



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 8 2 / 2 0 1 4

(Pleno)

La Laguna, a 30 de julio de 2014.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la *revisión de oficio nº 2/14, instada por (...), en representación de (...), de la Resolución de la Secretaría General nº 78, de 13 de febrero de 2013, por la que se desestima el recurso de alzada nº 255/12 (EXP. 237/2014 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno, referenciado en el epígrafe, es la Propuesta de Resolución (PR) formulada en el procedimiento de revisión de oficio, instado por la representación de Doña (...), de la Resolución de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno nº 78, de 13 de febrero de 2013, objeto de rectificación de error material mediante Resolución de la Secretaría General nº 145, de fecha 4 de marzo de 2013, en virtud de la cual se desestimó el recurso de alzada que la interesada interpuso contra la Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias nº 1041, de 5 de septiembre de 2012, recaída en el expediente sancionador nº 047/12, por la que se la había sancionado por la comisión de dos infracciones graves, de las definidas como tales, en 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 Presidente del Gobierno para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D, b) y 12 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias, 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).

* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

3. La Resolución 78/2013, de 13 de febrero, de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno es firme. Se cumple, pues, el requisito de la firmeza del acto que se pretende revisar por aplicación del art. 102 LRJAP-PAC.

Este artículo permite que la Administración declare la nulidad de todos los actos administrativos que habiendo puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, se encuentren incurso en alguno o algunos de los supuestos regulados en el artículo 62.1 de la misma Ley. Cuando se trata de actos desfavorables o de gravamen la Administración, por propia iniciativa, puede revocar una resolución sancionadora, 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, entonces la Administración está obligada a tramitar y resolver el procedimiento de revisión de oficio regulado en el art. 102 de la misma Ley. De ahí que el Consejo Consultivo haya dictaminado, por aplicación del art. 102.1 LRJAP-PAC, en procedimientos de revisión de oficio dirigidos a declarar la nulidad de resoluciones sancionadoras. (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; 97/2013, de 21 de marzo; y 324/2013, de 4 de octubre, entre otros).

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

II

1. El representante de Doña (...) solicita la revisión de oficio de la Resolución 78/2013, de 13 de febrero, de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno y, por ende, de la Resolución sancionadora que confirma, la nº 1041/2012, de 5 de septiembre, de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias, por incurrir en la causa de nulidad del artículo 62.1.a) LRJAP-PAC, ya que ambas resoluciones vulneraron, se dice, el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española (CE). También alega vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad e insuficiencia notoria de la prueba de cargo.

La alegación de la representación de la interesada sobre la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad consiste en que en un supuesto idéntico al presente, la Resolución 439/2013, de 9 de septiembre, asimismo de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno, siguiendo el Dictamen 290/2013, de 3 de septiembre de este Consejo, declaró la nulidad de las sanciones impuestas y que la Resolución 514/2013, de 22 de octubre, del mismo órgano, en un supuesto idéntico al

de la Resolución 439/2013 se apartó del criterio del Dictamen 324/2013, de 4 de octubre, de este Consejo -que era el mismo que el del Dictamen 290/2013 y que había hecho suyo dicha Resolución 439/2013 - y se negó a declarar la nulidad de las sanciones.

Esta alegación consiste en la vulneración del derecho fundamental a la igualdad, en la aplicación de la ley, reconocido en el art. 14 CE (correlato del art. 9.3 CE), por lo que es reconducible a la causa de nulidad tipificada en el art. 62.1.a) LRJAP-PAC.

2. 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 sancionado, del derecho fundamental a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24 CE. Al respecto, el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 4º 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 diabólica de los hechos negativos (por todas, STC 45/1997, de 11 de marzo, F. 4)."

