

Capítulo IV. PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD TURÍSTICA: INSPECCIÓN Y RÉGIMEN SANCIONADOR

Carlos Sanz Domínguez

Profesor Contratado Doctor
Universidad de Sevilla

SUMARIO

1. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE INSPECCIÓN Y POTESTAD SANCIONADORA EN MATERIA DE TURISMO

2. EL SERVICIO DE INSPECCIÓN DE TURISMO

- 2.1. Competencia y organización de la inspección turística.
- 2.2. Concepto y caracteres de la inspección de turismo.
- 2.3. Funciones asignadas a la inspección de turismo.
- 2.4. Facultades que se otorgan a la inspección turística.
- 2.5. Contenido y características del acta de inspección.
- 2.6. Tipología de las actas de inspección.
- 2.7. Reflexión sobre el valor probatorio de las actas de inspección.

3. LA POTESTAD SANCIONADORA EN EL SECTOR TURÍSTICO

- 3.1. Principios de la potestad sancionadora y su aplicación en la Ley de Turismo.
- 3.2. Clasificación de las infracciones en materia de turismo.
- 3.3. Las sanciones en materia de turismo.
- 3.4. El procedimiento sancionador.

BIBLIOGRAFÍA

1. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE INSPECCIÓN Y POTESTAD SANCIONADORA EN MATERIA DE TURISMO.

Aunque la capacidad de la Administración pública para imponer sanciones a los ciudadanos en ámbitos diversos y para ejercer actividades de vigilancia, control e inspección es muy anterior en el tiempo¹, si analizamos específicamente ambas funciones en el campo del turismo, debemos circunscribirnos necesariamente a los inicios del desarrollo o boom del turismo ocurrido en España, particularmente a partir de los años cincuenta del siglo XX. Efectivamente, las primeras disposiciones administrativas reguladoras del incipiente fenómeno turístico², no hacen referencia alguna a ambas competencias administrativas al estar centradas fundamentalmente en la acción de fomento y promoción. Así ni el Real Decreto de 6 de octubre de 1905 por el que se crea una Comisión Nacional “encargada de fomentar en España, por cuantos medios estén a su alcance, las excursiones artísticas y de recreo del público extranjero”, ni el posterior Real Decreto de 19 de junio de 1911, por el que se crea en la Presidencia del Consejo de Ministros, en sustitución de la anterior Comisión Nacional, “una Comisaría Regia encargada de procurar el desarrollo del turismo y la divulgación de la cultura artística popular”, abordan cuestiones relativas a las funciones de vigilancia y sanción de las autoridades gubernativas que una y otra crearon. Aunque, en principio, la creación del Patronato Nacional de Turismo por Real Decreto 745/1928, de 25 de abril tampoco supuso un avance en la materia, pues el Patronato asumió funciones de “divulgación, apoyo, estímulo, búsqueda y favorecimiento del turismo”³, sólo unos meses antes de la creación del Patronato se facultó a los Gobernadores Civiles a imponer sanciones pecuniarias en materia de precios hoteleros⁴ y, posteriormente ante la inminente celebración de la Exposición Iberoamericana de Sevilla, una Orden Circular de 28 de enero de 1929 autorizó al Patronato Nacional de Turismo a imponer sanciones a las empresas infractoras, frente a reclamaciones comprobadas.

La complejidad de la materia sancionatoria en las diversas atribuciones que asume el nuevo Ministerio de Información y Turismo a partir de 1951, hace precisa la aprobación del Decreto de 4 de agosto de 1952 por el que se autoriza a refundir los preceptos sancionadores

¹ Sobre la evolución de la configuración de la potestad sancionadora de la Administración, vid., por todos, PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo I. Parte General*, especialmente pp. 464 ss.

² Sobre la evolución normativa y orgánica en el campo turístico en los primeros decenios del siglo XX, vid., PELLEJERO MARTÍNEZ, C., “La política turística en España. Una perspectiva histórica, en Auriolés Martín, J. (Coord.), *Las nuevas formas de turismo*, Publicaciones Cajamar, Almería, 2004, pp. 268-284; del mismo autor *La intervención del Estado en el sector turístico: de la Comisión Nacional a la Empresa Nacional de Turismo*, Dirección General de Planificación Turística de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2000 y, entre otros, BAYÓN MARINÉ, F., (Dir.), *50 años del turismo español: un análisis histórico y estructural*, Ceura, Madrid, 1999; CALONGE VELÁZQUEZ, A., *El Turismo. Aspectos institucionales y actividad administrativa*, pp. 35-70; CORCHERO, M., *Derecho del Turismo. Conceptos fundamentales*, pp.204-231.

³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Derecho Administrativo del Turismo*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 138-139.

⁴ Real Orden Circular de 11 de febrero de 1928.

en materia de prensa, publicaciones, actos públicos, radiodifusión, cinematografía, teatro, espectáculos y *turismo*. Este Decreto además de autorizar la refundición de normas sancionadoras determinó las reglas del procedimiento sancionador, distribuyó las competencias sancionadoras en el organigrama del Ministerio y fijó el sistema de recursos administrativos contra las sanciones impuestas. Posteriormente, y en aplicación de la indicada autorización de refundición, el Ministerio de Información y Turismo aprobó la Orden de 22 de octubre de 1952⁵, sobre normas para la imposición de sanciones. La Orden establecía en su art. 1: “En las materias de prensa, publicaciones, actos públicos, radiodifusión, cinematografía, teatro, espectáculos similares y *turismo* se podrá imponer la sanción de multa hasta 50.000 pesetas, por infracciones cometidas contra lo dispuesto en la legislación reguladora de dichas materias o contra las normas dictadas por las autoridades al aplicarla”. Los restantes artículos de la Orden regulan el procedimiento sancionador y las posibilidades de recurso administrativo existentes contra la sanción impuesta, en su caso. La distribución de competencias en materia sancionadora dentro del Ministerio fue objeto de una ulterior aclaración normativa efectuada mediante Orden de 21 de noviembre de 1955, sobre competencia para imponer sanciones en el Ministerio de Información y Turismo.

Sin embargo, fue la Ley de Competencias en Materia de Turismo de 1963 la encargada de aclarar las competencias del Ministerio de Información y Turismo sobre el sector turístico, que incluía la “ordenación y *vigilancia* de toda clase de actividades turísticas” (Art. 1) y, particularmente (Art. 3): “La ordenación y *vigilancia* de las empresas de hostelería o de cualesquiera otras de carácter turístico (...)”. Dentro de esta competencia se incluye la potestad sancionadora sobre dichas actividades y empresas en cuanto a las infracciones que pudieran cometerse en el ámbito del turismo.

Haciendo uso de esta competencia de ordenación y *vigilancia*, el Gobierno aprobó por Decreto 231/1965, de 14 de enero, el Estatuto Ordenador de las Empresas y de las Actividades Turísticas Privadas, incorporando dentro del Capítulo III, dedicado a las empresas turísticas, una sección completa a las responsabilidades y sanciones (Arts. 23 a 26), con un contenido realmente reducido en el que regulaba, la relación de sanciones, entre las que se incluyen, el apercibimiento, la multa, la suspensión de actividades o clausura del establecimiento hasta seis meses, el cese definitivo de las actividades de la empresa o la clausura definitiva del establecimiento, la suspensión en el ejercicio de actividades profesionales individuales hasta seis meses y la baja definitiva en la profesión o revocación del título o licencia (Art. 23); los criterios para la aplicación de sanciones: naturaleza y circunstancias de la infracción; antecedentes; capacidad económica del infractor; perjuicios ocasionados; etc. (Art. 24); la distribución de competencias en el seno de la Administración estatal para la imposición de sanciones (Art. 25) y, finalmente, la remisión respecto al procedimiento sancionador a las normas establecidas en tal sentido por el Ministerio de Información y Turismo (Art. 26).

⁵ Modificada posteriormente por Orden de 29 de noviembre de 1956.

Por lo demás el Estatuto Ordenador no llega a tipificar las infracciones, considerando como tales a aquellas “que se cometan contra lo preceptuado en el presente Estatuto y en los Reglamentos reguladores de las empresas y actividades turísticas” (Art. 23,1). Como se verá al analizar los principios de la potestad sancionadora, nada más lejos de cumplir con las exigencias del principio de tipicidad de las infracciones que lo que realiza el Estatuto Ordenador⁶.

La Constitución española previó la asunción de las competencias sobre turismo por parte de las Comunidades Autónomas (Art. 148,1,18), sin efectuar reserva alguna a favor del Estado⁷: “Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: (...) 18. Promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial”, incluyendo, por tanto, dentro de dicha competencia, la regulación y aplicación de la potestad sancionadora sobre las empresas turísticas, así como la función de inspección sobre las empresas y establecimientos turísticos. Esto impulsó a muchas Comunidades Autónomas a aprobar sus propias Leyes de Disciplina Turística⁸, cumpliendo de esta forma con la reserva de Ley establecida por el art. 25 CE (Principios de legalidad y tipicidad en materia sancionadora)⁹.

⁶ REBOLLO PUIG califica este planteamiento como una auténtica sustitución de “la tipicidad por cualquier anti-juridicidad, lo que supone la violación más burda del principio analizado (tipicidad de infracciones)”, “Legislación Autonómica de Disciplina Turística”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 8, 1991, p. 54.

⁷ No obstante, la exclusividad de que gozan las Comunidades Autónomas en materia de ordenación y promoción del turismo y la inexistencia de reserva expresa a favor del Estado, no impiden que éste intervenga en el sector turístico pero ejerciendo otras competencias transversales, genéricas o de aspectos colaterales al turismo, como es el caso de las relaciones internacionales, el comercio exterior, la planificación general de la actividad económica, la estadística con fines estatales, la educación, etc. Vid. SANZ DOMÍNGUEZ, C., *Régimen jurídico-administrativo de la intermediación turística*, Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, Junta de Andalucía, Sevilla, 2005; FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J., “Competencias en materia turística de las Comunidades Autónomas: reflexiones sobre la Sentencia 125/1984, de 20 de diciembre, del Tribunal Constitucional”, en *Estudios Turísticos*, núm. 85, 1985, pp. 37-45; FERNÁNDEZ-OBANZA CARRO, J., “Competencias y organización de las Administraciones Turísticas”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 21, 1999, pp. 631-642; GALLARDO CASTILLO, M.J., “La distribución constitucional de competencias en materia de turismo y su tratamiento en las Leyes Autonómicas: su promoción y ordenación”, en *Documentación Administrativa*, núm. 259-260, 2001, pp. 71-93; GUILLÉN GALINDO, M.A., “La distribución de competencias en materia turística entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades locales. Especial referencia a la Comunidad Valenciana”, en BLANQUER CRIADO, D., *Turismo: organización administrativa, calidad de servicios y competitividad empresarial*, Ed. Tirant lo Blanch, 1999; PÉREZ GUERRA, R. y CEBALLOS MARTÍN, M.M., “A vueltas con el régimen jurídico-administrativo de la distribución de competencias en materia de turismo y de otros títulos que inciden directamente sobre el mismo: El ejercicio de competencias turísticas por la Comunidad Autónoma andaluza”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 27, 1996, pp. 95-170.

⁸ Denominamos Leyes de Disciplina Turística a las Leyes dedicadas a tipificar las infracciones administrativas que puedan cometer las empresas y actividades turísticas y a regular el servicio de inspección turística, el régimen sancionador y la tipificación y graduación de sanciones, aunque, en la práctica, sólo algunas de ellas llegan a adoptar formalmente tal denominación. Se denominan de esta forma las Leyes aprobadas por las Comunidades Autónomas de Aragón, Canarias, Castilla-La Mancha, Galicia, Navarra y Comunidad de Valencia. Vid. REBOLLO PUIG, M., op.cit., p. 29.

⁹ Ley 3/1986, de 8 de abril (Canarias); Ley 3/1986, de 19 de abril (Andalucía); Ley 2/1986, de 28 de abril (Principado de Asturias); Ley 4/1986, de 15 de mayo (Región de Murcia); Ley 2/1987, de 6 de marzo (Castilla y

Las Comunidades Autónomas que carecen de Ley de Disciplina Turística, aplicarán a las empresas turísticas, bien la legislación sobre consumidores y usuarios¹⁰, bien mantendrán la aplicación de la normativa preconstitucional, hasta la aprobación y entrada en vigor de la respectiva Ley de Ordenación del Turismo¹¹.

El contenido de estas Leyes de Disciplina Turística, es muy específico y similar en todos los casos, pues su objetivo será ordenar directamente, cumpliendo con la reserva de ley impuesta por el art. 25,1 CE, la potestad sancionadora de la Administración en materia de turismo y las cuestiones anexas que han de acompañarla para formar la “disciplina turística¹²”: procedimiento sancionador, tipificación de infracciones y sanciones, reglas de aplicación, etc., además de la regulación del servicio de inspección turística. En Andalucía este papel corresponde a la Ley 3/1986, de 9 de abril, de Inspección y Régimen Sancionador en Materia de Turismo de Andalucía, que en un total de trece artículos reguló los aspectos fundamentales de la inspección y del régimen sancionador: el servicio de inspección, procedimiento sancionador, clasificación de infracciones y sanciones, reglas de aplicación de las sanciones, prescripción, etc.¹³

Finalmente, el Parlamento Andaluz aprobó la primera Ley de Turismo de Andalucía el 15 de diciembre de 1999, derogando expresamente la Ley 3/1986, de Inspección y Régimen Sancionador en materia de turismo. La Ley de Turismo de 1999 dedicaba el título VI a la inspección turística (Arts. 51-56) y el título VII al régimen sancionador en la actividad turística (Arts. 57-75) y fue desarrollada en materia de inspección, primero por el Decreto

León); Ley 1/1989, de 2 de marzo (Comunidad de Valencia); Ley 6/1989, de 3 de mayo (Baleares); Ley 5/1990 (La Rioja); Ley 1/1992, de 11 de febrero (Cantabria); Ley 6/1992, de 15 de junio (Galicia); Ley 2/1992, de 10 de diciembre (Castilla-La Mancha); Ley 5/1993, de 29 de marzo (Aragón) y Ley Foral 14/1997, de 17 de noviembre (Navarra).

¹⁰ Como ocurre con Cataluña a través de la Ley 1/1990, de 8 de enero, de disciplina de mercado y de defensa de consumidores y usuarios.

¹¹ Las únicas Comunidades Autónomas en estas circunstancias eran Extremadura, Comunidad de Madrid y País Vasco. En el País Vasco la disciplina turística se incorporará directamente a la Ley de Turismo en 1994. Igualmente, la Comunidad Autónoma de Madrid incorporará la materia de disciplina turística a su primera Ley de Ordenación del turismo de 28 de marzo de 1995 (derogada por la actual). La Ley de Turismo de Extremadura será posterior en el tiempo a las anteriormente citadas (20 de marzo de 1997) y su Exposición de Motivos después de razonar la necesidad de una norma con rango legal para abordar la materia sancionadora afirma que con su aprobación “se supera la necesidad de recurrir a la normativa estatal de inferior rango”.

¹² Para CABALLERO SÁNCHEZ “La disciplina turística consta de tres columnas: el régimen de inspección o control previo al ejercicio de la potestad sancionadora; el régimen sancionador sustantivo; y el régimen procedimental para la aplicación del anterior”, en “La normativa autonómica sobre disciplina turística y la innecesaria proliferación de procedimientos sancionadores en materia de turismo”, *Documentación Administrativa*, núm. 259-260, p. 146.

¹³ Esta Ley es el antecedente del capítulo que la Ley de Turismo de Andalucía, tanto la aprobada en 1999, como la vigente de 2011, dedican a regular la inspección de turismo y la potestad sancionadora. Precisamente en su Exposición de Motivos se hace expresa referencia al art. 25 CE como justificación de su propia existencia.

95/1995, de 4 de abril, por el que se fijan los objetivos básicos que han de inspirar los Planes de Inspección Programada, y se atribuyen diversas competencias en materia de turismo, y, posteriormente, por Decreto 144/2003, de 3 de junio, de la Inspección de Turismo, que derogó al anterior.

El actual régimen jurídico de la inspección y de la potestad sancionadora en materia de turismo está formado por la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía (LTA) y por el indicado Decreto 144/2003, de la Inspección de Turismo. La Ley de Turismo dedica a la inspección turística su título VII, arts. 63-68, y su título VIII al régimen sancionador de la actividad turística y medidas de ejecución forzosa, arts. 69-86.

2. EL SERVICIO DE INSPECCIÓN DE TURISMO

2.1. Competencia y organización de la inspección turística

Como hemos visto supra, la Comunidad Autónoma andaluza asumió a través del Estatuto de Autonomía de 1980 la competencia sobre promoción y ordenación del turismo, incluyendo, aunque no se haga mención expresa, la competencia sobre inspección turística¹⁴. No obstante, el Real Decreto 698/1979, de 13 de febrero, de traspaso de competencias del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía, incluyó en su art. 40 la facultad de “Inspeccionar las empresas y actividades turísticas vigilando el estado de las instalaciones, las condiciones de prestación de los servicios y el trato dispensado a la clientela turística”.

La Ley de Turismo de Andalucía en su art. 3,d) incluye entre las competencias de la Administración de la Junta de Andalucía, la potestad de inspección, competencia que puede ser delegada en las entidades locales¹⁵. Como complemento a esta previsión legal, el art. 64,1 LTA determina que “Las funciones inspectoras en la Comunidad Autónoma de

¹⁴ El art. 71 del actual Estatuto de Autonomía para Andalucía, determina que “Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de turismo, que incluye, en todo caso: la ordenación y la planificación del sector turístico; la regulación y la clasificación de las empresas y establecimientos turísticos y la gestión de la red de establecimientos turísticos de titularidad de la Junta, así como la coordinación con los órganos de administración de Paradores de Turismo de España en los términos que establezca la legislación estatal; la promoción interna y externa que incluye la suscripción de acuerdos con entes extranjeros y la creación de oficinas en el extranjero; la regulación de los derechos y deberes específicos de los usuarios y prestadores de servicios turísticos; la formación sobre turismo y la fijación de los criterios, la regulación de las condiciones y la ejecución y el control de las líneas públicas de ayuda y promoción del turismo”. Sorprende que habiendo detallado el nuevo Estatuto de Autonomía la competencia de “ordenación y promoción del turismo” (expresión que concretaba la competencia autonómica sobre turismo en el anterior Estatuto de Autonomía), no se haga mención expresa de las potestades de inspección y sancionadora, y sí de otras como la ordenación, planificación, promoción, etc.

¹⁵ Vid. BARRERO RODRÍGUEZ, E., “Las competencias de las entidades locales andaluzas en materia de turismo”, en AA.VV., *Curso sobre Derecho Local Andaluz*, Ateneo de Sevilla, Sevilla, 2003, pp. 881-895. Igualmente, PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M, *Derecho Público del Turismo*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 51.

