

CAPÍTULO X

**LA INSPECCIÓN TURÍSTICA Y EL RÉGIMEN
SANCIONADOR EN MATERIA DE TURISMO**

ANTONIO JOSÉ SÁNCHEZ SÁEZ
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

I. RÉGIMEN COMPETENCIAL

La actividad administrativa de inspección y sancionadora se inserta, dentro de la tradicional nomenclatura constitucionalista, en las competencias de ejecución, es decir, adjetivas, así denominadas porque siguen a la competencia material sustantiva atribuida a un ente político (Estado o Comunidades Autónomas) por el bloque de constitucionalidad¹. Comoquiera que la competencia exclusiva en materia de turismo es autonómica (art. 148.1, 18ª CE y art. 72 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, en adelante EAA), es a la Comunidad Autónoma Andaluza, en este caso, a la que compete la regulación mediante Ley, su desarrollo reglamentario y la ejecución material de la inspección turística y del régimen sancionador en materia de turismo, eso sí, con el respeto al procedimiento administrativo común y a los principios de la potestad sancionadora y del procedimiento sancionador regulados en los Títulos VI y IX, respectivamente, de la LRJAPyPAC.

En materia sancionadora, además, se debe tener en cuenta el carácter supletorio del Real Decreto 1.398/1993, de 4 de agosto, por el que se

aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

En materia de inspección, las posibles lagunas que pudieran existir en la normativa turística autonómica se podrían rellenar, por analogía, con el prolijo procedimiento de la inspección tributaria, recogido en la Sección II del Capítulo IV del Título III de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Sobre inspección turística, como afirma el art. 3 del RITA, será la DG de Planificación Turística el órgano administrativo del que depende la inspección, actuando como órgano director del conjunto². En cambio, la dirección territorial corresponderá a cada Delegado provincial de la Consejería en su respectivo ámbito territorial, pero siempre con sujeción a los Planes de Inspección Programada que se aprueben y a las instrucciones y circulares que emanen de la citada Dirección General³.

El Estado se reserva, fundamentalmente, dos títulos competenciales que inciden directamente sobre la competencia turística de las CC.AA. sobre la inspección turística: "comercio exterior" (art. 149.1.10ª CE) y "bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica" (art. 149.1.13ª CE)⁴.

¹ Las SSTC 143/1985 y 96/1996 recalcan, respectivamente, la naturaleza ejecutiva de la actividad inspectora, y la naturaleza inherente de la potestad de inspección a la competencia de ejecución en materia de ordenación del crédito.

² La nueva organización de la Consejería se encuentra contenida en el Decreto 119/2008, de 29 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte.

³ De la DG de Planificación Turística depende la Inspección de los Servicios Centrales, integrada por los funcionarios de la Consejería adscritos a la misma, incluidos en su relación de puestos de trabajo (hasta ahora no se han convocado oposiciones de acceso libre para cubrir los puestos de inspectores turísticos en Andalucía). No obstante, comoquiera que la DG tiene la dirección del servicio de inspección en su conjunto, también podrá proponer la realización de actividades de inspección que, por su importancia, requieran la participación de inspectores de los Servicios Centrales y de las Delegaciones Provinciales (art. 4.4 RITA). Las Inspecciones de las Delegaciones Provinciales están formadas por funcionarios de la Consejería adscritos a las mismas.

⁴ El R.D. 1.554/2004, de 25 de junio, por el que se desarrollaba la estructura orgánica básica del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio en la anterior Legislatura, confiaba a los siguientes órganos determinadas actuaciones de inspección interna y externa en materia de turismo, dentro del estrecho margen ya comentado que el Estado tiene para ejercer competencias que incidan sobre el turismo. A saber:

- A la Subsecretaría de Industria, Turismo y Comercio la inspección de los órganos y organismos dependientes o adscritos al departamento y el seguimiento de los planes y actuaciones para la mejora de la eficacia y la calidad de los servicios;

- A la Secretaría General de Comercio Exterior, la inspección y control de la calidad comercial de productos objeto de comercio exterior incluido el intracomunitario, en el ámbito de sus competencias, en cuanto a normas y especificaciones de calidad comercial, de envases y embalajes, almacenes, depósitos o medios de transporte, para garantizar que los productos se importen o exporten en las condiciones adecuadas; y la Las actuaciones en calidad de autoridad administrativa principal y de control, inspección y certificación, derivadas de la aplicación del Convenio sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre (CITES), del Reglamento (CE) núm. 338/1997 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, y de su desarrollo normativo;

También los Municipios tienen competencias sobre turismo, recogidas en el art. 4 LTA, que, sobre todo, son ejecutivas, ya sea como consecuencia de su competencia en materia de defensa de consumidores y usuarios (art. 25.2, g LRBR), de protección de la salubridad pública (art. 25.2, h LRBR) o de turismo propiamente dicho (art. 25.2, m LRBR), lo que implica, en teoría, para garantizar su autonomía institucional, la capacidad de recibir la delegación de algunas competencias en esas materias en la LTA⁵.

En materia de inspección, las competencias autonómicas podrán ser normalmente delegadas a

las Corporaciones locales cuando éstas tengan un tamaño suficiente como para ejercerlas, lo que suele implicar mayor financiación y personal adecuado para su ejercicio; más aún cuando se trate de establecimientos turísticos de autorización exclusivamente municipal, o en aquellos casos en los que, como servicios propios, el Ayuntamiento hubiere asumido a través del convenio de delegación compromisos de prestación de servicios turísticos, como aquellos relacionados con la interpretación de espacios naturales, bienes catalogados o de interés cultural o con las playas. Será el Alcalde el titular de la competencia de inspección (art. 21.1, d LRBR)⁶.

⁵ - A la Dirección General de Comercio e Inversiones. La gestión económico-financiera y técnica de la red de Oficinas Económicas y Comerciales en el exterior. Asimismo, la inspección técnica y la evaluación de su funcionamiento, organización y rendimiento, así como la elaboración y desarrollo de acciones que permitan la mejora de dicha red de Oficinas Económicas y Comerciales.

- A la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información. El ejercicio de las facultades de control, inspección y sanción en materia de telecomunicaciones, medios audiovisuales y sociedad de la información, salvo cuando sean competentes otros órganos o Administraciones públicas.

- A la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información. El control y la inspección de las telecomunicaciones, así como la aplicación del régimen sancionador en la materia y la coordinación de los servicios periféricos dependientes de la Secretaría de Estado en materia de control, inspección y régimen sancionador.

- A la Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información. El control, inspección y aplicación del régimen sancionador de conformidad con la legislación sobre servicios de la sociedad de la información y sobre firma electrónica y el ejercicio de las facultades de control e inspección en los medios audiovisuales.

Esas mismas competencias pasarán, previsiblemente, a la Secretaría de Estado de Turismo, ejercida por Joan Mesquida, del nuevo Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, cuyo titular el Miguel Sebastián, inaugurado en esta IX Legislatura, según parece apuntar el R.D. 432/2008, de 12 de abril, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales.

⁵ Decimos "en teoría" porque no deja de suponer una forma de control por parte de la CAA delegar competencias que ya tienen de suyo los Municipios, como las de inspección turística, atribuida por la LRBR como competencia adjetiva de la material sobre turismo. Con esto se convierte en una simple competencia delegada (que se ejercerá sin autonomía) lo que realmente es una competencia propia y autónoma. Efectivamente, la LTA parece querer decir que, salvo que exista convenio de delegación de competencias suscrito con la CAA, ningún Municipio podrá ejercer competencias de inspección turística, extremo éste que no debería impedir, a mi juicio, que un Municipio cualquiera las ejerza cuando se trate de instalaciones y servicios turísticos de ámbito estrictamente municipal.

⁶ El turismo, en mi opinión, y su inspección, es una de esas competencias que el art. 62 LRBR considera de difícil o inconveniente asignación diferenciada y distinta a la Comunidad Autónoma o a las Corporaciones locales, razón por lo cual las Leyes reguladoras de la acción pública en relación con la misma, en este caso la LTA, deberán asegurar, en todo caso, a las Entidades locales su participación o integración en actuaciones o procedimientos conjuntamente con la Administración del Estado y/o la de la Comunidad Autónoma correspondiente, atribuyéndole a una de éstas la decisión final. El turismo es una competencia en la que, estimo, cabría que el Municipio adoptara medidas complementarias a las competencias de inspección y sanción que le atribuye la LTA, de acuerdo con el art. 28 LRBR, que, recordemos, no establece un numerus clausus de las mismas. En este sentido, al hablar de la competencia sobre defensa de los consumidores y usuarios, véase REBOLLO PUIG, M., "Las competencias de los municipios en la protección de los consumidores y usuarios: con especial referencia a las competencias de inspección", en Revista "2º Simposio Nacional de Inspección de Consumo" (27 de mayo de 1998). El autor nos recuerda que el antiguo art. 2.2 de la derogada Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, en relación con su art. 41, le atribuía a los Municipios competencia para la defensa de los consumidores y usuarios que llegaban no sólo a comprobar el origen e identidad de los bienes, el cumplimiento de la normativa vigente en materia de precios, etiquetado, presentación y publicidad y los demás requisitos o signos externos que hacen referencia a sus condiciones de higiene, sanidad y seguridad, y la realización directa de la inspección técnica o técnico-sanitaria y de los correspondientes controles y análisis, sino también los "productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado", lo que comprende otros muchos productos no alimenticios (electrodomésticos, vehículos, vestidos, material escolar, etc.), incluidos los que cuentan con un régimen muy singular (medicamentos, viviendas, combustibles, etc.), así como los servi-

También en sede de inspección, ocurre que el Municipio, que sí tiene competencias para inspeccionar una infracción, no las tiene para sancionarla él mismo, porque esa competencia es exclusiva de la Administración autonómica.

2. LA INSPECCIÓN TURÍSTICA

2.1. Antecedentes de la inspección turística.

Su régimen jurídico actual

La inspección turística, en sus formas, procedimiento, atributos, facultades, etc. bebe directamente de otras formas de inspección más acendradas en nuestro ordenamiento jurídico, como son la inspección de Trabajo y Seguridad Social y inspección tributaria, actualmente recogidas, respectivamente, en la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y su reglamento de desarrollo en esta materia, el Real Decreto 1.065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (Título V), si bien su regulación dogmática, con antecedentes

previos más rudimentarios, es mucho más temprana, datando de mediados del s. XX, con las Leyes 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, y 39/1962, de 21 de julio, de Ordenación de la Inspección de Trabajo⁷.

En el concreto ámbito del turismo, de regulación más tardía, el Decreto 231/1965, de 14 enero, del Ministerio de Información y Turismo, por el que se establecía el Estatuto ordenador de las Empresas y de las Actividades Turísticas Privadas, encomendaba a inspectores de dicho Ministerio (en concreto, al Servicio de Inspección de la Dirección General de Empresas y Actividades Turísticas) las labores de inspección de las Empresas y las Actividades Turísticas, vigilando el estado de las instalaciones, las condiciones de prestación de los servicios y el trato dispensado a la clientela turística (art. 7.1, d).

Tras la entrada en vigor de la Constitución y la atribución de competencias turísticas a las CC.AA., en Andalucía fue la Ley 3/1986, de 19 de abril, de Inspección y régimen sancionador en materia de turismo, la que recogía, en su art. 2, si bien resumidas, buena parte de las prescripciones ahora desarrolladas en la LTA y en su reglamento de desarrollo sobre inspección turística, el RITA⁸.

En ese artículo, en primer lugar, se otorgaba la competencia de inspección, en exclusiva, a la Junta de Andalucía, sin prever delegaciones a los Municipios.

cios cualitativa y cuantitativamente más importantes para la defensa del consumidor y usuario (sanitarios, residencia de personas mayores o minusválidas, transportes, comunicaciones, enseñanza, bancos, seguros, reparación de electrodoméstico y automóviles, turismo, suministro de agua, gas y electricidad, etc.). En su opinión, la amplitud de las actividades objeto de la inspección de consumo municipal es, en realidad, casi toda la de la inspección de consumo en general. No obstante, hay legislación turística que no va encaminada a la protección de los consumidores y usuarios, por lo que, a mi juicio, la inspección de defensa de consumidores y usuarios no es el genus en el que se inserta la inspección turística como species, aunque parte del objeto de esta inspección esté comprendido en aquélla.

⁷ Siguiendo a PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F., Las infracciones laborales y la inspección de trabajo. Montecorvo, Madrid, 1977, pág. 54 y ss., la inspección laboral, si bien con antecedentes remotos en los veedores de los gremios, nace en el s. XIX, como mecanismo de policía para controlar la actividad fabril y las condiciones laborales de los obreros industriales. Así, cabe mencionar como antecedente próximo la creación en 1835, en Barcelona, de la Comisión Inspector de Fábrica, para solucionar los conflictos laborales de las fábricas textiles catalanas. El autor desgana la evolución posterior de la inspección laboral.

⁸ Éste es el reglamento especial que regula la materia, que, en su categoría de *lex specialis*, tras la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, podría considerarse también, hasta ahora, como el reglamento de desarrollo de dicho Texto Refundido en materia de inspección para la protección de la salud y seguridad de los consumidores y usuarios (art. 14.1, f de dicho Texto Refundido).

En segundo lugar, se advertía del deber de colaboración a que estaban sometidas las empresas y actividades turísticas respecto de la actividad de inspección, estando obligadas a facilitar a los funcionarios de los servicios de Inspección de la Junta de Andalucía en el ejercicio de sus funciones el examen de las dependencias, obras e instalaciones la inspección de los servicios, el análisis de la documentación relativa a la prestación de éstos y, en general, cuanto conduzca a un mejor conocimiento de los hechos y la adecuación de los mismos a las prescripciones legales⁹.

En tercer lugar, ya se preveía la importante consideración de los inspectores como agentes de la autoridad, o como Autoridad (como dice, por ejemplo, la Ley valenciana de 21 de mayo de 1998), con las implicaciones favorables que ello acarrea, y que luego veremos, en relación con la entrada en los establecimientos y empresas turísticas y, como se recoge también en el apdo. 4º de ese artículo, con la presunción *iuris tantum* de veracidad de sus actas en vía administrativa (extremo también recogido en el art. 137.3 LRJAPyPAC y en el art. 17.5 del RD 1.398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora)¹⁰.

La LTA y el RITA han establecido un régimen más completo para la inspección turística, con innovaciones importantes que GARCÍA LORITE¹¹ ha cifrado en:

- la asignación de unas competencias amplias, que van más allá de la acción de control de la legislación turística en los empresarios y actividades del sector, sino que incluye la emisión de informes (art. 51.b LTA) y el deber de mantener informadas a las empresas inspeccionadas de sus derechos y deberes (arts. 52.4 LTA y 18.1 RITA)¹²; la posibilidad de que los sujetos sometidos a inspección puedan subsanar los defectos detectados en la aplicación de la legislación turística, siempre que de los mismos no derive ningún daño para los usuarios (art. 55.2 LTA);

- la capacidad de delegar en las Corporaciones locales, por parte de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, las competencias de inspección autonómicas (art. 52.2 LTA);

- el deber de secreto o sigilo profesional que ahora se impone a los inspectores (art. 52). Se trata de un deber que se proyecta tanto para proteger la eficacia de la labor administrativa, como para proteger la privacidad de la información obtenida frente al ciudadano (art. 18 CE). Este deber no afecta a la obligación de los inspectores de comunicar a otras Consejerías, Organismos Autónomos u otras Adminis-

traciones Públicas los incumplimientos detectados en el cumplimiento de otras legislaciones, que hayan podido conocer a raíz de su labor inspectora en materia de turismo (art. 53.2 LTA). Parecido deber se encuentra en la Ley 1/1989, de 2 marzo, sobre Régimen de inspección y procedimiento en materia de disciplina turística en la Comunidad valenciana (art. 3.7). Y, aunque no se diga nada, se entiende que debe existir una obligación recíproca de los otros servicios de inspección de otras Administraciones, de comunicar a la Consejería las posibles deficiencias detectadas en el cumplimiento de la normativa turística. El incumplimiento del deber de secreto puede dar lugar a la responsabilidad penal recogida en los arts. 417 y 442 del Código Penal. Los datos obtenidos por el inspector turístico no podrán ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que se realice con los requisitos impuestos por los arts. 21 y ss. de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

2.2. Naturaleza jurídica de la actividad administrativa de inspección

Aunque hay ciertamente un importante debate doctrinal sobre si la actividad de inspección se

incluye o no en el género de la actividad administrativa de policía (o de limitación, también llamada), nosotros consideramos que sí. Los autores que niegan esto argumentan que la inspección es una fase previa o propedéutica a la limitación de un derecho, que sirve para investigar si se ha cometido o no un incumplimiento de la normativa turística (o también, como recuerda acertadamente FERNÁNDEZ RAMOS, de las condiciones de las licencias o autorizaciones turísticas¹³) que, tras corroborarse, supone casi siempre la apertura de un expediente sancionador¹⁴.

