



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 2 8 5 / 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 *Propuesta de Resolución del procedimiento de oficio instado por la representación de (...), de la Resolución de la Viceconsejería de Turismo número 1.490, de 20 de diciembre de 2012, en virtud de la cual se sancionó a la interesada por la comisión de dos infracciones graves en materia turística (EXP. 240/2014 RO)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Presidente del Gobierno, es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de revisión de oficio, instado por la representación de (...), de la Resolución de la Viceconsejería de Turismo nº 1.490, de 20 de diciembre de 2012, en virtud de la cual se sancionó a la interesada por la comisión de dos infracciones graves en materia turística.

La preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Presidente del Gobierno como titular del Departamento competente en la materia para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12 de la Ley 5/2002, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto citado con el art. 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

2. La revisión instada se fundamenta en el art. 62.1.a) LRJAP-PAC, al considerar la interesada que el acto cuya revisión se pretende ha lesionado el contenido esencial de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

---

\* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

## II

### 1. Del expediente tramitado resultan los siguientes antecedentes:

- Con fecha 9 de agosto de 2012, se dicta Resolución por la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística por la que se incoa expediente sancionador nº 376/11 a (...), en calidad de titular de la explotación turística del apartamento nº (...) del complejo turístico denominado "Apartamentos (...)", sito en Avda. Marítima, Playa de Las Américas, término municipal de Arona, por la comisión de dos infracciones administrativas a la normativa turística.

Esta Resolución fue remitida a efectos de notificación a la interesada a la dirección del citado apartamento a través del servicio de Correos, resultando devuelta con la indicación "dirección incorrecta", en las dos ocasiones en que se intentó. La Resolución fue entonces publicada en el Boletín Oficial de Canarias (BOC) nº 194, de 3 de octubre de 2012 y se anunció en el tablón de edictos del Ayuntamiento de Arona en el periodo comprendido entre el 24 de septiembre y el 13 de octubre de 2012.

- Sustanciado el correspondiente procedimiento sancionador, por Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias nº 1.490, de 20 de diciembre de 2012, se sancionó a la interesada por la comisión de dos infracciones, consistentes en explotar turísticamente el citado apartamento careciendo del libro de inspección de turismo y de las hojas de reclamaciones, con multas en ambos casos en cuantía de 6.900,00 euros. La notificación fue intentada en el apartamento del complejo turístico señalado y se publicó finalmente en el BOC nº 26, de 7 de febrero de 2013.

- Una vez transcurrido el plazo de interposición de recurso administrativo contra la Resolución de 20 de diciembre de 2012 sin que éste se hubiera interpuesto, se remiten a la interesada los correspondientes instrumentos cobratorios por el importe de las sanciones impuestas, que dieron lugar a los correspondientes actos de liquidación, con indicación del lugar y forma de ingreso, plazos de ingreso y recursos contra los mismos. Intentadas las notificaciones en la dirección del apartamento, que resultaron infructuosas, la citación de comparecencia para la notificación de los citados actos se publicó en el BOC nº 158, de 19 de agosto de 2013.

2. Con estos antecedentes, el 6 de noviembre de 2013 se solicita por la interesada, que actúa por medio de representante, la incoación del procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de 20 de diciembre de 2012, por considerar que

se encuentra incurso en la causa de nulidad del acto prevista en el art. 62.1.a) LRJAP-PAC. Fundamenta esta nulidad, en esencia, en los siguientes argumentos:

- Vulneración del derecho a la defensa y contradicción, pues fue notificada de la Resolución a través de su publicación en el BOC de 7 de febrero de 2013. Alega que todas las notificaciones practicadas en el expediente sancionador fueron enviadas a la dirección del apartamento y no a su domicilio en el Reino Unido, el cual era perfectamente conocido por la Administración, dado que había sido facilitado por la Comunidad de Propietarios en virtud del acta de inspección nº 018597.

- La prueba de cargo fue obtenida sin garantías a través de Internet y no constituye más que un papel impreso de un supuesto anuncio publicado en una página web y traducido por el programa (...) *Translator*, no quedando demostrado a partir de ese documento que la autora de la publicación sea la expedientada.

- Estima la interesada que la irregularidad y ausencia total de garantía de la inspección realizada exclusivamente por internet sobre una página web, no incorporándose desde el inicio del procedimiento administrativo sancionador dato o prueba de cargo alguna que permita identificar con las debidas garantías el presunto infractor de la normativa turística ni la actividad que presuntamente desarrolla en dicho apartamento, vulnera de manera manifiesta el derecho fundamental a la presunción de inocencia contemplado en el art. 24 CE y da lugar a la nulidad de pleno derecho de la Resolución sancionadora.