Andalucía serán ejercidas por la Consejería competente en materia de turismo, a la que se adscriben los correspondientes servicios de inspección, que tendrán la estructura que se determine reglamentariamente”. De esta forma, en el organigrama actual de la Consejería de Turismo y Deporte aprobado por Decreto 212/2015, de 14 de julio, se incluye entre las competencias de la Dirección General de Calidad, Innovación y Fomento del Turismo, dos atribuciones relacionadas directamente con la actuación inspectora: “f) La elaboración, seguimiento y evaluación de los planes de inspección en materia de turismo, velando porque toda la información referida a personas se desagregue por sexo” y “g) La gestión y control de los servicios, empresas y establecimientos turísticos, así como cualquier otra competencia en materia de inspección turística atribuida reglamentariamente”.

La estructura orgánica del servicio de inspección turística de la Junta de Andalucía se compone de una Inspección de los Servicios Centrales dependiente de la Dirección General de Calidad, Innovación y Fomento del Turismo y las Inspecciones de las Delegaciones Provinciales (actualmente Delegaciones Territoriales), dependientes del correspondiente Delegado Territorial. Además de las actuaciones realizadas por una u otra sección en el ejercicio de sus funciones propias, la Dirección General puede realizar actuaciones conjuntas (Art. 4 Decreto 144/2003).

2.2. Concepto y caracteres de la inspección de turismo

Nuestro ordenamiento jurídico no incorpora una regulación común, básica, de la función inspectora de la Administración¹⁶, ello a pesar de los numerosos ámbitos en los que el ordenamiento otorga a la Administración la facultad de inspección: recaudación tributaria, trabajo y seguridad social, consumo, sanidad, ordenación del turismo, urbanismo, entre otras. No obstante, debemos aclarar que la Administración pública no posee capacidad para inspeccionar todos los ámbitos materiales que conforman su ámbito competencial: será la Ley la que atribuya dicha potestad, determine sus límites y el régimen jurídico básico y establezca el ámbito o ámbitos administrativos en los que la misma se ejercite (estatal, autonómica o local). Como afirma FERNÁNDEZ RAMOS, “cabe anticipar el sometimiento de esta actividad administrativa al principio de legalidad en su vertiente de vinculación positiva”¹⁷.

¹⁶ BLANQUER CRIADO, D., *Introducción al Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 894. Como afirma CORCHERO, M., “Aunque la función inspectora encaja perfectamente en la definición de potestad, no debe desconocerse –como certeramente afirma R. RIVERO ORTEGA– que es una categoría que está necesitada de un mayor desarrollo dogmático, para garantizar su tratamiento como lo que en realidad es: una potestad”, *op.cit.*, p. 285.

¹⁷ FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección*, Editorial Comares, Granada, 2002, p.52. En el mismo sentido, REBOLLO PUIG, M., “La Administración contará con potestades de inspección en la medida en que se las otorguen precisamente normas con rango de ley. Se trata de imponer deberes a los administrados y ello sólo lo puede hacer la Administración en tanto que se lo permita una ley. Incluso aunque no se afectara

Esta actividad administrativa de inspección puede recaer sobre objetos y personas muy diversas, en función del fundamento jurídico en el que trae causa. Como señala REBOLLO PUIG, la Administración inspecciona sus propios órganos y personal, bajo la fórmula de inspección de servicios; o una Administración ejerce funciones de inspección sobre otra Administración (inspecciones interadministrativas) o, finalmente, ejerce su función inspectora sobre los administrados, siendo esta tercera perspectiva la que nos interesa tratar en este momento¹⁸. Debemos pues considerar la inspección como actividad que realiza la Administración pública dirigida a “comprobar el cumplimiento de los deberes, prohibiciones y limitaciones a que están sometidos los administrados”¹⁹. Más concretamente, nos interesa la perspectiva de la inspección administrativa dirigida a comprobar el cumplimiento de las obligaciones legales que se imponen a los administrados, en nuestro caso, las empresas y establecimientos turísticos²⁰.

Sin duda, la concesión de esta facultad inspectora a la Administración por parte del ordenamiento jurídico vigente debe fundamentarse, como en sí toda actividad administrativa, en la existencia de singulares intereses generales dignos de protección (Art. 103,1 CE: La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales)²¹. La propia Ley de Turismo de Andalucía destaca, al determinar sus finalidades, ciertos intereses generales sobre los que tendrá que velar, entre otros, la inspección de turismo como instrumento de actuación de la Administración, como “El impulso del turismo sostenible como sector estratégico de la economía andaluza, generador de empleo y desarrollo económico” (Art. 1,2,a) LTA), “La protección de los recursos turísticos de acuerdo con el principio de sostenibilidad” (Art. 1,2,d) LTA) o “La defensa y protección de las personas usuarias de los servicios turísticos” (Art. 1,2,f) LTA). Coinciden todos ellos con intereses generales protegidos o impulsados por la Constitución española: el desarrollo económico (Arts. 40,1 y 130 CE), la generación de empleo (Art. 40,1 CE), la protección del medio ambiente (Art. 45,1 CE), del patrimonio histórico, cultural y artístico (Art. 46 CE), la adecuada utilización del ocio (Art. 43 CE) o la protección de consumidores y usuarios (Art. 51 CE). La ordenación

a derechos fundamentales, se está de lleno en el ámbito de la vinculación positiva a la ley”, en “La actividad inspectora”, en DÍAZ SÁNCHEZ, J.J., *Función Inspectora*, INAP, Madrid, 2013, p. 67.

¹⁸ Vid. REBOLLO PUIG, M., “La actividad de inspección”, en Cano Campos, T., *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, vol. III. *La actividad de las Administraciones Públicas*. Vol. II. *El contenido*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 53 y ss.

¹⁹ REBOLLO PUIG, M., *ibid.*, p. 53.

²⁰ Vid. BERMEJO LATRE, J.L., “La policía del turismo”, en TUDELA ARANDA, J., (Coord.), *El Derecho del turismo en el Estado Autonómico*, Editorial Cortes de Aragón, Zaragoza, 2006.

²¹ BERMEJO VERA se refiere a la inspección como protectora de intereses tanto públicos como privados: “La vertiente positiva del ejercicio de la potestad de inspección no es sólo la defensa y protección de los intereses generales, sino incluso la de los intereses particulares, en todos los supuestos en que el ejercicio de la potestad deriva en la corrección o ajuste a la norma de la actividad, objeto o persona inspeccionados, porque ello constituye un aval o garantía que puede ser esgrimido por los inspeccionados en su momento”, en “La Administración inspectora”, RAP, núm. 147, 1998, p. 56.

del turismo que lleva a cabo la Ley de Turismo de Andalucía, y las leyes de ordenación del turismo de las restantes Comunidades Autónomas, persiguen entre otros, los objetivos reseñados²² y a su servicio estarán disponibles las distintas potestades y facultades de la Administración: potestad reglamentaria, potestad de planificación, actividad de control o policía (en la que se encuadra la inspección de turismo), potestad sancionadora, etc.²³.

En definitiva, la inspección de turismo, encomendada a la Administración autonómica por la Ley de Turismo, es ejercida a través de un cuerpo de funcionarios públicos a los que se encarga, como principal misión, la función de vigilancia en el cumplimiento de la “legalidad turística”, velando por el cumplimiento de los derechos y obligaciones reconocidos e impuestos, respectivamente, por la normativa turística²⁴. No se trata, por tanto, de una mera función o capacidad de actuación, sino de un auténtico deber público que la Administración autonómica tiene la obligación de asumir en garantía del cumplimiento de la legalidad vigente y que se contrapone, como se verá, con estrictas obligaciones impuestas a los interesados, particularmente, las empresas turísticas, en su relación con la inspección de turismo²⁵.

2.3. Funciones asignadas a la inspección de turismo.

Tradicionalmente se considera como origen y función propia de los servicios de inspección la vigilancia o control de actividades de los particulares en cuanto se refiere al cumplimiento de la legalidad vigente, insertándose, por tanto, dentro de la actividad administrativa de policía, control o limitación²⁶. Esta perspectiva vincula de forma instrumental la potestad

²² Vid. RIVERO YSERN, J.L., “Notas sobre la Ley 12/1999, de 15 de diciembre, reguladora del turismo en Andalucía”, *Documentación Administrativa* 259-260, pp. 206-207.

²³ CALONGE VELÁZQUEZ pone de manifiesto, en este sentido, la fuerte administrativización que se produce en el sector turístico, “El turismo constituye un campo abonado para la actuación de la Administración pública. Es más, es posible que el turismo sea uno de los sectores de la actividad económica más fuertemente intervenidos por la Administración pública”, *op.cit.*, p. 33.

²⁴ ESTEVE PARDO, J., diferencia al analizar la actividad administrativa de inspección entre actividad realizada por las Administraciones “por el personal técnico y funcionario de la Administración competente” de la actividad de inspección y control técnico realizadas por entidades privadas en colaboración con la Administración, sin embargo, en el ámbito turístico no se utiliza esta segunda fórmula. Vid. *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2013, P.368

²⁵ Así lo pone de manifiesto FERNÁNDEZ RAMOS, S., para quien “Esta consideración de la actuación inspectora como ejercicio de una potestad administrativa comporta diversas consecuencias de orden dogmático, tales como su carácter irrenunciable. Así, algunas normas declaran que el ejercicio de la función inspectora es una potestad de observancia o ejercicio inexcusable por las Administraciones a las que la Ley atribuye competencias”, *op.cit.*, p.49.

²⁶ COSCULLUELA MONTANER al tratar las clases de policía distingue la policía de control de la legalidad administrativa vigente “En este apartado se puede incluir la actividad de policía en los principales sectores de la vida social y económica. Así cabe hablar de policía urbanística, policía industrial, policía de consumo, policía

administrativa de inspección a la potestad sancionadora, a la que parece servir. Sin embargo, no debe olvidarse que el fin de la acción inspectora no consiste en la apertura de un expediente sancionador o el resultado último de la imposición de una sanción, sino la mera verificación del cumplimiento de la legalidad vigente por parte del sujeto destinatario de la inspección, con objeto de conseguir, en la medida de lo posible, que los destinatarios de las normas cumplan con las prescripciones impuestas por éstas. Esta consideración nos lleva a destacar la singular relevancia que cobra la existencia de un servicio de inspección, por su efecto inicialmente preventivo²⁷: la acción inspectora de la Administración produce en sus destinatarios un singular efecto intimidatorio que redundará en un mayor cumplimiento de la legalidad vigente y una correlativa disminución de la imposición de sanciones, por este motivo, habrá que impulsar sus efectos persuasivos, mediante acciones de disuasión, concienciación social, publicidad de los resultados de la inspección e incluso programación de la futura acción preventiva²⁸. Precisamente la planificación de la acción inspectora, amén de lograr una mayor eficacia y eficiencia en la actividad administrativa, la dota de un alcance disuasorio, en tanto en cuanto dicha programación se da a conocer a sus propios destinatarios como ocurre en los planes de inspección programa en el campo del turismo (Art. 67 LTA)²⁹.

Resaltada la función preventiva de la inspección, debemos anotar que, en caso de no producir el efecto preventivo deseado (el cumplimiento de la legalidad vigente), la inspección adopta una función represiva o correctora de las acciones u omisiones que implican incumplimiento de la legalidad vigente. En este segundo sentido, la inspección se convierte en antesala de la potestad sancionadora y, precisamente, ésta podrá activarse gracias a la existencia y eficacia de los servicios de inspección. Pero la actuación inspectora, en su vertiente represiva, no sólo dirige su atención a la comprobación de la ilegalidad consumada para dar constancia de la misma en el acta de inspección que ulteriormente provoque la incoación de un procedimiento sancionador (o en su caso, el inicio de proceso penal), sino también a lograr el cese de la actividad ilegal que implica adoptar las medidas necesarias de reposición o restitución de la realidad transgredida. Se trata, por tanto, no sólo de reprimir la comisión de actividades ilegales, sino de adoptar medidas de protección de la

sanitaria, la policía de tráfico”, *Manual de Derecho Administrativo. Parte general*, 24ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 556.

²⁷ La función preventiva cobra una singular importancia en ámbitos como la inspección de trabajo. Vid. VEGA RUIZ, M.L., *Garantizando la gobernanza: Los sistemas de inspección de trabajo en el mundo*, OIT, 2013, pp.43-46

²⁸ Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S., *op.cit.*, p.22. Para CORCHERO, M., “La Inspección Turística es aquella actividad de la Administración en la que se examina y reconoce el ejercicio de las actividades turísticas mediante la observación directa de su personal, para la comprobación del cumplimiento de los deberes, prohibiciones o limitaciones legales”, *op.cit.*, pp. 285-286.

²⁹ FERNANDEZ RAMOS fundamenta la planificación o programación de la actividad inspectora tanto en la eficacia de la actuación administrativa, como en una garantía de seguridad jurídica de los ciudadanos, al limitar el uso discriminatorio de esta potestad. Vid. *op.cit.*, pp. 332-334.

legalidad³⁰. En este sentido debe entenderse la previsión contenida en el art. 27,1 Decreto 144/2003 para los supuestos de actas de advertencia en las que “la inspección debe advertir y asesorar para que se cumpla la normativa, consignando en el acta de advertencia la norma aplicable y el plazo para su cumplimiento”, si bien, con carácter general se prevé en el art. 63 LTA: “La inspección podrá requerir la subsanación de las deficiencias apreciadas y, en su caso, proponer el inicio de los procedimientos sancionadores que procedan”. Se trata, por tanto, de proteger la legalidad conculcada y, en su caso, imponer la sanción que a dicha ilegalidad deba corresponder.

En definitiva, esta principal función de la inspección de servir como instrumento para la comprobación del cumplimiento de la legalidad vigente, se articula en el Decreto 144/2003, de Inspección de Turismo (Art.2) en una triple esfera de actuación: Por una parte, en la actuación genérica de comprobación del cumplimiento de la normativa en materia de turismo, contenido material que da sentido a la existencia misma de un cuerpo especializado de inspectores de turismo; por otra parte, como ámbito de especialidad dentro de aquella, la actuación contra los servicios turísticos clandestinos: se trata de un supuesto cualificado de incumplimiento de la normativa turística al que la Ley de Turismo ha querido dotar de especial singularidad, hasta el punto de incluir entre los fines de la Ley la “erradicación de la clandestinidad” (Art. 1,2,f) LTA) y perfilar la clandestinidad como la publicidad por cualquier medio o la prestación de servicios turísticos sin contar con la preceptiva declaración responsable, comunicación previa o habilitación, según se requiera en cada caso (Art. 30,4 LTA); finalmente, la actuación inspectora se extiende a la “comprobación de la ejecución de las acciones subvencionadas” por la Consejería competente en materia de turismo: implica, por tanto, de nuevo una especialidad dentro del genérico incumplimiento de la legalidad vigente, a la vez que un medio adicional de control de las subvenciones en materia de turismo, sin perjuicio de los restantes instrumentos de control, incluida la Intervención General de la Junta de Andalucía.

Esta función de comprobación del cumplimiento de la legalidad turística concentra la actuación inspectora básicamente en la visita de comprobación a la empresa o establecimiento turístico y el posterior levantamiento de la correspondiente acta de inspección que, conforme a su contenido dará lugar, en su caso, al subsiguiente procedimiento sancionador.

Sin embargo, en la actualidad los servicios de inspección, como ocurre con el servicio de inspección turística, asumen funciones complementarias de la principal de comprobación, que progresivamente adquieren una mayor preponderancia. Incluimos en este bloque las actividades de asesoramiento dirigidas a los destinatarios de las normas turísticas y vinculadas,

³⁰ Para FERNÁNDEZ RAMOS, S., “esta independencia de las medidas de restablecimiento del orden jurídico perturbado en relación con las eventuales sanciones administrativas está explícita en normas de los más variados sectores del ordenamiento administrativo”, *ibidem*, p. 26.

por tanto, a la anteriormente mencionada función preventiva³¹. De esta forma los titulares o responsables de la prestación de servicios turísticos pueden obtener de la inspección turística asesoramiento e información sobre el cumplimiento de los requisitos legales que hayan de cumplir los establecimientos turísticos o la prestación de servicios turísticos, regulados en la Ley de Turismo y sus disposiciones complementarias de desarrollo: requisitos básicos de infraestructura; requisitos correspondientes a la clase y categoría del establecimiento; normativa de prevención y protección contra incendios; normas de accesibilidad; normas de protección del usuario turístico, etc. De esta forma, la Administración se garantiza un cumplimiento más exhaustivo de la legislación vigente, sin necesidad de utilizar instrumentos o técnicas represivas.

Adicionalmente, el Decreto 144/2003, desarrollando en este punto el art. 63 LTA configura el servicio de inspección como órgano consultivo de la Administración activa, que puede solicitar de aquél informes técnicos referidos al cumplimiento de la legalidad vigente por parte de las empresas y, particularmente, en los supuestos de inscripción, anotación y clasificación en el Registro de Turismo de Andalucía, modificaciones, cambios de actividad o de titularidad, reclasificación, funcionamiento, cierre temporal y cierre definitivo en relación con los sujetos y establecimientos que deban inscribirse en el indicado Registro (Art. 2 Decreto 144/2003). Esta función interna de la inspección cobra singular relevancia con la sustitución de la técnica de autorización previa por la de declaración responsable, obligando a intervenir al servicio de inspección para comprobar la veracidad de lo incorporado a este documento, particularmente en los casos en que la declaración se presenta tras la finalización de las obras de construcción, ampliación o reclasificación de un establecimiento turístico o por modificación de las condiciones y requisitos esenciales que se tuvieron en cuenta en la inscripción original. Así se pone de manifiesto en el Decreto 143/2014 de Registro de Turismo de Andalucía (RTA) al regular los efectos de la declaración responsable: “La presentación de la declaración responsable y su posterior inscripción, permitirá al órgano competente efectuar, en cualquier momento, las inspecciones y comprobaciones necesarias de los datos contenidos en dicho documento que determinen la veracidad de los mismos, y en especial lo relativo a los requisitos eximidos y a las medidas compensatorias incorporadas, adoptando las medidas cautelares o sancionadoras que, en su caso, pudieran corresponder” (Art. 13,4)³².

³¹ Esta función de asesoramiento que se encomienda a los servicios de inspección es destacada por REBOLLO PUIG, M.: “Pues importa aclarar que no todo lo que hacen los inspectores es inspección ni todas las potestades que se otorgan a aquéllos son potestades de inspección porque no están enderezadas a la averiguación de hechos. Es muy habitual que se les confíe una labor de asesoramiento de los inspeccionados para el correcto cumplimiento de los deberes (...)”, en “La actividad inspectora”, op.cit, p. 56. En el mismo sentido FERNÁNDEZ RAMOS, S., op.cit, p. 98 ss. CABALLERO SÁNCHEZ afirma que “con frecuencia se desconoce esta tarea preventiva que deben desarrollar los entes públicos”, op.cit. 146.

³² MEDINA JURADO, P., pone de manifiesto el papel decisivo que asume la inspección con el cambio del sistema de autorización previa por el de declaración responsable, es decir, “el establecimiento de una estricta reglamentación de los requisitos iniciales exigibles para el ejercicio de la actividad controlable a priori mediante la autorización administrativa, pasando de estar sujetas las actividades de servicios turísticos de autorización,

Finalmente, el Decreto 144/2003 asigna a la inspección de turismo una función accesoria de todas las anteriores referida a la “recopilación de datos del turismo de Andalucía, tanto de sectores o aspectos concretos como de modo genérico”. Entendemos que esta función de carácter residual debe interpretarse en relación con las restantes funciones de vigilancia y control que realiza la inspección, en el sentido de que será sobre los establecimientos y actividades inspeccionados sobre los que la inspección podrá facilitar datos estadísticos a la Administración activa, salvaguardando el secreto profesional al que se encuentra obligado.