En mi opinión, en cambio, la *potestad de inspección* supone ya por sí misma el sometimiento del administrado inspeccionado a un régimen de sujeción especial, caracterizado por la recogida coactiva de información (siempre que sea pertinente y necesaria para llevar a cabo la inspección¹⁵), por la posibilidad de la Administración inspectora de dictar actos administrativos limitativos de derechos, y por la existencia de una serie de deberes y obligaciones de hacer y de soportar del administrado que pueden ser ejecutados forzosamente por aquélla y que cristalizan finalmente en la emisión de actas. Basta leer el art. 54 LTA para hacerse una idea del importante "aparato" de facultades y poderes con los que la Ley inviste a la Administración. Se trata de una potestad admi-

⁹ Las concretas obligaciones a cumplir por los administrados sometidos a inspección están recogidas en el art. 54 LTA, en el art. 13 RITA. Además, el art. 26 LTA recoge las obligaciones generales de las empresas turísticas, cuyo cumplimiento debe ser sometido a inspección cuando se intuya o sospeche de que hay algún incumplimiento. También deberán ser objeto de inspección el cumplimiento de los derechos del usuario de los servicios públicos (art. 23 LTA) y, entendemos también, el cumplimiento por la Administración de los derechos de las empresas turísticas (art. 25 LTA).

¹⁰ Las actas, como medio de prueba, con un tipo de documento público recogido en los arts. 317-323 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Ahí se las califica como documentos públicos "expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones". Ahí se regula también su fuerza probatoria y el modo de impugnarlas. Los antecedentes de las actas de inspección turística son las actas de inspección de Trabajo y Seguridad Social, que han ostentado siempre la misma presunción de veracidad que ahora se predica para las actas turísticas (ya en el art. 52.2 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, derogada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social). Hoy, la presunción de veracidad de las actas de los inspectores de Trabajo y Seguridad Social se encuentra en la Disp. Adic. 4ª de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

¹¹ Cfr. GARCÍA LORITE, L., "Régimen sancionador en la Ley del Turismo de Andalucía", en la obra colectiva coordinada por AURIOLES MARTÍN, A., *Derecho y turismo. III Jornadas de Derecho turístico Málaga 2000*, Consejería de Turismo y Deporte, Sevilla, 2000, pág. 95.

¹² Esas competencias vienen recogidas en el art. 2 del RITA, y se enumeran como un *numerus apertus*, de forma que mediante ley o reglamento se les pueden atribuir nuevas competencias (que serían propias), y también encomendadas (como competencias ajenas pero de ejercicio propio) por el titular de la Consejería de Comercio, Turismo y Deporte.

¹³ Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S., "La inspección ambiental", en la obra colectiva *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, coordinada por ESTEVE PARDO, J., Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona-Madrid, 2ª edición, pág. 135.

¹⁴ De esta opinión, por todos, es FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Derecho administrativo del turismo*, Marcial Pons, Madrid, 2007, 4ª edición, pág. 102 y ss. En su opinión, la actividad de limitación, como ella denomina la actividad de policía, supone la existencia de una limitación de la libertad del administrado derivada del ejercicio de una potestad administrativa que se ejerce mediante un acto administrativo, a diferencia de la actividad de inspección, en la que, continúa, considera que, aunque se trate de una potestad de obtener información, sus efectos limitadores derivan directamente *ope legis*.

¹⁵ El art. 18.2. a y b del RITA exige que las comprobaciones que debe llevar a cabo la inspección deben ser "necesarias" y que la información que se haya de requerir tenga relación con el servicio turístico. Se trata de la misma precisión que, hace poco, el art. 130.3 de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental de la C.A. andaluza ha establecido al imponer el requisito de necesidad para que la información pueda ser requerida coactivamente por la inspección ambiental. Sobre los límites de la información requerida a los administrados, resulta muy ilustrativa la normativa y jurisprudencia recaídas al respecto de la inspección tributaria, no siendo, por ejemplo, necesario, entregar datos privados no patrimoniales de clientes, que pudieran atentar contra su honor e intimidad; ni la información amparada por el secreto de correspondencia, o los actos del protocolo notarial y demás efectos, registros y datos protegidos por el derecho fundamental a la intimidad; o el secreto profesional; o el secreto estadístico, etc.. Véase toda esa jurisprudencia en MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., TEJERIZO LÓPEZ, J. M. y CASADO OLLERO, G., *Curso de Derecho financiero y tributario*, Tecnos, Madrid, 2004, 15ª edición, pág. 378 y ss.

También el art. 50.6 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones limita los requerimientos de información a lo que se estime preciso por parte del inspector. Sobre la inspección en las telecomunicaciones, véase VIDA FERNÁNDEZ, J., "Telecomunicaciones", en *Publicado en la Revista General de Derecho Administrativo* n.º 7 (diciembre 2004).

nistrativa incardinada dentro de lo que el TC ha denominado "potestades de obtener información" (STC 96/1996, de 30 de mayo)¹⁶.

La LTA no define el concepto de inspección turística, pero sí lo hace la Exposición de Motivos del RITA: "servicio orientado al desarrollo del turismo que, dedicado principalmente a la comprobación y control del cumplimiento de la normativa vigente por parte de las empresas turísticas, ordena su actuación en la doble vertiente de apoyo y asesoramiento al sector por un lado, y de disciplina administrativa por otro, con la finalidad de proteger los derechos tanto de las empresas prestadoras de los servicios turísticos, como de los usuarios turísticos, en consideración a que toda prestación deficiente de servicios al turista supone un perjuicio a los intereses generales."¹⁷. Debería añadirse que la inspección siempre es llevada a cabo de manera profesional por los propios empleados de la Administración, mediante observación directa. A veces, incluso, los inspectores pueden tener funciones puramente ejecutivas, como clausurar establecimientos turísticos, en virtud de resolución dictada por el órgano competente.

Como ha señalado AMENÓS¹⁸, la actividad de inspección consta de cuatro elementos:

- el elemento objetivo, constituido por una actividad de comprobación, investigación y observación directa de la realidad verificada;
- el elemento subjetivo, que se enmarca en

una relación jurídica bilateral: inspector-sujetos obligados a verificación. En este aspecto el art. 3.1, g) de la TLA y el art. 7 del RITA, establecen principios de coordinación: el primero de ellos atribuye a la Junta de Andalucía la competencia de coordinación de la actividad turística ejercida por ella misma y las entidades locales; el segundo, refiere en concreto a la coordinación de la actividad de inspección, estableciendo que cuando el ejercicio de la función inspectora se lleve a cabo por parte de funcionarios cuyos Municipios posean facultades delegadas en materia de inspección turística, se efectuará en los términos y condiciones establecidos por la correspondiente delegación, la cual deberá especificar su ámbito de actuación, los mecanismos de coordinación entre las Administraciones y, en todo caso, la obligatoriedad de superar el curso teórico-práctico requerido en el artículo anterior¹⁹. En la regulación turística aragonesa, balear, cántabra, Navarra, castellano-manchega o valenciana esa coordinación en materia de inspección se recoge incluso a nivel legislativo.

- elemento normativo o prescriptivo, que faculta al inspector con poderes especiales para obtener información, y

- el elemento teleológico, puesto que la inspección responde a dos objetivos: la obtención de información y la dación de cuenta de la misma al órgano competente para decidir, que normalmente inicia un procedimiento de gravamen (sanción)

o de fomento (auxilio informativo del cumplimiento de la normativa).

Nosotros hemos de añadir una característica más: se trata de una actividad que implica fundamentalmente la realización de actuaciones físicas por parte de la Administración (observar, conocer, leer, preguntar, etc.), si bien existe una faceta jurídica-formal que lleva aparejado el dictado de actos administrativos de trámite (como pueden ser las actas de inspección²⁰) y, por ello, no recurribles autónomamente salvo en los casos permitidos por la Ley (art. 107 LRJAPyPAC), salvo el acto de resolución, que, en el procedimiento de inspección, son las actas de inspección²¹.

3.2. El ámbito objetivo de la inspección

El ámbito objetivo de la inspección turística son los servicios turísticos en general y, en concreto, afecta al ejercicio de la actividad de todos los tipos de servicios turísticos contenidos en el artículo 27.1 de la LTA (en relación con los arts. 29, 54 y 62), esto es, alojamiento -que incluye tanto los establecimientos, como las viviendas turísticas-, restauración, intermediación, información, acogida de eventos congresuales, así como los demás que sean reconocidos reglamentariamente, como ocurre con el turismo activo a través del Decreto 20/2002, de 29 de enero, y con la organización profesional de congresos mediante el Decreto 301/2002, de 17 de diciembre.

El ámbito subjetivo se refiere a las empresas turísticas y a los sujetos no empresariales que presten cualquier servicio turístico: recursos, establecimientos, actividades o servicios turísticos (conforme a las definiciones que de los mismos da el art. 2 LTA) no prestados por empresas

turísticas (fundaciones, cooperativas, etc.), incluyendo los que pertenezcan o sean prestados por Administraciones territoriales (CAA, Ayuntamientos, Diputaciones) o institucionales creadas por ellas (como, por ejemplo, indica el art. 2 de la Ley 11/1997, de 12 diciembre, de Turismo de la C. A. de Murcia).

El titular de la empresa o del establecimiento o actividad turística, que es aquél a cuyo nombre figura la licencia turística, es la persona encargada de facilitar la labor de inspección, y la responsable administrativa de las infracciones que cometan sus subordinados, sin perjuicio de que éste pueda deducir las acciones privadas posteriores dirigidas contra ellos cuando medió culpa, dolo o negligencia de los mismos. Sus trabajadores y dependientes también pueden ser requeridos subsidiariamente, en caso de indisponibilidad del titular, para permitir la inspección, como establecía el antiguo art. 4.2 de la derogada Ley 3/1986, de Inspección y régimen sancionador en materia de turismo y ahora el art. 62.2 de la LTA.

En efecto, el actual art. 62 LTA establece el ámbito subjetivo de las infracciones administrativas por turismo, que individualiza, por categorías o *in personam*, el ámbito subjetivo de la inspección, más amplio y genérico:

Art. 62

1. Son responsables de las infracciones tipificadas en la presente Ley las siguientes personas físicas o jurídicas, públicas o privadas que realicen las acciones u omisiones tipificadas en la misma, aun a título de simple inobservancia:

a) Las **personas titulares de empresas, establecimientos o actividades turísticas**, a cuyo nombre figure la inscripción, habilitación o título administrativos que resulten, en su caso, preceptivos para su ejercicio.

¹⁶ Como potestad también la califican RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 77 y BERMEJO VERA, J., "La Administración inspectora", RAP, 147, 1998, págs. 39 y ss.

¹⁷ Es importante subrayar la función garantizadora de la inspección, difuminada como se encuentra dentro de una potestad muy sagrada hacia la labor de limitación, pero que es la ratio última y la razón de ser de la misma, pues no son sino los derechos de los administrados no inspeccionados los que configuran el interés público que persigue la inspección. Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Comares, Granada, 2002, págs. 13 y 14. Se trata de una obra magna y redonda sobre la inspección administrativa en España, con la que rellenar las lagunas y silencios, que, por razones obvias de espacio, puedan encontrarse en este estudio.

¹⁸ Vid. AMENÓS ÁLAMO, J., *La inspección urbanística*, Cedecs, Barcelona, 1999.

¹⁹ Las competencias de inspección no son extrañas a la esfera local. Tradicionalmente los municipios han detentado competencias de inspección ambiental sobre salubridad pública, como establecía el Reglamento de obras, servicios y bienes municipales, aprobado por RD de 14 de julio de 1924, o posteriormente el RAMINP de 1961 o el decreto 833/1975, de 6 de febrero, que desarrollaba la Ley 38/19872, de Protección del Ambiente atmosférico.

Comulga también con la calificación de las actas como acto administrativo de trámite ROMERO PI, J., "Una aproximación conceptual a las actas de inspección tributaria", en *Revista de derecho financiero y de hacienda pública*, Vol. 39, N° 204, 1989, pág. 1.491.

²⁰ Comulga también con la calificación de las actas como acto administrativo de trámite ROMERO PI, J., "Una aproximación conceptual a las actas de inspección tributaria", en *Revista de derecho financiero y de hacienda pública*, Vol. 39, N° 204, 1989, pág. 1.491.

²¹ Cfr. PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., "La disciplina turística", dentro de la obra colectiva por él mismo dirigida *Derecho Público del Turismo*, Thompson-Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 362.

b) Las personas que presten cualquier servicio turístico de manera clandestina.

2. El titular de las actividades turísticas será responsable administrativamente de las infracciones cometidas por sus empleados o por terceras personas que, sin unirles un vínculo laboral, realicen prestaciones a los usuarios turísticos comprendidas en los servicios contratados con aquél.

La responsabilidad administrativa se exigirá al titular de la actividad turística, sin perjuicio de que éste pueda deducir las acciones que resulten procedentes contra las personas a las que sean materialmente imputables las infracciones para el resarcimiento del importe a que fueran sancionadas.

Vemos por tanto que la LTA renuncia a tratar las infracciones administrativas desde el punto de vista solidario, concretando en el titular de la empresa o actividad la responsabilidad, si bien permitiéndole entablar la correspondiente acción de regreso contra la persona o empleado materialmente responsable de la infracción, para compensar el daño económico de carácter jurídico producido por la imposición de la sanción sobre su persona.

Sin embargo, otras Leyes han optado por el modelo solidario cuando la infracción o el incumplimiento de la normativa turística la hubiesen cometido varias personas conjuntamente (art. 77.3 de la Ley 9/1997, de la C. A. de Galicia), tal y como señala el art. 130.3 LRJAPyPAC. Entendemos que en los casos de conductas imputables materialmente a personas concretas, es difícil hacerlas responsables, por la dificultad de la prueba de la existencia de vínculo contractual con el servicio o empresa turística inspeccionada, razón por la cual se prefiere la imputación del titular. Esta solución se compadece mal con la exigencia establecida en el art. 130.1 LRJAPyPAC, aunque se podría salvar considerando que el titular es responsable de la gestión de su empresa, aún a título de simple inobservancia o

falta de vigilancia de los deberes de sus subordinados. Lo razonable es que la inspección intente precisar la responsabilidad de cada cual.

Y, aunque no se diga expresamente, conforme al art. 130.2 la LRJAPyPAC, los sujetos inspeccionados que resulten sancionados, tendrán la obligación de reprimir las cosas a la situación previa a la comisión de la infracción, en caso de que fuera la correcta a los efectos de cumplimiento de la normativa turística, y de indemnizar a los clientes o a la Administración por el importe de los daños producidos.

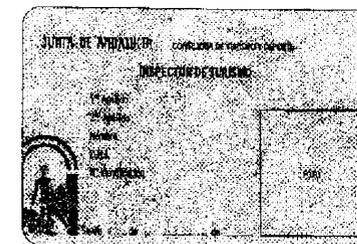
2.4. El Inspector de turismo como agente de la autoridad

El art. 52.2 LTA atribuye a los agentes turísticos, como una de sus características más relevantes, la consideración de agentes de la autoridad, a los efectos de disfrutar de la protección y facultades que a éstos otorga la legislación vigente. Es por eso por lo que el personal técnico de los servicios de inspección turística está dotado de la correspondiente acreditación, que deberá exhibir siempre, incluso cuando la empresa o empresario inspeccionado no se lo requiera (art. 52.2 LTA). Se trata de un correlato del derecho de los ciudadanos recogido en el art. 35, b) LRJAPyPAC, y consiste en una tarjeta de identificación expedida por la DG de Planificación Turística, que deberá estar en vigor y ajustarse al modelo que establece el RITA²², y que se reproduce a continuación.

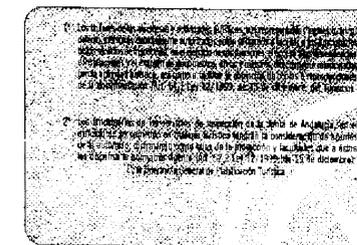
Esa calificación se desplegará con todas sus consecuencias cuando alguien rechace la inspección o pretenda oponerse a su actuación, sobre todo porque, en general, los agentes de la autoridad tienen potestades para evitar la comisión de delitos, incautar armas, mantenimiento del orden público, y los hechos que hubieran presenciado personalmente hacen prueba en contrario, previa

TARJETA DE IDENTIFICACIÓN. INSPECTOR DE TURISMO

ANVERSO



REVERSO



FORMATO: 85 x 55 mm.

ratificación en caso de haber sido negados por la otra parte.

En el ámbito turístico, esa calificación parece obedecer a la posibilidad de ejercer la violencia de forma legítima, para oponerse a la ejercida por las partes inspeccionadas. Con ello se persigue no sólo cumplimentar la inspección en todos sus extremos, sino permitir el dictado de la resolución del procedimiento: el acta. Para ello también, como nos recuerda FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, los inspectores pueden solicitar el auxilio de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, Comunidad Autónoma o de la policía local (lo que es permitido por la LTA, art. 53.1)²³, en aras de los importantes bienes jurídicos que deben proteger,

como la salud, la higiene, la calidad alimentaria o incluso la calidad del medio ambiente (emisiones, ruidos, etc.). Eso sí, los derechos de los que son titulares las personas físicas y jurídicas son un límite infranqueable para el ejercicio de esa fuerza (inviolabilidad del domicilio, dignidad de las personas, libertad de expresión, etc.)²⁴.

2.5. Vinculación administrativa de los inspectores de turismo

A pesar de que legalmente es un requisito *sine qua non* que las potestades administrativas y el ejercicio de autoridad sea desempeñado por funcionarios (art. 9.2 de la Ley 7/2007, de 12 de

²² Art. 8 RITA.