3. En la tramitación del expediente no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que obstan un dictamen de fondo. En particular, se ha otorgado trámite de audiencia a la interesada, que presentó alegaciones en el plazo concedido al efecto, en las que reitera sus consideraciones iniciales sobre la nulidad del acto, y se ha emitido el preceptivo informe del Servicio Jurídico, que estima conforme a Derecho la Propuesta del Resolución culminatoria del procedimiento.

### III

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución estima la nulidad de la Resolución recurrida por entender que las pruebas de cargo obrantes en el expediente sancionador no son suficientes para sustentar la imputación de los correspondientes hechos infractores, por lo que no han desvirtuado la presunción de inocencia. Sostiene en este sentido que se han vulnerado los principios inspiradores del orden penal, que son aplicables igualmente a la actividad sancionadora de la

Administración, como reiteradamente ha sostenido el Tribunal Constitucional, por lo que la Resolución afectada se encuentra incurso en la causa de nulidad contemplada en el art. 62.1.a) LRJAP-PAC.

2. Este Consejo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en sus recientes Dictámenes 290/2013, de 3 de septiembre, 324/2013, de 4 de octubre y 411/2013, de 19 de noviembre, sobre supuestos análogos al presente, en lo que se ha considerado que estas pruebas documentales no constituyen pruebas fehacientes de la certeza de los hechos infractores imputados a la interesada. Iguales conclusiones han de alcanzarse también en relación con la alegada nulidad de la Resolución cuya revisión de oficio se solicita en el presente procedimiento, al incurrir en similar causa con base en idénticos fundamentos.

La interesada fundamenta la nulidad del acto en doble orden de consideraciones que pasamos a analizar.

Alega, por una parte, el defecto en las notificaciones llevadas a cabo en el procedimiento sancionador, lo que le ha causado indefensión. La Propuesta de Resolución, no obstante, guarda silencio sobre esta alegación de la interesada, que debió tener igualmente un expreso pronunciamiento en aras a la congruencia de la Resolución que finalmente se dicte.

En relación con esta cuestión, en el expediente se encuentra acreditado que, tanto en relación con la Resolución de inicio del procedimiento como con la Resolución sancionadora, las notificaciones fueron intentadas en la dirección del apartamento y al resultar éstas infructuosas se publicaron en el BOC. Ahora bien, la Administración tenía constancia del domicilio de la interesada en el Reino Unido, como así lo demuestra la documentación aportada por la interesada en su escrito de alegaciones de 6 de noviembre de 2013. Junto con el mencionado escrito adjuntó, entre otros documentos, copia de un correo electrónico enviado el 21 de junio de 2011 por la secretaría-administradora de la Comunidad de Propietarios en respuesta al acta de inspección 018597, en el que se comunica a la Administración el envío de “un listado de los propietarios con la información requerida”; y el listado con los domicilios -en su propio país- de los propietarios en respuesta al referido acta de inspección. Por último, y mayor abundamiento, consta en el expediente un documento administrativo de “inspección de oficio”, de 7 de julio de 2011, en el que figura el domicilio de (...)

La Administración, por consiguiente, no practicó la notificación en debida forma ni desplegó una actividad diligente en la constatación del domicilio, causando a la

interesada la indefensión que ésta alega. En este sentido, de forma reiterada ha destacado el Tribunal Constitucional, que, 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 posibilidad de defensa y a ser informado de la acusación”. “Sólo así podrá disfrutar de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa 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” (SSTC 226/2007, de 22 de octubre, 128/2008, de 27 de octubre, y 32/2009, de 9 de febrero, entre otras).

Además, sobre la necesidad de desplegar una actividad diligente en la averiguación del domicilio donde practicar las notificaciones antes de recurrir a la publicación, cabe traer a colación una reiterada línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, que se pronuncia en el sentido que se expone a continuación:

*“ (...) 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).*

En definitiva, la ausencia de notificación ha producido indefensión a la interesada, lesionando su derecho fundamental a la defensa. Concorre, por lo tanto,

la circunstancia prevista en el art. 62.1.a) LRJAP-PAC, por la que por este motivo procede declarar la nulidad de pleno derecho de la Resolución de la Viceconsejería de Turismo nº 1.490, de 20 de diciembre de 2012 al vulnerar el contenido esencial de un derecho fundamental.

3. La interesada alega como segundo motivo de la nulidad de la citada Resolución la insuficiencia de las pruebas sobre las que se ha basado la sanción, lo que vulnera de manera manifiesta el derecho fundamental a la presunción de inocencia contemplado en el art. 24 CE.