Por otra parte, es preciso destacar que toda la actuación inspectora realizada por los inspectores de turismo se enmarca bajo el principio de colaboración con los restantes servicios de inspección, así como, con los órganos que integran el Poder judicial. De esta forma, los inspectores de turismo pueden recabar la colaboración de los servicios de inspección que dependan de otra Consejería o de otra Administración pública (inspección tributaria; de Seguridad Social; de prevención de riesgos laborales; de consumo; etc.). La configuración de la inspección turística como agente de la autoridad, además de revestirle de ciertas prerrogativas en su actuación oficial, le confiere ciertas obligaciones legales, particularmente, en lo que nos interesa destacar ahora, en el deber de comunicar, a través de los órganos correspondientes en cada caso, la posible comisión de infracciones administrativas de otro orden (tributarias, laborales, de seguridad e higiene en el trabajo, de consumo) o de delitos o faltas penales. De esta forma queda articulado un deber de colaboración institucional (Art. 10,3 Decreto 144/2003). Esta facultad del servicio de inspección le permite también, de forma recíproca, recabar o recibir información de otros órganos administrativos o de otras Administraciones públicas³³.

2.4. Facultades que se otorgan a la inspección turística

En el desarrollo de su actuación inspectora, los funcionarios de la inspección turística están autorizados para utilizar cuantos medios materiales o formales le sean precisos, con el fin de lograr una actuación eficaz y objetiva. Entre las actuaciones de la inspección destaca la visita de inspección o comprobación, que la Ley de Turismo consagra como principal medio de inspección: “La actuación de la inspección de turismo se desarrollará principalmente, mediante la visita a los centros o lugares objeto de inspección” (67,3 LTA). La

para su inicio, a un control a posteriori y cobrando la actuación inspectora una relevancia decisiva”, en “La nueva ordenación de los establecimientos y servicios turísticos en Andalucía tras la implantación de la Directiva europea de servicios. Las competencias municipales”, *Revista CEMCI*, núm. 12/13, 2011, p. 6.

³³ En palabras de REBOLLO PUIG, M., “No se trata sólo de que en virtud del deber general de colaboración “las Administraciones públicas podrán solicitar cuantos datos, documentos o medios probatorios se hallen a disposición del ente al que se dirijan” y de que la que reciba tal petición deba “facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias” (art. 4.1.c) y 2 LRJAP). Es que, además, las leyes sectoriales consagran una específica potestad de las inspecciones para procurarse información de los distintos servicios administrativos”, en “La actividad inspectora”, op.cit., p. 63.

configuración de este instrumento de actuación de la inspección requiere que legalmente se constituya el deber de facilitar el acceso a las dependencias e instalaciones de los establecimientos turísticos, como determina el art. 66.1 LTA. En definitiva, los responsables de un establecimiento turístico han de facilitar el acceso de los inspectores de turismo a sus instalaciones y dependencias, limitada esta obligación en cuanto se refiere a las habitaciones o unidades de alojamiento que se encuentren ocupadas, por la consideración de las mismas como domicilio de sus inquilinos y protegidas, por tanto, por la inviolabilidad del domicilio constitucionalmente garantizada³⁴. Como afirma el Tribunal Constitucional “el rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el art. 18.2 CE reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo, aunque sea eventual. Ello significa, en primer término, que su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo. En segundo lugar, si bien el efectivo desarrollo de vida privada es el factor determinante de la aptitud concreta para que el espacio en el que se desarrolla se considere domicilio, de aquí no se deriva necesariamente que dicha aptitud no pueda inferirse de algunas de estas notas, o de otras, en la medida en que representen características objetivas conforme a las cuales sea posible delimitar los espacios que, en general, pueden y suelen ser utilizados para desarrollar vida privada (...). Precitado en estos términos el concepto constitucional de domicilio, se ha de otorgar la razón al órgano judicial cuestionante en cuanto a que las habitaciones de los hoteles pueden constituir domicilio de sus huéspedes, ya que, en principio, son lugares idóneos, por sus propias características, para que en las mismas se desarrolle la vida privada de aquéllos habida cuenta de que el destino usual de las habitaciones de los hoteles es realizar actividades enmarcables genéricamente en la vida privada. Ello, no obstante, no significa que las habitaciones de los hoteles no puedan ser utilizadas también para realizar otro tipo de actividades de carácter profesional, mercantil o de otra naturaleza, en cuyo caso no se considerarán domicilio de quien las usa a tales fines. En el caso origen del proceso penal pendiente, no existen dudas de que los periodistas se hospedaban en las habitaciones del hotel que fueron registradas, de modo que constituían en ese momento su domicilio en cuanto en ellas desarrollaban su vida privada. Desde esta perspectiva, ni la accidentalidad, temporalidad, o ausencia de habitualidad del uso de la habitación del hotel, ni las limitaciones al disfrute de las mismas que derivan del contrato de hospedaje, pueden constituir obstáculos a su consideración como domicilio de los clientes del hotel mientras han contratado con éste su alojamiento en ellas. Siendo las

³⁴ Como afirma REBOLLO PUIG al tratar la protección constitucional al domicilio, la Constitución “no veda el acceso de la inspección a los domicilios, sí que entraña, además de un reforzamiento de los principios de legalidad y proporcionalidad, la necesidad de contar, a falta de consentimiento del titular, con una resolución judicial, que puede obtenerse con carácter preventivo, esto es, sin que todavía conste la oposición del administrado pero haya riesgo de ello (art. 8.6.3º LJCA)”, en “La actividad inspectora”, op.cit., p. 87. Una exposición detallada del contenido y articulación de la protección del domicilio frente a la inspección la encontramos en FERNÁNDEZ RAMOS, S., op.cit. pp. 294-310.

habitaciones de los hoteles espacios aptos para el desarrollo o desenvolvimiento de la vida privada, siempre que en ellos se desarrolle, constituyen ámbitos sobre los que se proyecta la tutela que la Constitución garantiza en su art. 18.2: su inviolabilidad y la interdicción de las entradas o registros sin autorización judicial o consentimiento de su titular, fuera de los casos de flagrante delito”³⁵.

Las visitas de inspección se realizan sin aviso previo, en el lugar en el que se presten servicios turísticos (incluidas las actividades turísticas clandestinas), ya sea de oficio, ya en virtud de los planes de inspección programada, por propia iniciativa del inspector o por petición de informes técnicos en los casos en que proceda, particularmente, ante la presentación de una declaración responsable por la construcción, ampliación o reclasificación de un establecimiento turístico o en los casos de modificaciones sustanciales en los ya existentes. Aunque la visita de inspección se realiza, como se ha indicado, sin previo aviso, en caso de no encontrarse presente en la misma el titular del establecimiento, su representante o persona autorizada, el inspector indicará mediante requerimiento la realización de una nueva visita de inspección en un plazo no inferior a veinticuatro horas (Art. 66,2 LTA).

En cualquier momento de la visita de inspección el funcionario actuante puede realizar algún requerimiento, consistente en la advertencia al responsable del establecimiento sobre algún tipo de incorrección o ilegalidad para que pueda adoptar la medida oportuna para cumplir la legalidad. En palabras de la Ley de Turismo “la inspección podrá requerir la subsanación de las deficiencias apreciadas”. Entendemos que este tipo de requerimientos se refiere a incumplimientos leves y fácilmente subsanables, de forma que no sea precisa, siquiera, su consignación en el acta de inspección, especialmente si el responsable del establecimiento adopta finalmente la conducta requerida. En caso contrario, formará parte del contenido del acta de inspección. La normativa regula también supuestos particulares de requerimientos que efectúa el inspector, por ejemplo, según se ha indicado, para señalar la fecha de una ulterior visita ante la ausencia de la persona que deba representar al establecimiento o el requerimiento de la documentación necesaria para el cumplimiento de su actuación de comprobación³⁶. La entrega y ulterior examen de esta documentación

³⁵ La Sentencia del Tribunal Constitucional 10/2002, de 17 de enero, declaró la inconstitucionalidad sobrevenida y la derogación del art. 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establecía que “tabernas, casas de comidas, posadas y fondas no se reputarán como domicilio de los que se encuentren o residan en ellas accidental o temporalmente, y lo serán tan sólo de los taberneros, hosteleros, posaderos y fondistas que se hallen a su frente y habiten allí con sus familias en la parte del edificio a este servicio destinada”, considerando que este artículo contravenía la inviolabilidad del domicilio consagrada en el art. 18,2: “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”. Como afirma SALAMERO TEIXEDO, L. “Teniendo en cuenta que lo esencial en la configuración del espacio llamado a ser domicilio es su destino al desarrollo de la intimidad, la configuración física del espacio llamado a ser domicilio es del todo irrelevante a efectos constitucionales, siempre que sea un espacio cerrado”, en *La autorización judicial de entrada en el marco de la actividad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 72.

³⁶ En tal sentido MIRANDA HERNÁNDEZ, G.I., expresa en relación con la inspección urbanística que “en cualquier caso, para que la falta de remisión de los datos o documentos sea constitutiva de una infracción de observación en sentido propio debe mediar un requerimiento singular efectuado por la correspondiente Inspección”,

puede dar lugar igualmente a otro de los medios a disposición de la inspección: la citación a comparecencia. Esta medida la puede activar el inspector en el caso en que no se puedan aportar determinados documentos durante la visita de inspección o si éstos precisaran de un examen más detallado. La incomparecencia a la citación emitida sin causa justificada se entenderá como obstrucción a la labor inspectora y, podrá provocar, por tanto, la firma de un acta de obstrucción. No obstante, esta citación puede ser sustituida por el otorgamiento de un plazo de tiempo para la entrega de la documentación requerida (Art. 63,3 LTA y art. 19 Decreto 144/2003).

Por lo demás, el inspector de turismo puede utilizar cuantos medios tenga a su disposición y considere precisos, como las declaraciones emitidas por los interesados, revisión de la documentación aportada, informes, estadísticas, datos, antecedentes y otras fuentes de información, por ejemplo, de otros órganos de la Administración³⁷, así como la utilización de medios técnicos y nuevas tecnologías, fotografías, mediciones de luz, sonido o temperatura, grabaciones de vídeo, etc. Si fuera preciso, el inspector puede contar con la colaboración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Art. 9,3 Decreto 144/2003). No obstante, parece preciso destacar que el inspector, a la hora de utilizar un medio u otro debe regirse, como en toda actuación administrativa, por los principios de proporcionalidad y *favor libertatis*, aplicando el instrumento que, en cada momento, pueda resultar menos incisivo con los derechos e intereses de las personas objeto de investigación³⁸.

Para poder ejercer sus funciones con la máxima protección del Derecho, se otorga a los funcionarios inspectores de turismo la consideración de agentes de autoridad (por tal motivo se exige que se trate de funcionarios públicos) de forma que cualquier actitud de desobediencia durante el ejercicio de sus funciones de comprobación, puede ser considerado como desacato o resistencia a la autoridad, asumiendo el interesado responsabilidad administrativa e incluso penal. Por ello la Ley pone a su disposición, como se ha visto,

en "La potestad de inspección de las Administraciones Públicas", en *Quadernos de Inspección del Territorio*, núm. 0, 2012, p. 19.

³⁷ La inspección de turismo puede recabar la ayuda de otros servicios de inspección, de otras Consejerías o de otras Administraciones Públicas, en aplicación del principio de colaboración. Vid. Art. 9 Decreto 144/2003. Este deber de colaboración entre diferentes Administraciones públicas se regula en el art. 142 LRJSP en el que se incluye "El suministro de información, datos, documentos o medios probatorios que se hallen a disposición del organismo público o la entidad al que se dirige la solicitud y que la Administración solicitante precise disponer para el ejercicio de sus competencias".

³⁸ Destaca MONTROYA LÓPEZ, M.P., que "el principio de proporcionalidad exige congruencia y razonabilidad entre el medio y el fin, equilibrio entre los intereses afectados, evitando sacrificar en exceso uno de ellos en privilegio de otros", en *Los planes de inspección*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2007, p. 92. En el mismo sentido SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 668: "Además será necesario observar en todo caso el principio de proporcionalidad, de manera que las actuaciones de la Administración inspectora han de llevarse a cabo de la forma menos gravosa para los interesados, siempre que sea compatible con la eficacia de aquéllas. En fin, debe tenerse en cuenta también el principio de objetividad o imparcialidad (Art. 103.1 y 3 CE)".

incluso el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, si fuera preciso en el apoyo a su labor o la colaboración de otros servicios de inspección, dependientes de la misma o de otra Administración pública (colaboración que resulta necesariamente mutua)³⁹.

Estas facultades que el ordenamiento concede a los inspectores de turismo conllevan necesariamente obligaciones correlativas que garanticen los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos que resultan afectados por la actuación de inspección. Así, la exigencia de que los inspectores ejerzan sus funciones debidamente acreditados, no es más que una garantía para los sujetos a los que se dirige su labor inspectora; acreditación que debe facilitarle el órgano competente de la Administración activa, en nuestro caso, la Administración autonómica.

También es indispensable en la actuación de la inspección anotar dos principios básicos: Por una parte, la sujeción al principio de secreto profesional que requiere el máximo sigilo de cuanta información pueda conocer en el ejercicio de sus funciones⁴⁰, información que sólo podrá utilizar la Administración conforme a la normativa vigente, particularmente en el procedimiento sancionador o para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la presunta comisión de un delito⁴¹; y, por otra, la de guardar la mayor consideración y respeto a los interesados, a los que debe informar, además, de sus derechos y obligaciones para un correcto cumplimiento de sus obligaciones legales, particularmente en cuanto afecta al ámbito de comprobación de la propia inspección. Este respeto tiene alcance bilateral pues de igual forma debe exigirse a los sujetos inspeccionados con respecto a los funcionarios inspectores.

Por otra parte aunque los funcionarios inspectores de turismo se encuentren encuadrados dentro de un entramado organizativo de carácter jerárquico (concretamente el Decreto 144/2003 hace referencia a los servicios centrales dependientes de la correspondiente Dirección General y los servicios de inspección dependientes de las Delegaciones Provinciales de la Consejería competente en materia de turismo), han de ejercer sus funciones con total independencia en garantía de imparcialidad, profesionalidad y rigor técnico de sus actuaciones. Los inspectores de turismo reciben instrucciones de los órganos ejecutivos

³⁹ En palabras de BERMEJO VERA, J., "la inspección debe realizarse por agentes autorizados que, además de sus condiciones de tecnificación y conocimiento acreditado, pueden gozar de la condición de agentes de la autoridad no solamente a los efectos administrativos, sino incluso a efectos penales", en "La Administración inspectora", p. 55.

⁴⁰ Así, con relación a la inspección de Trabajo y Seguridad Social, el Real Decreto 138/2000, establece en su artículo 10: "1. Los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social deberán guardar secreto respecto de los asuntos que conozcan por razón de su cargo, así como sobre los datos, informes, origen de las denuncias o antecedentes de que hubieren tenido conocimiento en el desempeño de sus funciones, en los términos del artículo 12 de la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. 2. El personal sin funciones inspectoras que preste servicios en órganos y dependencias del sistema de inspección queda sujeto a los mismos deberes de sigilo acerca de lo que conozca por razón de su puesto de trabajo".

⁴¹ Estos límites los pone de manifiesto COSCULLUELA MONTANER, op.cit. p. 558.

de la Administración, conforme se ha indicado, pero dichas instrucciones no implican la admisión de injerencias o presiones en la actividad inspectora. Las directrices admitidas son las referidas a la organización del servicio, e incluye la posibilidad de ordenar de oficio la iniciación de un acto de inspección, pero más allá de estas opciones, no se pueden recibir indicaciones del modo, intensidad o contenido del acto de inspección, interfiriendo en el contenido de la labor inspectora. La Ley de Turismo se refiere a la labor de la inspección con “independencia en sus apreciaciones” (Art. 64,3 LTA)⁴².

Para dotar a los servicios de inspección de la mayor eficacia en el cometido de su labor, la Ley determina la necesidad de articular un plan anual de inspección programada que debe aprobar la persona titular de la Consejería competente en materia de turismo y que posteriormente se publica en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía. Esta planificación cumple, a nuestro juicio, con dos cometidos fundamentales, por una parte, sirve, como se ha indicado, para ordenar bajo determinados principios y objetivos, la actuación de los inspectores, dotando a dicha acción de la máxima eficacia y eficiencia, pero por otra, sirve también como acción preventiva, pues los propios empresarios conocen anualmente los objetivos de la acción inspectora planificada y si en función de la misma, serán objeto o no de inspección programada a lo largo del año. No obstante, también pueden aprobarse planes extraordinarios, que se dirigen a afrontar situaciones especiales o sobrevenidas, pero que también gozan de publicidad y, por tanto, del efecto preventivo indicado. Por lo demás, las inspecciones pueden llevarse a cabo fuera de lo programado en el respectivo plan, bien por orden del órgano competente, por iniciativa directa del inspector o ante petición de informes técnicos por parte de la Administración activa.

2.5. Contenido y características del acta de inspección

Las actas de inspección son los documentos públicos formales que expide la inspección de turismo recogiendo el resultado de las actuaciones inspectoras de comprobación e investigación, siendo por tanto el resultado gráfico de la inspección documental u ocular que haya llevado a cabo el inspector. Conforme se determina legalmente, las actas gozan de la condición de documento público y hacen prueba de los hechos que motivan su formalización, salvo que se acredite lo contrario (presunción *iuris tantum*). Por tanto, los hechos que se hayan puesto de manifiesto en el acta por parte del inspector, siempre que se hayan cumplido los requisitos formales, gozan del valor de prueba y de presunción de veracidad

⁴² La singular situación en que, en este sentido, se encuentran los inspectores es destacada por FERNÁNDEZ RAMOS, S., afirmando que “estaríamos ante uno de los supuestos que la doctrina denomina de jerarquía debilitada, pues el inspector debe poder desarrollar con un mínimo de autonomía el núcleo de su función propia, sin perjuicio de la facultad de dirección de los órganos correspondientes”, en *La actividad administrativa de inspección*, op.cit., p. 238. En el mismo sentido se expresa PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M. al manifestar que “la otra nota que define la figura de los inspectores de turismo es la independencia en el ejercicio de sus potestades inspectoras, sin perjuicio de la dependencia orgánica y funcional respecto al órgano administrativo en el que se integra”, en *Derecho público del turismo*, P. 364.

en la vía administrativa, si bien esta presunción admite pruebas en contrario, que podrían ser, en su caso, aportadas o propuestas por los administrados afectados, en defensa de sus derechos e intereses⁴³. El sentido del valor probatorio de las actas de inspección ha sido puesto de manifiesto en diversas ocasiones por el Tribunal Constitucional: baste con citar ahora el F.J. 2º STC 169/1998, donde se afirma que “Estos principios generales no excluyen el valor probatorio que las actas de infracción pueden tener; actas en las que los funcionarios competentes consignan los hechos que observan en el transcurso de sus indagaciones y comprobaciones, con la posibilidad de destruir la presunción de inocencia de la que goza todo ciudadano. Así se hizo constar en la ya citada STC 76/1990, y se repite en la STC 14/1997, que modulan el contenido del derecho del art. 24.2 C.E. Según esta Jurisprudencia Constitucional, las actas de inspección tienen un valor que va más allá de la denuncia y gozan de valor probatorio. Sin embargo, esto no quiere decir “que las actas gocen (...) de una absoluta preferencia probatoria que haga innecesaria la formación de la convicción judicial acerca de la verdad de los hechos empleando las reglas de la lógica y de la experiencia. En vía judicial, las actas (...) incorporadas al expediente sancionador no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en Derecho y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el Juez del contencioso forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada de las pruebas practicadas” (STC 76/1990 y 14/1997)”.