²³ Como también permite el art. 9.3 del RITA. Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Derecho administrativo del turismo*, *opus cit.*, pág. 108. Los bienes jurídicos protegidos a nivel turístico, que habilitan el empleo legítimo de la fuerza, son, en opinión de la autora, la salud, la seguridad y la protección del medio ambiente. También, creemos, la libertad del mercado y los derechos de los consumidores.

²⁴ Como cualquier otra potestad, la de inspección está sometida a los principios constitucionales de legalidad, reserva de ley, proporcionalidad, respeto de los derechos fundamentales y eficacia. Vid. CORCHERO, M., *Derecho del turismo. Conceptos fundamentales*, Justel, Madrid, 2008, pág. 287 y DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M., "Principio de legalidad y ordenamiento jurídico del turismo", en la obra colectiva editada por FRANCISCO JAVIER MELGOSA, *Derecho y Turismo*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2004, pág. 115 y ss.

abril, del Estatuto Básico del Empleado Público), no todas las leyes autonómicas de turismo exigen que los inspectores sean funcionarios. Muchas de ellas aluden a personal de inspección de carácter privado, como el caso valenciano, y otras ni siquiera exigen que haya especialización en materia de turismo.

Son tres los colectivos funcionariales que pueden ejercer como inspectores de turismo.

En primer lugar, el art. 5 del RITA, como hemos comentado, exige que los inspectores de turismo sean funcionarios de la Consejería, pero no requiere que estén adscritos a alguna de las Direcciones Generales de turismo, por lo que, en estos momentos, podrían serlo cualquiera que ocupe un puesto en cualquiera de las otras dos ramas actuales de la Consejería (comercio y deporte), lo que no parece muy conveniente a efectos de especialización. Se entiende que, en contraposición al personal habilitado del art. 6 RITA, este personal debería proveerse a partir de una selección interna previa superación de algún curso de especialización.

En segundo lugar, como se ha dejado anunciado, el art. 6 del RITA permite que las funciones de inspección las pueda llevar a cabo cualquier otro

funcionario, subsidiariamente, por insuficiencia de personal funcionario adscrito o por acumulación de tareas del mismo, por motivos de especialidad técnica, o por razones de urgencia o necesidad. Para ese caso, será necesaria:

- la previa habilitación otorgada por la DG de Planificación Turística;

- que se trate de funcionarios que ocupen puestos de la RPT cuya área funcional o relacional se la de Turismo;

- que hallen superado un curso teórico-práctico *ad hoc*, supervisado por la DG de Planificación;

- que mantenga dicha habilitación mediante la asistencia anual a los cursos de perfeccionamiento organizados por dicha DG.

Resulta chocante comprobar cómo el sistema de habilitación es más estricto que el de personal adscrito del art. 5, y que además garantiza mayor formación del personal habilitado que aquél. Todo se debe a la ausencia de desarrollo reglamentario para la designación de los funcionarios adscritos a la inspección, y a la total ausencia de convocatoria de oposiciones de acceso libre o de sistemas de concurso interno de méritos para su selección²⁵.

²⁵ En Galicia, por ejemplo, el Decreto 315/1998, de 12 de noviembre, aprobó el Reglamento de la Inspección Turística determinando el concurso-oposición como sistema de acceso, más la superación de un curso de formación. Se trata de oposiciones convocadas de acuerdo con la oferta pública correspondiente, y se determina la escala de inspección turística, escala técnica, Grupo B, dentro del cuerpo de gestión de la Xunta de Galicia. Incluso se pide tener carnet de conducir. Actualmente esa normativa se encuentra recogida en el Decreto 40/2001, de 1 de febrero, de la Consellería Cultura, Comunicación Social y Turismo, de Refundición de la normativa en materia de inspección de turismo y órganos competentes en el procedimiento sancionador. (art. 27). En Murcia, por ejemplo, se permite que la inspección la puedan desarrollar entidades colaboradoras de la Administración. Se sigue con ello la línea privatizadora abierta por el art. 2 de la Directiva 96/96/CE, del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la inspección técnica de los vehículos a motor y de sus remolques, que permite realizar la ITV tanto a empresas privadas sometidas a tutorización como a organismos públicos. A este respecto, no estamos de acuerdo con la calificación de la Inspección Técnica de Vehículos como servicio público, como realiza parte de la normativa andaluza y en concreto Andalucía (Orden de 15 de julio de 1985), ya que se trata sencillamente del ejercicio de una potestad de inspección, inardinable en la técnica, en la forma y en el fondo, en la actividad administrativa de limitación o policía. De la misma opinión se muestra ARANA GARCÍA, E., "La naturaleza jurídica de la actividad de inspección técnica de vehículos", en Revista Vasca de Administración Pública, Herri-Ardurularitzako Euskal Aldizkaria, ISSN 0211-9560, N° 54, 1999, págs. 9-41.

Sobre la participación de los administrados en el ejercicio de funciones de inspección, véase la estupenda obra de CANALS AMETLLER, D., El ejercicio por particulares de funciones de autoridad, Control, inspección y certificación, Comares, Granada, 2003. En la Sociedad actual, tan compleja como democráticamente madura, que ha pasado de la participación ciudadana a la colaboración empresarial en las labores administrativas, los propios agentes económicos están llamados a celebrar convenios, autorregularse, autoinspeccionarse y autoevaluarse, lo que supone el reconocimiento, por ejemplo en el Derecho ambiental, de un principio de responsabilidad compartida en el ejercicio de la actividad administrativa. A ese respecto, puede verse la obra MORA

Gran parte del personal inspector actual es habilitado, debido a la entrada en vigor del RITA, que, en su Disp. Final Primera, salvó al personal funcionario que a la entrada en vigor del presente Decreto viniera desarrollando funciones inspectoras en materia de turismo, debidamente acreditado, al considerarlo habilitado *pro futuro* como personal inspector en tanto permanezca adscrito al mismo puesto de trabajo, sin estar obligado a realizar el curso teórico-práctico previsto.

En tercer lugar, mediante convenio de delegación de competencias, la Junta de Andalucía podrá delegar a Municipios concretos todas o parte de sus competencias de inspección en ese ámbito territorial. Se tratará de funcionarios locales, que deberán ajustarse en sus labores a lo establecido en la delegación: ámbito de actuación, mecanismos de coordinación y obligatoriedad de superar el curso teórico-práctico antes comentado. Se entiende que no será necesario que asistan al curso anual de perfeccionamiento del art. 6 RITA, pues la delegación de competencias se produce *sine die*, hasta que la Junta rescate la

competencia, a diferencia de la habilitación, que caduca al año si no se renueva.

La delegación de competencias no tiene por qué ser completa. En la normativa sectorial existen casos de delegación concreta²⁶.

2.6. Facultades de los inspectores turísticos

En el ejercicio de su potestad de inspección, los inspectores de turismo ostentarán las siguientes facultades:

1. Las derivadas de su calificación como agentes de la autoridad: las funciones generales de éstos, recogidas en los arts. 11 y 12 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, deben interpretarse en su aplicación a la vigilancia del cumplimiento de la normativa turística, lo que no debe alcanzar a aquellas funciones que tengan un contenido penal (art. 4 del Decreto 95/1995, de 4 abril, de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, fijaba los objetivos básicos que habían de inspirar los planes de inspección turística y atribuía diver-

RUIZ, M., La gestión ambiental compartida: función pública y mercado, Lexnova, 2007. No parece que la inspección debe quedar exenta de ese principio, incluso en el Derecho ambiental, lo que debe redundar en pro de la eficacia y eficiencia de la protección de los intereses públicos en la materia, si bien siempre con las suficientes garantías impuestas por el Derecho Administrativo. También en el urbanismo comienzan a aflorar funciones de autoinspección. Es el caso de muchas de las Leyes urbanísticas autonómicas y de ordenanzas ITE. Por ejemplo, el art. 156.1 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía apodera al instrumento de planeamiento, y en su defecto, al municipio mediante la correspondiente ordenanza, para delimitar áreas en las que los propietarios de las construcciones y edificaciones comprendidas en ellas deberán realizar, con la periodicidad que se establezca, una inspección dirigida a determinar el estado de conservación de las mismas. Igualmente, estas áreas podrán establecerse para la realización de dicha inspección sólo en las construcciones y edificios del ámbito delimitado que estén catalogadas o protegidas o tengan una antigüedad superior a cincuenta años. Algo que también prescribe el art. 29 de la Ordenanza sobre Conservación, Rehabilitación y Estado Ruinoso de las Edificaciones. Aprobada por el Ayuntamiento de Madrid, el 22 de Diciembre de 2003. (B.O.C.M. n° 37- 13.02.2004). A este respecto, puede verse la obra de MERCHÁN GABALDÓN, F., Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (L.O.E.), CIE Dossat 2000, Madrid, 2000, pág. 147 y ss. Sobre la inspección en materia de urbanismo véase AMENÓS ÁLAMO, J., *opus cit...* Cedecs, Barcelona, 1999.

Otras veces, como ocurre con la Ley 3/1998, de 21 de mayo, que regula la promoción y ordenación del turismo en la CA valenciana, se establece que será la Agencia Valenciana del Turismo la encargada de la comprobación, vigilancia y control del cumplimiento de la normativa turística, a través de sus agentes de inspección y, en su caso, inspectores (diferencia entre ambas figuras), pudiendo establecer también inspectores habilitados, como en el caso de la LTA, así como contar con la colaboración de personal de otras Administraciones Públicas, algo que también permite el art. 53.1 LTA. Como Agencia, su personal se rige por el Derecho laboral, lo que no es coherente con la función pública de inspección que desempeñan ni con su calificación como Autoridad.

²⁶ Como la recogida en la Disp. Adicional Primera del Decreto 164/2003, de 17 junio, de la Consejería de Turismo y Deporte, de Ordenación de los campamentos de turismo, que permite al titular de la Consejería de Turismo y Deporte podrá delegar en los Municipios, previa aceptación de los mismos, la facultad de inspección y sanción respecto de quienes practiquen la acampada libre en su término municipal. Cuando los servicios de inspección turística tengan conocimiento de alguna acampada libre, además de acordar las actuaciones pertinentes, lo comunicarán, en su caso, a la autoridad gubernativa competente, a fin de que pueda adoptar las medidas que aconseje la protección de otros intereses públicos afectados.

las competencias en la materia; sólo así se entiende la obligación de los inspectores de comunicar a otras Consejerías, Organismos Autónomos u otras Administraciones (incluidos los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado) las deficiencias detectadas en el ejercicio de su función de inspección que pudieran constituir infracciones.

2. Independencia en el desarrollo de la inspección, si bien dentro de las prescripciones normativas (los planes de inspección turística) y organizativas (las instrucciones o circulares de los superiores jerárquicos). En la práctica supone que son los superiores los que, tras recibir las quejas o denuncias de los usuarios (normalmente a través de las hojas o libros de reclamaciones), deciden la eventualidad del cuándo y cómo enviar una inspección turística a una empresa o actividad clandestina o sospechosa, y que son también ellos los que deciden, de los resultados de la inspección, si abrir o no un expediente sancionador. Eso sí, esa ascendencia de los superiores jerárquicos sobre los inspectores nunca debe traducirse en un dirigismo político.

Los planes de inspección turística intentan objetivar en lo posible esa discrecionalidad, y evitar posibles arbitrariedades en la aplicación de la Ley, si bien, hasta ahora, su labor ha sido bastante deficitaria²⁷. Estos planes, sin embargo, no son requisito *sine qua non* para legitimar la

actuación concreta de los inspectores, que, en su actividad, deben conducirse, como establecía el Plan de inspección programada para 2006, conforme a los criterios de eficacia, eficiencia y oportunidad. Para no impedir el libre desenvolvimiento del negocio turístico, las actuaciones de inspección deberán programarse mayoritariamente en temporadas que no obstaculicen la adecuada prestación de los servicios turísticos, lo que, por otra parte, aumenta la posibilidad de encontrar deficiencias e incumplimientos de la normativa turística. Otros planes en materia turística aprobados por la CAA en materia turística carecen de instrucciones u objetivos para la inspección turística: es el caso, por ejemplo, del Plan General de Turismo de Andalucía, aprobado por decreto 340/2003, de 9 de diciembre, o del Plan General del Turismo Sostenible de Andalucía, aprobado por Decreto 261/2007, de 16 de octubre.

Estos planes tienen una regulación detallada en el Capítulo IV del RITA, que es de las pocas normas en España dedicadas con prolijidad a este asunto. Junto a Andalucía, sólo las CC.AA. de Galicia y Canarias han desarrollado preceptos para articular este importante instrumento de control de la discrecionalidad de la inspección turística. Trimestralmente serán remitidos al Servicio de Empresas y Actividades Turísticas por los

Servicios de Turismo de las Delegaciones Provinciales un resumen de las actuaciones de inspección realizadas, con desglose pormenorizado que indique si responde a una actuación programada en el Plan y, en su caso, de qué tipo. Tanto en un supuesto como en el otro, cada Delegación Provincial deberá elaborar una memoria trimestral (4 cada año, por tanto) que cuantifique los resultados obtenidos. El análisis de esta documentación podrá dar lugar, en su caso, a desviaciones/modificaciones puntuales para el siguiente trimestre en las pautas dictadas originariamente para la ejecución del Plan. Una vez ejecutado el Plan en su totalidad y en todo caso al finalizar cada año se procederá a elaborar por cada Delegación Provincial una memoria final que contendrá necesariamente un resumen total de actuaciones de los cuatro trimestres, la cuantificación total de resultados obtenidos, y las propuestas y sugerencias que se hacen. El Servicio de Empresas y Actividades Turísticas, a la vista de toda la información suministrada, elaborará un balance final que elevará al Director General de Planificación y Ordenación Turística.

Los planes pueden ser también extraordinarios (o especiales, como se les denomina en el Decreto 206/1999, de 9 de noviembre, de la Comunidad valenciana), y tendrán por objeto en este caso atender a necesidades extraordinarias o sobrevenidas o urgentes no previstas en el concreto plan anual, respecto de un servicio o de un ámbito geográfico concreto. Su contenido mínimo viene recogido en el art. 37 del RITA. Por ejemplo, se nos ocurre, si se hubiera destapado el incumplimiento de los fines

a los que estaban condicionadas una partida de subvenciones de la Consejería, dirigidos a instalar wi-fi en los Hoteles, podría perseguirse y subsanarse a través de uno de estos planes. O si se comprueba, por denuncias de empresarios, que en un municipio recién declarado Patrimonio de la Humanidad existen numerosos pisos turísticos clandestinos; o si, tras declararse un incendio devastador en una zona de Sierra muy turística, la Consejería invierte mucho dinero en restaurar el tejido turístico de la misma y se desea comprobar cómo se lleva a cabo la recuperación, etc. Sin embargo, y no ha sido por faltar los acontecimientos sobrevenidos o urgentes, hasta el momento ninguno de estos planes, de existir, ha sido publicado en el BOJA.

3. Solicitar el auxilio y apoyo de las fuerzas y cuerpos de seguridad.

4. Podrán solicitar información y documentación directamente relacionada con el cumplimiento de sus funciones (libros, documentos públicos y/o privados, registros, ordenadores), así como la obtención de fotocopias o reproducciones de la documentación anterior, debiendo en este caso la Administración proteger la intimidad de los datos personales del empresario conforme exige la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD/1999); la entrega de la documentación puede realizarse en el acto o posteriormente, en cualquier lugar designado al efecto o en comparecencia ante la Administración autonómica; recabar la cooperación de los servicios de inspección de otras Consejerías y Administraciones Públicas²⁸.

²⁷ El citado Decreto 95/1995, de 4 de abril, exigía la aprobación de un plan cada año, circunstancia ésta escandalosamente incumplida. LA causa puede encontrarse en la prolijidad de obligaciones y responsabilidades que estos planes, conforme al RITA, imponen tanto a la inspección como a las Unidades de actuación de las Delegaciones provinciales, las cuales serán responsables de su cumplimiento íntegro (art. 39 RITA). El objetivo principal de estos planes es mejorar la calidad de nuestras instalaciones turísticas, para lo cual se pretende asesorar y corregir las deficiencias en que eventualmente puedan incurrir las empresas del sector; la detección de los establecimientos y actividades turísticas que operan de forma clandestina, es decir, sin la preceptiva licencia; y, por último, asesorar al sector turístico en orden a la más correcta aplicación de la normativa vigente, y la unificación de criterios ante circunstancias homogéneas de la actividad empresarial. Sólo se han publicado dos planes, el de 2004 y el de 2006. El último Plan, el de 2006, se aprobó por Resolución de 18 mayo 2006 de la DG de Planificación y Ordenación turística. Con anterioridad se había aprobado el plan de inspección programada de 2004, por Resolución de 30 de enero de 2004, que, si bien incluía elementos de control e inspección distintos, también preveía otros que se han solapado con los de 2006 (control hotelero, de actividades clandestinas, de las subvenciones concedidas, de las dispensas otorgadas por la Consejería, etc.).

