



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 54/1996

La Laguna, a 9 de julio de 1996.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno sobre el *Proyecto de Decreto regulador del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora en materia turística y de la inspección de Turismo (EXP. 66/1996 PD)**.

FUNDAMENTOS

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Presidencia del Gobierno con la cobertura del art. 11.1 de la Ley del Consejo Consultivo (LCC), es el Proyecto de Decreto (PD) regulador del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora en materia turística y de la inspección de turismo, dirigido a establecer un desarrollo reglamentario parcial de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, LOT. De ahí que el Dictamen sea de carácter preceptivo, según resulta del art. 10.6 LCC en relación con el art. 22.3 de la Ley Orgánica 3/1990, de 22 de abril, del Consejo de Estado (LOCE). Proyecto de disposición general en cuyo expediente administrativo no se observan defectos procedimentales que obsten a la emisión de un Dictamen sobre el fondo.

II

El reconocimiento en favor de la inspección turística de la facultad de acceso a los documentos, libros y registros con el fin de examinarlos y comprobar el cumplimiento de la normativa turística y la correlativa obligación de los administrados de facilitar ese acceso -art. 24.f), 29.2, 33.1 y concordantes del PD- generó a lo largo de la tramitación del procedimiento de elaboración la equivocidad

* **PONENTE:** Sr. Fernández del Torco Alonso.

de que si el contenido de su articulado podía vulnerar los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad de domicilio.

En cuanto, al primero -intimidad personal, ubicado en el nº 1 del art. 18 de la CE y reconocido en favor de las personas físicas- su contenido configura un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, como ha determinado la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la Sentencia 209/1988, de 10 de noviembre. Ámbito de reserva que el Tribunal Constitucional no ha extendido a las personas jurídicas pues "el artículo 18.1 sólo tutela la intimidad personal" (en tal sentido, el Auto 257/1985, y Sentencias 231/1988, y 142/1993).

Y, en cuanto al segundo, -la inviolabilidad de domicilio- resultan titulares de tal derecho tanto las personas físicas como las jurídicas (entre otras la Sentencia 137/1985) pues "parece claro que la Constitución al establecer el derecho a la inviolabilidad de domicilio no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a la persona jurídica". Por tanto, resultan excluidos del concepto constitucional de domicilio todos aquellos espacios que no están destinados a residencia; de ahí que no sea reparable la facultad de la inspección de las instalaciones turísticas o parte de ellas, no destinadas a residencia y que estén abiertas al público. Salvo las excepciones citadas, cualquier acceso a instalación turística, en todo o parte, que no esté abierta al público u ostente la condición de domicilio para sus titulares requiere el consentimiento previo para su acceso o, en su defecto, que medie la autorización judicial preceptiva (en tal sentido, Sentencia 50/1995, de 23 de febrero, que matiza que "en aquélla se determinará los límites del acceso y el horario en que ha de tener lugar").

III

Nuestra Comunidad Autónoma ostenta titularidad competencial, de carácter exclusiva, "sobre la promoción y ordenación del turismo", y en virtud de ella el Legislador autonómico dictó la Ley 7/1995, de 6 de abril, que reguló en el ámbito turístico conductas constitutivas de ilícitos administrativos postulando frente a las mismas, una respuesta sancionadora de contenido patrimonial. Posición acorde con la orientación de la Jurisprudencia Constitucional, iniciada con los pronunciamientos de 11 de noviembre, 12 de diciembre y 16 de diciembre de 1986, que ha declarado que el rango orgánico es imprescindible en la ley que establezca penas o medidas de seguridad privativas de libertad, impidiendo que pudieran definirse conductas como

ilícitas a través de normas administrativas, con rango inferior a la ley, procedentes del poder ejecutivo.

Afirmaciones de tal contenido no son sino la consecuencia del principio de legalidad, cuya consagración irradia diversas manifestaciones dentro de las que debemos destacar, a los efectos del presente Dictamen, las siguientes: a) la garantía criminal, según la cual sólo son delictivas las conductas tipificadas previamente en la ley y castigada por ésta con una pena; b) la garantía penal, conforme a la cual no se puede imponer una pena al ciudadano que no se halle establecida previamente en la ley, y será ésta quien determine la clase y duración. Cierra por tanto el paso a las penas arbitrarias e indeterminadas.