Por lo que respecta al contenido, el art. 22 del Decreto 144/2003, de la Inspección de Turismo, determina que el acta habrá de reflejar las siguientes circunstancias: Identificación del funcionario que realiza la inspección y su firma; lugar, fecha y hora en que se desarrolla la inspección; número del acta; datos que permitan identificar con claridad el establecimiento o servicio turístico objeto de inspección (Nombre y dirección del establecimiento hotelero, por ejemplo); identificación del titular del establecimiento inspeccionado y de la persona en cuya presencia se efectúa la visita de inspección; relación de hechos, particularmente, de irregularidades o infracciones observadas en la visita de inspección y firma de la persona que, en representación del establecimiento, ha sido testigo de la visita de inspección. El contenido exigido reglamentariamente se construye inicialmente a datos de identificación y hechos (infracciones) observados durante la inspección, sin embargo, el art. 28,3 del mismo Decreto, al regular las actas de infracción, permite, e incluso aconseja, la inclusión de una calificación jurídica de los hechos: “Siempre que sea posible y sin perjuicio de lo que resultase de la posible instrucción del procedimiento sancionador, se

⁴³ Así, COSCULLUELA MONTANER en relación con la presunción *iuris tantum* de validez, afirma que ésta “obliga al particular disconforme con la misma a realizar o proponer prueba en contrario, si del acta se derivan consecuencias jurídicas, normalmente de carácter sancionador, para él”, op.cit., p. 558. Para BERMEJO VERA, J., “Estos documentos (las actas de inspección) son antecedente imprescindible para que la inspección se entienda correctamente realizada, aunque el contenido del acta no necesariamente tiene garantizada su autenticidad, y el órgano que debe adoptar la decisión definitiva no está vinculado estrictamente por dicho contenido”, en “La Administración inspectora”, p. 55. Estas matizaciones resultan interesantes para valorar en cada momento el contenido del acta de inspección.

contemplará asimismo, la infracción presuntamente cometida, con expresión del precepto infringido, y las sanciones que, en su caso, se le pudieran imponer”, en contra de este tipo de calificaciones se manifiesta COSCULLUELA MONTANER⁴⁴.

La firma por parte del representante del establecimiento inspeccionado no implica en ningún caso reconocimiento de los hechos que aparecen consignados, ni asunción de responsabilidad sobre los mismos, teniendo la consideración de diligencia de notificación del contenido del mismo. Sólo en el caso de que el firmante haya reconocido de forma expresa en el acta algún tipo de responsabilidad o la veracidad de todo o parte de los hechos consignados en el acta, se tendrá por asumida dicha responsabilidad o por reconocido tales hechos (Art. 23,3 Decreto 144/2003).

También es posible que concurra la circunstancia contraria: que el titular del establecimiento se niegue a su firma o a recibir copia de la misma, o ambas cosas simultáneamente, en cuyo caso el inspector diligenciará el intento de notificación y las circunstancias concomitantes o motivos aducidos por el destinatario de la misma para no proceder a su firma. En todo caso esta circunstancia ni exime de la responsabilidad a la que, en su caso, hubiera lugar, ni afecta al valor probatorio del acta, ni paraliza el procedimiento de inspección, ni el ulterior procedimiento sancionador a que pudiera dar lugar.

Igualmente, el representante del establecimiento inspeccionado podrá solicitar que se refleje en el acta cualquier alegación o aclaración que estime conveniente en defensa y protección de sus intereses: por ejemplo, no estar conforme con la valoración realizada por el inspector sobre una determinada cuestión o dejar constancia de que en el mismo momento se adoptan medidas para solucionar la irregularidad detectada (Art. 22,3 Decreto 144/2003).

Complementariamente al contenido esbozado en el acta, particularmente de los hechos expuestos de forma sucinta, el inspector puede acompañar a ésta de cuantos documentos y anexos considere convenientes para lograr una mejor acreditación de los hechos, sean documentos públicos o privados, fotografías, grabaciones, mediciones, etc.

2.6. Tipología de actas de inspección

Si bien desde el punto de vista formal el acta de inspección es única, sí podemos clasificarla en función del contenido que haya vertido el inspector, del que dependerán además los efectos jurídicos y procedimentales del acta, así el Decreto 144/2003 regula la existencia de cuatro modelos o tipos de actas de inspección. Por una parte, nos encontramos con

⁴⁴ Entiende COSCULLUELA MONTANER, L., que las actas de inspección “no deberían contener calificaciones jurídicas, sino sólo hechos, aunque en la práctica, al ser redactadas en formularios, acostumbra a contener calificaciones jurídicas, pero sólo los hechos tienen verdadera relevancia jurídica”, op.cit., p.558.

el acta de conformidad (Art. 25) en la cual se especifica por parte del inspector la inexistencia de anomalías o incumplimientos de la normativa aplicable, quedando constancia de dicha circunstancia de forma detallada en dicho documento, sin que proceda actuación administrativa ulterior, al no requerir la apertura de procedimiento sancionador alguno. En definitiva, el acta de conformidad certifica el normal cumplimiento de la legalidad turística, si bien nada impide que el inspector incluya en la misma alguna recomendación, aclaración o advertencia, sin merma de dicho carácter de conformidad. Tampoco impide que durante la inspección ocular el funcionario actuante haya podido indicar alguna anomalía de carácter leve y que ésta se hubiera resuelto de forma inmediata por los responsables del establecimiento inspeccionado⁴⁵.

Otro tipo de actas que incorpora nuestro ordenamiento es el acta de advertencia, en la que el inspector, manifiesta la detección de ciertos incumplimientos o deficiencias en las instalaciones o servicios inspeccionados, que deban obtener la valoración de leves conforme a lo establecido en la Ley de Turismo y que, además, resulten fácilmente subsanables y sin que afecten de forma directa a los usuarios turísticos. En estos casos, el inspector, además de dejar constancia de los hechos o actos que incumplen la legalidad vigente, otorgará al interesado un plazo para su rectificación y acreditación, ante el propio servicio de inspección. No obstante, nada impide, como se ha indicado, que en función de la naturaleza de las infracciones detectadas y demás circunstancias concomitantes, que el interesado opte por resolver la incidencia en el mismo momento de la inspección, siempre que ello fuese posible. Por tanto, el contenido de esta acta ha de ser muy detallado de forma que al interesado le quede constancia de los principales extremos que le afectan, como la descripción de la anomalía o anomalías detectadas; la normativa que se incumple; el asesoramiento o advertencia que se indica al interesado; la forma en que se puede subsanar adecuadamente dichas deficiencias y, finalmente, el plazo en el que el interesado debe resolver la incidencia y dejar constancia de dicha resolución. Sólo con este contenido el acta cumple con lo establecido reglamentariamente y, además, con el principio de información al interesado, de forma que no se incurra en ningún tipo de indefensión. En estos casos la acción inspectora tiene una función moldeadora, no ya preventiva, sino transformadora, alcanzando con su actuación el objetivo básico de cualquier acción inspectora cual es la acomodación de la actividad inspeccionada a la legalidad vigente.

También adquiere la fórmula de acta de advertencia aquella cuyo contenido se dirige a establecer una visita técnica al no haber podido practicarse la programada por encontrarse ausente de la persona responsable de la empresa, e igualmente aquella otra que pone de manifiesto cualquier actitud de obstrucción o falta de colaboración con la acción inspectora, y que resulta antecedente necesario del acta de obstrucción, en el caso en que la advertencia no logre facilitar la colaboración del interesado en la tarea inspectora.

⁴⁵ Las propias normas reguladoras de los servicios de inspección en ámbitos diversos permiten valorar como elemento positivo de la visita de inspección la inmediata resolución de las anomalías detectadas.

Por contraposición al contenido propio del acta de advertencia, se encuentra el acta de infracción, en la que se deja constancia de la presunta comisión de infracciones que deban considerarse de naturaleza grave o muy grave o que afecten a los usuarios turísticos o no puedan subsanarse fácilmente⁴⁶. La singular relevancia de este tipo de actas requiere que se establezca de forma detallada, el contenido de la misma: mención específica y clara de los hechos relevantes a efectos de la ulterior tipificación y graduación de la infracción incluyendo “siempre que sea posible y sin perjuicio de lo que resultase de la posible instrucción del procedimiento sancionador, se contemplará asimismo, la infracción presuntamente cometida, con expresión del precepto infringido, y las sanciones que, en su caso, se le pudieran imponer”. No obstante, este acta de inspección, aunque implique la ulterior apertura de un procedimiento sancionador, no ha de condicionar en su contenido de tipificación de la infracción y posible sanción aplicable, al órgano que deba tramitar y proponer la resolución del procedimiento sancionador: el propio carácter contradictorio del procedimiento sancionador, con el acceso a las pruebas y alegaciones que propongan las partes, y la presunción de inocencia quedarían conculcados, en caso contrario. Entendemos que la detallada configuración del acta de infracción permite, por una parte, que el interesado tome conciencia de las consecuencias de sus actos u omisiones ilegales y, por otra, le anime a iniciar las acciones que resulten oportunas para la subsanación de los vicios o infracciones detectadas, además de servir de elemento informativo para la preparación de su participación defensiva en el ulterior procedimiento sancionador.

Finalmente, debemos tratar el acta de obstrucción⁴⁷. En determinados casos puede ocurrir que el titular o representante de la entidad que está siendo objeto de investigación a través de la inspección de turismo lleve a cabo actividades tendentes a entorpecer, impedir o limitar la actuación del funcionario de inspección. Si la acción realizada supone retrasar o dificultar el ejercicio de las funciones de la inspección, esto dará lugar conforme al art. 71,22 LTA a una infracción grave. Si la obstrucción llevada a cabo impide la actuación de los servicios de inspección o se aportan a la inspección documentos o información que resulten falsos, nos encontraremos ante un supuesto de infracción muy grave (Art. 72,3). Hemos de considerar, no obstante, la capacidad del inspector para requerir, en caso extremo en que fuera

⁴⁶ CABALLERO SÁNCHEZ, al tratar la actividad preparatoria del procedimiento sancionador se refiere a la actividad de la inspección, afirmando que “tal actividad se concreta en las oportunas visitas, de las que se deja constancia en el correspondiente acta y en el «libro de inspección» que obligatoriamente han de poseer los establecimientos turísticos. Cuando el acta es de infracción se remite a la autoridad competente para abrir el expediente sancionador”, op.cit. p.165.

⁴⁷ En palabras de BERMEJO VERA, J., “La potestad de inspección es incompatible con la obstrucción u obstaculización que procede de los obligados a soportarla. Tanto es así que quien obstruya u obstaculice el ejercicio de la potestad puede ser sancionado administrativamente o incluso penalmente”, en “La Administración inspectora”, p. 56. En el mismo sentido REBOLLO PUIG, M., manifiesta que “por lo pronto, las distintas leyes sectoriales reguladoras de las diversas ramas de inspección suelen tipificar infracciones administrativas de obstrucción, resistencia o simple no colaboración o no atendimento a la inspección, además de que en algún caso esas conductas podrían constituir delito de desobediencia o de resistencia (art. 556 CP)”, en “La actividad inspectora”, p. 65.

necesario, el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, particularmente en estos casos de obstrucción e impedimento en el ejercicio de sus funciones. En todos estos supuestos, el inspector levantará acta de obstrucción, si bien, normalmente, en caso de ponerse de manifiesto esta obstrucción o impedimento, por parte de la empresa o sus representantes, a la actuación del funcionario de inspección en la visita técnica o en el análisis documental (negativa a dar acceso a estancias que deban ser objeto de inspección, no facilitar la documentación o información solicitada o inasistencia a comparecencia efectuada por la inspección), corresponde al inspector actuante el levantamiento y comunicación del acta previa de advertencia, indicando que tal conducta constituye una obstrucción sancionable al ejercicio de sus funciones, otorgándole un plazo para que reconsidere su actitud. En caso de persistencia se levantará acta de obstrucción⁴⁸.

2.7. Reflexión sobre el valor probatorio de las actas de inspección

No es infrecuente en nuestro ordenamiento jurídico la configuración de las actas de inspección como documento público y valor probatorio de los hechos que contienen, salvo prueba en contrario. En esta línea de actuación la Ley de Turismo de Andalucía determina en su art. 68,5 que “tendrán valor probatorio respecto a los hechos reflejados en ellas constatados personalmente por la persona inspectora, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus derechos e intereses puedan señalar o aportar las personas interesadas”. El Tribunal Constitucional ha abordado el valor de las actas de inspección y su conexión con el principio de presunción de inocencia en diferentes ocasiones. Así, en STC 76/1990, de 26 de abril, enjuiciando la Ley General Tributaria afirma “que la norma impugnada no establece tampoco una presunción *iuris et de iure* de veracidad o certeza de los documentos de la Inspección (que sería también incompatible con la presunción constitucional de inocencia), ya que expresamente admite la acreditación en contrario. El precepto combatido constituye un primer medio de prueba sobre los hechos que constan en las actas y diligencias de la Inspección Tributaria, cuyo valor o eficacia ha de medirse a la luz del principio de la libre valoración de la prueba. A ello debe añadirse que ese valor probatorio sólo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignen en las actas o diligencias”. El Alto Tribunal pone de manifiesto que las actas de inspección carecen de veracidad absoluta al admitir prueba en sentido contrario, es decir, que “pueden ceder frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, pues nada impide que frente a las actas se puedan utilizar los medios de defensa oportunos, lo cual no supone invertir la carga de la prueba, sino actuar contra el acto de

⁴⁸ CABALLERO SÁNCHEZ analiza el papel que ocupan las actas de infracción y de obstrucción en relación con el ulterior procedimiento sancionador afirmando que “las actas de infracción o de obstrucción (no así las de conformidad) levantadas por los servicios inspectores de turismo no poseen de por sí la cualidad de actos iniciadores del procedimiento (como indica, por ejemplo el art. 5.3 del Reglamento sancionador extremeño), puesto que quien debe ordenar esa incoación es una autoridad diferente, pero sí la provocan de modo indirecto, y con frecuencia constituyen su presupuesto”, op.cit. p. 170.

prueba aportado por la parte contraria. (...) En tal sentido la intervención de funcionario público no significa que las actas gocen, en cuanto a tales hechos de una absoluta preferencia probatoria que haga innecesaria la formación de la convicción jurídica acerca de la verdad de los hechos empleando las reglas de la lógica y de la experiencia⁴⁹.

Con carácter general la Ley de Procedimiento Administrativo Común (Art. 77,5) (en adelante, LPAC) incluye el valor de las actas y demás documentos que formalicen los funcionarios públicos: “Los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario”. De esta forma, las actas de inspección, como otros documentos formulados por funcionarios con la condición de autoridad, si se encuentran correctamente expuestas, gozarán del valor de prueba de cargo, de tal manera que el interesado ha de actuar en defensa de sus derechos e intereses, pues en caso contrario, y una vez rota ya la presunción de inocencia, la Administración podría incoar expediente sancionador, y sancionar, con base a lo acreditado mediante acta de inspección. En este sentido, debemos recordar lo afirmado por el Tribunal Constitucional en defensa de la presunción de inocencia, en la indicada Sentencia: “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 absolutorio⁵⁰”.

⁴⁹ Infinidad de Leyes reiteran en nuestro ordenamiento el valor de las actas de inspección. Así, la muy reciente Ley 28/2015, de 30 de julio, para la defensa de la calidad alimentaria, establece en su art. 7,5 que “Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en las actas 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”.

⁵⁰ Esta jurisprudencia constitucional ha sido reiterada por el Tribunal Constitucional en diferentes pronunciamientos. A modo de ejemplo, STC 2/2003, de 16 de enero; STC 35/2006, de 13 de febrero; STC 242/2005, de 10 de octubre, entre otras. Para GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, T.R., el valor probatorio del acta de inspección no tiene ninguna consecuencia para el principio de presunción de inocencia “presunción que deberá respetar necesariamente la Administración y destruirla en su caso con verdaderas pruebas de cargo, las cuales no podrán ser suplidas por la libre estimación de ningún funcionario”, op.cit., p. 186.

3. LA POTESTAD SANCIONADORA EN EL SECTOR TURÍSTICO

3.1. Principios de la potestad sancionadora y su aplicación en la Ley de Turismo

En los diferentes ámbitos materiales de actuación de la Administración pública, entre los que se encuentra el turismo, la potestad sancionadora ejercida por ésta se sustenta en la previsión contenida en el art. 25, apartado 1º de la Constitución: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa”. Este precepto, además de amparar la aplicación de los principios de legalidad y tipicidad, promueve la aplicación al ejercicio de la potestad sancionadora de los principios y garantías inicialmente previsto para el ámbito penal⁵¹, y ha propiciado la inclusión en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), de un capítulo III (Arts. 25 a 31) sobre “Principios de la potestad sancionadora”.

La aplicación del principio de legalidad que implica que sea el Poder Legislativo quien efectúe la atribución de la potestad sancionadora a la Administración, en el campo del turismo, lo cumplió en el periodo preconstitucional la Ley de Competencias en Materia de Turismo (“En dicha competencia se entenderá comprendida la de sancionar las infracciones que pudieran cometerse en relación con las materias reguladas por esta Ley”)⁵² y, posteriormente, la Ley 3/1986, de 19 de abril, de inspección y régimen sancionador en materia de turismo en Andalucía. Finalmente, éste y los restantes principios aplicables a la potestad sancionadora de la Administración dentro del turismo, serán regulados por las sucesivas Leyes de Turismo de 1999 y 2011. Como afirma PAREJO ALFONSO en su intento de diferenciar la acción punitiva del poder judicial de la que corresponde a la Administración, “A la Administración Pública corresponde únicamente la potestad de retribución de ilícitos definidos legalmente como infracciones administrativas. De los arts. 24.2, 25 y 26 CE se desprende que dicho ejercicio puede ser realizado directamente por la Administración Pública y se traduce en la imposición de sanciones”⁵³.

⁵¹ SUAY RINCÓN, después de analizar detalladamente las dos corrientes doctrinales estudia la que denomina “alternativa penal” a la construcción dogmática de las sanciones administrativas, afirmando que “el tratamiento jurídico de las sanciones administrativas aparece claramente inspirado en unos principios bien determinados, los mismos principios, concretamente, que los que son propios de las sanciones penales”, en *Sanciones administrativas*, p. 51. Se manifiesta en contra, entre otros, ESTEVE PARDO para quien “la pretensión constitucional de imponer a las sanciones administrativas el mismo estándar que rige en el ámbito penal resultaba inalcanzable. (...) El principio de legalidad, en su concepción estricta, que es la que derivaría del tenor literal del precepto de la Constitución citado, planteaba dificultades de bulto de manera muy particular a las Administraciones locales”, en *Lecciones de Derecho Administrativo*, p. 399.