Es cierto que en el Decreto 95/1995 comentado presenta objetivos tan prolijos que se acaban desdibujando por el propio inspector, incapaz de, al mismo tiempo, elevar la calidad de las instalaciones turísticas, asesorar, corregir deficiencias, detectar instalaciones clandestinas, unificación de criterios ante circunstancias homogéneas de la actividad empresarial, etc. Teniendo en cuenta que la inspección es el portillo que da acceso a la Administración a utilizar la potestad sancionadora, parece un hecho cierto que la inspección se dedica fundamentalmente a denunciar los incumplimientos de la normativa, a los efectos de intimar un posterior procedimiento sancionador.

²⁸ En este sentido, la normativa sectorial recoge y desarrolla esta facultad: así, por ejemplo, el Decreto 164/2003, de 17 junio, de la Consejería de Turismo y Deporte, de Ordenación de los campamentos de turismo, exige en su art. 11.2, g a las empresas turísticas dedicadas a campamentos la obligación de facilitar el ejercicio de sus funciones a los servicios de inspección turística permitiendo su acceso a las dependencias e instalaciones del campamento y el examen de documentos, libros y registros directamente relacionados con la actividad turística, así como la obtención de copias o reproducciones de la documentación anterior, en los términos previstos en la Ley del Turismo. Para facilitar el acceso a la documentación, en la recepción del campamento se hallarán a disposición de la inspección turística los listados de ocupación de los últimos seis meses donde conste el número total de personas alojadas en cada parcela (art. 41).

O, verbigracia, las empresas de turismo activo deben poner a disposición de los inspectores la autorización de navegación, otorgada por el organismo competente, en los casos en que la actividad se desarrolle en aguas de dominio público o cuando esté relacionada con la navegación aérea y la autorización concedida por la Consejería de Medio Ambiente en aquellos supuestos en que sea exigido por la normativa de protección de los espacios naturales, terrenos forestales y vías pecuarias (art. 25 del Decreto 20/2002, de 29 enero, de la Consejería de Turismo y Deporte, de Turismo en el Medio Rural y Turismo Activo).

Lógicamente, el acceso a la información lleva aparejada implícitamente el acceso a las dependencias en que se encuentra.

5. Podrán acceder a las dependencias e instalaciones turísticas inspeccionadas, y examinar su continente y contenido, incluidos los servicios que en ellas se prestan, lo que deberá ser facilitado por los inspeccionados. La inspección tendrá la facultad de acceder a ellas, requiriendo la presencia del titular o persona autorizada. A pesar de la aparente complitud de este derecho, que se nos muestra incondicionado en el art. 54 LTA, es conveniente recordar que la facultad de acceso se refiere a aquellas dependencias de los establecimientos que tengan la consideración de públicas, es decir, de libre acceso. *Contrario sensu*, las zonas privadas de las empresas y actividades turísticas que no tengan acceso al público están amparadas por el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), y que para acceder a las mismas se necesitará autorización singular de la persona física o jurídica titular de la actividad o, de oponerse resistencia, autorización judicial de entrada firmada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo competente²⁹. De esta manera, sólo sería una obstrucción sancionable la negativa a dejar entrar al inspector en los lugares de acceso público no amparados por ese derecho.

Por la misma razón, también será necesaria la autorización de los huéspedes para visitar las habitaciones de un Hotel, por ejemplo, como exige el art. 16.2 del RITA., o de los titulares de establecimientos turísticos clandestinos, no inscritos en el Registro de Turismo de Andalucía (art. 16.2 RITA).

Lo normal es que cuando se trata de acceder a la documentación más sensible, la que se tiene en lugares privados, se permita la entrada, pero si el administrado se negare a ello, el inspector podría pedir que se le traiga, para no tener que

solicitar la autorización judicial, o incluso posponer su comprobación en una posterior citación a comparecencia. Tanto el deber de acceso a la información turística como el de entrada en dependencias tienen como titular pasivo a los titulares de las empresas y actividades turísticas o, en su defecto, a cualquier persona que se encuentre presente en la misma. En este caso, el inspector deberá presentar requerimiento previo para poder realizar la inspección en un plazo que, como mínimo, será de 24 horas después.

2.7. Excurso sobre la entrada a dependencias amparadas por el derecho a la inviolabilidad del domicilio

Desde 1978 el art. 18.2 CE exigía previa autorización judicial o concurrencia de flagrante delito para que se pudiera admitir la entrada en domicilio en contra del consentimiento de su titular, ya fuese persona física o jurídica (como veremos luego), y ello debido a que la intimidad personal y familiar se considera un derecho fundamental de la persona (art. 18.1 CE). Más tarde, el art. 87.2 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, atribuyó a los jueces de Instrucción de la jurisdicción penal esa competencia, en concreto, "la autorización en resolución motivada para la entrada en domicilio y en los restantes edificios o lugares de acceso dependientes del consentimiento de su titular, cuando ello procediese para la ejecución forzosa de los actos administrativos". Se trataba de una aclaración necesaria porque la STC de 17 de febrero de 1984 ya requería esa autorización judicial, como luego el art. 96.3 de la LPAC, pero sin aclarar quién era el juez competente para otorgarla. Por último, el art. 8.5 de la LJCA (actual art. 8.6) rescató esa competencia para los Juzgados unipersonales de lo contencioso-administrativo, y derogó el art. 87.2 de la LOPJ.

²⁹ Así lo ha requerido el Tribunal Constitucional en sus SSTs 50/1995, de 23 de febrero, y STS 76/1992, en relación con la inspección tributaria, habida cuenta de la analogía existente entre la actuación administrativa de inspección y la jurisdicción penal, como consecuencia de la equiparación del injusto de tal naturaleza y el la infracción administrativa.

El concepto constitucional de domicilio del art. 18.2 CE es más amplio que el concepto jurídico civil o administrativo. Así lo han constatado las SSTC 22/1984, de 17 de febrero, y 160/1991, de 18 de julio, conclusión que se extrae de la ya mencionada conexión que el TC hace de la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad personal y familiar: de esto se colige que no todos los domicilios estarán igualmente protegidos frente a injerencias externas de la Administración Pública, o, *sensu contrario*, que allí donde la entrada de la Administración en un domicilio pudiese poner en riesgo o peligro dicha intimidad, será necesaria, más allá de una posible habilitación en la legislación sectorial (p. ej., art. 101.2 de la Ley de Costas de 1988), la autorización judicial. Incluso una habitación en una residencia militar está salvaguardada por ese derecho (STC 189/2004, de 2 noviembre).

La STC de 17 de febrero de 1984 definió el derecho a la inviolabilidad del domicilio como "un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta, dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella».

Desde la entrada en vigor de la CE, los titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio fueron, originariamente, sólo las personas físicas (STC 17 de febrero de 1984, ya vista), si bien luego el TC amplió también a las personas jurídi-

cas esa protección, en su STC 137/1985, recogiendo los postulados constitucionales, legales y jurisprudenciales de los países de nuestro entorno (Alemania, Italia, Austria).

2.7.1. Contenido y garantías del derecho a la inviolabilidad del domicilio

Titulares del derecho: ya hemos visto la inspirada definición del domicilio como lugar en el que no rigen las convenciones sociales y en el que se produce una emanación de la intimidad y personalidad de la persona, que hay que proteger. Si ello, en relación con las personas físicas supone una protección de todo el domicilio por igual, en las personas jurídicas esa protección es menor, porque sólo afecta a aquellos espacios en los que esa intimidad existe, como puede ocurrir con las sedes sociales o con las habitaciones o espacios donde se encuentren ordenadores, documentos, archivos, etc. de la empresa. Lo explicó muy bien la STC 69/1999, de 26 de abril:

"Por tanto, cabe entender que el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar. Si bien existen otros ámbitos que gozan de una intensidad menor de protección, como ocurre en el caso de las personas jurídicas, precisamente por faltar esa estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido originario; esto es, el referido a la vida personal y familiar, sólo predicable de las personas físicas. De suerte que, en atención a la naturaleza y la especificidad de los fines de los entes aquí considerados, ha de entenderse que en este ámbito la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas y, en lo que aquí importa, de las sociedades mercantiles, sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro

de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros.”.

Evidentemente, el mandamiento judicial previo autorizando la entrada en el domicilio es el requisito fundamental:

En relación al control que el Juez de lo contencioso-administrativo debe hacer a la hora de conceder o denegar la autorización el Tribunal Constitucional, en relación a las autorizaciones de entrada, ha declarado que la resolución del órgano jurisdiccional no es más que un eslabón en la cadena o sucesión de actuaciones integrantes del expediente en el que resulta necesaria esa actuación jurisdiccional, cuya finalidad no es otra que la constatación de que el obligado haya conocido el acto que se pretende ejecutar mediante su formal notificación y que, asimismo, ha dispuesto del tiempo necesario para su cumplimiento voluntario; sin que ello implique un mero automatismo, pues la intervención del Juez autorizante ha de extenderse al control de apariencia sobre la competencia del órgano autor del acto y a la proporcionalidad de la medida adoptada, quedando excluido de dicho control el análisis de los motivos de forma o de fondo que pudieran aducirse para sostener la nulidad o anulabilidad del acto originario, cuya ejecución se pretende materializar por la Administración; pues, en caso contrario, se estaría convirtiendo el procedimiento de autorización en un verdadero proceso revisor de la legalidad de aquél acto originario, con el riesgo de sustraer la legítima competencia del órgano jurisdiccional que debería conocer del recurso contencioso administrativo eventualmente interpuesto contra el mismo.

En la autorización, el Juez de lo contencioso-administrativo no se conduce de forma automáti-

ca, sino que siempre debe realizar una ponderación de los siguientes elementos (SSTC 137/1985 y 160/1991, 76/1992, 50/1995, de 23 de febrero, 171/1997, de 14 de octubre, 199/1998, de 13 de octubre, 283/2000, de 27 de noviembre y 92/2002, de 22 abril.):

- existencia de acto administrativo previo, de cobertura de la ejecución forzosa que se pide mediante la entrada en el domicilio, dictado por órgano competente, y fundado en Derecho; apariencia de legalidad de dicho acto;

- procedimiento de ejecución forzosa;
- eventual afectación a otros derechos o libertades, derivada de la entrada en el domicilio;
- titular del domicilio;
- necesidad de dicha entrada para la ejecución forzosa del acto administrativo;

- adecuación de la entrada a los principios de proporcionalidad: que el tiempo de la visita, que el número de personas que entran en el domicilio y que los objetos susceptibles de registro (en su caso) sean adecuados y limitados para suponer el menor posible a la intimidad de la persona o a otros derechos que pudieren ser afectados;

La motivación de la resolución judicial es la principal garantía del procedimiento. Debe contener brevemente las reflexiones del juez a la hora de valorar los elementos anteriormente citados. En sus SSTC 56/2003, de 24 de marzo y 139/2004, de 13 septiembre, se vuelven a recopilar los elementos dignos de valoración por el juez, declarando que no puede quedar a la discrecionalidad unilateral de la Administración el tiempo de su duración, y, sobre todo, que la resolución debe ser concreta y personalizada para el caso puntual que se enjuicia, pues una resolución judicial de entrada en domicilio genérica vulneraría el art. 18 CE porque podría amparar abusivamente cualquier tipo de entrada. La motivación tiene un contenido mínimo, que debe expresarse con detalle el juicio de proporcionalidad realizado por el Juez entre la limitación que se impone

al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de las medidas, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo; debe precisarse también con detalle las circunstancias espaciales y temporales de la entrada y registro, y de ser posible también las personales.

Cuando haya recaído una sentencia de lo contencioso-administrativo que declara válido el acto administrativo de cobertura (o el acto de trámite de ejecución forzosa), que lleva implícita la necesidad de entrada en el domicilio para su ejecución, la jurisprudencia ha declarado que no se hace precisa la resolución judicial de entrada en domicilio, pues este segundo control judicial sería reduplicativo y no añadiría nada a la protección del derecho (STC 160/1991, de 18 de julio, referente al desalojo de unas viviendas tras una expropiación forzosa declarada válida). Cabría citar también el caso de las declaraciones de ruina, que suelen llevar aparejada la salida del inquilino o propietario de la vivienda. De todas formas, no soy muy partidario de estas presunciones jurisprudenciales, porque ningún pronunciamiento judicial sobre el fondo puede prever las circunstancias personales y del caso concreto de la persona que tiene que consentir el desalojo o la entrada en el domicilio: los jueces, por ejemplo, han admitido a veces la permanencia temporal de personas en sus domicilios, a pesar de haber sido declarados en ruina técnica, pero no inminente, para proteger su derecho a la vivienda, por tratarse de personas mayores sin residencia ni familia, mientras se les facilitaba una vivienda oficial temporal.

Respecto de la recurribilidad de la resolución judicial de la resolución judicial que permite la entrada en domicilio, decir que se trata de otra garantía del procedimiento. Dicha resolución se inserta, como un trámite más, en el procedimiento administrativo de ejecución forzosa, y sería

recurrible en apelación ante las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 81.2, b LJCA).

2.8. Deberes de los inspectores turísticos

Habida cuenta de la amplitud y profundidad de las facultades con las que se dota a la inspección turística, los deberes deben interpretarse en sentido estricto, para que puedan actuar como justo contrapeso. No obstante, la legislación turística autonómica (y la andaluza no es una excepción), es bastante lacónica a la hora de enunciar los deberes de los inspectores, por lo que hemos de recurrir a la legislación general para rellenar esa laguna voluntaria.

El art. 10 del RITA establece tres deberes:

1. El deber de cumplir el secreto profesional, que incumbe a todo “el personal de los servicios de inspección de turismo... respecto de los asuntos que conozcan por razón de su cargo”, enunciado amplio que está dirigido a cualquier otra persona, autoridad, empleado o funcionario que conociera o presenciara la inspección, de forma casual o deliberada (p. ej., los agentes de fuerzas y cuerpos de seguridad que auxilien a los inspectores, los funcionarios de la Consejería encargados de tramitar las actas de inspección, etc.). El art. 53.12 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, en adelante) lo enuncia así:

Guardarán secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público.

2. El deber de guardar el respeto y la consideración debidos a los interesados y usuarios de los servicios turísticos, informándoles de sus derechos y deberes a fin de su adecuado cumplimiento. El primero de los deberes enunciados es

de carácter genérico, y actualmente está recogido en el art. 54.1 del mencionado EBEP:

Tratarán con atención y respeto a los ciudadanos, a sus superiores y a los restantes empleados públicos.

Pero el trato, aparte de ser cortés³⁰ y educado, debe ser legal, es decir, respetar los derechos individuales de las personas inspeccionadas recogidos en las leyes y en la Constitución. El reciente EBEP recoge estos deberes con exhaustividad bajo una, a mi juicio, errónea calificación como meros principios éticos y de conducta, todos ellos aplicables a la inspección turística:

Artículo 53. Principios éticos.

1. *Los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico.*

2. *Su actuación perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio.*

3. *Ajustarán su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos.*

4. *Su conducta se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

5. *Se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un*

riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público.

6. *No contraerán obligaciones económicas ni intervendrán en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público.*

7. *No aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas.*

8. *Actuarán de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia, y vigilarán la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos de la organización.*

9. *No influirán en la agilización o resolución de trámite o procedimiento administrativo sin justa causa y, en ningún caso, cuando ello comporte un privilegio en beneficio de los titulares de los cargos públicos o su entorno familiar y social inmediato o cuando suponga un menoscabo de los intereses de terceros.*

10. *Cumplirán con diligencia las tareas que les correspondan o se les encomienden y, en su caso, resolverán dentro de plazo los procedimientos o expedientes de su competencia.*

11. *Ejercerán sus atribuciones según el principio de dedicación al servicio público absteniéndose no solo de conductas contrarias al mismo, sino también de cualesquiera otras que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos.*

12. *Guardarán secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público.*

Artículo 54. Principios de conducta.

1. *Tratarán con atención y respeto a los ciudadanos, a sus superiores y a los restantes empleados públicos.*

2. *El desempeño de las tareas correspondientes a su puesto de trabajo se realizará de forma diligente y cumpliendo la jornada y el horario establecidos.*

3. *Obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso las pondrán inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes.*

4. *Informarán a los ciudadanos sobre aquellas materias o asuntos que tengan derecho a conocer, y facilitarán el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.*

5. *Administrarán los recursos y bienes públicos con austeridad, y no utilizarán los mismos en provecho propio o de personas allegadas. Tendrán, asimismo, el deber de velar por su conservación.*

6. *Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal.*

7. *Garantizarán la constancia y permanencia de los documentos para su transmisión y entrega a sus posteriores responsables.*

8. *Mantendrán actualizada su formación y cualificación.*

9. *Observarán las normas sobre seguridad y salud laboral.*

10. *Pondrán en conocimiento de sus superiores o de los órganos competentes las propuestas que consideren adecuadas para mejorar el desarrollo de las funciones de la unidad en la que estén destinados. A estos efectos se podrá prever la creación de la instancia adecuada competente para centralizar la recepción de las propuestas de los empleados públicos o administrados que*

sirvan para mejorar la eficacia en el servicio.

