbró la Resolución nº 174/2013, de 13 de febrero, de la Viceconsejería de Turismo fueron las siguientes:

El 12 de diciembre de 2011 el Jefe de Sección de Inspección del Servicio de Inspección y Sanciones de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística de la Viceconsejería de Turismo emite un informe del siguiente tenor: "Teniendo conocimiento de la oferta e información sobre alojamientos turísticos publicitada en Internet y efectuada consulta al Cabildo Insular de Tenerife, referida al complejo de apartamentos denominado(...), situado en (...), término municipal de Arona, en la provincia de Santa Cruz de Tenerife, se comprueba que el apartamento (...) no figura registrado como establecimiento turístico, siendo ofertado turísticamente sin disponer el titular D.O., de libro de inspección de turismo y hojas de reclamaciones lo que se informa a los efectos oportunos". Al citado informe se adjunta publicidad en la página web (...) con referencia C2238, donde se ofrece en alquiler el mencionado apartamento.

El mismo Jefe de Sección de Inspección, con fecha 12 de diciembre de 2011, libra certificación del siguiente tenor literal: "Que la propiedad que figura en la página web (...) con referencia C2238, se corresponde con el apartamento (...) del complejo de apartamentos denominado(...), de Playa de Las Américas, término municipal de Arona, provincia de Santa Cruz de Tenerife, propiedad de D.O., según consta en el listado de propiedades del complejo, con NIE (...), según consta en el Programa de Información Contable de la Comunidad Autónoma de Canarias".

Remisión de un correo electrónico el 12 de diciembre de 2011 por el Cabildo Insular de Tenerife al Servicio de Inspección y Sanciones de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística de la Viceconsejería de Turismo, informando que "en la actualidad no existe ninguna empresa explotadora en el mencionado complejo. En relación con el complejo (...), figura una empresa explotadora llamada

P.M., S.L. única empresa que explota en la actualidad en dicho complejo 67 unidades, entre los que no se encuentra el número (...)" .

A raíz de la citada documentación, fue incoado expediente sancionador a D.O., mediante Resolución de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística de 9 de octubre de 2012 por la comisión de dos infracciones a la normativa turística consistentes en "explotar turísticamente el apartamento (...) del Complejo denominado (...) careciendo del libro de inspección de turismo" y "explotar turísticamente el apartamento (...) del Complejo denominado (...)", careciendo de las hojas de reclamaciones" consignándose como normativa sustantiva infringida, respecto del primer hecho infractor, el artículo 84 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, "A efectos de permitir el cumplimiento de la labor inspectora, las empresas turísticas dispondrán de un libro de inspección de las características que reglamentariamente se determinen que tendrán a disposición de los inspectores en todo momento"; en relación con el artículo 41 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, "Las personas físicas o jurídicas titulares de una empresa, actividad o establecimiento turístico, dispondrán obligatoriamente de un libro de inspección que tendrán a disposición de los inspectores de turismo en todo momento, en el lugar en que se desarrolle la actividad". En cuanto al segundo hecho infractor se refiere, se consignó como norma sustantiva infringida el art. 20.1 LOT, "Las empresas turísticas vienen obligadas a tener en cada establecimiento las hojas de reclamaciones a disposición de sus clientes"; en relación con el artículo 8 del Decreto 168/1996, de 4 de julio por el que se regulan las características de las hojas de reclamaciones y el procedimiento de tramitación de las reclamaciones, en cuyo apartado 1 se dispone lo siguiente: "Las hojas de reclamaciones son entregadas a las empresas turísticas en el momento en que se autoricen los establecimientos o el ejercicio de la actividad, vendrán referidas exclusivamente a los mismos y serán transferibles".

Por los hechos imputados, las infracciones que figuran en el expediente fueron calificadas como graves respectivamente según los artículos 76.9 y 76.4 de la citada Ley de Ordenación del Turismo de Canarias, "Carecer o no facilitar el libro de inspección cuando una norma prevea el deber de disponer del mismo" y "Carecer de las hojas de reclamación obligatorias, no facilitarlas a los clientes o no tramitarlas en tiempo y forma".