⁵² Si bien, se comprende que en esta etapa no existía, ni se aplicaba dicha reserva de ley y no era infrecuente la atribución de la potestad sancionadora a la Administración pública por medio de disposiciones reglamentarias.

⁵³ PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 756. Según ESTEVE PARDO, para el Tribunal Constitucional “Hay una reserva legal inequívoca para la atribución de la potestad

Por su parte, el principio de tipicidad en relación tanto con la determinación de las infracciones administrativas como con las correlativas sanciones, supone que “sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley...” (Art. 27,1 LRJSP), de igual forma que “Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley” (Art. 27,2 LRJSP). La delimitación legal de infracciones y sanciones debe responder a la garantía de *lex certa*, como ha reiterado el Tribunal Constitucional: “De acuerdo con la doctrina reiterada de este Tribunal (entre otras muchas, SSTC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2; 135/2010, de 2 de diciembre, FJ 4; 144/2011, de 26 de septiembre, FJ 4; y 90/2012, de 7 de mayo, FJ 4) el art. 25.1 CE, que incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, comprende una doble garantía, formal y material. La garantía material, como señaló la STC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2, deriva “del mandato de taxatividad o de *lex certa* y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones” (en el mismo sentido, entre otras muchas, SSTC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2; 144/2011, de 26 de septiembre de 2011, FJ 4; y 90/2012, de 7 de mayo, FJ 4). Por esta razón, como también señala la citada STC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2, “la garantía material implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador” (F.J. 2º STC 13/2013, de 28 de enero)⁵⁴.

Esta predeterminación de las acciones u omisiones que tienen la consideración legal de infracciones administrativas, así como de las sanciones que deban corresponder, en cada caso, no excluye la posible actuación de la norma reglamentaria como complemento a la tipificación que efectúa la Ley. En el mismo pronunciamiento esbozado anteriormente, determina el Tribunal Constitucional que: “No obstante, este Tribunal ha señalado también (entre otras muchas, STC 26/2005, de 14 de febrero, FJ 3) que en relación con “las infracciones y

sancionadora a una Administración determinada en una materia determinada”, en *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 399.

⁵⁴ En este sentido expresa SUAY RINCÓN, J., “El artículo 25 tiene, desde luego, una primera perspectiva formal, que se traduce en la reserva de ley, pero también una indudable vertiente material. Es claro que a dicho precepto constitucional no le basta cualquier Ley para colmar sus exigencias y que hace falta que, cuanto menos, ésta tenga un contenido material mínimo”, en *Sanciones Administrativas*, p. 174. Por su parte, ESTEVE PARDO, J., une la constitucionalización del principio de tipicidad a la prohibición de los Tribunales de Honor, prevista en el art. 26 CE, Tribunales que actuaban “en el total desconocimiento del principio de tipicidad puesto que conocían de conductas, a la que en su caso ligaban sanciones, que se consideraban atentatorias al honor del cuerpo por pura apreciación subjetiva del tribunal o por el impacto, o escándalo, que esas actuaciones pudieran suscitar”, *Lecciones de Derecho Administrativo*, op.cit., p. 400.

sanciones administrativas el alcance de la reserva de Ley no puede ser tan riguroso como lo es por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido stricto, y ello tanto ‘por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas’ como ‘por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias, bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad’ (STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2)”. Por esta razón es doctrina constitucional reiterada, por todas, STC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2, que la garantía formal, a diferencia de la garantía material, cuyo alcance es absoluto, “tiene una eficacia relativa o limitada en el ámbito sancionador administrativo, toda vez que no cabe excluir la colaboración reglamentaria en la propia tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, aunque sí hay que excluir el que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley”. De ahí que en la citada STC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2, se sostenga que “la garantía formal implica que la ley debe contener la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica y al reglamento sólo puede corresponder, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la ley (por todas, SSTC 161/2003, de 15 de septiembre, FJ 2, o 26/2005, de 14 de febrero, FJ 3).” En definitiva, como ha señalado la STC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2, lo que el art. 25.1 prohíbe “es la remisión de la ley al reglamento sin una previa determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica” (F.J. 2º in fine STC 13/2013, de 28 de enero). Por tanto, el requerimiento del principio de tipicidad exige que la Ley determine la conducta infractora y su sanción, de forma detallada, sin que quepa la inclusión de infracciones genéricas, pero sin impedir el uso de otras técnicas legislativas como la utilización de conceptos jurídicos indeterminados⁵⁵. No obstante, el legislador permite la función de complemento que en este campo realiza el reglamento, introduciendo especificaciones o graduaciones que ayuden a perfilar las infracciones o a la determinación de las sanciones⁵⁶.

En aplicación de este principio de tipicidad, y con arreglo a esta reiterada Jurisprudencia Constitucional⁵⁷, la Ley de Turismo efectúa una tipificación escalonada en infracciones leves, graves y muy graves (Arts. 70-72), y determina la tipología de las sanciones (Art. 76 y 78) y los criterios para la graduación de las mismas (Art. 79). El papel que puede desempeñar el reglamento se limita, en el propio texto legal a “complementar o especificar las

⁵⁵ En palabras de CANO MATA, A., “El ilícito administrativo debe estar previsto con una adecuada definición de todos sus elementos, de tal manera que sólo sean conductas infractoras las descritas en el tipo legal, con prohibición de interpretaciones extensivas o analógicas”, en “Potestad normativa sancionadora de las Comunidades Autónomas”, *RAP*, núm. 119, 1989, p. 211.

⁵⁶ Siguiendo la doctrina emanada de los pronunciamientos del Tribunal Constitucionales en la materia, ESTEVE PARDO, J., resume la situación en tres puntos: Reserva inequívoca para la atribución de la potestad sancionadora a la Administración; El reglamento ejecutivo desarrolla o precisa las determinaciones contenidas en la Ley; y, finalmente, las ordenanzas locales encuentran su cobertura en la legislación básica de régimen local. Vid. *Lecciones de Derecho Administrativo*, op.cit., pp. 399-400.

⁵⁷ Vid. CANO MATA, A., *Las infracciones administrativas en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984.

conductas contrarias a lo dispuesto en la misma (Ley)” (Art. 69,2), manteniendo con ello la previsión general contenida en la actual Ley de Régimen Jurídico del Sector Público: “Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes”. Como consecuencia de la vigencia del principio de tipicidad en el Derecho Administrativo sancionador, la aplicación de sus normas excluirá como indica SÁNCHEZ SÁEZ, interpretaciones innovativas y arbitrarias, así como el uso de la analogía, limitación mantenida de forma expresa por el Legislador (Art. 27,4 LRJSP)⁵⁸.

Por otra parte, hemos de considerar que la acción punitiva del Estado, se diferencia en dos modalidades o niveles de actuación⁵⁹, por una parte la que corresponde a la aplicación del Derecho Penal, reservada para las acciones u omisiones más graves, que encuentran un especial rechazo social, y que se tipifican legalmente como delitos o faltas “penales”; por otra, la potestad sancionadora de la Administración otorgada, como se ha indicado, de forma expresa por el legislador⁶⁰, y reservada para supuestos antijurídicos considerados socialmente “menos graves”⁶¹. La coexistencia en nuestro ordenamiento de ambos ámbitos de aplicación del *ius puniendi* y la posibilidad de coexistir en determinados sectores materiales, impone

⁵⁸ SÁNCHEZ SÁEZ, A.J., “La inspección turística y el régimen sancionador en materia de turismo”, en FERNÁNDEZ RAMOS, S. (Coord.), *Estudios sobre el derecho andaluz del turismo*, Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, Sevilla, 2008, pp. 549-550. No obstante, ha de anotarse que en ocasiones la analogía puede confundirse con interpretaciones no restrictivas perfectamente legales. Así a juicio de SÁNCHEZ MORÓN, “Dada la amplitud con que se definen algunos tipos de infracciones pueden surgir a veces dificultades para discernir si se está ante un supuesto de aplicación analógica o de interpretación no restrictiva de la norma sancionadora, interpretación ésta que no siempre es ilícita (por ejemplo, STS de 6 de marzo de 2003)”, *op.cit.*, p.697. ESTEVE PARDO, J., expresa su total oposición a la interpretación analógica: “La rigurosa exigencia de tipicidad impide que las previsiones legales para unas concretas conductas puedan extenderse a otras actuaciones que guarden similitud con ellas”, en *Lecciones de Derecho Administrativo*, *op.cit.*, p. 405.

⁵⁹ Tal distinción es puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias. “Repárese, dicho sea con trazo grueso y a modo de ejemplo, en que, por una parte, por definición, en el proceso penal se ventilan los conflictos sociales más graves y se dilucidan las consecuencias jurídicas más lesivas para los ciudadanos; por otra, que en virtud de su particular naturaleza y de ciertas razones de eficacia, el procedimiento administrativo no conoce una diferenciación orgánica tan tajante entre acusación, instrucción y decisión, de un lado, ni, de otro, una frontera tan nítida entre un período de preparación o instrucción y otro de enjuiciamiento, en el que se concentre la actividad probatoria y se practique en condiciones de intermediación y oralidad”. (STC 56/1998, de 16 de marzo).

⁶⁰ Vid., en este sentido, lo que PARADA VÁZQUEZ, J., califica como “el anárquico desarrollo de la potestad sancionadora administrativa en el Derecho español”, en *Derecho Administrativo I*, pp. 464 ss.

⁶¹ GARCÍA AMADO, J.A., deduce de esta diferenciación una equiparación de garantías configurando la “regla de a sanción igual de grave, garantía igual de intensa”, siempre que las sanciones sean equiparables en uno y otro orden. Vid. “Sobre el ius puniendi: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites”, *Documentación Administrativa*, núm.280-281, 2008, p. 40.

la aplicación del principio *non bis in ídem*⁶², en función del cual, no puede sancionarse dos veces una misma acción u omisión cuando coincida sujeto, objeto y fundamento⁶³. Este principio trae consecuencias procedimentales significativas en los casos en que una misma acción pueda encuadrarse *a priori* en las esferas penal y administrativa: Así, por ejemplo, una acción u omisión sancionada en vía penal, no puede ser sancionada por la Administración pública. En la misma dirección, si la sentencia penal declara la absolución del inculcado, nada impide que la Administración inicie o continúe el procedimiento sancionador, siempre que la presunta infracción no haya prescrito, si bien, en estos casos, los hechos que hayan quedado probados en vía penal vinculan a la Administración, conforme determina el art. 77,4 LPAC: “En los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien”.

En todo caso, para evitar la concurrencia de sanciones, el Legislador impone a la Administración la paralización de la vía administrativa sancionadora en el supuesto de inicio de la acción penal. La Ley de Turismo de Andalucía regula este efecto del principio *non bis in ídem* en los apartados 1 y 2 del art. 74: “1. Cuando en cualquier momento del procedimiento el órgano competente para incoarlo considere que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito o falta, deberá dar traslado al Ministerio Fiscal, acordando la suspensión del procedimiento sancionador hasta que recaiga resolución judicial, si apreciare que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la sanción penal. No obstante, la suspensión anterior no se extenderá a la ejecutividad de las medidas cautelares adoptadas para restablecer el orden jurídico vulnerado. 2. En los mismos términos, la instrucción de causa penal ante los Tribunales de Justicia suspenderá la tramitación del procedimiento administrativo sancionador que se hubiese incoado por los mismos hechos”⁶⁴.

⁶² Sobre la aplicación del principio *non bis in ídem* en el ejercicio de la potestad sancionadora, vid., CUBERO MARCOS, J.I., *El principio non bis in ídem en la Ley Vasca de la Potestad Sancionadora*, IVAP, Vitoria, 2010; NIETO GARCÍA, A., “El principio *non bis in ídem*”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 28, 1990, pp. 157-170; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *El principio non bis in ídem*, Tecnos, Madrid, 1992; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *El principio non bis in ídem*, Tecnos, Madrid, 1992.

⁶³ PARADA VÁZQUEZ fundamenta este principio en la aplicación de criterios de racionalidad y en el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos establecida en el art. 9,3 de la Constitución. *Op.cit.*, p. 510. SÁNCHEZ MORÓN lo considera un principio general del Derecho vinculado a los de proporcionalidad y seguridad jurídica y a los efectos de la cosa juzgada, *op.cit.*, p. 702. La Ley de Turismo de Andalucía lo recoge en los siguientes términos: “La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. No obstante, si se hubiese impuesto sanción administrativa, tal sanción quedará sin efecto y, en su caso, su importe será reintegrado a la persona infractora salvo que haya sido tenida en cuenta por el órgano jurisdiccional para graduar la sanción penal” (Art. 74,3).

⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA habla de precedencia del enjuiciamiento penal sobre el administrativo, atendiendo a la jurisprudencia constitucional, p. 188-189.

Consecuencia de este mismo principio *non bis in ídem* es la aplicación de sanciones frente a infracciones continuadas, así lo determina la Ley de Procedimiento Administrativo Común en su art. 63,3: “No se podrán iniciar nuevos procedimientos de carácter sancionador por hechos o conductas tipificadas como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora, con carácter ejecutivo”.

También puede concurrir la iniciación frente a una misma acción de dos procedimientos administrativos diferentes, al tipificarse la infracción en dos órdenes administrativos distintos⁶⁵. Por ejemplo, el incumplimiento de las normas de protección de los recursos naturales por parte de una empresa de turismo activo que pueda implicar un daño notorio a la imagen turística de Andalucía, podría configurarse como infracción administrativa muy grave desde la perspectiva de la Ley de Turismo o desde el punto de vista de la normativa de protección de los recursos naturales (con intervención de dos órdenes administrativos diferentes). También en estos casos, la concurrencia de infracciones administrativas requiere en aplicación del principio *non bis in ídem*, la imposición de una única sanción administrativa, salvo en el caso en que, como apunta ESTEVE PARDO, un mismo hecho pueda atentar contra bienes jurídicos distintos⁶⁶, o que unos mismos hechos impliquen, por una parte, la imposición de una sanción y, por otra, la exigencia de responsabilidad por el daño ocasionado (o la reparación del daño producido)⁶⁷ o que unos hechos puedan ser constitutivos de diferentes infracciones en un mismo orden⁶⁸.

El principio *non bis in ídem*, no se recoge de forma expresa en la Constitución⁶⁹, pero aparece actualmente regulado con carácter general en el art. 31,1 LRJSP: “No podrán

⁶⁵ En definitiva, como afirma TOLIVAR ALAS, L., “hipotéticamente, la prohibición de duplicidad sancionadora abarca a los supuestos de triple identidad (de sujeto, hecho y fundamento) entre un ilícito penal y una infracción administrativa, entre dos calificaciones penales o entre dos gubernativas”, en “Concurrencia de sanciones: una construcción inacabada”, *Documentación Administrativa*, NÚM. 280-281, pp.134-135.

⁶⁶ *Lecciones de Derecho Administrativo*, op.cit., p.409.

⁶⁷ Así, el artículo 6,1 de la Ley de Responsabilidad Medioambiental determina que “la responsabilidad establecida en esta ley será compatible con las penas o sanciones administrativas que proceda imponer por los mismos hechos que hubieran originado aquella”. Igualmente, el art. 36,4 de esta Ley establece que: “La tramitación de un procedimiento sancionador por las infracciones reguladas en este capítulo no postergará la exigencia de las obligaciones de adopción de medidas de prevención, de evitación de nuevos daños o de reparación previstas en esta ley, que serán independientes de la sanción que, en su caso, se imponga”.

⁶⁸ Tal es el caso regulado por la Ley de Responsabilidad Medioambiental: “Si un mismo hecho u omisión fuera constitutivo de dos o más infracciones, se tomará en consideración únicamente aquella que comporte mayor sanción” (Art. 36,2).

⁶⁹ Cuestión que reprocha TOLIVAR ALAS, que también critica la postura del Tribunal Constitucional al configurarlo como un derecho fundamental derivado de la Constitución por su vinculación con el principio de legalidad. Op.cit., p. 134. SUAY RINCÓN, en cambio, elogia la actitud del Tribunal Constitucional que “ha tenido el mérito de afirmar inquebrantablemente desde sus primeras resoluciones la vigencia del principio *non bis in ídem* en

sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento”.

En otro orden debemos anotar las circunstancias de tiempo y su especial aplicación en el ámbito sancionador, particularmente en cuanto se refiere a la retroactividad de las normas. Se configura como principio general del Derecho la irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables, que no es más que aplicación concreta del principio de legalidad en el ámbito punitivo: Del mismo modo que no puede aplicarse una sanción a una acción u omisión no tipificada legalmente como infracción (*nulla pena sine lege*), toda acción u omisión debe ser valorada y, en su caso, sancionada con arreglo a la normativa vigente en el momento de producirse la acción u omisión antijurídica, pues lo contrario quebraría la garantía de la seguridad jurídica⁷⁰. La irretroactividad de las normas sancionadoras (tanto penales como administrativas) se garantiza de forma expresa por nuestra Constitución (Art. 9,3), gozando, por tanto, del mayor grado de protección que puede otorgar nuestro ordenamiento jurídico.

Parte de la doctrina administrativista y ciertos pronunciamientos jurisprudenciales abonan la tesis que extrae a *contrario sensu*, del propio art. 9,3 CE la retroactividad de la norma sancionadora en los casos en que beneficie al presunto infractor (*retroactividad in bonus*)⁷¹, sin embargo, este razonamiento fue tempranamente abortado por LÓPEZ MENUDO y seguido por la doctrina⁷² para determinar que tal principio, aunque no derive directamente de la Constitución, nada impide su plasmación legal⁷³, desvinculado, pues, del precepto constitucional que consagra la irretroactividad *in peius*.

Por tanto, conforme determina el art. 26,2 LRJSP, “Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de preinscripción,

materia sancionadora, lo cual es aún más digno de encomio si se repara en que dicho principio no aparece formulado de manera expresa por la Constitución”, op.cit., p.179.

⁷⁰ CABALLOL I ANGRILL afirma que la determinación del art. 25.1 CE implica “vigencia de la legislación en el momento de realizarse la conducta sancionable, lo cual comporta que sólo se podrá enjuiciar los hechos según la legislación vigente en el momento de la comisión de la infracción”, en “El reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora de la Administración. Límites establecidos en el artículo 25.1 de la Constitución”, en *Autonomías. Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 11, 1988, p. 132.

⁷¹ Vid., por todos, GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, Navarra, 2013, p. 184, que contiene buen número de pronunciamientos del Tribunal Constitucional abonando esta tesis.

⁷² Vid. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 202.

⁷³ “Significa simplemente que la Constitución abandona el dominio de esta regla al designio del legislador; no hay razón para que éste, como tradicionalmente ha hecho, no la siga manteniendo”, LÓPEZ MENUDO, F., *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Ediciones del Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1982, p. 181.

incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición”. Contempla pues, la Ley, la aplicación amplia de la retroactividad *in bonus*: beneficiando tanto al presunto infractor como al infractor, es decir, se aplicará igualmente a los supuestos de sanción firme; afecta a la infracción, sanción y prescripción y, también, a las sanciones no ejecutadas. Aunque este principio de orden legal no se recoge de forma expresa en la Ley de Turismo de Andalucía, su regulación general en la citada Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, permite su aplicación a cualquier ámbito en que la Administración ejercite su potestad sancionadora.