11. *Garantizarán la atención al ciudadano en la lengua que lo solicite siempre que sea oficial en el territorio.*

3. Como recoge el art. 10.3 LTA, el deber de poner en conocimiento del Jefe del Servicio de inspección, del titular de la Delegación Provincial de la Consejería o del DG de Planificación Turística aquellos hechos que, conocidos durante la inspección, pudieran constituir infracción administrativa o ilícito penal, cuando la competencia para su conocimiento no fuera de la Consejería de Turismo y Deporte, para que aquellos lo pongan en conocimiento de los órganos administrativos, del Ministerio Fiscal o de las autoridades judiciales competentes para su instrucción y resolución. Creo que hay un pequeño error de concordancia en este asunto pues parece querer decir que esa obligación no existe cuando se trate de una infracción de comercio o de turismo, pues ambas materias son competencia actualmente de la Consejería competente en asuntos de turismo, como si se tratara de asuntos de los que tiene obligación de realizar inspección o levantar acta, cuando la *mens legislatoris* parece querer decir que la materia objeto de inspección turística es la estrictamente turística, debiendo ampliarse el deber enunciado en el art. 10.3 LTA a los hechos constitutivos de infracción, delito o falta por incumplimiento de la normativa comercial o deportiva.

Aparte de estos deberes básicos, en el RITA se explicitan otros ya comentados, como el deber de superar el curso de especialización y perfeccionamiento; de mostrar la acreditación antes de iniciar la inspección; la obligación de entrega inmediata de las actas de inspección al Jefe del Servicio de que dependan; el deber de dar el contenido exigido en el art. 22 del RITA a las actas de inspección y, en general de darle la tramitación procedimental adecuada, etc. También con-

³⁰ El art. 46.1 del Decreto 190/1996, de 1 de agosto, de la Consejería de Turismo y Transportes de la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias, que Regula el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora en materia turística y de la inspección de turismo, recuerda que "Sin merma de su autoridad, los inspectores de turismo observarán la más exquisita cortesía, guardando a los interesados la mayor consideración".

sidero un deber implícito no expresado, pero amparado por el de buena fe, el de advertir a los interesados que el incumplimiento de sus deberes o la obstrucción a la inspección (art. 52.4 LTA, en relación con los arts. 13 y 14 RITA), puede dar lugar a responsabilidades administrativas. En otras leyes autonómicas de turismo se recogen otras obligaciones o deberes, algunos de los cuales son más discutibles:

- Así, en el art. 51.c de la Ley 8/1999, de Castilla-La Mancha, se recoge, si bien con alcance distinto, como deber, lo que en el art. 2.3 del RITA es una mera función de la inspección turística y, por tanto, sometida a las instrucciones de los superiores o a su propia discrecionalidad en el caso concreto: el de facilitar asesoramiento a los interesados sobre la normativa aplicable a la empresa o actividad turística. A mi juicio, la obligación no debiera ser tanto de asesoramiento, expresión ésta que llama a un estudio concienzudo sobre el caso, sino de prestar información básica sobre los incumplimientos detectados y cómo paliarlos. Creo que en atención al deber de imparcialidad y de trato igual, recogido en el EBEP, se compadece mejor con las labores de inspección la configuración de este deber informativo como deber que como función, evitando así la siempre tendenciosa discrecionalidad. Incluso en aquellos casos en que se vea claramente que los incumplimientos son deliberados, voluntarios y continuados en el tiempo, el inspector debería informar al titular del servicio turístico sobre el grado de incumplimiento de la normativa turística, para que éste pueda alegar, con fundamento, lo que a su derecho convenga, para a continuación proceder a levantar la correspondiente acta de infracción (art. 22.3 RITA). No habría ningún problema para que, en el acto de inspección, pueda el titular del servicio o actividad, acompañarse de su abogado o asesor. Por las razones indicadas, creo que el deber de informar no debe quedar en la esfera de lo voluntario para

los inspectores turísticos ("cuando así lo requieran" los interesados, dice el art. 2.3 del RITA).

- El deber de mantener en vigor la tarjeta de acreditación de la condición de inspector turístico, lo que conlleva, en caso de sustracción, pérdida, destrucción, deterioro o caducidad de la tarjeta, el deber de su titular de comunicar por escrito esta circunstancia a la Dirección General de Turismo, a los efectos de tramitar la expedición de una nueva en sustitución de aquélla (art. 4.2 de la Orden de 5 de mayo de 1999, de la Consellería de Cultura, Comunicación Social y Turismo de Galicia, por la que se aprueba la tarjeta de identificación del personal de la Inspección Turística).

- Los deberes de: constatar el cumplimiento de los deberes legales y reglamentarios de las empresas, actividades y establecimientos turísticos; verificar la existencia de infraestructuras y la dotación de los servicios obligatorios, según la legislación turística; obtener y canalizar la información de cualquier clase relativa a la situación real del turismo; velar por la igualdad en la aplicación de las normas relativas a establecimientos y actividades turísticas; velar por la igualdad de la planta alojativa; velar por la igualdad en la prestación de los servicios turísticos en Canarias, en atención a la modalidad y categoría del establecimiento; emitir informes a los órganos que lo requieran (lo que en Andalucía se recoge como mera función en el art. 51.b LTA); denunciar ante las Administraciones Públicas competentes la transformación, ocupación o supresión de las áreas no edificables a las que se refiere el artículo 62 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, así como levantar acta de inspección en tales supuestos (art. 23 del Decreto 190/1996, de 1 agosto de la Consejería de Turismo y Transporte de la C.A. de las Islas Canarias, por el que se regula el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora en materia turística y de la inspección de turismo).

- El deber de tener en cuenta por parte del inspector, en las citaciones a realizar para comparecencia, de la forma que resulte más cómoda

para el citado y sea compatible con sus obligaciones laborales o profesionales, sin menoscabo de la labor inspectora (art. 31.3 del Decreto 190/1996, arriba citado). En el art. 19 del RITA no se contempla esta obligación, que se muestra menos sensible a la disponibilidad del empresario turístico que la normativa canaria en este punto.

- El deber del inspector de comunicar la comisión de atentado o cualquier otro delito contra su persona en acto de servicio o con motivo del mismo, para que se ejerciten las acciones legales que correspondan (art. 46 del decreto 190/1996, arriba citado).

- Con la periodicidad y en la forma que establezca la Dirección General de competente en materia de turismo, el deber de la Inspección de los Servicios Centrales y las Inspecciones de las Delegaciones Provinciales de remitir informe de actividades y resumen numérico de las actuaciones inspectoras realizadas (art. 8.3 del Decreto 7/2007, de 30 enero, de la Consejería de Industria y Tecnología de la C.A. de Castilla-La Mancha, por la que se regula la Inspección de Turismo de Castilla-La Mancha).

- La devolución del carné identificativo por parte del inspector que cese por cualquier motivo en el ejercicio de sus funciones (art. del Orden de 23 junio 2005, de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte de la C.A. de Murcia, por la que se regula el modelo de carné de identificación del personal de este departamento que desempeña funciones de inspección).

- El deber de anotar en el Libro de visitas de la inspección turística las inspecciones que se lleven a cabo y sus circunstancias (art. del Decreto 297/2002, de 24 octubre, de la Consejería de Cultura, Comunicación social y Turismo de la C. A. de Galicia, que regula el Libro de visitas de la inspección turística y las hojas de reclamaciones de turismo);

- El deber de los inspectores de estar en posesión del carné de conducir B1 (art. 28 del Decreto 40/2001, de 1 febrero, de la Consejería de

Cultura, Comunicación social y Turismo de la C. A. de Galicia, por el que se refunde la normativa en materia de inspección de turismo y órganos competentes en el procedimiento sancionador)

2.9. El procedimiento de inspección

En la normativa turística andaluza no ha existido una regulación propia del procedimiento inspector, más allá del enunciado de algunos principios en la Ley 3/1986 o en la LTA, hasta la entrada en vigor del RITA, que recoge en su Capítulo 2º, titulado "La actuación inspectora", los trámites esenciales del procedimiento de inspección, o, mejor dicho, de las actuaciones de inspección, porque en realidad no se configura un procedimiento completo, sino algunos de sus trámites. Es por eso por lo que hace falta recurrir, para rellenar las lagunas, a los preceptos que, sobre procedimiento administrativo, se contienen en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía y en la LRJAP y PAC.

El RITA aquí se inspiró en el Capítulo 3º del Título II del Decreto 190/1996, de 1 agosto, de la Consejería de Turismo y Transporte de la C. A. de las Islas canarias, por el que se regula el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora en materia turística y de la inspección de turismo que también somete la actividad de inspección a planes anuales o especiales, establece los medios de inspección, las citaciones, requerimientos y consecuencias de la obstrucción a la labor inspectora.

En resumen, los trámites a seguir son los siguientes:

1. Las actuaciones de inspección se pueden iniciar de dos formas:

- de forma ordinaria: que, a su vez, puede producirse de dos maneras

- de oficio, bien de manera general, en la forma prevista en el art. 69 LRJAP y PAC, bien de manera especial, en desarrollo de los planes de inspección programada, por orden del titular del

Servicio responsable, lo que es poco probable, habida cuenta de la inexistencia de estos planes desde 2006.

- por petición de los informes previstos en el art. 32 del RITA: se trata de informes técnicos, de oficio, a petición del órgano instructor de los procedimientos sancionadores o por orden superior, cuya finalidad es valorar la adecuación a la normativa turística de aplicación de las circunstancias de hecho de una determinada empresa, servicio, establecimiento o vivienda turística, así como en los casos establecidos en la Ley del Turismo y en este Decreto. En estos casos, es amplia la discrecionalidad de los superiores jerárquicos para elegir iniciar este procedimiento informador o uno de inspección ordinaria que finalice mediante un acta, y debería limitarse, ya que la finalidad de ambas actuaciones es idéntica, es decir, el control del cumplimiento de la normativa turística, y las consecuencias de ambos distintas.

- de forma extraordinaria: por iniciativa propia del inspector, por razones de efectividad y oportunidad.

2. Los medios de dichas actuaciones pueden consistir en cualquier medio que estime conveniente el inspector (*numerus apertus*), y, en particular, las visitas de comprobación³¹, requerimientos, citaciones a comparecencia³², declaraciones de los interesados, examen de la documentación relacionada con el servicio turístico prestado u otros datos, informes, antecedentes u otras fuentes de información obtenidos lícitamente de otros órganos, personas y entidades. Estamos en lo de siempre, pues la elección de un medio u otro es

discrecional del inspector las más veces, y como principal elemento reglado debe encontrarse la vinculación al precedente, que en estos casos es esencial para proteger el derecho a la igualdad de las empresas turísticas. Es cierto también que cuando el incumplimiento se produzca *in tuitu personae*, es decir, cuando, de no mediar la conducta anormal del titular el incumplimiento no se hubiera producido, lo normal es una citación a comparecencia o la toma de declaración del titular del servicio; por ejemplo, si el titular de un hotel ha decidido poner tres estrellas junto al letrero del mismo, sabiendo a ciencia cierta que sólo consta de dos; y cuando se produce *in tuitu rei*, es decir, en las circunstancias objetivas de la prestación del servicio, las visitas, requerimientos o examen de la documentación relacionada con el mismo, parecen ser los medios pertinentes. Por ejemplo, si, tras la realización de unas obras, las medidas mínimas de cuartos, estancias, habitaciones, pasillos, etc., de un hotel no son las adecuadas para mantener su categoría. Sin embargo, esta separación tan nítida pocas veces ha de darse en la práctica, siendo lo común que detrás de la escasa calidad en la prestación de un servicio exista una voluntad cierta del empresario de engaño o fraude. Por ejemplo, si se detecta reiteradamente que, de modo deliberado, el responsable de un hotel no tiene el libro de reclamaciones a disposición de los clientes.

Otro elemento reglado no explicitado en el RITA puede ser que la elección del medio más adecuado debe estar basado en los principios de menor onerosidad y de proporcionalidad, utili-

zando la analogía con la regulación que la LRJAP y PAC realiza de los medios de ejecución forzosa, pues ambos procedimientos tienen como presupuesto de hecho un incumplimiento por parte del particular que, sin embargo, no puede ser objeto de un trato indigno o que suponga un abuso por parte de la Administración. Así, no tendría sentido que, por el hecho puntual de que un camping se hubiese ido la luz una noche a causa de una tormenta y el alternador no funcionara correctamente se girase una visita de comprobación de varias horas que paralizara su actividad. Lo razonable en este caso hubiese sido un requerimiento, verbigracia.

Como se ha dicho, cualquier medio puede ser utilizado siempre que respete los elementos reglados citados, y, en ese sentido, el empleo de cualquier medida provisional de las recogidas en el art. 72 de la LRJAP y PAC puede ser válida³³, como por ejemplo, el cierre temporal del establecimiento para realizar una inspección completa. Para dejar constancia de lo observado, el art. 12.3 permite al inspector hacer fotografías, grabar vídeos o realizar mediciones de luz, sonido o temperatura, siempre que sean pertinentes a los efectos de la inspección, y que podrán anexionarse a las actas de inspección emitidas, como elemento de apoyo de lo relatado en la misma por el inspector, ya que, por sí mismos, no tendrían valor ninguno. Estos datos están igualmente protegidos por la LOPDCP.

3. Deber de colaboración y obstrucción a la inspección: como ya se ha dicho, para facilitar la

labor del inspector, por cualquiera de sus medios, las personas inspeccionadas están obligadas a colaborar con la inspección, facilitándole el acceso a las instalaciones y la obtención de la documentación pertinente. Cualquier medida encaminada a impedir, dificultar o dilatar la inspección, incluida la falta de consideración al inspector, puede ser objeto de acta de advertencia, que, en caso de no ser atendida, puede dar lugar a la emisión de un acta de obstrucción. La emisión de un acta de obstrucción sin la previa acta de advertencia se consideraría nula por faltar al procedimiento debido (art. 62.1, e LRJAP y PAC). La negativa a dejar entrar en una zona privada o a inspeccionar un ordenador privado, por ejemplo, al estar amparada por el derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad, no puede ser objeto de acta de advertencia u obstrucción, siendo lo pertinente en este caso la petición de autorización judicial. El art. 39 LRJAP y PAC recoge también de modo genérico este deber, si bien de forma tan genérica que debemos entenderlo siempre limitado por los derechos fundamentales de no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable, a la presunción de inocencia, a la inviolabilidad del domicilio, etc.³⁴.

4. Contenido de la actuación inspectora: más que contenido, en este precepto se prescriben determinadas formas de realizar la actuación material de inspección, con una teleología básica, de modo que cualquiera que sea el medio elegido para llevar a cabo la inspección, debe procurarse que el inspeccionado entienda perfectamente el

³¹ Las visitas deben ser *in situ*, es decir, en el lugar en el que se preste el servicio. Pueden, y deben, ser realizadas en cualquier momento que estime oportuno el inspector, sin previo aviso. Cuando se trate de una inspección de un servicio prestado a través de medios telemáticos

³² La citación tiene por objeto permitirle al titular de la actividad turística preparar la documentación requerida tras la visita y que no estuviese disponible en ese momento, para su observación detenida por el inspector en la oficina de inspección pertinente. El plazo para la citación no debe ser inferior a 10 días hábiles, para darle tiempo suficiente al inspeccionado a obtener la documentación requerida. La citación puede solicitarse por parte del administrado o ser dictada de oficio por el inspector. La no presentación de la documentación requerida en la citación se entenderá como obstrucción, dando lugar al levantamiento de acta de advertencia. Teniendo en cuenta que en esa citación se pueden tratar asuntos legales, creo que no debería existir inconvenientes para que el citado pudiera ir acompañado de un asesor o abogado. Al citado se le otorga un certificado verificando que la comparecencia se ha producido.

³³ Por analogía con el procedimiento de inspección tributaria, en el que se pueden tomar medidas cautelares debidamente motivadas para impedir que desaparezcan, se destruyan o alteren las pruebas determinantes de la existencia o cumplimiento de las obligaciones tributarias o que se niegue posteriormente su existencia o exhibición. Cfr. MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., TEJERIZO LÓPEZ, J. M. y CASADO OLLERO, G., opus cit., pág. 371 y ss.

³⁴ Como señala FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., opus cit., pág. 144, el TC ha señalado que, a pesar de que ese conflicto es real y existe, cuando se exhiben o aporta documentos no se está haciendo una manifestación de voluntad que exteriorice un reconocimiento de culpabilidad (STC 76/1990, de 26 de abril), ya que la función de inspección no va dirigida a imponer una sanción, por lo que no cabe invocar en contra el art. 24.2 CE. Lo que no dice el TC es que los inspectores acaban imponiendo en muchos casos actas de infracción, y que la prestación de documentación de parte del empresario turístico es la base acusatoria fundamental de las infracciones impuestas.

Sin embargo, la Sentencia del TJCE de 18 de octubre de 1989, en el caso *Solvey* (*Solvay c. Comisión*, 27/88, Rec. p. 3355) confirmó que el administrado no tiene obligación de suministrar a la Comisión Europea aquellos documentos que le declaren culpable, en un caso de defensa de la competencia.

motivo de la actuación, lo que implica explicar el carácter irregular de los hechos examinados y los medios idóneos para reparar la legalidad turística conculcada. Durante la visita se podrán llevar a cabo cuantas actuaciones sean necesarias, como tomar declaraciones, obtener información en soporte visual o sonoro, entrevistar a empleados, exigir documentación e inspeccionar y comprobar toda la instalación.