A estos efectos, resulta procedente dejar constancia de los elementos probatorios sobre los que la Administración fundamentó las sanciones impuestas a la interesada y que son los siguientes:

- Informe emitido por el Jefe de Servicio de Inspección y Sanciones de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística de 12 de diciembre de 2011 en el que se hace constar lo siguiente: "teniendo conocimiento de la oferta e información sobre alojamientos turísticos publicitada en Internet y efectuada consulta la Cabildo Insular de Tenerife, referente al complejo de Apartamentos denominado (...), situado en (...) se comprueba que el apartamento (...) no figura registrado como establecimiento turístico, siendo ofertada turísticamente sin disponer el titular del mismo D. (...), de libro de inspección de turismo y hojas de reclamaciones".

A este informe se adjunta en formato papel la publicidad efectuada en Internet del establecimiento a través de una página web, rastreada por la Inspección Turística con fecha 26 de abril de 2011, en actuaciones de consulta realizada por Inspectores de Turismo a través de la web.

- Certificación expedida con fecha 29 de abril de 2011 por el citado Jefe de Servicio que hace constar que "la propiedad que figura en la página web (...) con referencia (...) se corresponde con el apartamento (...) del Complejo de Apartamentos denominado (...), situado en (...) propiedad de D. (...) N.I.E. (...), según información facilitada a esta Administración por la Administración de la Comunidad de Propietarios del referido complejo.

Que el mencionado apartamento no figura registrado como establecimiento turístico, según información facilitada a esta Viceconsejería por el Cabildo de Tenerife".

La documentación que se acompaña al informe al que acaba de aludirse son dos copias impresas de las ofertas, a través de páginas electrónicas de servicios de alojamiento turístico en el apartamento con nº de referencia (...), para el que se añade en uno de los documentos el nombre de la interesada como anunciante de la casa.

Ambos documentos son copias impresas de una traducción realizada por traductor automático y se han incorporado al expediente sin que ningún funcionario de fe de que el contenido de la copia impresa se corresponda con el contenido de la página electrónica ni de la fecha en que se realizó la impresión ni de la fidelidad de la traducción.

En este sentido, el informe y posterior certificación a los que ya se ha aludido, como resulta de su contenido, no recoge tampoco su contenido ni la fecha en que se produjo esa comprobación.

Por otra parte, de la página web aludida resulta que su propietario es un intermediador turístico, cuya identidad es distinta a la del propietario del apartamento. Del tenor de las copias aportadas sólo resulta, pues, que (...) es propietaria del apartamento, pero no resulta que sea ella quien lo explota turísticamente.

Tal como señaló este Consejo Consultivo en el Dictamen 324/2013, las meras copias de páginas web, traducidas de otro idioma mediante traductores automáticos, sin que conste el funcionario que ha realizado esa copia ni en ejercicio de qué funciones ni se avale la fidelidad de su traducción, no pueden calificarse ni como documento administrativo ni como documento privado. Carecen pues de todo valor probatorio.

De igual modo, el informe del Jefe de Servicio de Inspección y Sanciones no tiene naturaleza de acta de inspección, ya que 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, por lo que carece del valor probatorio que le atribuye el art. 137.3 LRJAP-PAC.

En el citado Dictamen 324/2013 se indicó asimismo, y se reitera ahora, que las copias impresas de páginas electrónicas no reúnen los requisitos para considerarlas documentos; y el informe del Jefe de Servicio de Inspección y Sanciones de 12 de diciembre de 2011 simplemente acredita que el apartamento es propiedad de (...),

pero no prueba 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 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 a la interesada, con lo cual infringió el art. 173.1 LRJAP-PAC y vulneró el derecho fundamental a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 CE, 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.

Es importante señalar finalmente que, como expresa la Propuesta de Resolución, diversos pronunciamientos judiciales han sostenido idéntico criterio, considerando que los hechos infractores imputados no resultaron plenamente probados, habida cuenta de que el único medio de prueba obrante en los expedientes sancionadores era la publicidad de los establecimientos en Internet, páginas web, y no mediante actas de inspección (Sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santa Cruz de Tenerife de 4 y 19 de noviembre y 12 y 26 de diciembre de 2013 y del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santa Cruz de Tenerife de 22 de enero y 5 de febrero de 2014).

## C O N C L U S I Ó N

Se dictamina favorablemente la declaración de nulidad de la Resolución de la Viceconsejería de Turismo, número 1.490, de 20 de diciembre de 2012, recaída en el expediente sancionador nº 376/11.