También debemos considerar la necesidad de aplicar al ámbito de la potestad sancionadora el principio de responsabilidad⁷⁴: conforme determina el art 28,1 LRJSP, “Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”. De esta forma se excluye cualquier aplicación de la responsabilidad objetiva, en beneficio del principio de culpabilidad. Además, con la regulación contenida en la citada Ley de Régimen Jurídico del Sector Público se amplía al máximo posible la cuestión de la personalidad: la persona responsable será la persona física o jurídica que haya cometido la acción u omisión constitutiva de infracción, pero también responderán de igual manera, las uniones carentes de personalidad, cuando una ley les reconozca capacidad de obrar⁷⁵.

Por lo demás, y con independencia de la sanción que se imponga por la comisión de la infracción, también puede concurrir la responsabilidad patrimonial por daños, cuestión que se sustancia con dos previsiones legales, por una parte, la “reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario” y, por otra, la “indemnización por daños y perjuicios” ocasionados (Art. 28,2 LRJSP), cuya determinación corresponde *prima facie* al órgano competente para la resolución del procedimiento sancionador y cuya efectividad queda amparada por la aplicación en vía ejecutiva, del apremio sobre el patrimonio, si fuera preciso⁷⁶.

La Ley de Turismo de Andalucía al abordar en su art. 73 la aplicación del principio de responsabilidad, señala como responsables “aun a título de simple inobservancia”: Las personas titulares de empresas, establecimientos o actividades turísticas, quienes suscribieran la declaración responsable o comunicación previstas en la Ley, la persona que de

⁷⁴ Vid. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., *Sanciones administrativas: garantías, derechos y recursos del presunto responsable*, 2ª ed., Comares, Granada, 2004.

⁷⁵ Vid. ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, op.cit., pp. 407-408. PARADA VÁZQUEZ, J., destaca que la regulación del principio de responsabilidad en materia sancionadora deriva del Derecho Penal: “El proceso de asimilación material de las sanciones administrativas al régimen penal se proyecta también sobre los aspectos subjetivos de la conducta infraccional y sus resultados mediante la exigencia de los elementos subjetivos que permiten un juicio de reprochabilidad sobre los responsables”, en *Derecho Administrativo I*, op.cit. p. 484.

⁷⁶ Vid. GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 2015, p. 441.

forma clandestina preste un servicio turístico, los propietarios de alojamientos turísticos en régimen de propiedad horizontal y, finalmente, los promotores de establecimientos de alojamiento turístico en régimen de propiedad horizontal. De esta forma queda recogida la diferente tipología de sujetos activos de infracciones, con arreglo a la tipificación contenida en la Ley entre infracciones leves, graves y muy graves. Debemos en este punto reflexionar sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, particularmente por los actos u omisiones que puedan realizar sus empleados o trabajadores por cuenta ajena en el seno de la organización empresarial que tal persona detente⁷⁷. Siguiendo en este punto a GÓMEZ TOMILLO, parece que la Ley ha optado por extender la responsabilidad de las personas jurídicas a los actos y omisiones de cualquier persona física que actúe en nombre de la empresa, incluyendo a todos los empleados aun careciendo de capacidad de decisión o poder de dirección dentro de la empresa. En línea con esta interpretación la Ley de Turismo establece que “Las personas titulares de las actividades turísticas serán responsables administrativamente de las infracciones cometidas por su personal empleado o por terceras personas que, sin unirles un vínculo laboral, realicen prestaciones a las personas usuarias de servicios turísticos comprendidas en los servicios contratados con aquéllas” (Art. 73,2). La regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas empresariales por actos cometidos por sus empleados no impide que el empresario pueda actuar posteriormente contra el empleado responsable de la comisión de la infracción, al menos en cuanto a los efectos civiles de la acción u omisión cometida⁷⁸.

El principio de responsabilidad implica, además, que se tenga en cuenta en materia sancionadora la presunción de inocencia (principio que proviene del Derecho Penal), de forma que únicamente con el apoyo de pruebas firmes que deben ser aportadas precisamente por la Administración pública que instruye el procedimiento sancionador, se podrán imponer sanciones administrativas, sin que el afectado deba, en este sentido, demostrar su inocencia que tiene reconocida constitucionalmente (Art. 24,1 CE)⁷⁹.

A nuestro juicio, cobra singular relevancia en la configuración y ejercicio de la potestad sancionadora el principio de proporcionalidad⁸⁰, que impone la existencia de una razonable

⁷⁷ Según PARADA VÁZQUEZ, J., “castigar a la persona jurídica como tal (asociación, sociedad, etc.) y no a los titulares de sus órganos de gobierno (presidentes, consejeros, gerentes) y a sus empleados es, a la vez que una excepción al principio de la necesidad del elemento de culpabilidad propio del Derecho punitivo, una singularidad notable del Derecho administrativo sancionador con respecto al Derecho penal continental (...)”, en *Derecho Administrativo I*, p. 487.

⁷⁸ GOMEZ TOMILLO considera que la acción de la empresa contra el trabajador infractor no abarca la sanción impuesta, pues lo contrario vulneraría, a su juicio, los principios de personalidad de las sanciones y de legalidad. *Op.cit.*, p. 362.

⁷⁹ Vid, en esta línea, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo II*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 184-185.

⁸⁰ Vid., sobre el principio de proporcionalidad TIRADO BARRERA, J.A., “Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional”, en *Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho*,

adecuación entre la infracción cometida y la sanción efectivamente impuesta: el criterio de justicia impone la aplicación de las sanciones de forma equilibrada, pues el exceso o desmesura de la sanción, convierte el resultado en una actuación administrativa injusta⁸¹. La efectividad del principio de proporcionalidad es doble, pues debe iluminar la labor del legislador que aprueba las leyes sancionadoras (como ocurre con la Ley de Turismo), pero también al aplicador de la norma sancionadora, sea la Administración pública o el orden jurisdiccional cuando controle a aquélla⁸². Este principio se manifiesta de forma diversa en la Ley de Turismo de Andalucía, denotando dicha diversidad la relevancia del propio principio.

Así, la propia configuración de infracciones y sanciones de forma escalonada, conforme a la configuración general de infracciones leves, graves y muy graves; igualmente dentro de una misma escala, el margen de apreciación que la Ley otorga a la Administración faculta a esta para aplicar criterios de proporcionalidad atendiendo a las circunstancias concomitantes en cada caso, posibilitando, por tanto, la aplicación, por ejemplo, de sanciones pecuniarias entre unos límites mínimos y máximos en cada escala.

Igualmente resulta aplicación del principio de proporcionalidad la concreción por la Ley de Turismo de los criterios para la graduación de las sanciones que actúan a modo de agravantes o atenuantes en la aplicación de aquellas y entre las que se encuentran, la existencia de intencionalidad, la naturaleza de los perjuicios ocasionados, el riesgo generado para la salud y la seguridad, la reincidencia, el beneficio obtenido como consecuencia de la infracción, el volumen económico de la empresa infractora, la trascendencia social de la infracción, la repercusión en el sector turístico o la subsanación de las irregularidades cometidas, durante la tramitación del procedimiento (Art. 79,1 LTA)⁸³.

núm. 67, 2011, pp. 457-467; TORNOS MAS, J., "Infracciones y sanciones administrativas: el tema de la proporcionalidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 7, 1974, pp. 607-624.

⁸¹ ALONSO TIMÓN, A.J., vierte una dura crítica al tratamiento actual del principio de proporcionalidad, particularmente en la legislación sectorial, "a día de hoy, se puede decir que goza de la condición de concepto jurídico indeterminado en el ámbito sancionador, con el peligro que ello conlleva, al dejar al socaire del intérprete de turno la deficiente regulación, abierta e inconcreta, que representa en la mayoría de las normas sectoriales", en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLIII (2010), p. 87.

⁸² Vid. en este sentido TIRADO BARRERA, J.A., "Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional", *Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 67, 2011, pp. 458-459, hace referencia a esta distinción remitiéndose a la obra de Nieto García. En el mismo sentido TORNOS MAS, J., "Infracciones y sanciones administrativas: el tema de la proporcionalidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa", *REDA*, núm. 7, 1974, p.9.

⁸³ Precisamente para ESTEVE PARDO, J., La relevancia del principio de proporcionalidad radica en su aplicación por la Administración pública "donde el principio de proporcionalidad adquiere su significación más relevante, pues con frecuencia para una misma infracción se prevé una sanción de contenido variable que habrá de concretarse con la modulación que dispensa el principio de proporcionalidad", en *Lecciones de Derecho Administrativo*, op.cit., p. 405.

Sin embargo, la manifestación expresa del principio de proporcionalidad la encontramos en el apartado 3, del indicado art. 79 LTA: “En todo caso, la aplicación de la sanción deberá ser proporcionada a la gravedad de la conducta y asegurará que la comisión de las infracciones no resulte más beneficiosa para la persona infractora que el cumplimiento de las normas infringidas”. Para evitar este último supuesto perverso, la propia Ley permite incrementar las cuantías de las multas hasta el triple del precio de los servicios afectados por la infracción⁸⁴.

Finalmente, la Ley incorpora un criterio de proporcionalidad específico que permitiría a la Administración cambiar de escala a la hora de imponer la sanción, aplicando a las infracciones muy graves las correspondientes a las graves y a las graves las correspondientes a las leves “cuando los daños y perjuicios originados a las personas usuarias de los servicios turísticos, a la imagen turística de Andalucía o a los intereses generales sean de escasa entidad” (Art. 79,4 LTA). No obstante, este supuesto resultará de difícil aplicación en aquellos supuestos en que la propia tipificación de la infracción conlleva valoraciones de especial gravedad, por ejemplo, por implicar la infracción un trato discriminatorio para el usuario turístico en el acceso al establecimiento o si la infracción implica un daño notorio o perjuicio grave a la imagen turística de Andalucía o de sus destinos turísticos (Art. 72 LTA).

Como indicábamos, *supra*, el Legislador tipifica las infracciones en leves, graves y muy graves, escalonamiento que supone una manifestación de la aplicación del principio de proporcionalidad. Pues bien, como consecuencia de este escalonamiento el Legislador abordará un mismo tipo o clase de infracción de manera igualmente gradual, atendiendo a su gravedad u otros criterios de graduación. Así podemos observar cómo se regulan las infracciones vinculadas al contenido de la declaración responsable: La Ley de Turismo considera como infracción leve “la inexactitud de los datos manifestados en la declaración responsable” (Art. 70,10) y como infracción grave “la falsedad de los datos manifestados en la declaración responsable” “así como la alteración de los datos sin haber instado su modificación en los términos legal o reglamentariamente establecidos” (Art. 71,5). Del mismo modo con ocasión de la tipificación de infracciones relacionadas con la obligación misma de presentación de la declaración responsable, considera infracción leve “la publicidad o prestación de un servicio turístico habiendo cumplido el deber de presentación de la declaración responsable prevista en el artículo 38.2, pero no aportando en plazo los documentos que al efecto sean exigibles por las disposiciones turísticas que regulen dicha actividad” (Art. 70,1) e infracción grave la “realización o prestación clandestina de un servicio turístico, definida en el artículo 30.4” (Art. 71,1). Igualmente se gradúa la tipificación de infracciones relacionadas con el derecho de acceso a los establecimientos turísticos como establecimientos públicos y se tipifica como infracción grave “La restricción de acceso o permanencia en los establecimientos turísticos, salvo por causa justificada” (Art. 71,14)

⁸⁴ La Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, determina con carácter general para la aplicación de sanciones que “2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas” (Art. 29,2).

y como infracción muy grave “La restricción en el acceso, en la prestación de servicios o la expulsión injustificada de un establecimiento turístico, cuando se realice por razón de raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social que suponga discriminación” (Art. 72,2). O, finalmente, las infracciones relacionadas con la obligación de buen trato a la clientela: La Ley considera infracción leve “El trato descortés o incorrecto con la persona usuaria” (Art. 71,4) e infracción grave “La grave desconsideración con la persona usuaria”.

De igual manera, la tipificación de las sanciones, además de adaptarse a la estructura escalonada de las infracciones leves, graves y muy graves, dentro de cada uno de los niveles se establece un mínimo y un máximo, por ejemplo, las infracciones leves se sancionan con multas de hasta 2000 euros, las graves de 2001 a 18.000 y las muy graves de 18.001 a 150.000, otorgando la Ley un cierto margen de apreciación a la Administración Pública interviniente para graduar la sanción, dentro de cada escala en función de las circunstancias concretas en que se cometió la infracción y a su repercusión social⁸⁵.

Finalmente, la Ley de Turismo, al diferenciar entre sanción principal y accesoria, deja la imposición de ésta a la Administración actuante, en función de las circunstancias concomitantes, por la gravedad de la acción u omisión o por la especial trascendencia que la infracción pueda adquirir. Así, a modo de ejemplo, citaremos el art. 78,2 LTA: “Como sanción accesoria (para infracciones calificadas como graves) podrá imponerse la suspensión del ejercicio de servicios turísticos, o la clausura temporal del establecimiento, en su caso, por un periodo inferior a seis meses”. Serán pues las indicadas circunstancias las que determinen si se aplica o no la sanción accesoria e, igualmente, la extensión temporal de ésta.

Por otra parte, la especial situación en que se encuentra el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración en cuanto instrumento directo de actuación en la esfera de intereses de los particulares y las exigencias propias de la seguridad jurídica⁸⁶, que deben prevalecer en este tipo de potestades negativas, impulsan la aparición de la figura de la prescripción aplicable tanto a infracciones como a sanciones que, además, es consecuencia de la articulación de la potestad sancionadora como un deber de actuación en defensa de la legalidad vigente que requiere de una Administración eficaz y eficiente. De

⁸⁵ Para JUNCEDA MORENO, J., “La jurisprudencia ha insistido aquí en un dato de partida ya advertido: es la Administración la que debe ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de imponer sanciones, para satisfacer la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos cometidos y la responsabilidad exigida (...)”, en “Los principios de proporcionalidad y prescriptibilidad sancionadores”, en *Documentación Administrativa*, núm. 280-281, 2008, p.125.

⁸⁶ De esta forma, JUNCEDA MORENO, J., afirma que “Desde la perspectiva del derecho público, no obstante, la prescripción responde al principio de seguridad jurídica del artículo 9,3 CE, al garantizar que los ciudadanos no estemos sometidos de forma indefinida a la potestad sancionadora administrativa, y que sepamos el momento concreto en que ya no seremos sancionados por un determinado ilícito”. Este es el auténtico sentido práctico de la prescripción. Vid. “Los principios de proporcionalidad y prescriptibilidad sancionadores”, op.cit. p 128.

forma clara lo expresa BLANQUER CRIADO, cuando afirma que “la inactividad o pasividad en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, puede determinar la extinción de la responsabilidad del inculpaado por el simple transcurso del tiempo”⁸⁷.

La Ley de Régimen Jurídico del Sector Público opta, al regular la prescripción, por remitirse a la legislación sectorial, estableciendo un régimen supletorio de ésta. De esta forma en su art. 30,1 determina que “Si éstas (leyes especiales) no fijan plazos de prescripción, las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año”. En este marco, la LTA opta por un régimen más benévolo para los administrados, al fijar la preinscripción en dos años para las infracciones muy graves, un año para las graves y seis meses para las leves (Art. 75,1) e iguales plazos determina para las sanciones (Art. 77,1).

Para poner en práctica el juego de la preinscripción es preciso tener en cuenta el momento en que ésta empieza a contar (*dies a quo*) y las circunstancias que paralizan su cómputo. Para las infracciones, el plazo de prescripción comienza en la fecha en que se cometió la acción u omisión que constituya la infracción, considerando que ante infracciones continuadas en el tiempo o permanentes no se iniciará el cómputo hasta el momento en que cese dicha conducta o actividad⁸⁸ (Art. 30,2 LRJSP, y en el mismo sentido, art. 75,2 LTA). El cómputo de este plazo de prescripción se interrumpe con la incoación del procedimiento con conocimiento del interesado, pero se reanuda si permanece el procedimiento un mes paralizado sin culpa del interesado (Art. 30,2 in fine LRJSP y art. 75,3 LTA).

En el caso de las sanciones, el inicio del cómputo para la prescripción es el día siguiente a aquel en que la resolución administrativa sancionadora adquiere firmeza; de igual modo que ocurre en las infracciones, el cómputo del plazo se suspende con la incoación del procedimiento de ejecución y se reanuda si transcurre un mes paralizado sin culpa del interesado (Art. 30,3 LRJSP y 77,2 y 3 LTA).

3.2. Clasificación de las infracciones en materia turística

Como se ha indicado anteriormente, las infracciones en materia de turismo se tipifican en los arts. 70 a 72 LTA. Ciertamente podemos abordar la tipificación de infracciones agrupando las mismas en función de criterios homogéneos, según el tipo de obligaciones

⁸⁷ Op.cit. p. 932.

⁸⁸ Para BLANQUER CRIADO, en la infracción permanente existe un único ilícito, pero la infracción produce unos efectos que perduran en el tiempo, en cambio en la infracción continuada, el mismo ilícito se comete sin solución de continuidad existiendo una “reiteración prolongada de la conculcación del ordenamiento jurídico”, op.cit., p. 933.

o deberes legales que se entienden conculcados. Así, un primer grupo de infracciones hacen referencia a las obligaciones del establecimiento en relación con la información y publicidad dirigida a los usuarios turísticos, en este grupo se clasifican como leves: “La falta de distintivos, de símbolos acreditativos de la clasificación administrativa, de anuncios, señalización o de información de obligatoria exhibición o que, exhibidos, no cumplan las formalidades exigidas”; “El incumplimiento de las obligaciones de información dispuestas en el artículo 26 de esta Ley o en la legislación sobre viajes combinados, o el suministro de la misma de forma incompleta” y “El incumplimiento de las disposiciones sobre la publicidad de los precios de los servicios”; y como graves: “La utilización de denominación, rótulos, símbolos o distintivos diferentes a los que corresponda conforme a la clasificación reconocida al establecimiento, actividad o servicio”; “la utilización de información o la realización de publicidad no veraz, equívoca o que induzca a engaño en la oferta de servicios turísticos” y “la negativa a facilitar, a la persona usuaria que lo solicite, la documentación acreditativa de los términos de la contratación”.

Un segundo grupo correspondería a infracciones relacionadas con el trato otorgado a los usuarios turísticos, considerándose como infracción leve “el trato descortés o incorrecto con la persona usuaria”, como grave “La grave desconsideración con la persona usuaria”; “la negativa a la prestación de un servicio contratado”; “La restricción de acceso o permanencia en los establecimientos turísticos, salvo por causa justificada”; “la negativa a facilitar la hoja de reclamaciones a la clientela” y considerada infracción muy grave “la restricción en el acceso, en la prestación de servicios o la expulsión injustificada de un establecimiento turístico, cuando se realice por razón de raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social que suponga discriminación”.

