



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Pleno)

La Laguna, a 10 de febrero de 2015.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la *revisión de oficio de la Resolución de la Secretaría General de Presidencia del Gobierno nº 687, de 14 de diciembre de 2012, recaída en el expediente sancionador nº 373/2011 (EXP. 5/2015 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de la Secretaría General de Presidencia del Gobierno nº 687, de 14 de diciembre de 2012, por la que se desestimó el recurso de alzada nº 236/12, interpuesto por O.H.G. contra la Resolución nº 1036, de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias, de 5 de septiembre de 2012, recaída en el expediente sancionador nº 373/2011, en virtud de la cual se le sancionó, como titular de la explotación turística del establecimiento denominado "Apartamentos X (apto. 000)", por la comisión de dos infracciones administrativas a la normativa turística consistentes en: explotar turísticamente el apartamento 000 del complejo denominado "X", careciendo de libro de inspección de turismo y de las hojas de reclamaciones, con multas en cuantía de seis mil novecientos euros (6.900 €) por cada uno de los dos hechos infractores.

2. La preceptividad del dictamen, la competencia de este Consejo para emitirlo y la legitimación del Sr. Presidente del Gobierno para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 102.1, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

3. En la tramitación del expediente no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que impidan entrar en el fondo del asunto, habiéndose realizado las siguientes actuaciones:

- El 11 de septiembre de 2014, R.M.L., en representación de O.H.G., presenta solicitud de revisión de oficio de la Resolución de la Secretaría General de Presidencia del Gobierno de Canarias nº 687, de 14 de diciembre de 2012, al entender que incurre en la causa de nulidad de pleno derecho del art. 62.1.a) LRJAP-PAC, "por vulneración del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la CE."

- Mediante Resolución de la Secretaría General de Presidencia del Gobierno nº 393, de 25 de septiembre de 2014, fue admitida a trámite la solicitud de revisión de oficio, concediéndose trámite de audiencia al interesado, de lo que recibe notificación el 2 de octubre de 2014.

El 17 de octubre de 2014 presenta escrito de alegaciones reiterando los términos del escrito inicial.

- El 23 de octubre de 2014 es emitida Propuesta de Resolución provisional que, tras ser valorada favorablemente por el informe del Servicio Jurídico de 11 de diciembre de 2014, se eleva a definitiva el 26 de diciembre de 2014.

- Ha de señalarse que la Resolución de la Secretaría General de Presidencia del Gobierno de Canarias, objeto de la presente revisión de oficio, fue impugnada en la vía de la jurisdicción contencioso-administrativa (procedimiento abreviado nº 120/2013), estando pendiente de la celebración de vista, que se señaló para el 26 de febrero de 2015, según consta en diligencia de ordenación del Secretario Judicial del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Santa Cruz de Tenerife, emitida el 14 de marzo 2014. Asimismo, consta en el expediente que, por Auto del citado Juzgado, de 16 de mayo de 2013, se resolvió la improcedencia de la suspensión de la ejecución del acuerdo impugnado. Ha de advertirse en relación con esta circunstancia que el hecho de la tramitación del procedimiento judicial no impide el pronunciamiento de este Consejo sobre este mismo asunto, justamente por no haberse dictado aun sentencia.

II

Constan como antecedentes del procedimiento que nos ocupa los siguientes:

- Mediante Resolución de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística, de 6 de marzo de 2012, se inicia expediente sancionador nº 373/11 contra O.H.G., como titular de la explotación turística del establecimiento denominado "Apartamentos X (apto. 000)", sito en Avda. Z, Playa de las Américas, término municipal de Arona, por la comisión de dos infracciones administrativas a la normativa turística.

- Tras la tramitación del procedimiento sancionador, el 5 de septiembre de 2012 se dicta Resolución nº 1036, por la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias, por la que se sanciona a O.H.G., por la comisión de las siguientes infracciones a la normativa turística: "PRIMERO.- Explotar turísticamente el apartamento 000 del complejo denominado "X", careciendo de libro de inspección de turismo" y "SEGUNDO.- Explotar turísticamente el apartamento 000 del complejo denominado "X", careciendo de las hojas de reclamaciones", con multas en cuantía de seis mil novecientos euros (6.900 €) por el hecho infractor primero y seis mil novecientos euros (6.900 €) por el hecho infractor segundo.

- Frente a aquella Resolución, el interesado formuló recurso de alzada nº 236/12, que fue desestimado por la Resolución de la Secretaría General de Presidencia del Gobierno de Canarias nº 687, de 14 de diciembre de 2012, confirmando el acto administrativo impugnado, dando lugar a los actos de liquidación correspondientes, por el importe de las referidas sanciones de multas.