La traslación de los efectos enunciados al contenido del articulado del Proyecto de Decreto permite inferir que el apartado 2 del art. 3, en cuanto determina que la sanción será "concreta y adecuada" aun cuando la ley haya previsto las formas imperfectas de ejecución, está conculcando este último criterio rector. Idéntica observación debe efectuarse en relación con el art. 33.2, al calificar un mismo hecho de forma alternativa, bien como 'obstaculización' o como 'resistencia'. Obviamente, ése es el tenor de la Ley en el art. 76.9, pero las consecuencias son divergentes, ya que el funcionario público que interviene según el texto del Proyecto ostenta la condición de agente de la autoridad y, por tanto, la resistencia sería a agente de la autoridad, que de ser grave sería delito (art. 556 del Código Penal) y de no serlo sería falta (art. 634 del mismo Código).

Pues bien, si entendiéramos que la tipificación de tal conducta se encuentra en el elemento configurador "no llegar a impedirlo", resultaría un tipo *ex novo* y la Comunidad Autónoma no tiene competencia para tal tipificación, ya que no tiene competencia para dictar disposiciones con rango de Ley Orgánica, máxime cuando ambos supuestos generan privación de libertad. Merece observación análoga el art. 40 proyectado.

El tenor del art. 7 induce a error porque en base al principio de conformidad, y por tanto de admisión de hechos y de la sanción, por su abono voluntario, se deja abierta la vía de los recursos, generando implícitamente una entrada del principio *solve et repete*, proscrito por el Tribunal Constitucional porque impedía el derecho a una tutela judicial efectiva.

En el art. 13.3 se niega la condición de prueba a la documental aportada por las partes. Criterio que vulnera la ley de Enjuiciamiento Civil (art. 578.3), que en este extremo resulta de aplicación supletoria al procedimiento administrativo, y el Código Civil (art. 1.215). En ambos cuerpos normativos se reconoce la documental privada como un medio de prueba, así como la Jurisprudencia Constitucional sobre la prueba, (entre otras, STC de 27 de setiembre de 1988) al determinar que "la configuración del derecho a la prueba como un derecho positivo del litigante dando en su propio beneficio". La tesis normativa postulada confiere al arbitrio de la Administración la eficacia de documentos que ostentan la condición de oficiales, desde que tiene lugar su acceso al Registro público y, por tanto, integran el acervo probatorio de ésta (en tal sentido, STS de 3 de diciembre de 1992).

Merece cierta consideración el apartado 2 del art. 25, pues asignar naturaleza de documento público a las Actas extendidas por inspector actuante implica considerar que los hechos y circunstancias expuestos en las Actas de inspección gozan de presunción *iuris tantum* de certeza, lo que en buena técnica jurídica resulta de difícil compatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24 de la Constitución.

En lo concerniente al art. 30.2, el mismo configura como vinculantes a los informes que emita la Inspección para las concesiones de autorizaciones turísticas. Se afecta, pues, el desarrollo de la actividad turística, que ostenta la condición de una actividad libre, aunque de inicio condicionado a la concurrencia de los presupuestos que el Legislador estima pertinente para tal actividad y que la LOT acoge en los arts. 13 y 21. Tal constatación genera como efecto el deber de la Administración de conferir la autorización de inicio de la actividad, que es una autorización reglada, aunque de carácter declarativa de la existencia de todos y cada uno de sus presupuestos; función de constatación que el Proyecto asigna a la función inspectora, ya que su informe se reduce a constatar la concurrencia de los presupuestos demandado por la norma sectorial al efecto.