La Resolución de inicio del expediente sancionador se intentó notificar por correo en el apartamento mencionado sin que pudiera efectuarse porque, según el acuse de recibo de Correos, el interesado era desconocido en esa dirección. Esta circunstancia determinó que esa Resolución fuera publicada en el Boletín Oficial de Canarias número 229, de 22 de noviembre de 2012 y en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de Arona. Transcurrido el plazo para la formulación de alegaciones y proposición de pruebas, sin que el interesado se personara en el procedimiento, con fecha de 13 de febrero de 2013 se dictó la Resolución de la Viceconsejería de Turismo número 174, poniendo fin al procedimiento sancionador, declarándose la responsabilidad administrativa del expedientado por los hechos infractores imputados. Esta Resolución se intentó notificar por correo postal dirigido a la dirección del apartamento mencionado, donde no se pudo entregar esta vez, no porque el interesado fuera desconocido en esa dirección -como se expresó en el anterior intento infructuoso de notificación de la incoación del procedimiento sancionador- sino porque se encontraba ausente en las dos ocasiones en que se intentó esa entrega por el cartero. Esta circunstancia determinó que se notificara mediante edicto publicado en el Boletín Oficial de Canarias número 66, de 8 de abril de 2013.

4. La Propuesta de Resolución del presente procedimiento de revisión de oficio, en su Fundamento de Derecho IV, considera que el acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador que concluyó con la Resolución nº 174/2013, *“carece de los requisitos necesarios para entender satisfecho este trámite el derecho del interesado a ser informado de la acusación formulada contra él reconocido por el artículo 24.2 de la Constitución, al no contener un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada, limitándose a señalar los hechos infractores, fechas de infracciones, indicación de las normas sustantivas infringidas, tipificación de las infracciones, calificación jurídica de las infracciones y sanciones que pudiera corresponderle pero sin un pronunciamiento motivado de la responsabilidad que pudiera exigírsele y sin indicación de la concreta prueba de cargo que sirviera (sic) de apoyo para la imputación de los hechos infractores. De modo que el titular expedientado, al no formularse una propuesta de resolución, con dicho pronunciamiento preciso, ha visto privada su posibilidad de contradecir en derecho los hechos imputados y que después hizo suyos, en base a (sic) una serie de consideraciones jurídicas desconocidas para el expedientado durante la sustanciación del expediente sancionador, la Resolución sancionadora.*

Podernos concluir afirmado 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 C.E., debiendo recordarse al efecto, que el Tribunal Constitucional entre otras en su ya conocida sentencia 18/81, de 8 de junio declaró que: «los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado tal y como refleja la propia Constitución (...)» y «los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la administración». En el Fundamento 5 de su sentencia 42/89 de 16 de febrero vuelve a recordar que las garantías del artículo 24 de la Constitución, referidas a la tutela judicial efectiva no pueden trasladarse sin más a las actuaciones administrativas, salvo que éstas tengan una naturaleza sancionadora equivalente materialmente a las actuaciones propiamente penales. En los demás casos la defensa de los derechos e intereses legítimos en el procedimiento administrativo es una cuestión que ha de resolverse por los órganos de la jurisdicción competente en aplicación de las leyes. La inexistencia del trámite de instrucción, con la correspondiente audiencia al interesado que prevé el artículo 15 del Decreto 190/1996, de 1 de agosto citado, causa indefensión considerándose violado el artículo 24.2 de la CE. Omisión procedimental que ha originado indefensión al interesado por lo 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.

Tal proceder determinaría la retroacción de actuaciones al momento en que fue emitida la Resolución de inicio del expediente sancionador, pero dado que procede la revisión de oficio por concurrencia de nulidad, al haberse vulnerado el artículo 24.2 de la C.E. incurriendo, por tanto, la Resolución de la Viceconsejería de Turismo número 174, de 13 de febrero de 2013 en la causa de nulidad del artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es de aplicación el principio de economía procesal (Dictamen nº 227/2013, de 19 de junio. del Consejo Consultivo de Canarias). En razón de lo expuesto, procede estimar la solicitud de revisión de oficio y declarar la nulidad de la citada Resolución de 13 de febrero de 2013”.