En un tercer bloque incluiríamos aquellas infracciones que impliquen incumplimientos de contrato con el usuario turístico, como infracciones leves, “Las deficiencias en la prestación de los servicios contratados en relación con las condiciones anunciadas o acordadas”; “Las deficiencias relativas a la limpieza, funcionamiento de las instalaciones o mantenimiento de los equipamientos, de conformidad con la categoría del establecimiento”; y “La admisión de reservas en exceso, que originen sobrecontratación de plazas cuando la empresa infractora facilite a la persona afectada alojamiento en las condiciones del artículo 25.2, párrafo primero”. Y con la consideración de infracciones graves, “El incumplimiento de los requisitos referidos a la ubicación, infraestructura, edificación, instalaciones, equipamiento, mobiliario, servicios, superficie de parcela o calidad de los establecimientos, dispuestos en función del tipo, grupo, categoría, modalidad o especialidad a la que pertenezcan”; “no evitar la generación de ruidos propios del establecimiento de alojamiento que impidan la tranquilidad de las personas usuarias”; “prestación del mismo (servicio) en condiciones de calidad sensiblemente inferiores a las pactadas”; “el cobro o el intento de cobro a las personas usuarias de precios superiores a los publicitados o expuestos al público”; “la negativa a la expedición de factura o tique, o, habiendo expedido el tique mecánico, la negativa a realizar la correspondiente factura desglosada especificando los distintos conceptos, a solicitud de la persona usuaria de servicios turísticos”; “la admisión de reservas en exceso que originen sobrecontratación de plazas cuando la empresa

infractora no facilite a la persona usuaria afectada alojamiento en las condiciones del párrafo primero del artículo 25.2”; “el incumplimiento, por las agencias de viajes, de las obligaciones, relativas a la forma, contenido, modificación o resolución de los contratos, establecidas en la legislación sobre viajes combinados, incluida la sobrecontratación”; “La contratación de establecimientos, empresas y personas que no dispongan de las autorizaciones pertinentes”; y “no disponer de personal cualificado para el ejercicio de funciones, o de equipo y material homologado, cuando ello sea exigible por la normativa turística”.

En un cuarto grupo consideramos aquellas infracciones que contienen incumplimientos de obligaciones con la Administración turística, tratándose de infracciones leves: “La publicidad o prestación de un servicio turístico habiendo cumplido el deber de presentación de la declaración responsable prevista en el artículo 38.2, pero no aportando en plazo los documentos que al efecto sean exigibles por las disposiciones turísticas que regulen dicha actividad”; “el retraso en el cumplimiento de las comunicaciones que exija la normativa turística”; “la inexactitud de los datos manifestados en la declaración responsable a que se refiere el artículo 38.2 o en la comunicación prevista en el artículo 54.4 de esta Ley” y “el incumplimiento de las obligaciones formales establecidas por la legislación turística relativas a documentación, libros o registros, así como la no conservación de la documentación obligatoria durante el tiempo establecido reglamentariamente”, y como infracciones graves, “la realización o prestación clandestina de un servicio turístico”; “la mediación en la contratación de servicios que tengan la consideración de clandestinos conforme a esta Ley, o el suministro de información sobre los mismos por parte de las oficinas de turismo”; “el incumplimiento del deber de realizar las comunicaciones que exija la normativa turística, tras requerimiento realizado al efecto”; “la falsedad de los datos manifestados en la declaración responsable a que se refiere el artículo 38.2 o en la comunicación prevista en el artículo 54.4, así como la alteración de los datos sin haber instado su modificación en los términos legal o reglamentariamente establecidos”; “la alteración o la falta de mantenimiento de los presupuestos, requisitos y circunstancias tenidos en cuenta para la clasificación administrativa e inscripción en el Registro de Turismo de Andalucía de los establecimientos y servicios, sin haber presentado la correspondiente declaración responsable” y “la actuación que dificulte o retrase el ejercicio de las funciones de inspección turística”, y finalmente, como infracción muy grave “la negativa u obstrucción que impida la actuación de los servicios de inspección turística, así como la aportación a la misma de información o documentos falsos”.

Y, finalmente, un quinto y último bloque agruparía aquellas infracciones que se corresponden con incumplimientos de la normativa turística por parte de los establecimientos o empresas, comprende las infracciones graves siguientes: “la falta de formalización, o de mantenimiento de su vigencia o cuantía, de las garantías y seguro exigidos por la normativa turística”; “la alteración de la capacidad de alojamiento de los establecimientos turísticos, mediante la instalación de camas, o la admisión de personas usuarias en las unidades de alojamiento o en las zonas de acampada, siempre que difiera de lo especificado en la declaración responsable o comunicación previa y supere los límites establecidos reglamentariamente”; “La contratación de servicios turísticos por tiempo superior al

establecido reglamentariamente” y “la inexistencia de hojas de reclamaciones”, y como infracciones muy graves, “las infracciones de la normativa turística que tengan por resultado daño notorio o perjuicio grave a la imagen turística de Andalucía o de sus destinos turísticos”; “la venta de parcelas de los campamentos de turismo, así como unidades de alojamiento de establecimientos hoteleros o partes sustanciales de los mismos, salvo en los supuestos admitidos por la legislación vigente”; “el incumplimiento del principio de unidad de explotación”; “la contravención de las prohibiciones relativas al destino de las unidades de alojamiento y a su explotación por persona distinta de la empresa titular de la explotación”; “el incumplimiento de las condiciones impuestas a la propiedad horizontal por la normativa vigente”; y “la explotación de las unidades de alojamiento de los establecimientos en régimen de propiedad horizontal o figuras afines, por parte de las personas propietarias, al margen de la empresa explotadora, o su utilización para un uso diferente del turístico”.

Por otra parte, la reincidencia en la comisión de infracciones leves supone una infracción grave y la reincidencia de infracciones graves, una infracción muy grave.

De la prolija relación de infracciones leves, graves y muy graves que hemos enunciado y clasificado debemos destacar dos aspectos que presentan un especial interés, por una parte, el uso de conceptos jurídicos indeterminados y, por otra, la reiterada remisión al reglamento como instrumento que deba completar la tipificación efectuada por la propia Ley.

Como ha declarado el Tribunal Constitucional, la necesidad de una correcta tipificación de la infracción administrativa por parte del legislador, no impide que puedan utilizarse conceptos jurídicos indeterminados⁸⁹, siempre que la ulterior concreción sea posible utilizando criterios lógicos, técnicos o de experiencia⁹⁰. De este modo, la Ley de Turismo de Andalucía incluye en la descripción de los tipos, diferentes conceptos jurídicos indeterminados entre los que podemos destacar “publicidad no veraz, equívoca o que induzca a engaño”; prestación del servicio en condiciones de calidad “sensiblemente inferiores” a las pactadas; “grave desconsideración” al usuario turístico; la “causa justificada” para permitir restricciones de acceso; el concepto de “inexactitud” o la “falsedad” de los datos que se

⁸⁹ Así, en la STC 62/1982 se afirma que “Es cierto que el principio de tipicidad a que responde el precepto está íntimamente conectado con el de seguridad jurídica, y es cierto también que el legislador para conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho penal debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos. Pero dicho lo anterior, ello no supone que el principio de legalidad quede infringido en los supuestos en que la definición del tipo incorpore conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación”.

⁹⁰ “Constituye doctrina consolidada de este Tribunal la de que el principio de legalidad en materia sancionadora no veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, aunque su compatibilidad con el art. 25.1 CE se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada” (STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3) b).

incorporen a la declaración responsable; o, finalmente, el concepto de “daño notorio” o “perjuicio grave” a la imagen turística de Andalucía o de sus destinos turísticos.

Como indicábamos, de la relación de infracciones que aparecen tipificadas por la Ley de Turismo, destaca la remisión que, en ocasiones de forma directa, en otras más indirectas, el Legislador efectúa hacia un ulterior desarrollo reglamentario. De forma explícita, la Ley se remite al reglamento cuando declara como infracción “el incumplimiento de las *disposiciones* sobre la publicidad de los precios de los servicios” (siendo las disposiciones que regulan la publicidad de los precios, la propia Ley de Turismo, pero también los reglamentos que la desarrollan); o “no disponer de personal cualificado para el ejercicio de funciones o de equipo y material homologado, cuando ello sea exigible por la *normativa turística*”⁹¹; o prestar servicios turísticos habiendo presentado la declaración responsable pero “no aportando en plazo los documentos que al efecto sean exigibles por las *disposiciones turísticas*”; “no conservación de la documentación obligatoria durante el tiempo establecido *reglamentariamente*”; “alteración de los datos (de la declaración o comunicación) sin haber instado su modificación en los términos legal o *reglamentariamente* establecidos”; o la admisión de un número de personas en los establecimientos que “supere los límites establecidos *reglamentariamente*”⁹², o finalmente, “la contratación de servicios turísticos por tiempo superior al establecido *reglamentariamente*”⁹³. En todos estos casos se produce una remisión al reglamento para que este realice su función de complementación, sin que suponga una remisión en blanco no permitida por aplicación del principio de legalidad.

Por otra parte, los reglamentos que han desarrollado la Ley de Turismo en relación con las diferentes clases de empresas y servicios turísticos (establecimientos hoteleros, campamentos de turismo, apartamentos turísticos, viviendas turísticas, alojamiento rural y turismo activo, etc.), suelen incluir en su articulado una referencia expresa al ámbito sancionador: a modo de ejemplo, el art. 59,1 Decreto establecimientos hoteleros establece que “Quienes cometan infracciones por incumplimiento de lo señalado en el presente Decreto, incurrirán en responsabilidad administrativa. Su régimen sancionador será el previsto en el título VII de la Ley de Turismo”. La efectiva aplicación de esta previsión normativa sólo es admisible si las infracciones de la disposición reglamentaria coinciden con algunos de

⁹¹ Así, a modo de ejemplo, el art. 28 del Decreto 20/2002, de 29 de enero, de turismo en el medio rural y turismo activo, se refiere a las condiciones que deben reunir el equipo y material empleado en las actividades de turismo activo.

⁹² Por ejemplo, el art. 15 del Decreto 164/2003, de 17 de junio, de ordenación de los campamentos de turismo, determina la fórmula para calcular la capacidad máxima de estos establecimientos en función de la superficie y la categoría. Admitir un número mayor de usuarios turísticos implicaría una contravención de este límite.

⁹³ Así, el art. 40,2 del Decreto 164/2003, de 17 de junio, de ordenación de los campamentos de turismo, establece un periodo máximo de ocupación de las parcelas de ocho meses “consecuentemente todas las parcelas deberán ser desalojadas y reacondicionadas al menos una vez cada ocho meses”. Por su parte el art. 25,1 del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos, determina una estancia máxima en estos establecimientos de 45 días.

los tipos de infracciones leves, graves o muy graves determinadas por la Ley, pues como se ha indicado, en este aspecto el reglamento no puede gozar de una función innovadora, creando nuevas infracciones no previstas legalmente⁹⁴.

3.3. Las sanciones en materia de turismo

Habitualmente distinguimos entre sanciones reales y sanciones personales. Las primeras suelen consistir en la imposición de una multa pecuniaria al responsable de la comisión de la infracción, las segundas, infracciones personales, implican la limitación o suspensión temporal o definitiva de un derecho o de una autorización para el ejercicio de un derecho. Esta clasificación suele relacionarse con aquella que diferencia entre sanciones principales y accesorias. Las primeras se aplican siempre, con arreglo a la graduación establecida: Así la Ley de Turismo prevé para las infracciones leves desde el apercibimiento a la multa hasta 2.000 euros (Art. 78,1), para las infracciones graves multa de 2.001 a 18.000 euros (Art. 78,2) y para las muy graves, de 18.001 a 150.000 euros (Art. 78,3). Por su parte, las infracciones accesorias complementan a la principal, si se estima procedente, en función de las circunstancias que concurren en cada caso. Así, las infracciones graves pueden implicar la imposición de suspensión en el ejercicio de servicios turísticos, o la clausura temporal del establecimiento por un periodo inferior a seis meses, mientras que las infracciones muy graves, pueden conllevar sanción accesoria de suspensión de entre seis meses y tres años (Art. 78,2 y 3). Como supuesto excepcionalmente grave se prevé la clausura definitiva del establecimiento “cuando la persona responsable haya sido sancionada dos o más veces en el transcurso de tres años consecutivos por la comisión de infracciones muy graves, mediante resolución firme en vía administrativa, y se produzcan perjuicios graves para los intereses turísticos de Andalucía derivados de la conducta de la persona infractora” (Art. 78,3 in fine LTA). Del tenor literal de la Ley puede colegirse el señalado carácter muy excepcional y grave de la infracción para justificar una sanción realmente lacerante para los intereses del presunto infractor.

Como hemos indicado *supra*, la Administración debe velar para que en la imposición de sanciones no resulte más ventajosa que el cumplimiento de la norma vulnerada, para ello, además de la graduación de la sanción económica en los términos que prevé la Ley, también se articulan las medidas accesorias que hemos comentado, junto a la previsión legal del art. 79,3 LTA: “En todo caso, la aplicación de la sanción deberá ser proporcionada a la gravedad de la conducta y asegurará que la comisión de las infracciones no resulte más beneficiosa para la persona infractora que el cumplimiento de las normas infringidas. A tal efecto, podrán incrementarse las cuantías de las multas establecidas en el artículo anterior hasta el triple del precio de los servicios afectados por la infracción”. De nuevo

⁹⁴ Así afirma ESTEVE PARDO, J., que “se admite la intervención del reglamento como desarrollo y concreción de las determinaciones contenidas en la norma con rango de ley”, en *Lecciones de Derecho Administrativo*, op.cit., p. 405.

una medida excepcional, dirigida a hacer efectivo el criterio de justicia y proporcionalidad, si bien sólo será aplicable en los casos en que el daño ocasionado pueda ser cuantificable económicamente⁹⁵.

3.4. El procedimiento sancionador

Todo acto jurídico de la Administración precisa, para ser dictado con arreglo a Derecho, gestarse tras el oportuno procedimiento administrativo⁹⁶, como expresa el art. 105 CE: “La Ley regulará (...) c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”.

Si el acto administrativo, como el caso que nos ocupa, es además un acto sancionador (o restrictivo de derechos), el procedimiento administrativo se convierte en una garantía formal para que el interesado pueda hacer valer su derecho a la defensa con las máximas garantías. En este sentido, el art. 63,2 LPAC determina que “en ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el oportuno procedimiento”⁹⁷.

Todo procedimiento administrativo sancionador ha de iniciarse de oficio por la Administración “por acuerdo de las personas titulares de las Delegaciones Provinciales de la Consejería competente en materia de turismo en cuya Provincia se cometa la infracción, bien por propia iniciativa, como consecuencia de orden superior, petición razonada de otro órgano administrativo o por denuncia de cualquier persona” (Art. 82,1 LTA)⁹⁸. Nótese que por sí misma, una denuncia de un particular, no provoca la iniciación del procedimiento

⁹⁵ Similar medida se contempla en otros órdenes, como en la protección del medio ambiente. Vid. LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 360-361. Así, por ejemplo, el art. 66 de la Ley de Protección Ambiental determina que “Cuando la cuantía de la multa resulte inferior al beneficio obtenido con la comisión de la infracción, la sanción será aumentada hasta el importe en que se haya beneficiado el infractor”.

⁹⁶ Cabe recordar, en este sentido, la metafórica definición, tantas veces expuesta, del procedimiento administrativo contenida en la Exposición de Motivos de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958: “el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin”.

⁹⁷ Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Trivium, Madrid, 1989 y *El procedimiento administrativo sancionador (Comentarios, Jurisprudencia, Formularios y Legislación)*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; GOSÁLVEZ PEQUEÑO, H., *El procedimiento administrativo sancionador (teoría y práctica)*, Dykinson, Madrid, 2013.

⁹⁸ Con claridad los resume CABALLERO SÁNCHEZ, afirmando que “en definitiva, podemos resumir todos los modos de iniciación de expedientes sancionadores diciendo que siempre se producen de oficio, y que tal acción se origina en el conocimiento de presuntas infracciones por parte de la Administración, el cual le llega bien por sí misma (a través de sus servicios de inspección, del propio órgano competente para iniciarlo o de un órgano administrativo distinto), bien a través de un ciudadano o particular (mediante denuncia u hoja de reclamación)”, op.cit. p. 171.

sancionador, aunque sirva de base para la decisión de incoación que deba tomar el órgano competente⁹⁹.

Debemos destacar la activación, en el procedimiento sancionador, de todos los derechos que el ordenamiento otorga a los ciudadanos en sus relaciones con la Administración pública y, en relación con los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, como el derecho a relacionarse electrónicamente (art. 14 LPAC); al uso de las lenguas oficiales; a ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y empleados públicos¹⁰⁰; a la protección de datos de carácter personal (art. 13 LPAC); a conocer el estado de tramitación del procedimiento; de acceso y copia de los documentos que obren en el expediente; a identificar a las autoridades y personal bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos¹⁰¹; a no presentar documentos originales, salvo que la normativa establezca lo contrario; a no presentar datos y documentos no exigidos por la normativa aplicable; a formular alegaciones; a utilizar los medios de defensa que admite el ordenamiento; a aportar documentos al expediente; etc. (Art. 53 LPAC). Sin embargo, en el procedimiento administrativo sancionador, cobran especial relevancia una serie de derechos básicos garantizados legalmente: a) A ser informados de la acusación; b) A utilizar los medios de prueba; c) A la presunción de inocencia; d) Al trámite de audiencia previo a la propuesta de resolución; e) A utilizar los medios de defensa establecidos legalmente (recursos administrativos y judiciales).

Entre las garantías que debe satisfacer el procedimiento sancionador se encuentra el derecho del inculpado a ser informado de la acusación existente en su contra de forma que el acuerdo de incoación del procedimiento ha de ser extremadamente detallado, por la información que ha de recibir el inculpado: “a) Identificación de la persona o personas presuntamente responsables; b) Los hechos, sucintamente expuestos, que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción. c) Persona instructora y, en su

⁹⁹ No debemos olvidar, en este sentido, que la Administración actuante puede, ante una denuncia, adoptar la decisión de ordenar su archivo por falta de fundamento, por ejemplo. Resulta ilustrativa la definición contenida en el art. 62,1 LPAC: “Se entiende por denuncia, el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo”. Afirma, en este sentido, CABALLERO SÁNCHEZ que “la condición de denunciante no comporta la participación en el procedimiento en calidad de interesado, el cual puede no llegar a iniciarse, si tras la oportuna denuncia se producen actuaciones inspectoras que no encuentren especial motivo de sospecha”, op.cit. pp. 168-169.

¹⁰⁰ El derecho a ser tratado con deferencia ya ha sido tratado supra en relación con las actividades que llevan a cabo los inspectores de turismo.

