



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 2 8 7 / 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 de la Resolución de la Secretaria General de Presidencia de Gobierno nº 529, por la que se desestima el recurso de alzada nº 162/12 (EXP. 242/2014 RO)\**.

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

### I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado preceptivamente por el Presidente del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución (PR) de un procedimiento de revisión de oficio al objeto de declarar nula la Resolución de la Secretaria General de Presidencia de Gobierno nº 529, por la que se desestimó el recurso de alzada nº 162/12, confirmando la Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias nº 458, de fecha 20 de abril de 2012, recaída en el expediente sancionador nº 279/11 por la que resultó sancionado el ahora interesado por la comisión de dos infracciones administrativas a la normativa turística.

La legitimación del Presidente del Gobierno de Canarias para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este Consejo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto 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) de la citada Ley 30/1992, al considerar el interesado que el acto cuya revisión se pretende ha lesionado el contenido esencial de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

---

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

3. La Resolución 529, de 11 de octubre de 2012, 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 incursos en alguno o algunos de los supuestos regulados en el art. 62.1 de la misma Ley. Este Consejo Consultivo ha dictaminado, por aplicación del art. 102.1 LRJAP-PAC, procedimientos de revisión de oficio dirigidos a declarar la nulidad de Resoluciones sancionadoras parecidas (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 entrar en el fondo del asunto. Se ha otorgado trámite de audiencia al interesado, que presentó alegaciones reiterando sus consideraciones iniciales y se ha emitido el preceptivo informe del Servicio Jurídico, que estima conforme a Derecho la Propuesta de Resolución.

## II

1. Los hechos que traen causa al procedimiento de revisión de oficio son los siguientes:

En fecha 18 de febrero de 2011, se emitió informe por el Jefe de Sección de Inspección, mediante el que se indicó:

*«Teniendo conocimiento de la oferta e información sobre alojamientos turísticos publicitada en Internet y consultados los datos obrantes en el programa de información turística TURIDATA, referente a la "(...)", situada en la calle de (...) en Callao Salvaje, término municipal de Adeje, provincia de Santa Cruz de Tenerife, se comprueba que no figura registrada como establecimiento turístico, siendo ofertada turísticamente sin disponer el titular de la misma (...) de libro de inspección de turismo y hojas de reclamaciones; lo que se informa a los efectos oportunos».*

2. Al afectado le fue notificado en fecha 29 de noviembre de 2011 la Resolución de iniciación de expediente sancionador formulada por la Directora General de Ordenación y Promoción Turística (la fecha de su emisión no se observa correctamente), tras emitirse la Propuesta de Resolución del Servicio de Inspección y

Sanciones por la que se propone iniciar el expediente sancionador nº 279/11, el 14 de noviembre de 2011.

El 19 de diciembre de 2011, el afectado formuló escrito de alegaciones mediante representante legal con acreditación suficiente. En fecha 14 de marzo de 2012, la instrucción del procedimiento sancionador rechaza las pruebas propuestas por el afectado. La Propuesta de Resolución de la misma fecha determina una sanción de 13.800,00 euros, cantidad que desglosa en 6.900,00 euros cada infracción correspondiente a la falta libro de inspección de turismo y hojas de reclamaciones, notificada al interesado el 16 de marzo.

3. Tras presentar las oportunas alegaciones el afectado ante la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias (escrito registrado en entrada el 4 de abril de 2012), en fecha 20 de abril de 2012 se emitió la Resolución de la citada Viceconsejería recaída en el expediente sancionador nº 279/11, en el mismo sentido que la Propuesta anterior.

4. Contra la Resolución anterior el afectado interpuso recurso de alzada el 9 de mayo de 2012. Tras realizar los oportunos trámites, en fecha 11 de octubre de 2012 la Secretaría General de Presidencia de Gobierno emitió la Resolución nº 529 desestimando el recurso de alzada y confirmando, por ende, la Resolución de la Viceconsejería de Turismo.

5. En fecha 20 de noviembre de 2012, el afectado interpuso reclamación económica-administrativa (registrada en entrada el 11 de diciembre de 2012) contra el acto de recaudación de la sanción impuesta en el expediente administrativo sancionador 279/11. También formuló escrito de alegaciones registrado el 19 de febrero de 2013, mediante el que, particularmente, solicitó la suspensión de la sanción impuesta.