III

1. El Tribunal Constitucional y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo vienen sosteniendo en una doctrina jurisprudencial uniforme, reiterada y consolidada que los derechos reconocidos en el art. 24.2 de la Constitución son aplicables en los procedimientos administrativos sancionadores. Así, el Fundamento Jurídico IV de la STC 32/2009, de 9 de febrero:

“(…) es indiscutida la aplicación, a los actos y resoluciones de Derecho administrativo sancionador, de los principios sustantivos derivados de dicho precepto constitucional. En relación con este extremo hay que recordar que: «[E]ste Tribunal ha venido [estableciendo] desde la STC 18/1981, de 8 de junio (F. 2), hasta hoy, por todas STC 243/2007, de 10 de diciembre, la aplicabilidad a las sanciones administrativas de los principios sustantivos derivados del art. 25.1 CE, y también hemos proyectado sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales ínsitas en el art. 24.2 CE; no mediante su aplicación literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE. Así, partiendo del inicial reproche a la imposición de sanciones sin observar procedimiento alguno, se ha ido elaborando progresivamente una doctrina que asume la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio abanico de garantías del art. 24.2 CE. Sin ánimo de exhaustividad, cabe citar el derecho a la defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición de la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; y, en fin, el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa, del que se deriva que vulnera el art. 24.2 CE la denegación inmotivada de medios de prueba (por todas, SSTC 7/1998, de 13 de enero, F. 5, y 272/2006, de 25 de septiembre, F. 2)» (STC 70/2008, de 23 de junio, F. 4).

Respecto de la posibilidad de que la notificación edictal de las distintas resoluciones administrativas —productoras, según la parte, de indefensión—, pudiera considerarse bastante, hemos dicho que «el ejercicio del derecho de defensa en el

seno de un procedimiento administrativo sancionador presupone que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento, pues sólo así podrá disponer de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa, previa a la toma de decisión; y, por ende, que la Administración siga un procedimiento en el que el denunciado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes, así como de alegar lo que a su derecho convenga. Ahora bien, con arreglo a nuestra propia jurisprudencia han de concurrir los siguientes requisitos para que revista relevancia constitucional la falta de emplazamiento personal en un expediente sancionador: en primer lugar, que el no emplazado tenga un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda verse afectado por la resolución que se adopte; en segundo lugar, que el no emplazado personalmente haya padecido una situación de indefensión a pesar de haber mantenido una actitud diligente; y, por último, que el interesado pueda ser identificado a partir de los datos que obren en el expediente (SSTC 54/2003, de 24 de marzo, F. 3; y 145/2004, de 13 de septiembre, F. 4). El problema, por tanto, debe concretarse en enjuiciar si la falta de notificación de los acuerdos de inicio de los expedientes sancionadores y de las respectivas propuestas de resolución ha ocasionado indefensión material constitucionalmente relevante al recurrente, por haber impedido su defensa, imponiéndose de plano las sanciones administrativas referidas anteriormente» (STC 70/2008, F. 5)“.

Sobre la necesidad de desplegar una actividad diligente en la averiguación del domicilio donde practicar las notificaciones antes de recurrir a la notificación por edictos el Tribunal Constitucional ha afirmado reiteradamente:

“(...) que es una garantía contenida en el art. 24.1 CE la necesidad de que los actos de comunicación de los órganos judiciales con las partes se realicen de forma correcta y con la diligencia debida, toda vez que ello es presupuesto para que puedan adoptar la postura que estimen pertinente en defensa de sus intereses (por todas, STC 255/2006, de 11 de septiembre, F. 2). A esos efectos, este Tribunal ha destacado que pesa sobre los órganos judiciales la responsabilidad de procurar el emplazamiento o citación personal de los demandados, siempre que sea factible, por lo que el emplazamiento edictal constituye un remedio último de carácter supletorio y excepcional, que requiere el agotamiento previo por el órgano judicial de las modalidades aptas para asegurar en el mayor grado posible la recepción de la notificación por el destinatario de la misma, a cuyo fin aquél ha de extremar las gestiones en averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales a su alcance, de manera que el acuerdo o resolución judicial que lleve a tener a la

parte en un proceso como persona en ignorado paradero debe fundarse en criterios de razonabilidad que conduzcan a la certeza, o cuando menos a una convicción razonable, de la inutilidad de los medios normales de citación (por todas, STC 306/2006, de 23 de octubre, F. 2)". (STC 158/2007, de 2 de julio, FJ 2).