¹⁰¹ Como se ha visto anteriormente el derecho a identificar a las autoridades y personal encargado de la tramitación de los procedimientos afecta también a la fase previa de inspección (inspectores de turismo) y se dirige a garantizar la transparencia e independencia, de forma que el interesado pueda, en su caso, ejercer su derecho de recusación. Los arts. 23 y 24 LRJSP regulan respectivamente la abstención y recusación, incluyendo los supuestos que las justifican.

caso, Secretario o Secretaria del procedimiento, con expresa indicación de su régimen de recusación. d) Órgano competente para la resolución del procedimiento y norma que le atribuya la competencia. e) Indicación del derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio". (Art. 82,2 LTA). Todo este contenido resulta esencial para la defensa de los intereses del inculpaado: Los hechos con su calificación y posible sanción y los presuntos responsables, elementos sobre los que habrá de versar principalmente su defensa; pero también, la identificación de las personas que intervienen en el procedimiento, que le permita valorar la posible existencia de causa de recusación o la competencia del órgano, por si éste pudiera resultar incompetente viciando el acto mismo desde su origen. Finalmente, el derecho a realizar alegaciones y a la audiencia, elementos esenciales del procedimiento sancionador, cuya inexistencia vicia al procedimiento de forma absoluta.

Durante la instrucción del procedimiento sancionador se realizan todos los actos de trámite y pruebas que se estimen necesarios por parte del órgano instructor, que ayuden a concretar y corroborar los hechos acaecidos y a determinar la persona o personas que puedan ser responsables de los mismos, incluidos aquellos actos o pruebas que sean a propuesta del inculpaado o inculpaados. Nótese que el instructor sólo está capacitado para rechazar pruebas propuestas por los interesados "cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada" (Art. 77,3 LPAC). Como se ha visto *supra*, el acta de inspección tiene valor probatorio *iuris tantum*, por lo que admite prueba en contrario.

El procedimiento administrativo sancionador debe garantizar la vigencia de la presunción de inocencia¹⁰², articulando las pruebas que sean necesarias para la total aclaración de los hechos y las responsabilidades dimanantes de los mismos. En palabras del Tribunal Supremo: "según se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...), el derecho a no ser sancionado sin ser oído y a ejercer las facultades de alegación con contradicción en todas las fases del procedimiento, el derecho a un procedimiento público, el derecho a ser informado de la acusación, (...), el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, (...), y el derecho a la presunción de inocencia, que acoge el derecho a no ser sancionado sin prueba de cargo legítima y válida, que sustente la resolución sancionadora" (STS de 21 de abril 2006). En numerosas ocasiones el Tribunal Constitucional ha recordado la necesaria aplicación al procedimiento sancionador de ciertos derechos importados del proceso penal: "Es doctrina reiterada de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...), la de que los principios y garantías constitucionales del proceso penal han de observarse con ciertos matices, en el procedimiento administrativo sancionador y, así, entre aquellas garantías procesales hemos

¹⁰² En palabras de CANO MATAS, A., "es un derecho que no puede entenderse reducido al campo de conductas presuntamente delictivas, sino que debe extender y presidir la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación derive un resultado sancionador para las mismas o limitativo de sus derechos", en "Potestad normativa sancionadora de las Comunidades Autónomas", *RAP*, núm. 119, 1989, p.231.

declarado aplicables el derecho de defensa (STC 4/1982) y sus derechos instrumentales a ser informado de la acusación (SSTC 31/1986, 190/1987 y 29/1989) y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (SSTC 2/1987, 190/1987 y 212/1990), así como el derecho a la presunción de inocencia (SSTC 13/1982, 36 y 37/1985, 42/1989, 76/1990 y 138/1990)¹⁰³.

En cuanto a la prueba de los hechos objeto del procedimiento sancionador es interesante destacar que los hechos declarados probados por resolución judicial en la vía penal (Art. 77,4 LPAC) vinculan a la Administración pública. Tempranamente abordó y argumentó esta cuestión nuestro más Alto Tribunal, manifestando que “En la realidad jurídica, esto es, en la realidad histórica, relevante para el Derecho, no puede admitirse que algo es y no es, que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o, por decirlo en los términos del Fundamento Sexto de nuestra sentencia de 3 de octubre de 1983, es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen no sólo principios elementales de la lógica jurídica y extrajurídica, sino el principio de seguridad jurídica constitucionalizado en el artículo 9.3”.

Entre los diferentes trámites del procedimiento, interesa destacar el trámite de audiencia al interesado, que resulta esencial en el procedimiento sancionador, en ejercicio del derecho de defensa del interesado, al que se mostrará todo lo actuado durante el procedimiento junto con la propuesta de resolución que efectúa el órgano instructor del procedimiento, para que pueda realizar un último acto de alegaciones en su defensa. En palabras del Tribunal Supremo “Así, ninguna de las causas de nulidad contempladas en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común resulta aplicable a la simple falta del trámite de audiencia. No lo es la prevista en la letra a), según la cual son nulos de pleno derecho aquellos actos que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, *porque el derecho a la defensa sólo constituye un derecho susceptible de dicho remedio constitucional en el marco de un procedimiento sancionador*, por la aplicación al mismo, aún con cierta flexibilidad-, de las garantías propias del proceso penal, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo; fuera de ese ámbito sancionador, la falta del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo e incluso la misma indefensión, si se produce, podrán originar las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero no afectan a un derecho fundamental o libertad pública susceptible de amparo constitucional.”¹⁰⁴.

Efectuada la audiencia del interesado el órgano instructor elevará al órgano que debe resolver, la propuesta de resolución, pues en el procedimiento sancionador no puede coincidir el órgano que instruye el procedimiento con el órgano que lo resuelve.

¹⁰³ STC 45/1997, de 11 de marzo.

¹⁰⁴ STS de 16 de marzo de 2005.

La resolución del procedimiento sancionador debe estar motivada (con sucinta referencia de hechos y normativa que se aplica) y ha de resolver cuantas cuestiones se hayan planteado en la tramitación del expediente. En la resolución se incluirá la adopción de medidas cautelares que se consideren necesarias para garantizar la eficacia de la misma¹⁰⁵.

También es preciso destacar que el procedimiento debe finalizar y notificarse la resolución dentro del plazo máximo de seis meses (salvo ampliación acordada por la Administración o paralización del procedimiento por culpa del interesado), pues en caso contrario se produciría la caducidad del mismo: “Los procedimientos sancionadores se entenderán caducados, procediéndose al archivo de las actuaciones, una vez que transcurran seis meses desde su incoación, excluyendo de su cómputo las paralizaciones imputables a la persona interesada y las suspensiones establecidas en el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, todo ello sin perjuicio de la posible ampliación del plazo en los supuestos legalmente establecidos.” (Art. 84 LTA).

Resuelto el procedimiento se da traslado de su contenido a través de la notificación al interesado, pudiendo éste recurrir contra la resolución en vía administrativa (recurso administrativo) y/o en vía judicial contencioso-administrativa, a través de los cuales debe quedar garantizada la tutela judicial efectiva que consagra la Constitución (Art. 24 CE)¹⁰⁶.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO TIMÓN, A.J., “Algunas reflexiones breves acerca de la potestad sancionadora de la Administración en tres ámbitos “sensibles”: urbanismo, tributario y seguridad vial, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIII, 2010, pp. 83-100.

BARRERO RODRÍGUEZ, E., “Las competencias de las entidades locales andaluzas en materia de turismo”, en AA.VV., *Curso sobre Derecho Local Andaluz*, Ateneo de Sevilla, Sevilla, 2003, pp. 881-895.

BAYÓN MARINÉ, F., (Dir.), *50 años del turismo español: un análisis histórico y estructural*, Ceura, Madrid, 1999.

¹⁰⁵ Sobre las medidas cautelares, conviene destacar lo que determina el art. 83 LTA: “1. Excepcionalmente, cuando sea necesario para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer o cuando concurran circunstancias graves que afecten a la seguridad de las personas, de los bienes, o que supongan perjuicio grave y manifiesto para la imagen turística de Andalucía, podrá acordarse cautelarmente, tanto en el acuerdo de iniciación del procedimiento como durante su instrucción, la clausura inmediata del establecimiento, el precintado de sus instalaciones o la suspensión de la actividad, durante el tiempo necesario para la subsanación de los defectos existentes y como máximo hasta la resolución del procedimiento. 2. La autoridad competente para incoar el procedimiento lo será también para adoptar la medida cautelar, mediante resolución motivada, previa audiencia de la persona interesada.”

¹⁰⁶ Vid. IGLESIAS CANLE, I.C., “El derecho a los recursos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Dereito*, vol. IV, núm. 1, 1998, pp. 259-294.

BERMEJO LATRE, J.L., “La actividad de inspección”, en CANO CAMPOS, T., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, vol. III, *La actividad de las Administraciones Públicas*, Vol. II, *El contenido*, Iustel, Madrid.

BERMEJO VERA, J., “La Administración Inspectoral”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 147, 1998, pp. 39-58.

- “Administración Pública y Turismo”, en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 223, 1984, pp. 209-232.
- “El «interés general» como parámetro de la Jurisprudencia Constitucional”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (Dir.), *De la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Instituto Fernando el Católico, Zaragoza, 1985, pp. 391-428.
- “Aspectos jurídicos de la protección del consumidor”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 87, 1987, pp. 251-300.

BLANQUER CRIADO, D., *Derecho del Turismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- *Introducción al Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

BLASCO DÍAZ, J.L., “La disciplina turística: inspección y sanción”, en GARCÍA MACHO, R. y RECALDE CASTELLS, A., *Lecciones de Derecho del Turismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 183-224.

CABALLO I ANGRILL, M., “El reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora de la Administración: Límites establecidos en el art. 25.1 de la Constitución”, en *Autonomías. Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 11, 1988, pp. 121-140.

CABALLERO SÁNCHEZ, R., “La normativa autonómica sobre disciplina turística y la innecesaria proliferación de procedimientos sancionadores en materia de turismo”, en *Documentación Administrativa*, núm. 259-260, 2001, pp. 143-198.

CALONGE VELÁZQUEZ, A., “Aproximación al estudio del sector público turístico”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 3071-3092.

- *El turismo: aspectos institucionales y actividad administrativa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2000.

CANO MATA, A., *Las infracciones administrativas en la doctrina del Tribunal Constitucional*, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1984.

- “Potestad normativa sancionadora de las Comunidades Autónomas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 119, 1989, pp.199-232.

CEBALLOS MARTÍN, M.M., PÉREZ GUERRA, R., y ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, M.L., “Reflexiones sobre la ordenación legislativa de las Comunidades Autónomas: sus Leyes de turismo”, en *Derecho y Turismo, III Jornadas de Derecho Turístico*, Consejería de Turismo y Deporte. Junta de Andalucía, Sevilla, 2000, pp. 193-202.

CORCHERO, M., *Derecho del turismo. Conceptos fundamentales*, Iustel, Madrid, 2008.

COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. I, Cívitas, Madrid, 26ª ed., 2015.

CUBERO MARCOS, J.I., *El principio non bis in ídem en la Ley Vasca de la Potestad Sancionadora*, IVAP, Vitoria, 2010.

ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho Administrativo*, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2004.

ESTEVE PARDO, J., “Sanciones administrativas y potestad reglamentaria”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 49, 1986, pp. 99-105.

– *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J., *Curso de Derecho Administrativo Turístico*, Editora Nacional, Madrid, tomos I (1974), II (1974), III (1977) y IV (1980).

– “Competencias en materia turística de las Comunidades Autónomas: reflexiones sobre la Sentencia 125/1984, de 20 de diciembre, del Tribunal Constitucional”, en *Estudios Turísticos*, núm. 85, 1985, pp. 37-45.

FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de inspección*, Editorial Comares, Granada, 2002.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Derecho Administrativo del Turismo*, Marcial Pons, Madrid, 6ª ed., 2013.

FERNÁNDEZ-OBANZA CARRO, J., “Competencias y organización de las Administraciones Turísticas”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 21, 1999, pp. 631-642.

GALLARDO CASTILLO, M.J., “La ordenación jurídico-administrativa del turismo”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 25, 1996, pp. 37-57.

– “La distribución constitucional de competencias en materia de turismo y su tratamiento en las Leyes Autonómicas: su promoción y ordenación”, en *Documentación Administrativa*, núm. 259-260, 2001, pp. 71-93.

GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2015.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Trivium, Madrid, 1989.

– *El procedimiento administrativo sancionador (Comentarios, Jurisprudencia, Formularios y Legislación)*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GARCÍA AMADO, J.A., “Sobre el ius puniendi: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites”, en *Documentación Administrativa*, núm. 280-281, 2008, pp.11-41.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Cívitas, Madrid, 2015.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., *Sanciones administrativas: garantías, derechos y recursos del presunto responsable*, 2ª ed., Comares, Granada, 2004.

GARCÍA LORITE, L., “Régimen sancionador en la Ley del Turismo de Andalucía”, en *Derecho y Turismo, III Jornadas de Derecho Turístico*, Consejería de Turismo y Deporte. Junta de Andalucía, Sevilla, 2000, pp. 91-101.

GARCÍA MACHO, R., “La legislación turística: naturaleza jurídica; relaciones entre el derecho estatal, autonómico y local”, en *Lecciones de Derecho del Turismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 19-40.

GARCÍA MACHO, R., y RECALDE CASTELL, A., (Dir.), *Lecciones de Derecho del Turismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, 3º ed., Editorial Aranzadi, Pamplona, 2013.

GOSÁLVEZ PEQUEÑO, H., *El procedimiento administrativo sancionador (teoría y práctica)*, Dykinson, Madrid, 2013.

GUILLÉN GALINDO, M.A., “La distribución de competencias en materia turística entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades locales. Especial referencia a la Comunidad Valenciana”, en BLANQUER CRIADO, D., *Turismo: organización administrativa, calidad de servicios y competitividad empresarial*, Ed. Tirant lo Blanch, 1999.

IGLESIAS CANLE, I.C., “El derecho a los recursos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Dereito*, vol. IV, núm. 1, 1998, pp. 259-294.

JUNCEDA MORENO, J., “Los principios de proporcionalidad y prescriptibilidad sancionadores”, en *Documentación Administrativa*, núm. 280-281, 2008, pp.119-131.

LÓPEZ MENUDO, F., *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Ed. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1982.

LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, Dykinson, Madrid, 2000.

MANTECA VALDELANDE, V., “Las actas de inspección en las Administraciones Públicas”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 2008.

MEDINA JURADO, P., “La nueva ordenación de los establecimientos y servicios turísticos en Andalucía tras la implantación de la Directiva europea de servicios. Las competencias municipales”, en *Revista CEMCI*, núm. 12/13, 2011, pp. 1-21.

MESTRE DELGADO, J.F., “La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración pública”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (Coord.), *Estudios sobre la Constitución española, Libro homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*, Vol. III, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2493-2528.

MIRANDA HERNÁNDEZ, G.I., “La potestad de inspección de las Administraciones Públicas”, en *Quadernos de Inspección del Territorio*, núm. 0, 2012, pp. 1-21.

MONTOYA LÓPEZ, M.P., *Los planes de inspección*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2007.

MORELL OCAÑA, L., en *Curso de Derecho Administrativo*, dos volúmenes, 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 1999.

NIETO GARCÍA, A., “El principio *non bis in ídem*”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 28, 1990, pp. 157-170.

– *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2012.

PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo I. Parte general*, Marcial Pons, Barcelona, 2013.

PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

PELLEJERO MARTÍNEZ, C., “La política turística en España. Una perspectiva histórica, en AURIOLES MARTÍN, J. (Coord.), *Las nuevas formas de turismo*, Publicaciones Cajamar, Almería, 2004, pp. 268-284.

– *La intervención del Estado en el sector turístico: de la Comisión Nacional a la Empresa Nacional de Turismo*, Dirección General de Planificación Turística de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2000.

PEMÁN GAVÍN, J., *El sistema sancionador español (Hacia una teoría general de las infracciones y las sanciones administrativas)*, Cedecs, Barcelona, 2000.

PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M., (Dir.), *Derecho Público del Turismo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

PÉREZ GUERRA, R., (Coord.), *Derecho de las actividades turísticas*, UOC, Barcelona, 2006.

PÉREZ GUERRA, R. y CEBALLOS MARTÍN, M.M., “A vueltas con el régimen jurídico-administrativo de la distribución de competencias en materia de turismo y de otros títulos que inciden directamente sobre el mismo: El ejercicio de competencias turísticas por la Comunidad Autónoma andaluza”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 27, 1996, pp. 95-170.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *El principio non bis in ídem*, Tecnos, Madrid, 1992.

REBOLLO PUIG, M., “La actividad administrativa de limitación y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en FONT GALÁN, J.I., y LÓPEZ MENUDO, F. (Coord.), *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990, pp. 343-398.

- “Legislación Autonómica de Disciplina Turística”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 8, 1991, pp. 29-133.
- “La actividad de inspección”, en CANO CAMPOS, T., *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho Administrativo, vol. III. La actividad de las Administraciones Públicas. Vol. II. El contenido*, lustel, Madrid, 2009, pp. 13-51.
- “La actividad inspectora”, en DÍAZ SÁNCHEZ, J.J., *Función Inspectora*, INAP, Madrid, 2013, pp. 55-116.

REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMIJO, A.M., *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

RIVERO YSERN, J.L., “Notas sobre la Ley 12/1999, de 15 de diciembre, reguladora del turismo en Andalucía”, *Documentación Administrativa* núm. 259-260, pp.199-211.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “La distribución de competencias en materia de turismo”, en *Documentación Administrativa*, núm. 259-260, 2001, pp. 27-38.

SALAMERO TEIXEDO, L. *La autorización judicial de entrada en el marco de la actividad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

SALGADO CASTRO, A., “La distribución de competencias en materia de turismo”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 9, 1996, pp. 319-335.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2013.

SÁNCHEZ SÁEZ, A.J., “La inspección turística y el régimen sancionador en materia de turismo”, en FERNÁNDEZ RAMOS, S. (Coord.), *Estudios sobre el derecho andaluz del turismo*, Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, Sevilla, 2008, pp. 549-550.

SANZ DOMÍNGUEZ, C., “Competencias sobre turismo”, en MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M. (Dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2008, págs. 687-700.

- *Régimen jurídico-administrativo de la intermediación turística*, Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, Junta de Andalucía, Sevilla, 2005.
- “Consideraciones sobre el estatuto jurídico de la empresa turística”, en *Revista Andaluza de Derecho del Turismo*, núm. 1, 2009, pp. 49-71.

SILES CANTERO, A.S., “Las actas de inspección como medio de prueba”, en *Impuestos: Revista de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*, núm. 11-1, 1995, pp. 85-114.

SUAY RINCÓN, J., *Sanciones administrativas*, Real Colegio de España, Bolonia, 1989.

TIRADO BARRERA, J.A., “Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional”, en *Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 67, 2011, pp. 457-467.

TORNOS MAS, J., “Infracciones y sanciones administrativas: el tema de la proporcionalidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 7, 1974, pp. 607-624.

TOLIVAR ALAS, L., “Concurrencia de sanciones: una construcción inacabada”, en *Documentación Administrativa*, núm. 280-281, pp. 133-157.

TUDELA ARANDA, J., “Hacia un nuevo régimen jurídico del turismo: la reciente legislación autonómica”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 45I, 1996, pp. 291-351.
– (Coord.), *Estudios sobre el régimen jurídico del turismo*, Diputación Provincial de Huesca, Zaragoza, 1997.

VEGA RUIZ, M.L., *Garantizando la gobernanza: Los sistemas de inspección de trabajo en el mundo*, OIT, 2013.