6. El 8 de abril de 2013, el afectado interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santa Cruz de Tenerife, que, mediante oficio de 17 de abril de 2013, acordó *suspender la ejecución del acto administrativo impugnado sub conditione de prestar garantía por cualquiera de las formas en Derecho establecidas y por un importe de 13.800 euros*. Posteriormente, este Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, mediante Decreto de 27 de enero de 2014, declaró terminado el procedimiento y ordenó su archivo y devolución del expediente por mediar escrito del recurrente interesando el desistimiento del recurso interpuesto.

7. El 3 de enero de 2014, el interesado solicitó la incoación del oportuno expediente a efectos de que se declare de oficio la nulidad de pleno derecho de la Resolución nº 529 de la Secretaría General de Presidencia del Gobierno, por la que se desestimó el recurso de alzada nº 162/12, en el expediente administrativo sancionador nº 279/2011, al concurrir causa de nulidad de pleno derecho de acuerdo con el art. 62.1.a) LRJAP-PAC. Esta consideración la fundamenta, principalmente, en la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, reconocido en el art. 24.2 de la Constitución Española al existir irregularidad y ausencia total de garantía de la inspección realizada exclusivamente por Internet sobre una página web, por lo que entiende su derecho vulnerado por la Administración implicada lo que daría lugar a la nulidad de pleno derecho de la citada Resolución. Además, a la presente solicitud acompaña diversas sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife; Resoluciones de la Secretaría General de Presidencia del Gobierno; Dictámenes del Consejo Consultivo de Canarias siendo el sentido de todos éstos favorables para el interesado. La Secretaría General de Presidencia de Gobierno emitió Resolución que admitió a trámite la solicitud de revisión de oficio el 12 de marzo de 2014.

8. Finalmente, el 20 de junio de 2014, se emitió la Propuesta de Resolución de la Secretaría General de Presidencia del Gobierno por la que se resuelve el procedimiento de revisión de oficio nº1/14 instado por el representante legal del afectado, tras haber recabado en fecha 16 de junio de 2014 el informe preceptivo del Servicio Jurídico favorable al borrador de Propuesta de Resolución.

### III

1. Antes de entrar en el fondo del asunto el Consejo Consultivo, en su Dictamen 411/2013, de 19 de noviembre de 2013, indicó que *«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). (...)».*

Particularmente, cabría citar las Sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990 y 138/1990, que indican: “ (...) la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento administrativo sancionador garantizando el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en un previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad”.

2. 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.

3. 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.

El interesado fundamenta la nulidad del acto en tres motivos: a) Insuficiencia notoria de la prueba de cargo lo que vulneraría el art. 24.2 CE; b) Denegación de la práctica de la prueba propuesta con vulneración del mismo precepto constitucional; c) Vulneración del principio de interdicción de la Administración en contra de lo dispuesto en el art. 9.3 CE.

4. El interesado alega como primer 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 18 de febrero de 2011 que el que se hace constar que teniendo conocimiento de la oferta e información sobre alojamientos turísticos publicitada en Internet y efectuada consulta la Cabildo Insular de Tenerife, referente a la "(...)", situado en (...) se comprueba que 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, en actuaciones de consulta realizada por Inspectores de Turismo a través de la web.

- Certificación expedida con fecha 1 de junio de 2012 por el citado Jefe de Servicio que hace constar que la propiedad que figura en la página web (...) se

corresponde con la denominada "(...)", situada en (...) propiedad de D. (...), tal y como figura en la misma. Añade que según consta (...) el N.I.E. del Sr. (...) es (...).

La documentación adjuntada al informe al que acaba de aludirse es copia impresa de la oferta, a través de la citada página electrónica de servicios de alojamiento turístico.

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 propietario de la denominada "(...)", pero no resulta que sea quien lo explota turísticamente.

Tal como señalamos en nuestro 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.

Como dijimos en nuestro Dictamen 324/2013 ya citado y reiteramos ahora, 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 Servicio de Inspección y Sanciones meramente acredita que la casa es propiedad de (...), pero no acredita el hecho de que 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 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, 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 de 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)).

5. No procede entrar al análisis del resto de lo alegado por la interesada para solicitar la nulidad de la Resolución señalada, puesto que no han sido analizados por la PR sometida a dictamen al haberse estimado el primero de los vicios de nulidad alegados y en cuya valoración coincide plenamente este Consejo.

## **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 529, de 11 de octubre de 2012, que desestimó el recurso de alzada nº 162/12, por cuanto vulneró el derecho a la presunción de inocencia de (...), y, por consiguiente, incurre en la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.a) LRJAP-PAC.