Esta doctrina jurisprudencial es plenamente aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores:

"(...) entre las garantías del art. 24 CE que son de aplicación al procedimiento administrativo sancionador están los derechos de defensa y a ser informado de la acusación, cuyo ejercicio presupone que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento, pues sólo así podrá disfrutar de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa previa a la toma de decisión y, por ende, que la Administración siga un procedimiento en el que el denunciado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y de alegar lo que a su derecho convenga (STC 226/2007, de 22 de octubre, F. 3). A esos efectos, siendo de aplicación directa lo afirmado en relación con los procedimientos judiciales, este Tribunal ha destacado la exigencia de procurar el emplazamiento o citación personal de los interesados, siempre que sea factible, por lo que el emplazamiento edictal constituye un remedio último de carácter supletorio y excepcional, que requiere el agotamiento previo de las modalidades aptas para asegurar en el mayor grado posible la recepción de la notificación por el destinatario de la misma, a cuyo fin deben de extremarse las gestiones en averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales, de manera que la decisión de notificación mediante edictos debe fundarse en criterios de razonabilidad que conduzcan a la certeza, o al menos a una convicción razonable, de la inutilidad de los medios normales de citación (por todas, STC 158/2007, de 2 de julio, F. 2)". (STC 32/2008, de 25 de febrero, F 2).

De donde se deriva naturalmente la conclusión que se recoge en el siguiente Fundamento de esta STC 32/2008:

"(...) el Ayuntamiento de Madrid cumplió con la obligación formal de dirigir las diversas notificaciones a que daban lugar los procedimientos sancionadores al domicilio de la entidad recurrente que figuraba en el Registro de Vehículos y que fue la recurrente la que incumplió su obligación, como titular de un vehículo, de notificar a dicho Registro el cambio de domicilio. Ahora bien, más allá de ello, una vez frustradas las posibilidades de notificación personal a la entidad recurrente por

ser ignorado su paradero en ese domicilio, la Administración sancionadora no podía limitarse a proceder a la notificación edictal sin desplegar una mínima actividad indagatoria en oficinas y registros públicos para intentar determinar un domicilio de notificaciones alternativo en que pudiera ser notificada personalmente”.

Conforme a esta doctrina constitucional debe ser interpretado el art. 59.5 LRJAP-PAC, que dispone que cuando intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su último domicilio, en el “Boletín Oficial del Estado”, de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según cuál sea la Administración de la que proceda el acto a notificar, y el ámbito territorial del órgano que lo dictó.

En el presente supuesto, en el expediente constaba que el apartamento cuya titularidad dominical correspondía al interesado formaba parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal. Conforme al art. 9.1 h) de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal (LPH), el propietario está obligado a comunicar a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad de propietarios, un domicilio a efectos de citaciones y notificaciones como se acredita en el Certificado presentado por el interesado. La Administración con tan sólo dirigirse al Presidente de la comunidad de propietarios del edificio habría obtenido la dirección de ese domicilio al cual dirigir la notificación de la incoación del procedimiento sancionador, y en el supuesto de que ese domicilio estuviera radicado en el extranjero pudo haberla practicado, tal como prevé el art. 59.5 LRJAP-PAC, mediante su publicación en el tablón de anuncios del Consulado o Sección Consular de la Embajada correspondiente.

La Administración no procedió así, sino que, ante la frustración de las notificaciones por correo en el apartamento, sin más averiguaciones procedió a notificar por edictos la incoación del procedimiento y su resolución, con lo cual al interesado se le ha sancionado sin darle oportunidad a conocer los hechos ni la prueba de éstos ni las infracciones en que se subsumían, ni permitirle ser oído ni defenderse ni proponer pruebas de descargo. Con ello se vulneraron los derechos que le atribuye el art. 135 LRJAP-PAC al presunto responsable de una infracción administrativa y que son la concreción legal en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24. 2 de la Constitución.

2. En el expediente sancionador obra una copia impresa de la traducción realizada del inglés al castellano por un traductor automático de Internet de la

oferta en una página electrónica del alquiler de dos apartamentos en el edificio (...) en Playa de las Américas y cuyo propietario se dice que es D.O. Pero del tenor de la copia no resulta quién es el autor de la oferta ni el propietario de la página.

Esta copia impresa de una traducción realizada por el traductor automático de G., se han incorporado al expediente sin que ningún funcionario de fe de que el contenido de la copia impresa se corresponde con el contenido de la página electrónica ni de la fecha en que se realizó la impresión, ni de la fidelidad de la traducción. Tampoco permite comprobar que haya sido D.O. el autor de esa oferta.