De la extrapolación al Derecho Administrativo sancionador de esta doctrina resulta, que el derecho a la presunción de inocencia ante el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración entraña el correlativo 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, actos de prueba conformes a la Ley y a la Constitución;

b) estos actos de prueba deben ser desarrollados en el seno de un procedimiento sancionador con las debidas garantías;

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

d) la resolución debe encontrarse debidamente motivada y resolver todas las cuestiones planteadas en el expediente, por exigencia del art. 138.1 LRJAP-PAC;

e) la prueba de cargo ha de estar referida a los elementos esenciales de la infracción objeto de sanción, tanto de naturaleza objetiva como en relación al sujeto al que se imputa la infracción.

En definitiva, la presunción de inocencia 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.

III

1. La Resolución de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno n° 78, de fecha 13 de febrero de 2013, desestimó el Recurso de Alzada n° 255/12 y, en consecuencia, confirmó la Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias n° 1041, de fecha 5 de septiembre de 2012, recaída en el expediente sancionador n° 047/12, en virtud de la cual Doña (...) fue sancionada por *"Explotar turísticamente el apartamento T(...) del Complejo denominado "(...)" careciendo del Libro de Inspección de Turismo" el hecho infractor primero y "Explotar turísticamente el apartamento T(...) del Complejo denominado "(...)" careciendo de las hojas de reclamaciones obligatorias en materia de turismo", el hecho infractor segundo. Consignándose en el expediente sancionador tramitado como normas sustantivas infringidas, "artículo 84 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación*

del Turismo de Canarias, 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" el hecho infractor primero, y "artículo 20.1 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, 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" el hecho infractor segundo, y como infracciones imputadas, en cuanto al hecho infractor primero, la tipificada como grave en el artículo 76.9 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, modificada por la Ley 1412009, de 30 de diciembre, consistente en "Carecer o no facilitar el libro de inspección cuando una norma prevea el deber de disponer del mismo" y respecto al hecho infractor segundo, calificada, también, como grave en el artículo 76.4 del mentado cuerpo legal, relativa a "Carecer de las hojas de reclamación obligatorias (...)".

2. Las pruebas sobre las que se basó la Administración para considerar demostrada la comisión de ambas infracciones fueron las siguientes:

- La copia impresa de la traducción, realizada con un programa informático de traducción automática, de la publicidad a través de la página electrónica [www\(...\).co.uk](http://www(...).co.uk) del apartamento T(...) del Complejo (...).

Esta copia impresa se ha 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.

- Información remitida por el Cabildo Insular de Tenerife, con fecha 13 de marzo de 2012, relativa a autorización de apertura y relación de unidades alojativas en explotación, correspondientes al establecimiento extrahotelero denominado "Apartamentos (...)". Asimismo, en vía de recurso administrativo, se solicita del Servicio de Inspección y Sanciones de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística, como ampliación de la información obtenida de dicha consulta, la correspondiente "Ficha de Actividad" con los datos obrantes en el programa de información turística TURIDATA referidos al citado establecimiento extrahotelero, titular de su explotación turística y unidades alojativas autorizadas; habiéndose comprobado, únicamente, tanto de la documental remitida por el Cabildo insular de Tenerife con fecha 13 de marzo de 2012 como del contenido de la correspondiente

"Ficha de Actividad " que (...) con N.I.E. X(...) es el titular de la autorización de apertura y clasificación otorgada por la Administración Turística competente al establecimiento extrahotelero denominado Apartamentos "(...)-(...)" , con un total de 134 unidades alojativas y 455 plazas alojativas, n° de signatura A-(...), y que entre las unidades alojativas autorizadas que conforman el Complejo no está incluida al referenciado Apartamento T(...).

De esta documental no resulta que Doña (...) destinara a la explotación turística el apartamento TIC-(...) del Complejo (...) ni, por ende, que desarrollara una actividad turística alojativa careciendo del Libro de Inspección de Turismo y de las preceptivas Hojas de Reclamaciones.