III

1. En su solicitud de revisión de oficio, el interesado señala como causa de nulidad la recogida en el art. 62.1.a) LRJAP-PAC, esto es, lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, en concreto, el de la presunción de inocencia derivado del art. 24.2 CE. Y ello en virtud de los siguientes argumentos:

«La prueba de cargo consistente en una impresión de una página web sin ir acompañada de una inspección "in situ" del supuesto apartamento ofertado turísticamente no desvirtúa el principio de presunción de inocencia del expedientado. La inspección realizada en virtud de la visualización de una oferta alojativa turística por Internet, es una prueba incompleta y notoriamente insuficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia

(...) 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 recogido en el art. 24.2 de la Constitución.

(...) De la descripción y análisis del material probatorio obrante en el expediente resulta que las copias impresas de páginas electrónicas no reúne los requisitos para considerarlas documentos y la certificación del Jefe de Sección de Inspección Turística meramente acredita que el apartamento es propiedad de O.H.G., pero no acredita el hecho de que éste lo explote turísticamente. La Administración hace recaer sobre el interesado, a modo de probatio diabólica, del 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».

2. La Propuesta de Resolución por la que se resuelve el procedimiento de revisión de oficio viene a estimar la solicitud del interesado por entender que concurren las causas que se alegan, anulando la Resolución impugnada, por las siguientes razones:

« (...) es manifiesto que en el expediente sancionador nº 373/11 no hay elementos probatorios suficientes para acreditar que el expedientado en la fecha de infracción desarrollaba una actividad turística alojativa habitual, en los términos previstos en el artículo 31, apartado 1, de la Ley de Ordenación del Turismo de Canarias que regula que " (...) ejercen actividades turísticas alojativas todas aquellas empresas en que se preste un servicio de alojamiento desde un establecimiento abierto al público y mediante precio", entendiéndose prestado un servicio de alojamiento turístico, según indica el apartado 2 del referido artículo 31 " (...) cuando se oferte en libre competencia la estancia en el establecimiento de forma temporal, sin constituir cambio de residencia para la persona alojada", contraviniendo las obligaciones que deben cumplir las empresas, ya se trate de personas físicas o personas jurídicas, que deseen establecerse y desarrollar la actividad turística en el Archipiélago Canario, y que exigen tener en cada establecimiento el libro de inspección y las correspondientes hojas de reclamaciones. Tampoco durante la instrucción del procedimiento se realizaron actuaciones adecuadas para la determinación, conocimiento y comprobación de la realidad de las infracciones imputadas.

(...) 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 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.

En consecuencia, debe concluirse que ante la reiterada negación de los hechos por el expedientado y la falta de una prueba irrefutable de responsabilidad administrativa imputable a ésta al no estar suficientemente probada y acreditada las infracciones que se le atribuyen, debía haberse garantizado el estricto cumplimiento del principio de presunción de inocencia. Lo que no concurrió al emitir la Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias nº 1036, de 5 de septiembre de 2012, recaída en el expediente sancionador nº 373/11, y en la Resolución de la Secretaría General de Presidencia del Gobierno de Canarias núm. 687, de fecha 14 de diciembre de 2012, por la que se desestimó el recurso de alzada nº 236/12 formulado contra la indicada Resolución de 5 de septiembre de 2012.

La Administración actuante a pesar de la ausencia de prueba de cargo que destruyera la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa, sancionó al expedientado con lo cual se vulneró manifiestamente el derecho fundamental a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española».

3. Como reiteradamente ha señalado este Consejo Consultivo, ha de advertirse, ante todo, que la revisión de oficio es un recurso extraordinario contra actos firmes en vía administrativa, en cuya aplicación se ha de ser riguroso por implicar un conflicto entre dos principios generales del derecho: el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. Por ello, debe ceñirse la revisión de oficio a las causas tasadas del art. 62.1 LRJAP-PAC, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva, sin que sea ésta una vía de impugnación de actos anulables.

En el caso que nos ocupa, habrá de determinarse si en el procedimiento sancionador sustanciado contra quien ha promovido la revisión de oficio objeto de este expediente se ha conculcado alguno de los derechos fundamentales cuya vulneración determina la nulidad de la resolución sancionadora, y, por ende, de la que la confirma tras desestimar el recurso de alzada interpuesto contra aquélla, a tenor de lo establecido en el art. 62.1.a) LRJAP-PAC.

Como ya se indicó en los antecedentes de hecho, la Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias nº 1036, de 5 de septiembre de 2012, recaída en el expediente sancionador nº 373/11, sancionó a O.H.G. por la comisión de las siguientes infracciones a la normativa turística: "PRIMERO.- Explotar turísticamente el apartamento 000 del complejo denominado "X", careciendo de libro de inspección de turismo" y "SEGUNDO.- Explotar turísticamente el apartamento 000 del complejo denominado "X", careciendo de las hojas de reclamaciones", con multas en cuantía de seis mil novecientos euros (6.900,00 €) por cada uno de los hechos infractores. En el expediente se consignaron como normas sustantivas infringidas, en cuanto al hecho infractor primero, el art. 84 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias (LOT), en relación con el art. 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, y, en cuanto al hecho infractor segundo, el art. 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.