Asimismo, figura un informe de 12 de diciembre de 2011, del Jefe de Sección de Inspección Turística, en que se expresa que se ha tenido conocimiento de la oferta de alojamientos turísticos publicitada en internet y consultado el Cabildo Insular de Tenerife resulta que el apartamento mencionado no está registrado como establecimiento turístico, siendo ofertado turísticamente sin disponer el titular del mismo del libro de inspección de turismo y hojas de reclamaciones.

Este informe no identifica las páginas electrónicas donde dice que se oferta el alojamiento, ni recoge su contenido, ni la fecha en que se produjo esa comprobación.

Posteriormente mediante un documento del Jefe de la Sección de Inspección Turística se certifica "Que la propiedad que figura en la página web (...) con referencia C2238, se corresponde con el apartamento (...) del complejo de apartamentos denominado (...), situado en (...), término municipal de Arona, provincia de Santa Cruz de Tenerife, propiedad de D.O., según consta en el lisiado de propiedades del complejo, con NIE (...), según consta en el Programa de Información Contable de la Comunidad Autónoma de Canarias".

Las meras copias impresas de páginas web, traducidas de otro idioma mediante traductores automáticos, sin que conste el funcionario que ha realizado esa copia, en ejercicio de qué funciones ni la fecha en que se ha procedido a su impresión, ni se avale la fidelidad de su traducción, no pueden calificarse ni como documento administrativo ni como documento privado. Carecen de todo valor probatorio.

El informe del Jefe de Sección dice que el apartamento (...) se oferta turísticamente, pero no expresa si ha tenido conocimiento directo de esa oferta ni cuándo ni en qué circunstancias. Carece pues de virtualidad para probar que el apartamento se ofrecía como alojamiento turístico.

Las sanciones que se han impuesto a D.O. parten del hecho de que este explota turísticamente el apartamento de su propiedad sin disponer del libro de inspección turística ni de las hojas de reclamaciones.

Este hecho se considera probado según la propuesta de incoación del procedimiento sancionador, la resolución de incoación de éste y la propuesta de resolución sancionadora porque *“se desprende de la publicidad e información contenidas en la correspondiente página web y del informe emitido por el Servicio de Inspección de Turismo de fecha de 12 de diciembre de 2011”*.

La Resolución nº 174/2013, de 13 de febrero, que se pretende revisar, en su apartado Hechos Probados dice:

“se considera probado en virtud de las inspecciones y actuaciones referidas en los antecedentes el siguiente hecho/s

PRIMERO.-Explotar turísticamente el apartamento (...) del Complejo denominado (...) careciendo de libro de inspección de turismo.

SEGUNDO.-Explotar turísticamente el apartamento (...) del Complejo denominado (...) careciendo de hojas de reclamaciones.

Los hechos anteriormente reseñados se desprende de la publicidad e información contenidas en la correspondiente página web y del informe emitido por el Servicio de Inspección de Turismo de fecha de 12 de diciembre de 2011”.

En esta descripción de los hechos no se identifica la página web donde se da publicidad e información de la explotación turística del apartamento, ni el contenido de dicha publicidad e información, ni la fecha o el período en que se realizó publicidad e información del apartamento. Tampoco se dice cómo ni por cuáles funcionarios se constató la existencia de esa página web ni cómo procedieron para que quedara constancia de su contenido y se incorporara como prueba al expediente.

En cuanto al informe del Jefe de Sección de la Inspección, de 12 de diciembre de 2011, ya se destacó que no identifica ni recoge el contenido de la página electrónica donde se oferta para alojamiento el apartamento (...), ni la fecha o período en que se constató por el autor del informe la existencia de esa oferta. Se limita a afirmar que el apartamento está explotado turísticamente pero no recoge ningún elemento de hecho que sostenga esa afirmación. Carece, por tanto, de valor probatorio.

Ese informe no tiene la naturaleza de acta de inspección porque no reúne los requisitos del art. 27 del Decreto 190/1996, de 1 de agosto, que regula el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora en materia turística y de inspección de turismo (en adelante, D 190/1996) y cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 27. Requisitos formales de las actas.

Las actas deberán contener necesariamente los requisitos siguientes:

a) La identificación del inspector actuante, lugar, fecha y hora en que el acta se formalice.

b) La identificación del establecimiento o actividad objeto de la inspección, de la persona o personas presuntamente responsables, así como de aquellas en cuya presencia se realiza la inspección.

c) Los hechos sucintamente expuestos.

d) La diligencia de notificación al interesado, conteniendo los requisitos del artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, haciendo constar, en su caso, el rechazo de la notificación a los efectos del artículo 59.3 de dicha Ley”.