Al Informe que el 19 de diciembre de 2012, sobre el recurso de alzada que la Viceconsejería de Turismo dirigió a la Secretaría General de Presidencia del Gobierno, se le adjuntó una certificación expedida en esa misma fecha por el Jefe de Sección de Inspección de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística donde se expresa: "Que la propiedad que figura en la página Web [www\(...\).co.uk](http://www(...).co.uk) se corresponde con el Apartamento T(...), del Complejo de Apartamentos (...), situado en Avenida Juan Carlos 1, en Los Cristianos, en el municipio de Arona, provincia de Santa Cruz de Tenerife, propiedad de Doña (...), tal y como figura en la misma. Según consta en el Programa de Información Contable de la Comunidad Autónoma de Canarias el NIE de Doña (...) es X(...)Y".

Esta certificación, salvo en lo referente al Número de Identificación de Extranjeros de la interesada, no hace referencia al documento o archivo oficial del cual se recoge su contenido.

IV

1. De la descripción y análisis del material probatorio obrante en el expediente resulta que la copia impresa de la página electrónica no reúne los requisitos necesarios para considerarla documento. De la información remitida por el Cabildo Insular de Tenerife el 13 de marzo de 2012 no resulta que Doña (...) destinara a la explotación turística el apartamento T(...) del Complejo (...), ni que desarrollara una actividad turística alojativa careciendo del Libro de Inspección de Turismo y de las preceptivas Hojas de Reclamaciones. El informe del Jefe de Sección de Inspección Turística de 19 de diciembre de 2012 meramente acredita que el apartamento es propiedad de Doña (...), pero no acredita el hecho de que ésta lo explotara turísticamente. La Administración hace recaer sobre el interesado, a modo de

probatio diabólica, el deber de probar su inocencia y de desvirtuar la prueba construida por ella misma, unilateralmente y basada en meros indicios, con las deficiencias señaladas y sin una mínima y rigurosa actuación administrativa encaminada a la comprobación de la presunta explotación turística del apartamento en cuestión. No existe, por tanto, una prueba de cargo cabal y cumplida que demuestre este hecho, que es el presupuesto al cual se liga, por el ordenamiento jurídico, 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 pueden imponer sendas sanciones por la infracción de ambos deberes.

La Resolución sancionadora y la que resolvió el recurso de alzada confirmándola, que se pretenden revisar, no obstante la ausencia de prueba de cargo que destruyera la presunción de inexistencia de responsabilidad administrativa sancionaron a la interesada, con lo cual infringieron el art. 137.1 LRJAP-PAC y por ello vulneraron el derecho fundamental a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 de la Constitución, cuya lesión es reparable a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, según los arts. 53.2 y 161.1, b) de la misma; 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 es conforme a Derecho que la propuesta de resolución que se dictamina se dirija a declarar con fundamento en dicha causa la nulidad pretendida.

2. En cuanto a la alegación de que la Resolución 78/2013, de 13 de febrero, de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno y, por tanto, de la Resolución sancionadora que confirma, la nº 1041/2012, de 5 de septiembre, de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias, vulneran el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley, se debe considerar que la igualdad consagrada en el art. 14 de la Constitución es la igualdad jurídica: Aquella que impone que de iguales supuestos de hecho deben derivarse idénticas consecuencias jurídicas; por ello, la Constitución no prohíbe que los poderes públicos dispensen un tratamiento diferente a situaciones de hecho diferentes. La Constitución lo que prohíbe es la discriminación, es decir, dar un trato diferente cuando no existe base objetiva y razonable para ello (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3 y 34/1981, de 10 de noviembre, FJ 3.B). De ahí que la primera condición para que un trato desigual sea constitutivo de una diferenciación admisible y no de no discriminación, es la desigualdad en los supuestos de hecho, porque no puede darse violación del principio de igualdad entre

quienes se hallan en situaciones diferentes. El principio de igualdad impone que se dé tratamiento igual a idénticas situaciones. Esto exige que cuando se invoque una violación del principio de igualdad, que cuando se afirme que un sujeto ha sido tratado de distinta forma que aquellos que se encuentran en la misma situación, se deba aportar un *tertium comparationis*.