La actividad policial en materia turística comprende el otorgamiento de autorizaciones y sus modificaciones, aunque la actividad policial ha sido transferida a los Cabildos por virtud de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias (LRJAPC), salvo la inspección y la sanción (disposición adicional primera). En virtud de esa transferencia, se dictó el Decreto

156/1994, de 21 de julio, situación inalterada tras la entrada en vigor de LOT, ya que en el art. 5 del mentado cuerpo legal reitera los criterios legislativos acogidos por el art. 9 de la Ley 14/1990. De ahí no se deriva sin embargo una habilitación a la Administración autonómica para que se autoatribuya competencias administrativas en materia de turismo cada vez que aprecie que concurren las circunstancias del art. 9, ya que tal consideración generaría como resultado: a) bien que la competencia de la Administración regional no las determinaría la norma sino por la propia Administración; b) bien que la Administración regional por sí misma podría ampliar constantemente su competencias a costa de la Administración local. Consecuencias que contradicen, la primera, el principio de legalidad de la actuación administrativa (art. 103.1 CE); y la segunda la garantía institucional de la autonomía municipal (art. 140 CE) e insular (art. 22.2 del Estatuto), que exige que las competencias municipales e insulares estén determinadas por ley y no dejadas al juicio que realice la Administración autonómica. Esta conclusión se refuerza por los arts. 5.2 y 6 de la LOT. El primero, no atribuye a la Administración autonómica más competencia en materia de policía de turismo que la inspección y sanción. El segundo, confirma que a la Administración insular le corresponde en materia turística las competencias transferidas por la Comunidad Autónoma. Por tanto, no se ha pretendido innovar con la LOT la atribución de competencias que en materia de policía de turismo operó la disposición adicional primera, m) de la LRJAPC y el Decreto 156/1994, de 21 de julio. Ausencia de finalidad innovadora en esta materia que es reiterada respecto de los municipios por el art. 7.2.b) LOT.

Dicho esto, sin embargo hay que señalar que la LOT introduce un nuevo requisito para el desarrollo de la actividad alojativa turística, cual es el de unidad de explotación que consiste que una única empresa ha de desarrollar esa actividad en cada inmueble destinado al alojamiento turístico, parte homogénea del mismo o conjunto unitario de inmuebles con ese mismo destino. Función de vigilancia que tiene asignada la Administración insular, aunque la facultad de dispensa de tal condición corresponde expresamente a la Administración autonómica.

En consecuencia, la competencia para autorizar la apertura de los establecimientos hoteleros y de los apartamentos turísticos ha sido transferida a los Cabildos (art. 2.1 Decreto 156/1994 en relación con la disposición adicional primera, m) LRJAPC). Por ello, conforme a los arts. 12.1, 42, 46.1 y 49 de la misma, esa

competencia tiene carácter de propia, por lo que su ejercicio únicamente puede ser controlado por la Administración regional a través de los procedimientos de los arts. 65 y 66 de LRBRL, como señala el art. 23 LRJAPC. Por ello, el informe que contempla el art. 30.2 proyectado no puede ser vinculante cuando se emita con carácter previo a la expedición por los Cabildos de autorizaciones turísticas y de sus modificaciones en el ejercicio de las competencias de policía de turismo que se le han transferido.

Por el contrario, sí será vinculante en los procedimientos para la expedición de autorizaciones y de sus modificaciones que corresponde otorgar a la Administración autonómica, aunque no ostentará tal carácter el informe del inspector, sino el del órgano funcionalmente competente que, conforme a lo preceptuado en el art. 11.N) del Reglamento orgánico de la Consejería de Turismo y Presidencia, determina que la emisión de informe de tal condición sólo corresponde a la Dirección General de Ordenación e Infraestructura Turística.

En lo referente al art. 32.2 PD se dispone que la notificación de las actas de inspección se practicará en la persona que se encuentre en el momento de la misma. Quizás deba complementarse lo propuesto con "que se encuentre presente en el momento del levantamiento de la misma".

Finalmente, art. 46, la condición de agente de la autoridad impide que los mismos puedan ser sujetos pasivos de un delito de desacato en el sentido clásico, ya que en el Código de 1995, tal figura delictiva ha desaparecido y por tanto no puede restablecerla el Derecho sancionador en materia turística.

C O N C L U S I Ó N

La Comunidad Autónoma tiene competencia para aprobar el Reglamento que ha sido objeto del presente Dictamen. En la regulación proyectada se observan infracciones jurídicas que conculcan, vulneran o inciden en los principios de legalidad (arts. 3.2, 29.2, 33.2, 40 y 46); y de tutela judicial efectiva, en su dimensión procesal (arts. 13.3 y 25.2); en la legislación ordinaria aplicable (art. 30.2) y en la legislación básica (art. 7), de conformidad con lo razonado en el Fundamento III del presente Dictamen.