2.10. Las actas de inspección y demás documentación inspectora

2.10.1. Actas

A) Definición, atributos, forma, contenido y formalización

Las actas configuran la forma normal de documentar las actuaciones de la inspección turística, de todas ellas, no sólo de las visitas, sino de los demás medios de inspección.

Su regulación es bastante amplia en las leyes y reglamentos de desarrollo autonómicos sobre turismo, y se deja influir profundamente por la normativa y tradición jurídica que tienen las actas en otras ramas del Derecho: actas de inspección social, tributaria, policial, etc. Ambas circunstancias se cumplen en el caso andaluz, lo que se echa de ver en sus dos atributos principales:

- su naturaleza jurídica como documentos públicos y

- su valor probatorio *iuris tantum* respecto de los hechos en ella constatados directamente por el personal de inspección, siempre que estén incluidos en la relación fáctica en ella recogida, esté o no apoyada por material fotográfico, visual, escrito o sonoro que se quiera aportar a ella como anexo. Esa presunción no sólo cubre la relación fáctica de lo comprobado en la inspección en relación con el incumplimiento de la normativa turística, sino también de la veracidad de lo manifestado en una posible denuncia previa realizada por un cliente o los hechos controvertidos en un expediente sancionador ya iniciado (a este respecto, véase el art. 26 del Decreto 190/1996, de la C. A. de Canarias, arriba citado)³⁵.

Su formato debe cumplir con el derecho a identificar al funcionario que la expide (art. 35 LRJAPyPAC), de forma que en su encabezado debe indicarse el nombre del inspector. Respecto a la forma del acta, MANTECA VALDELANDE propone atenerse, por analogía, a lo establecido en el RD. 1.465/1999, Real Decreto 1465/1999, de 17 de septiembre, por el que se establecen criterios de imagen institucional y se regula la producción documental y el material impreso de la Administración General del Estado, siempre que no exista normativa autonómica al efecto sobre la Materia. Sobre la lengua en la que han de estar escritas las actas y demás documentos, habrá de estarse a lo recogido en el art. 36,

siendo lo razonable, en las CC.AA. con lenguas cooficiales, el empleo de las dos lenguas³⁶.

El contenido mínimo de las actas viene recogido en el art. 22 RITA, y nos parece suficiente para concretar las causas, hechos y acotación de las circunstancias personales y empresariales de la inspección³⁷. Echemos en falta alguna referencia a los posibles consejos o asesoramiento que da el inspector al empresario, a los efectos de dejar constancia de si se solicitó subsanación o no. De otra forma, el empresario siempre podrá alegar en su defensa que no se le ofreció esa posibilidad, pudiendo atacar el acta por indefensión (art. 63.2 LRJAP y PAC). Habida cuenta de la presunción de veracidad del contenido de las actas, nos parece correcta la omisión de un elemento del contenido mínimo del acta que sí se exige en otras CC.AA. (Canarias; o, v. gr., Castilla y León, que, en su Ley 10/1997, exige incluso la plasmación de los datos que puedan acarrear una infracción administrativa, el tipo de sanción y los preceptos que se consideren infringidos) en relación con las referencias a posibles responsables de esos incumplimientos o infracciones de la normativa turística, ya que la finalidad de la inspección no es la de averiguar responsables, sino dejar constancia documental de lo observado.

Será el procedimiento sancionador que pueda iniciarse luego el que se preocupe de ese tema y si existieran dudas sobre el responsable/es, lo que

no es muy probable a la vista del acta, podrá mandar de nuevo a un inspector que, esta vez sí, habilitado como está por el instructor del procedimiento sancionador y acotado por sus instrucciones, pudiera éste realizar alguna pesquisa más. Se debe deslindar con absoluta pulcritud la labor inspectora y la sancionadora, de forma que sobran los juicios de valor y las valoraciones jurídicas realizadas por el inspector, que, si las tiene, se las debe guardar en su fuero interno, para no condicionar así, para no contaminar, el enjuiciamiento jurídico de los hechos que debe realizar el instructor del procedimiento sancionador. Del hecho de que los arts. 26 y ss. Del RITA exija al inspector la concreción de posibles infracciones no debe referirse, a mi juicio, de forma literal, que el inspector esté obligado siempre a tipificar la conducta, sino que bastaría, pienso, con que relatara el incumplimiento de la normativa producido, que luego será calificado por el instructor.

En otro caso, recaería sobre el inspector la enorme responsabilidad de tener que decidir al hilo de una inspección, sin la pausa intelectual o volitiva necesaria en muchos casos, la posible sanción que haya de recaer en cada supuesto. Y no se trata aquí de hechos incontrovertibles como saltarse un semáforo o circular a más velocidad de la debida, circunstancias que denuncia la policía de tráfico y que inician un procedimiento san-

³⁵ Vid. CORCHERO, M., opus cit., que, en sus págs. 295-297, desarrolla la jurisprudencia recaída en el TS al respecto de la presunción de veracidad de las actas, que podría resumirse en tres postulados: su carácter de prueba *iuris tantum*; la ineficacia de la presunción de veracidad sobre los hechos que la Administración podría haber demostrado fácilmente por otros medios de prueba (ya que la razón de ser de esa presunción es la de probar hechos difícilmente probables) y la no cobertura de la presunción sobre los hechos presuntos, juicios de valor y apreciaciones subjetivas del inspector.

A esos tres criterios habría que añadir otros tantos, en opinión de PENDÁS DÍAZ, B.: "Las actas de la inspección de Trabajo y Seguridad Social", en Documentación Laboral, n.º 33, pág. 110. Por ejemplo, el de la necesidad de que la prueba en contrario que presente el administrado, para destruir la presunción de veracidad, ha de ser "eficiente, precisa y plenamente convincente", como señala la STS de 26 de febrero de 1982, Sala 4ª, Ar. 1.639, y la STS de 27 de febrero de 1986, Sala 3ª, Ar. 635. No son suficientes, pues, las meras manifestaciones subjetivas del administrado recurrente para destruir esa presunción. O el hecho de que las actas de inspección, para que sean eficaces, han de ajustarse a lo normado; que el ámbito de presunción de inocencia comprende tanto lo directamente observado por el inspector como todos aquellos hechos que resulten del expediente administrativo; pero esa presunción sólo afecta a los hechos, y no cubre la calificación jurídica de los hechos realizada por el inspector; tampoco cubre los informes posteriores a las actas, que son contestaciones a las alegaciones del escrito de descargos; la carga de la prueba de esas actas corresponde a la Administración cuando determinen la apertura de un expediente sancionador (STS de 21 de mayo de 1980,

Sala 3ª, Ar. 1.881, STS de 10 de febrero de 1986, Sala 3ª, Ar. 504 y STS de 24 de marzo de 1988, Sala 5ª, Ar. 2.509); tampoco alcanza a los hechos que el mismo inspector no hubiese observado, comprobado o percibido por él directamente.

Sobre la presunción de veracidad de la labor inspectora en el ámbito tributario, véase CALVO VÉRGEZ, J., "Actual doctrina del TS en las materias de práctica de prueba en el procedimiento de inspección, suspensión en vía ejecutiva y exenciones en el impuesto sobre sociedades", en Revista General de Derecho Administrativo n.º 11 (marzo 2006).

También abunda en la jurisprudencia MANTECA VALDELANDE, V., "Las actas de inspección en las Administraciones Públicas", en Actualidad Administrativa, enero de 2008, n.º 2, haciendo hincapié en la jurisprudencia del TC, como la 341/1993, Fdto. Jco. 1º, 14/1997, 169/1998, o la STC 76/1990. Ésta última exigía, al hilo del juicio sobre la constitucionalidad del art. 145.3 de la LGT, la concurrencia de certeza en las actas, tanto en los hechos imputados como en el juicio de culpabilidad. Es muy discutible que la carga de la prueba recaiga en el administrado, como ha recogido la mejor jurisprudencia del TS. Por otra parte, ni en la LTA ni en el RITA se obliga al inspector a ratificarse en el acta cuando la otra parte la niegue, como se recoge, verbigracia en la LO de protección de la Seguridad Ciudadana (art. 37), aunque sería razonable exigirlo.

³⁶ Vid. MANTECA VALDELANDE, V., opus cit.

³⁷ Una explicación del contenido mínimo de las actas de inspección turística en la Comunidad valenciana puede verse en BLASCO DÍAZ, J. L., "La disciplina turística: inspección y sanción", en la obra colectiva, dirigida por GARCÍA MACHO, R. y CASTELLS RECALDE, A., coordinada por PETIT LAVALL, M. V., Lecciones de Derecho del Turismo, Tirant lo Blanc, Valencia, 2000, pág. 221 y ss.

cionador de igual manera, sino de hechos muchas veces complejos, de incumplimientos, explicables o no, de una normativa vastísima, que requieren sumo cuidado en su calificación. De ahí la expresión "siempre que sea posible", recogida en el art. 28.3, *in fine*, del RITA.

Las actas se formalizan ante el titular del servicio o actividad turística y, en su defecto, ante cualquier empleado que represente la empresa. Se hace notar aquí la influencia antiformalista de la LRJAP y PAC cuando trata el tema de las notificaciones. Por la misma razón, se exige que la firmen el inspector y la persona que represente a la empresa, pero, a continuación, el art. 23 RITA establece que esa firma no supone aceptación del contenido de su contenido³⁷. La finalidad, por tanto, de esta firma, puede encontrarse en la necesidad de probar, ante la Delegación, Jefe del Servicio, Director General o Consejero, que la inspección se produjo realmente. Sin embargo, este extremo debe explicársele al administrado con profundidad, para que no se niegue a su firma y, por tanto, pueda incurrir, aunque es discutible según el caso, en obstrucción de la actividad inspectora involuntariamente³⁸. No obstante esa finalidad, consideramos que, al menos, la relación de hechos debe ser aceptada por el administrado, pudiendo solicitar su rectificación antes de firmarla. Y ello porque en esa parte del contenido mínimo del acta no se hace, por parte del inspector, ninguna valoración jurídica imponible a la parte privada, sino una concreción objetiva de los hechos que acaecieron durante la inspección, que debe ser compartida en todo caso por ambas partes. Una negativa del titular o empleado a firmar cuando no comparte esa relación de hechos, esti-

mamos, no debería ser considerada obstrucción a la labor inspectora. La firma del acta o de la diligencia de notificación no implica una aceptación de responsabilidad del administrado, ni una autoinculpación³⁹.

También debe firmarse la diligencia de notificación del acta, a los efectos de poder considerarla como notificación realizada (notificación que debe realizarse con los requisitos de los arts. 58 y 59 LRJAPyPAC). En ese momento se le da una copia de la misma, y sería con la firma cuando comenzarían a contarse los plazos para un posible recurso o reclamación del administrado. Eso sí, la negativa a firmar la diligencia se entenderá como intento de notificación, lo que, teniendo en cuenta que se notifica en el lugar adecuado por tratarse del establecimiento turístico, debe equivaler a notificación realizada. Otra cosa ocurriría si es llamado a citación o si, tras requerimiento para aportar documentación, se le quiere obligar a firma la diligencia en ese momento y se le entrega la copia pertinente del acta en ese sitio, esto es, fuera del lugar de prestación del servicio o instalación turística inspeccionados, porque, con la LRJAPyPAC en la mano, se debería intentar la notificación con posterioridad en ese otro lugar, no equivaliendo en este caso el rechazo a notificación realizada. Finalmente, como es lógico, el art. 23.5 advierte que la falta de firma no exonerará de responsabilidad, ni destruirá su valor probatorio.

Tras la firma de la diligencia de notificación del acta, ésta debe ser remitida al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, o al instructor del mismo si éste ya se hubiera iniciado con anterioridad.

No será necesario publicar el acta en ningún periódico oficial, aunque MANTECA VALDELANDE, en la obra citada, considera que sería deseable, como un tipo de publicación complementaria de la recogida en el art. 60.1 LRJAP y PAC que se publicara en el establecimiento turístico en el que se ha desarrollado la labor inspectora, para conocimiento y prevención de los clientes, a la vista de los intereses públicos implicados. En nuestra opinión, el órgano administrativo debería ser extremadamente cauteloso al sopesar esa publicación, ya que puede suponer una alerta injustificada para clientes venideros, tanto más cuanto que las actas son impugnables mediante prueba en contrario, y pueden, por tanto, no ser veraces⁴¹.

B) Tipos de actas

En Andalucía, como en otras CC.AA. (Aragón, p. ej., en su Ley 6/2003), distinguen entre varios tipos de acta, diversidad que se debe, en parte, al hecho de que en el acta misma se pueden realizar alegaciones que haya realizado el titular de la empresa o establecimiento turístico, de la persona en cuya presencia se realizó la inspección (no nos parece necesario en este punto hacer firmar a todas las personas que la "presenciaron", sino sólo a la que acompañó de forma principal al inspector, pues la finalidad de este elemento mínimo del acta, ex art. 22.1, c, del RITA, sólo es la de dejar constancia de que la inspección realmente se produjo) o cualquier otro interesado (art. 22.3 RITA). En caso de que esas alegaciones o aclaraciones se hubieran realizado o proferido, es obligatorio para el inspector

incluirlas en el acta, aunque, antes de que se realizaran, entendemos, el inspector debería haberles informado de este extremo.

Los distintos tipos de actas vienen recogidos en los arts. 25-28 del RITA:

- actas de conformidad: son semejantes a las actas de conformidad de la inspección tributaria. Se entiende que todo lo inspeccionado es acorde con la normativa turística. En este caso, la inspección y el acta firmada le sirve al empresario para acreditar ante la Administración u otros sujetos privados su calidad turística o, al menos, que cumple los requisitos legales⁴²; cabría, a mi juicio, emitir este tipo de actas someténdolas a condición resolutoria o alguna carga, modo o reparo. El Prof. FERNÁNDEZ RAMOS considera que ni siquiera estas actas se separan del régimen general de la revisión de oficio de las actas de inspección, todas las cuales se realizan por la vía de la revocación del art. 105.1 LRJAPyPAC, ya que en la conformidad no hay acto declarativo de derechos, sino un mero acto de conocimiento⁴³;

- actas de obstrucción: son posteriores a las actas de advertencia, conforme a lo ya comentado. Esa obstrucción, si tiene la suficiente entidad, y dependiendo de qué tipo fuera, puede ser objeto también de sanción administrativa. Estas actas, al igual que las de advertencia, en la que se tienen en cuenta actitudes personales, deben guardar un escrupuloso celo en el cumplimiento del antecedente, para así no incurrir en arbitrariedad ni en ruptura del derecho a la igualdad, ya que los hechos de obstrucción idénticos deben considerarse obstrucción, o no, en todos los casos, si bien

³⁷ La firma del acta sólo implica su conocimiento, pero no su aceptación, ni la confesión de culpabilidad, ni tampoco denota ningún tipo de coautoría en la redacción de la misma (art. 137 LRJAPyPAC). De hecho, la falta de firma no debe ser motivo para su nulidad ni para mermar su capacidad probatoria.

³⁸ El TS ha entendido que la negativa a firmar un acta no puede considerarse como conducta constitutiva de obstrucción a la actuación inspectora, ya que puede interpretarse como una manifestación de disconformidad con la misma (STS de 12 de abril de 1999, Ar. 2.811)

³⁹ En el Decreto valenciano 206/1999, cuando el representante de la empresa o instalación turística se negare a firmar, se consignará dicha negativa en el acta y se recabará, cuando sea posible, la firma de dos testigos, entregándose en todo caso una copia al interesado.

⁴⁰ La obligación de publicación complementaria, tal y como está recogida en el art. 60.1 LRJAPyPAC, puede adoptarse por el propio órgano administrativo de motu proprio. No obstante, entiendo que esta obligación, o, lo que es lo mismo, la exigencia de esa publicación en aras de la existencia de un interés público prioritario, para mayor seguridad, debería recogerse en una Ley. Recordemos que eso es lo que hace la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, en su art. 30.2 cuando obliga a que los resultados de las actuaciones de control e inspección deban ponerse a disposición del público, sin más limitaciones que las establecidas en la legislación sobre el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente. El caso de la inspección turística parece distinto, ya que el interés público es más relativo, en la medida en que la publicación del acta sólo salvaguardaría los intereses de los potenciales clientes o usuarios, al contrario de lo que ocurre con el medio ambiente, cuya incidencia parece de interés general.

⁴¹ Cfr. PÉREZ GUERRA, R. (coord.), Derecho de las actividades turísticas, Editorial UOC, Barcelona, 2006, pág. 186.

⁴² Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S., La actividad administrativa de inspección, *opus cit.*, págs. 590 y 591.

con la necesaria temperancia del caso concreto. La motivación debe ser suficiente, en todo caso.

- actas de advertencia: en ellas se advierte al empresario o interesado que el incumplimiento constitutivo de infracciones leves, y que, además, cumplan la condición añadida de que sean fácilmente subsanables, siempre que no se hubieran irrogado, o se pudieran irrogar, daños a los clientes, imponiéndose un plazo para su cumplimiento. A fin de cuentas se trata de actas de conformidad sometidas a condición suspensiva, en las que el inspector se comporta como una especie de mediador para solucionar un conflicto entre la realidad y la norma, de forma parecida, salvando las distancias, a la función que el artículo 3.3 de la Ley 42/1997, atribuye a los inspectores de Trabajo y Seguridad Social:

- actas de infracción: se refiere a infracciones de la normativa turística que no sean leves, es decir, graves o muy graves; o que no constituyan obstrucción; o infracciones leves no fácilmente subsanables.