En efecto, siendo la diferencia de situaciones de hecho la cobertura jurídica que da lugar a la diferenciación admisible y excluyente de la discriminación, corresponde a quien afirma que un sujeto ha sido tratado desigualmente, suministrar un término comparativo que permita llegar a la conclusión de que ese sujeto ha sido tratado de forma injustificadamente desigual que otros y que, por tanto, ha sido discriminado.

La comparación de las situaciones de hecho y la determinación de si son o no idénticas es, por tanto, el criterio básico (aparte de los de la finalidad, razonabilidad y proporcionalidad) para decidir si un trato desigual es constitutivo de una discriminación constitucionalmente vetada o de una diferenciación admisible. Esa comparación exige, lógicamente, un elemento ajeno, el *tertium comparationis*. En otras palabras, "para efectuar el juicio de igualdad y razonar acerca de la posible vulneración del derecho a la igualdad hace falta que se aporte un adecuado término de comparación, sin cuya concurrencia no es posible llevar a cabo aquella operación" (STC 14/1985, de 1 de febrero, FJ 3).

La alegación de la representación de la interesada sobre la vulneración del derecho a la igualdad consiste en que en un supuesto idéntico al presente, la Resolución 439/2013, de 9 de septiembre, de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno, siguiendo el Dictamen 290/2013, de 3 de septiembre de este Consejo, declaró la nulidad de las sanciones impuestas y que la Resolución 514/2013, de 22 de octubre, del mismo órgano, en un supuesto idéntico al de la Resolución 439/2013 se apartó del criterio del Dictamen 324/2013, de 4 de octubre, de este Consejo -que era el mismo que el del Dictamen 290/2013 y que había hecho suyo dicha Resolución 439/2013 - y se negó a declarar la nulidad de las sanciones.

El presente procedimiento de revisión de oficio no se dirige a revisar la Resolución 514/2013. Aquí no se trata de analizar la validez de esta Resolución con base en que, ante un supuesto idéntico al abordado por una anterior, la Resolución del mismo órgano, la nº 439/2013, aplicó, sin justificación objetiva y razonable, un criterio distinto, por lo que habría vulnerado el art. 14 de la Constitución y, por lo tanto, estaría viciada de nulidad. El objeto de este procedimiento es el examen de la validez de la Resolución 78/2013, de 13 de febrero, de la Secretaría General de la

Presidencia del Gobierno y de la Resolución sancionadora que confirma, la nº 1041/2012, de 5 de septiembre, de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias. Sobre la interesada recae la carga de argumentar y demostrar los motivos por los que estas dos últimas Resoluciones, ambas de fechas anteriores a la nº 439/2013 y dictadas en procedimientos de distinta naturaleza, infringen el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley porque, sin justificación objetiva y razonable, dan un trato distinto a la interesada del que la Resolución 439/2013, el *tertium comparationis*, dio en un supuesto idéntico a otro particular. Por inexistencia de argumentación sobre por qué las Resoluciones a revisar vulneran, por comparación con la Resolución 439/2013, el derecho a la igualdad, este Dictamen no puede abordar el análisis de esta alegación.

De todos modos, se debe recordar que la Administración puede, siempre que así lo exprese y lo fundamente en razones objetivas y razonables, apartarse de sus precedentes, más aún cuando ese cambio de criterio obedece a razones de legalidad como sucede en el presente caso. Las Resoluciones a revisar se fundamentaron en unos criterios que llevaron a una aplicación errónea de las normas. La posterior Resolución 439/2013 con una fundamentación jurídica correcta rectifica esos criterios. Esa misma fundamentación jurídica es la que recoge la propuesta de resolución sometida a Dictamen para declarar, tal como pretende la interesada, la nulidad de la Resolución combatida.

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina favorablemente la declaración de nulidad de la Resolución de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno nº 78, de 13 de febrero de 2013, que confirmó la Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias nº 1041, de 5 de septiembre de 2012, por incurrir en la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.a) LRJAP-PAC.