Como infracciones imputadas, lo son, con relación al hecho infractor primero, la tipificada como grave en el art. 76.9 LOT, modificada por la Ley 14/2009, 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 art. 76.4 del citado cuerpo legal, la relativa a "carecer de las hojas de reclamación obligatorias (...)".

Constan en el procedimiento sancionador, como pruebas en virtud de las cuales se imputan los hechos y se sanciona a O.H.G.:

1.- Informe emitido por el Jefe de Sección de Inspección y la documental que obra en el expediente relativa a publicidad efectuada en internet del establecimiento, consistente en las página web *www.(...).com*, 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, todo ello en cumplimiento y desarrollo de sus funciones inspectoras.

Al respecto cabe señalar, como se ha dicho en dictámenes anteriores de este Consejo Consultivo, algunos de los cuales son citados por la propia Propuesta de Resolución (entre otros, los Dictámenes números 324/2013 y el 11/2013), que las meras copias impresas de páginas web, sin que conste el funcionario que ha realizado esa copia y en ejercicio de qué funciones, no pueden calificarse ni como documento

administrativo ni como documento privado. Carecen de todo valor probatorio. El informe emitido por el Jefe de Sección de Inspección a la vista de la información resultante de aquella página web se limita a afirmar que el apartamento está explotado turísticamente, pero no recoge ningún elemento de hecho que sostenga esa afirmación. Tampoco expresa si ha tenido conocimiento directo de esa oferta ni cuándo y en qué circunstancias. Carece, pues, de virtualidad para probar que el apartamento se ofrecía como alojamiento turístico.

2.- Certificado que con fecha 21 de junio de 2012 emite el Jefe del Servicio de Inspección y Sanciones con el siguiente tenor literal: «Que la propiedad que figura en la página web (como) referencia *www(...).com* y con la referencia 000, X, se corresponde con el apartamento n° 000 del Complejo de Apartamentos denominado "X", situado en la Avenida Z en Playa de Las Américas, término municipal de Arona, provincia de Santa Cruz de Tenerife, propiedad de O.H.G., con NIE X-(...)-D, según información facilitada por la Administración de la Comunidad de Propietarios del citado complejo».

En relación con tal certificación, también hemos señalado en anteriores ocasiones que la misma no hace referencia al documento o archivo del cual se recoge su contenido. Tampoco expresa el contenido de dichas páginas atinentes a dicha propiedad. Por lo que sin expresar tal contenido no se puede afirmar que el apartamento se explote turísticamente, pues de tal certificación sólo se deriva que O.H.G. es propietario del apartamento, pero no resulta que sea él quien lo explote turísticamente.

Pues bien, dados estos elementos de hecho, resulta que las sanciones que se han impuesto a O.H.G. 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, y se imponen en virtud únicamente de los referidos documentos probatorios aportados por la Administración y a partir del informe realizado por el Jefe de Sección de inspección en virtud de las copias de una página web.

Sin embargo, tal 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, que establece:

“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".

4. 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* diabólica de los hechos negativos (por todas, STC 45/1997, de 11 de marzo, F. 4)».

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

Pues bien, de la descripción y análisis del material probatorio que consta en el expediente sancionador resulta que las copias impresas de páginas electrónicas no reúnen los requisitos para considerarlas documentos, aun cuando se incorporen al informe del Jefe de Sección de Inspección Turística, y, por su parte, la certificación emitida por el Jefe del Servicio de Inspección y Sanciones, como ya se ha dicho, sólo acredita que el apartamento es propiedad de O.H.G., pero no acredita el hecho de que éste 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 ello, se concluye necesariamente que ha incurrido en la causa de nulidad contemplada en el art. 62.1.a) LRJAP-PAC, por lo que la Resolución de la Secretaría General de Presidencia del Gobierno nº 687, de 14 de diciembre de 2012, cuya revisión de oficio se ha instado, debió anular la Resolución nº 1036/2012, de 5 de septiembre, de la Viceconsejería de Turismo.

Por tanto, la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, en cuanto concluye que procede estimar la revisión de oficio solicitada por el interesado, declarando la nulidad de pleno derecho de la Resolución de la Secretaría General de Presidencia del Gobierno de Canarias nº 637, de fecha 14 de diciembre de 2012, por la que se desestimó el recurso de alzada nº 236/12 formulado contra la Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias nº 1036, de 5 de septiembre, recaída en el expediente sancionador nº 373/11, en virtud de la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el art. 62.1 a) LRJAP-PAC, por infracción del derecho a la presunción de inocencia que rige en el procedimiento administrativo sancionador como derecho amparado por el art. 24.2 CE.

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 Presidencia del Gobierno nº 687, de 14 de diciembre de 2012, recaída en el expediente sancionador nº 373/2011, así como de la Resolución de la Viceconsejería de Turismo de 5 de septiembre de 2012, recaída en el antedicho procedimiento sancionador.