Por su parte, el art. 137.3 LRJAP-PAC dispone: “Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados”.

La lectura del informe, de 12 de diciembre de 2011, del Jefe de Sección de Inspección Turística revela a simple vista que no reúne los requisitos del art. 27 D. 190/1996; *ergo*, carece de valor probatorio según el citado art. 137.4 LRJAP-PAC.

3. Según el art. 137.1 LRJAP-PAC, el ejercicio de la potestad sancionadora debe respetar la presunción de inexistencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario. Esta regulación representa la proyección legal en el ámbito del Derecho administrativo sancionador del derecho fundamental a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24 de la Constitución. Al respecto, el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 4 de su Sentencia 74/2004, de 22 de abril, ha reiterado:

“Debemos comenzar por recordar, una vez más, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia en el procedimiento administrativo sancionador. «Según tiene reiteradamente afirmado este Tribunal, la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas (...), pues el ejercicio del ius puniendi en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: Que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio [SSTC 76/1990, de 26 de abril, F. 8 b), y 169/1998, de 21 de julio, F. 2]. De entre los contenidos que incorpora el derecho fundamental ahora invocado (enumerados para el proceso penal en la STC 17/2002, de 28 de enero, F. 2), resulta de todo punto aplicable al procedimiento administrativo sancionador la exigencia de un acervo probatorio suficiente, recayendo sobre la Administración pública actuante la carga probatoria tanto de la comisión del ilícito como de la participación del acusado, sin que a éste pueda exigírsele una probatio diabolica de los hechos negativos (por todas, STC 45/1997, de 11 de marzo, F. 4)”.

Esta remisión a la STC 17/2002, de 28 de enero, obliga la extrapolación al Derecho administrativo sancionador de la doctrina sentada en su Fundamento 2, de lo cual resulta que el derecho a la presunción de inocencia ante el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración entraña el derecho a no ser sancionado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que toda resolución sancionadora:

a) Debe expresar las pruebas en que se sustenta la declaración de responsabilidad administrativa;

b) Tal sustento ha de venir dado por verdaderos actos de prueba conformes a la Ley y a la Constitución;

c) Estos actos de prueba deben ser desarrollados en el seno del procedimiento sancionador con las debidas garantías;

d) Las pruebas han de ser valoradas con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia;

e) La resolución debe encontrarse debidamente motivada como exige el art. 138.1 LRJAP-PAC;

f) La prueba de cargo ha de estar referida a los elementos esenciales de la infracción objeto de sanción, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva.

En definitiva, según esta sentencia la presunción de incoencia opera como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable.

4. De la descripción y análisis del material probatorio obrante en el expediente resulta que las copias impresas de páginas electrónicas no reúnen los requisitos para considerarlas documentos y el informe del Jefe de Sección de Inspección Turística de 12 de diciembre de 2011 meramente acredita que el apartamento es propiedad de D.O., pero no acredita el hecho de que éste lo explotara turísticamente. No existe por tanto una prueba de cargo suficiente que demuestre este hecho que es el presupuesto al cual se liga por el ordenamiento tanto el deber de que el titular de la explotación turística posea el libro de inspección como el de que disponga de las hojas de reclamaciones. Sin la prueba de este presupuesto fáctico no se puede imponer sendas sanciones por la infracción de ambos deberes.

La Resolución que se pretende revisar no procedió así, sino que, no obstante la ausencia de prueba de cargo que destruyera la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa, sancionó al interesado, con lo cual infringió el art. 137.1 LRJAP-PAC y vulneró el derecho fundamental a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 de la Constitución Española; de donde se sigue necesariamente que ha incurrido en la causa de nulidad contemplada en el art. 62.1, a) LRJAP-PAC, por lo que la propuesta de resolución que se dictamina debe declarar con fundamento en ella la nulidad de la Resolución nº 174/2013 de 13 de febrero, de la Viceconsejería de Turismo.

C O N C L U S I Ó N

La Resolución nº 174/2013, de 13 de febrero, de la Viceconsejería de Turismo incurre en las causas de nulidad tipificadas en el párrafo a) del art. 62.1 LRJAP-PAC, por lo que es conforme a Derecho su declaración de nulidad.