Cabe emitir, para una misma actuación de inspección, dos o más tipos de actas. Así, por ejemplo, acta de conformidad y de advertencia u obstrucción. La tramitación de unas y/u otras

depende del Jefe del Servicio del que dependa el inspector o de la Delegación Provincial de la Consejería, conforme establece el art. 29 del RITA, ya que tanto los inspectores autonómicos como los municipales delegados tiene obligación de entrega inmediata (no se establece un plazo como ocurre en otras legislaciones autonómicas) de las actas, con sus correspondientes antecedentes y, en caso de haberlos, de sus anexos. Las actas deben ser anotadas en el asiento correspondiente de la empresa o servicio turísticos correspondiente, en el Registro de Turismo de Andalucía⁴⁴. Una copia de esas actas y documentos debe ser conservada siempre por cada inspector (art. 30 del RITA).

2.10.2. *Objetos de la inspección turística*

Son las comunicaciones, diligencias e informes, todos ellos documentos, también, con una larga tradición normativa en la legislación tributaria, actualmente regulados en el art. 99 de la Ley General Tributaria de 2003, y en su Reglamento de Desarrollo en materia de inspección, de 2007⁴⁵.

⁴⁴ Considero que los empresarios turísticos que se incluyan en el ámbito objetivo de la LTA no tienen obligación de inscribirse en el Registro de Comerciantes y Actividades Comerciales de Andalucía instituido por la Ley 1/1996, de 10 de enero, del Comercio Interior de Andalucía, a pesar de que su actividad suponga en muchas ocasiones una actividad comercial. Ello porque ese Registro queda sustituido, para el concreto ámbito del Turismo, por el Registro de Turismo de Andalucía, siguiendo la lógica del art. 2.2 de la, que reza así: "2. Quedan excluidas del ámbito de la presente Ley aquellas actividades comerciales que, en razón de su objeto, se encuentren reguladas por una legislación especial, en los aspectos previstos por ésta.". Los formularios de inscripción pueden encontrarse en la web de la Consejería, en el enlace siguiente: <http://www.juntadeandalucia.es/turismocomercioydeporte/cFormularioCategoria.do?idcategoria=1&tipo=2#>. Recientemente se ha publicado el Decreto 35/2008, de 5 de febrero, de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Turismo de Andalucía.

⁴⁵ En el art. 99.7 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria se los define de la siguiente manera, muy parecida a como lo hace el RITA: "Las comunicaciones son los documentos a través de los cuales la Administración notifica al obligado tributario el inicio del procedimiento u otros hechos o circunstancias relativos al mismo o efectúa los requerimientos que sean necesarios a cualquier persona o entidad. Las comunicaciones podrán incorporarse al contenido de las diligencias que se extiendan. Las diligencias son los documentos públicos que se extienden para hacer constar hechos, así como las manifestaciones del obligado tributario o persona con la que se entiendan las actuaciones. Las diligencias no podrán contener propuestas de liquidaciones tributarias.

Los órganos de la Administración tributaria emitirán, de oficio o a petición de terceros, los informes que sean preceptivos conforme al ordenamiento jurídico, los que soliciten otros órganos y servicios de las Administraciones públicas o los poderes legislativo y judicial, en los términos previstos por las Leyes, y los que resulten necesarios para la aplicación de los tributos.". Un comentario doctrinal extenso sobre las comunicaciones, diligencias e informes en materia tributaria, perfectamente aplicable a sus documentos homólogos en lo turístico, puede verse en PONT MESTRES, M., "Los documentos de la inspección: diligencias, comunicaciones, informes y actas", en Revista de derecho financiero y de hacienda pública, Vol. 34, Nº 171, 1984, págs. 651-716.

Sobre otros posibles documentos, nuestra LTA nada dice, por ejemplo, sobre los Libros de Inspección, también llamados Libros de Visitas (por influencia de la regulación de la inspección de Trabajo y Seguridad Social, la Ley 42/1997), que se utilizan en otras CC.AA. como Canarias, Cantabria, Castilla-León o Extremadura como instrumentos de seguimiento de las inspecciones turísticas recibidas por una empresa turística. Nos parece un defecto importante que no encuentra la suficiente reparación, a mi juicio, con la mera obligación del inspector de entregar una copia del acta a la persona responsable de la empresa o instalación turísticas inspeccionada. Estos libros de visitas, como recuerda DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, gozan de presunción de veracidad, y en ellos se puede anotar cualquier diligencia, requerimiento, acta o informe que se hayan realizado o solicitado durante el curso de la visita. También son una garantía para el inspeccionado, pues incrementa la seguridad jurídica del sujeto inspeccionado a la hora de defender sus derechos. La fecha de dichas diligencias allí plasmadas se convierte en el término "a quo" para determinar la posible caducidad de las actuaciones inspectoras y los consecuentes efectos sobre la no interrupción de la prescripción⁴⁶.

Tampoco hace una alusión genérica y comprensiva de otra herramienta clásica de colaboración de los clientes y usuarios con la inspección turística, como es, son, los Hojas o Libros de Reclamaciones. Las únicas citas de la LTA al respecto se recogen en varios preceptos, dirigidos tanto a los usuarios, como a las empresas, y que tiene como correlato la tipificación de una infracción administrativa en caso de incumplimiento. Así, en sus arts. 23.1, h (se pronuncia sobre el derecho de los clientes de formular quejas y reclamaciones y, a tal efecto, exigir que le sea entregada la hoja oficial en el momento de plantear su reclamación), 26.3, g (menciona la obliga-

ción de las empresas turísticas de facilitar al cliente, cuando lo solicite, la documentación preceptiva para formular reclamaciones) y 60.10 (cuando tipifica como infracción grave la inexistencia de hojas de reclamaciones o la negativa a facilitar la hoja de reclamaciones a los clientes en el momento de ser solicitadas). Esta lacónica regulación de las hojas de reclamaciones en la LTA ha sido completada en nuestra Comunidad Autónoma en la normativa sectorial sobre campamentos de turismo (Decreto 164/2003, de 17 junio), espacios naturales protegidos (los Decretos de aprobación de los PORN y PRUG de los parques naturales andaluces) o en la normativa sobre consumidores y usuarios (Decreto 62/1992, de 14 abril, de la Consejería de salud, por el que se modifica temporalmente el artículo 5º.2, del Decreto 11 julio 1989 (LAN 1989\255), que regula las hojas de quejas y reclamaciones de los consumidores y usuarios). Normalmente el reclamante conserva en su poder una copia de la reclamación emitida y remite el original a la Consejería afectada, pudiendo acompañarlo de fotos u otros documentos probatorios de la irregularidad cometida por el establecimiento. En algunas CC.AA., además, la empresa debe enviar otro ejemplar a la Consejería. Como resultado de estas hojas de reclamaciones, las Delegaciones Provinciales o la propia Consejería pueden enviar a un inspector o, si tiene clara la comisión de una infracción, iniciar directamente un expediente sancionador contra la empresa concernida. También se dan muchos casos de archivo de las hojas cuando son anónimas o se advierte mala fe o exceso de celo por el reclamante.

Las comunicaciones son los documentos a través de los cuales la inspección se relaciona con cualquier persona, normalmente los empresarios inspeccionados, en el ejercicio de sus funciones (art. 31 RITA). Al igual que las actas, esas comunicaciones pueden limitarse a poner en conoci-

⁴⁶ Cfr. DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, A., "Inspección de Trabajo y Seguridad Social", en Base de Conocimiento Jurídico, en www.iustel.com.

miento o dar noticia a su interlocutor de los hechos o circunstancias, fácticas o jurídicas, entendiéndose, que el inspector hubiera podido conocer a través de sus distintas actuaciones. En otros casos las comunicaciones pueden estar dirigidas a realizar citaciones o a efectuar requerimientos. Desde este punto de vista, las comunicaciones no son más que eso, la plasmación documental de las actuaciones de inspección recogidas en el Capítulo II del RITA, eso sí, excluidas las actas de inspección, porque no van dirigidas a los administrados (aunque éstos deban conocerlas), sino a la propia Administración autonómica. Consideramos que estas comunicaciones, al no estar dirigidas a la Administración, no deben considerarse en sí mismas como documento público, de manera que no hacen prueba en contrario. Cosa diferente sería que, con posterioridad a la relación mantenida, esas comunicaciones puedan incluirse posteriormente en actas, gozando en este caso, ya sí, de esa característica.

Sí son documento público y gozan del atributo de prueba *ius tantum* contras los sujetos prestadores de servicios turísticos las diligencias, que, a diferencia de las comunicaciones, son algo más que la mera proyección documental de las actuaciones bilaterales del inspector. Se trata, ahora sí, de documentos emitidos por la inspección dejando constancia de lo que ha observado a lo largo de su inspección, en cualquier extremo relacionado con el in/cumplimiento, por el sujeto inspeccionado, de la normativa turística. Requerirán, por tanto, de firma del administrado, salvo que se trate de cuestiones cuya veracidad u objetividad sean verificables exclusivamente por el inspector. No queda aquí muy claro cuáles han de ser estas diligencias en las que no se necesita la firma de persona alguna, aunque podemos concluir que pueden tener una doble finalidad: o bien se trata de documentos en los que se hace constar alguna circunstancia que no se refiera a hechos, sino a cuestiones procedimentales derivadas de la inspección misma, tales como citar al administra-

do a una visita posterior, a la vista de la ausencia de un representante de la empresa en la visita que se pretende realizar en ese momento; o la citación para un día determinado, para la presentación de determinada documentación de la que se carece en el momento de realizar la visita, etc. Nótese que este primer tipo de diligencias podría confundirse con el de las comunicaciones, aunque podríamos decir que aquí los actos formales en que consisten estas diligencias sin firma son consecuencia de la inspección realizada, cosa que no tiene por qué darse en las comunicaciones. O bien pueden referirse a circunstancias en las que la presencia de la persona responsable de la instalación o empresa turística pudiera ser inconveniente para encontrar la verdad del asunto. Imaginemos una visita a una habitación de un Hotel, y el cliente no permite la entrada de la persona responsable de la empresa, pero sí la del inspector. Por lo demás, aconsejamos que en cualquier otro caso, para mejor proveer, se solicite siempre la firma de la persona con la que se entiendan las actuaciones inspectoras. Tanto las comunicaciones como las diligencias deben ser notificadas a las personas afectadas.

Sí se regulan en el art. 32 del RITA los informes técnicos emitidos por los inspectores, de oficio, por orden de un superior o del instructor de un procedimiento sancionador, que tienen por objeto valorar la adecuación a la normativa turística a las circunstancias de una determinada empresa, servicio, establecimiento o vivienda turística. Algunos de ellos son preceptivos, como los recogidos en el art. 2.4 del RITA, para:

a) La inscripción, anotación y clasificación en el Registro de Turismo de Andalucía de los sujetos, establecimientos y viviendas turísticas que establece el artículo 34 de la Ley del Turismo, así como las modificaciones, cambios de actividad, de titularidad y reclasificaciones.

b) El funcionamiento y el cierre temporal o definitivo de los servicios y establecimientos turísticos.

O el recogido con carácter previo en el art. 31.2 LTA para, en casos excepcionales, mediante resolución motivada de la Consejería, poder dispensar del cumplimiento de algunos de los requisitos exigidos para otorgar una determinada clasificación a un establecimiento turístico.

Otras veces se ejemplifican actuaciones donde se pueden dar esos informes, pero no parece que se quiera con ello declararlos preceptivos. Es el caso del art. 51, b LTA para la clasificación de establecimientos turísticos, funcionamiento de empresas y seguimiento de la ejecución de inversiones subvencionadas.

En la LTA y en el RITA se da cuenta de otros informes, que no son elaborados por la inspección turística: como los informes que realiza el Servicio de Empresas y Actividades Turísticas para valorar las memorias elaboradas por las Delegaciones Provinciales sobre el cumplimiento de los Planes de Inspección Programada (art. 38 RITA); o el informe del Consejo Andaluz de Municipios o del Consejo Andaluz de Provincias del art. 19.3 LTA.

Resulta incongruente que el RITA considere que los medios a utilizar por la inspección son *numerus apertus* (art. 12.2 RITA), mientras que la documentación que ésta pueden presentar a sus superiores está limitada a las actas, comunicaciones, informes y diligencias. En mi opinión, cualquier otro documento no incardinable en estos elementos citados puede perfectamente admitido, en la medida en que satisfaga la finalidad inspectora, sean pertinentes y plasmados medios de prueba admitidos en derecho, como documentación pública o privada que no sea susceptible de ser calificada como comunicaciones, testimonios, peritajes, etc.

Toda esta documentación, incluidas las actas,

siguiendo la terminología de Zanobini, no son más que actos administrativos declarativos de conocimientos, del mismo tenor que un certificado de notas emitido por una Universidad o una certificación registral del Registro de la Propiedad. Con esta información, como se ha dicho, la Administración puede optar por iniciar una actividad de limitación (exigir el sometimiento a licencia de una actividad clandestina), sancionadora, emitir órdenes, adoptar medidas provisionales, etc.

Como conclusión a todo lo dicho sobre la actividad administrativa de inspección turística habría que recomendar, en sintonía con lo que propone REBOLLO PUIG, la elaboración y aprobación de una Ley general de inspección administrativa, que viniera a subvenir a las debilidades, lagunas y zonas grises, más o menos aclaradas por la jurisprudencia, en relación a tantos de sus aspectos clave, como por ejemplo, la carencia de consagración del principio de *favor libertatis*, legalidad y proporcionalidad, la correcta definición y atribución del carácter de agentes de la autoridad a los inspectores; la concreción de un régimen jurídico nítido sobre el ámbito de actuación de entrada en domicilio, locales y dependencias por parte del inspector; la regulación de la potestad de examen de la documentación de los administrados sometidos a inspección; la regulación de la facultad de tomar muestras y su carácter indemnizable o no; los límites del requerimiento de información a los administrados; los límites de la cesión de datos a otras Administraciones; la validez y límites de la vinculabilidad de la labor inspectora por los planes de inspección programada; el valor probatorio de las actas; el marco jurídico de actuación, por entidades privadas, de las labores de inspección, etc.⁴⁷.

⁴⁷ Véanse las estupendas reflexiones de REBOLLO PUIG, M., "Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas", en la obra colectiva Estudios para la reforma de la Administración Pública, INAP, Madrid, 2004, pág. 447 y ss.

3. EL RÉGIMEN SANCIONADOR EN MATERIA DE TURISMO

3.1. Introducción

La potestad sancionadora de las Administraciones es, históricamente hablando, connatural al ejercicio normativo de una competencia. También ha ocurrido lo propio en materia turística, en la que, desde el principio, esa potestad ha quedado regulada de manera prolija, lo que se puede explicar desde la importancia que tiene disciplinar el orden público lesionado en cualquier ámbito administrativo, y, por qué no decirlo, obtener ingresos con los que hacer frente a los servicios administrativos al respecto⁴⁸.

El Título VII de la LTA está dedicado al régimen sancionador de la actividad turística en Andalucía. Como ya se ha dicho, el régimen sancionador es una consecuencia adjetiva de la competencia material que una Administración tenga en una materia. Al tener la CA de Andalucía las competencias fundamentales sobre turismo y actividad turística, es lógico que la LTA incorpore un Título completo dedicado a la tipificación de las infracciones, la fijación de sanciones y el establecimiento de algunos trámites del procedimiento sancionador aplicable en materia de turismo (art. 57 LTA), para una mejor protección de los derechos de los consumidores y usuarios de productos y servicios turísticos en nuestra

Comunidad. Echamos en falta, eso sí, a la vista de sus competencias en materia de turismo y de su autonomía propia, la entrada de los Municipios en la competencia sancionadora de algunas infracciones leves⁴⁹.

El Título VII está dividido en cuatro Capítulos, el primero de los cuales está conformado por el ya citado art. 57. Los tres siguientes se detienen a desarrollar las infracciones administrativas, las sanciones correspondientes a esas infracciones y, finalmente, a pergeñar un procedimiento sancionador propio.

Ese Título respeta el Título IX de la LRJAPyPAC, en cuanto establece el Derecho básico y común de todas las Administraciones públicas en el ejercicio de su potestad sancionadora.

3.2. De las infracciones administrativas

Podemos definir con CORCHERO la infracción administrativa como aquella acción u omisión típica, antijurídica y culpable⁵⁰.

3.2.1. El principio de legalidad y la tipificación de las infracciones administrativas

El art. 58 se limita a incluir en el ámbito de las conductas ilegales sancionables como infracción administrativa en materia de turismo tanto las acciones como las omisiones tipificadas en la Ley. Con esto se consagra el consabido principio

de legalidad, consagrado en el art. 25 CE, que sólo permite un margen de normatividad en esta materia sancionadora mínimo a los posibles reglamentos de desarrollo de la LTA, limitándose a complementar o especificar los tipos infractores, e impidiendo su innovación, tanto e efectos de infracciones como de sanciones⁵¹.

En el Derecho Administrativo sancionador la reserva de ley es relativa, pues es muy difícil que la Ley deje completamente determinados los tipos infractores, lo que unido a la importancia del reglamento como fuente del Derecho Administrativo determina la bondad y necesidad de la colaboración reglamentaria en materia de infracciones administrativas. No es, pues, casual que el constituyente, a pesar de dedicar un tratamiento unitario al principio de legalidad en el ámbito penal y administrativo, utilice el término "legislación" en vez de "ley"⁵².

La tipificación significa, en palabras de CAAMAÑO Y ZAMORA, "predeterminación normativa" o, podríamos decir nosotros, describir legalmente una conducta específica a la que se conecta una sanción administrativa, como correlato del derecho a la libertad y del principio de seguridad jurídica⁵³. El principio de tipicidad rige también en el derecho administrativo sancionador (SSTC 37/1982, 182/1990, 81/1995, 151/1997) con los matices ya vistos, y tiene algunas consecuencias jurídicas importantes para el Derecho Administrativo sancionador, similares a las que detenta en el Derecho penal:

- Se excluyen interpretaciones innovativas y arbitrarias que puedan deformar la voluntad de los representantes de los ciudadanos contenida en la ley o introduzcan diferencias injustificadas entre ellos. De este modo, la interpretación y aplicación de las normas sancionadoras nunca ha de traspasar la "letra de la ley";

⁴⁸ En palabras de CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. y ZAMORA CRESPO, M., "El principio de legalidad en el procedimiento sancionador", en Base de Conocimiento jurídico, www.iustel.com, "Con arreglo a su formulación más clásica, el derecho al principio de legalidad en el ámbito sancionador es consecuencia del principio nullum crimen, nulla poena sine lege, lo que implica, por lo menos: 1) la existencia de una ley en sentido formal (lex scripta); 2) que la ley sea anterior al hecho sancionado (lex praevia) y 3) que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa) (SSTC 133/1987, 3/1988, 111/1993, 372/1993, etc.) e, incluso, por así haberlo acordado la jurisprudencia constitucional, de otros principios como el de irretroactividad o el de non bis in ídem, que, al menos de forma expresa, no forman parte del contenido constitucional del art. 25.1 CE." "El artículo 25.1 de la Constitución extiende la regla nullum crimen, nulla poena sine lege al ámbito del ordenamiento administrativo sancionador y, al igual que en el ámbito del derecho penal, despliega una doble garantía: "La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término "legislación vigente" contenido en dicho artículo 25.1 es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora" (SSTC 42/1987, 3/1988, 101/1988, 219/1989, 61/1990, 207/1990, 305/1993, 341/1993, 6/1994, 133/1999, 60/2000, 276/2000 y 113/2002)."

⁴⁹ Es por eso por lo que, conforme al TC, la garantía formal del artículo 25.1 de la Constitución "sólo tiene una eficacia relativa o limitada en el ámbito de las sanciones administrativas" (SSTC 3/1988, 29/1989, 69/1989, 83/1990). A pesar de esa relatividad, la Constitución exige en todo caso, la "necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal" (SSTC 77/1983, 42/1987, 3/1988, 305/1995 y 113/2002), lo que no impide que "las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley" (STC 83/1984). Por lo tanto, una regulación reglamentaria de infracciones y sanciones carentes de cobertura legal o una remisión incondicionada al reglamento por parte de una norma de rango legal, vulneraría el principio de legalidad del art. 25.1 CE. Ese es el sentido del art. 58.2 LTA, de forma que la colaboración normativa del reglamento en materia sancionadora únicamente es lícita para aplicar lo que es objeto de su propia regulación material, sin que éste pueda innovar el sistema de infracciones y sanciones en vigor y ello, porque en este caso, no se estaría innovando sino reiterando lo que ya está preestablecido (SSTC 101/1988, 29/1989, 219/1991).

⁵⁰ El principio de seguridad jurídica es, tal vez, el más importante a los efectos de la correcta aplicación del Derecho Administrativo sancionador, pues, como ha señalado la STC 7/1981, de 20 de julio, es la suma de los principios recogidos en el art. 9.3 CE, de forma que "permita promover, en el ordenamiento jurídico, la justicia y la igualdad en libertad".

⁴⁸ Sobre la historia normativa de la potestad sancionadora turística en el Estado, véase PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., La disciplina turística, *opus cit.*, págs. 367 y 368.

⁴⁹ Esa competencia municipal podría considerarse implícita a raíz de la entrada en vigor de la Ley 57/2.003, de 16 de diciembre, de Medidas para la modernización del gobierno local: la consagración de la autonomía sancionadora local, que ha otorgado una cobertura legal general municipal para determinadas materias de la potestad sancionadora local no amparadas en la legislación sectorial, recogida ahora en el Título XI de la LRBRLL para todas las corporaciones (nuevos arts. 139-141), y en los arts. 127 y 129 de la Ley 30/1.992, de RJAPyPAC, en respuesta a la más avanzada jurisprudencia del TS sobre la materia, y en un claro guiño a la doctrina administrativa más autorizada. Esta Ley puede haber despejado definitivamente las dudas que recaían sobre la constitucionalidad del art. 1.2 del RD 1.398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, cuando, más allá de la posibilidad de establecer el complemento indispensable al tipificar infracciones y sanciones, decía las ordenanzas locales podían tipificar como infracciones administrativas el incumplimiento de las mismas, si bien respetando en todo caso las tipificaciones previstas en la Ley. Sobre las novedades normativas en relación con la potestad sancionadora local puede verse mi artículo SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., "El principio democrático en la administración local: la elección directa del alcalde y las potestades de autoorganización y sancionadora", en Revista de estudios de la Administración local y autonómica, N.º. 302, 2006, págs. 185-210.

⁵⁰ Cfr. CORCHERO, M., *opus cit.*, pág. 274.

- la analogía nunca puede ser fuente creadora de delitos y penas, lo que impide que el juez se convierta en legislador, y, por otro lado, se prohíben las interpretaciones extensivas de los comportamientos típicos (SSTC 89/1983, 159/1986, 11/1993, etc.); en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 23 abril 1993, el Tribunal denegó la aplicación analógica del plazo de prescripción de las infracciones turísticas a las infracciones en materia de juegos de azar, por ser perjudicial para el infractor;

- Ambos principios –prohibición de analogía y de interpretación extensiva “*in malam partem*”– a pesar de no estar expresamente recogidos en el artículo 25.1 CE, forman, en criterio del Tribunal Constitucional, parte del contenido del derecho a la legalidad reconocido en dicho precepto constitucional (SSTC 2/1981, 62/1982, entre otras);

- el Tribunal Constitucional ha determinado como canon para el control de la constitucionalidad sobre la aplicación de los tipos sancionadores, “el respeto al tenor literal de la norma aplicada, la utilización de criterios interpretativos lógicos y no extravagantes, y el sustento de la interpretación en valores constitucionalmente aceptables” (SSTC 137/1997, 25/1997, 232/1997)⁵⁴.

Las infracciones en materia turística tipificadas en la LTA se clasifican en leves, graves y muy graves.

3.2.2. Clasificación, por materias, de las infracciones leves, graves y muy graves

Los arts. 59, 60 y 61 LTA tipifican, en sendos listados, las infracciones leves, graves y muy graves en materia turística, respectivamente. Se trata de una serie de conductas dolosas y culposas las más veces, otras veces objetivas, de varia índole, que intentan proteger bienes jurídicos diversos, todos ellos relacionados con los derechos de los usuarios y consumidores de servicios o productos

turísticos. Como tales, se prestan mal a posibles intentos de inducción de elementos comunes, a pesar de lo cual, no nos hemos podido resistir a sistematizarlas en tres grupos o tipos.

De esta forma, podemos clasificar las conductas en los arts. 59-61 LTA, de forma convencional, en tres tipos:

A. Infracciones que sancionan la ausencia, falta o incorrección de determinados elementos en relación con aspectos formales-procedimentales de la actividad administrativa de limitación o policía.

B. Infracciones en relación con la calidad de los servicios turísticos prestados o dejados de prestar, normalmente concretados en las relaciones contractuales privadas que median entre los empresarios turísticos y sus clientes.

C. Infracciones por falta, defecto o incorrección en materia de publicidad a terceros (usuarios o no) de los servicios turísticos prestados o por prestar.

Enunciamos ahora las infracciones adscribibles a cada uno de esos tres tipos.

A. Infracciones que sancionan la ausencia, falta o incorrección de determinados elementos en relación con aspectos formales-procedimentales de la actividad administrativa de limitación o policía.

Dentro de este primer tipo, habría que citar las infracciones leves enunciadas en los números 1, 5, 6 y 8 del art. 59 LTA, esto es:

1. *La realización o prestación de un servicio turístico estando autorizado e inscrito, cuando sea preceptivo, pero careciendo de otros documentos que al efecto sean exigibles por las disposiciones turísticas que regulen dicha actividad.*

5. *El retraso en el cumplimiento de las comunicaciones y notificaciones a la Consejería competente en materia de turismo de cambios de titularidad del establecimiento o en la presenta-*

*ción de aquella otra información que exija la normativa turística*⁵⁵.

6. *El incumplimiento de las obligaciones formales exigidas por las normas relativas a documentación, libros o registros establecidos obligatoriamente por la legislación turística para el adecuado régimen y funcionamiento de la empresa, instalación o servicio y como garantía para la protección del usuario, y, en particular, la falta de diligenciación de los libros conforme*

*a la normativa turística y la no conservación de la documentación obligatoria durante el tiempo establecido reglamentariamente*⁵⁶.

8. *El incumplimiento de los requisitos, obligaciones y prohibiciones contenidos en esta Ley, así como las que en ejecución de la misma se establezcan en la normativa de desarrollo cuando no tenga trascendencia directa de carácter económico ni perjuicio grave para los usuarios y siempre que no esté tipificada como infracción grave ni muy grave*⁵⁷.

⁵⁵ Obsérvese que cuando no hay retraso sino incumplimiento en la obligación de notificar la información turística requerida, la infracción se convierte en grave (art. 60.4 LTA). Como recuerda BLASCO DÍAZ, J. L., *opus cit.*, sería el caso, por ejemplo, de las actuaciones que deben realizar las agencias de viaje, en un determinado plazo, tras obtener su título-licencia; o el deber general de comunicar los precios de sus servicios turísticos que tienen las empresas de alojamiento turístico; o de notificar su período de funcionamiento; o el deber de comunicar, por parte de un alojamiento rural, las alteraciones sufridas en su capacidad, instalaciones o servicios relevantes.

⁵⁶ Se enumeran aquí una serie de incumplimientos heterogéneos de las obligaciones formales impuestas por la normativa turística a las empresas y establecimientos del ramo. Tal vez hubiera sido más correcto, para evitar esa generalidad, siempre nefasta a los efectos sancionadores, haber sacado de este tipo algunos de los incumplimientos formales más graves, al igual que la no existencia de libros de quejas y reclamaciones en un establecimiento, así castigadas en el art. 60.10 LTA, y convertirlos en sanciones graves, por atentar y afectar a la seguridad, calidad y otros derechos de los clientes y usuarios de una manera significativa. Así, por ejemplo, la ocultación de parte de la documentación a los efectos de recibir la licencia de apertura o la inscripción registral del establecimiento. No se entiende muy bien la razón por la que esas insuficiencias registrales dan lugar a una infracción grave cuando el servicio se presta sin la debida, y previa, modificación de la inscripción en el Registro Turístico de Andalucía. Tal y como está redactado el tipo infractor del art. 59.6 LTA parece que incluye también la apertura de un establecimiento turístico sin haberlo inscrito previamente en ese Registro, conducta que debería ser incluida, de todas todas, entre las infracciones graves.

Por la misma razón, tampoco nos parece razonable no sancionar la clausura o cierre de establecimientos que se hallen abiertos al público, así como la suspensión de actividades turísticas, cuando el establecimiento o la actividad no haya obtenido la previa inscripción en el Registro de Turismo de Andalucía. La sanción aquí debería recaer siempre, como castigo y medida disuasoria frente a otros establecimientos que pretendan abrir al público sin dicha inscripción (art. 65.2 LTA). De otra forma se estaría incentivando la no inscripción registral.

La falta de diligenciación de los libros o la no conservación de la documentación obligatoria, por el contrario, podrían mantenerse como infracciones leves, al afectarse en menor grado la protección debida a los clientes y usuarios.

⁵⁷ Este numerus apertus final es inevitable, si no se quieren dejar de punir pequeños incumplimientos de la normativa turística, tanto la recogida en leyes como en sus reglamentos de desarrollo, interpretados muchas veces por instrucciones de servicio, circulares o actos administrativos. Lo que ocurre es que se genera bastante inseguridad jurídica para los operadores turísticos, que desconocen las infracciones y sanciones concretizadas por esos reglamentos, a los que, evidentemente, no hace referencia la LTA por ser previa a éstos. Esa inseguridad alcanza también a tipos infractores no concretados en la LTA, que requieren ser rellenados con la legislación pertinente, a la que no cita. Así ocurre, por ejemplo, con algunas expresiones recogidas en los arts. 59-61 LTA, del siguiente tenor: “cuando sea preceptivo”, “de obligatoria exhibición en los establecimientos, según se determine reglamentariamente”, “el incumplimiento de las disposiciones turísticas que regulen la publicidad sobre productos y servicios y sus precios”, “o en la presentación de aquella otra información que exija la normativa turística”, “El incumplimiento de las obligaciones formales exigidas por las normas relativas a documentación, libros o registros establecidos obligatoriamente por la legislación turística”, etc., etc., etc. Admite la tipificación indirecta o por remisión, con condiciones, el Prof. ALEJANDRO NIETO, en su excelso libro NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 309.

Las tres condiciones acumulativas impuestas (cuando no tenga trascendencia directa de carácter económico ni perjuicio grave para los usuarios y siempre que no esté tipificada como infracción grave ni muy grave) requieren bastante finura por parte de la Administración a la hora de valorar adecuadamente lo que se entienda por perjuicio grave o trascendencia directa. En caso de duda, por tanto, habría que aplicar el principio in dubio pro reo, considerando la infracción como leve, si bien tal extremo no debe nunca conjurar la obligación del infractor de indemnizar los perjuicios económicos causados a los clientes, ni de reponer los daños a las cosas a su situación original, en aplicación del art. 130.2 LRJAPAC. Como ejemplo de una de estas posibles infracciones del art. 59.8 LTA podríamos citar la no asistencia de los titulares de una empresa o establecimiento turístico a un requerimiento realizado por un inspector.

⁵⁴ Cfr. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. y ZAMORA CRESPO, M., *opus cit.*

También las conductas tipificadas como infracciones graves en los números 1, 4, 5, 7, 10, 13 y 15 del art. 60 LTA, a saber:

1. *La realización o prestación clandestina de un servicio turístico, definida en el artículo 28.3 de la presente Ley.*

4. *El incumplimiento de comunicar y notificar a la Consejería competente en materia de turismo los cambios de titularidad del establecimiento o de presentar aquella otra información que exija la normativa turística, tras ser requerido al efecto.*

5. *La alteración de los presupuestos que motivaron el otorgamiento de la autorización, inscripción o título preceptivo para la actividad turística, sin previa autorización del órgano turístico competente.*

7. *Prestar el servicio turístico tras efectuar modificaciones estructurales que afecten al grupo, categoría, modalidad o especialidad del establecimiento sin la previa modificación de la inscripción en el Registro de Turismo de Andalucía.*

10. *La inexistencia de hojas de reclamaciones o la negativa a facilitar la hoja de reclamaciones a los clientes en el momento de ser solicitadas⁵⁸.*

13. *El no mantener vigente la cuantía del capital social o las garantías de seguro y fianza exigidas por la normativa de las agencias de viajes.*

15. *La contratación de establecimientos y personas que no dispongan de las autorizaciones*

pertinentes, así como el no poseer personal habilitado para el ejercicio de funciones cuando ello sea exigible por la normativa turística a los efectos de la prestación de los servicios convenidos con los clientes.

Y, por último, las conductas tipificadas como infracciones muy graves en los números 4 y 5 del art. 61 LTA, que son las siguientes

4. *La negativa u obstrucción a la actuación de los servicios de inspección de la Administración turística que impida o retrase el ejercicio de sus funciones, así como la aportación a la misma de información o documentos falsos⁵⁹.*

5. *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.*

B. Infracciones en relación con la calidad de los servicios turísticos prestados o dejados de prestar.

Dentro de este segundo tipo, podemos incluir las conductas tipificadas como infracciones leves en los números 2, 7 y 8 del art. 59 LTA:

2. *Las deficiencias en la prestación de los servicios contratados de conformidad con la categoría del establecimiento y las condiciones acordadas, y, en particular, las relativas a la limpieza, decoro y funcionamiento de las instalaciones y enseres⁶⁰.*

7. *Admitir reservas en exceso, que originen sobrecontratación de plazas cuando la empresa infractora facilite al usuario afectado alojamiento en las condiciones del artículo 26.2, párrafo primero⁶¹.*

8. *El incumplimiento de los requisitos, obligaciones y prohibiciones contenidos en esta Ley, así como las que en ejecución de la misma se establezcan en la normativa de desarrollo cuando no*

tenga trascendencia directa de carácter económico ni perjuicio grave para los usuarios y siempre que no esté tipificada como infracción grave ni muy grave. Esta infracción, por su generalidad, es susceptible también de ser incluida en los tipos A y C. No se compadece mucho con el principio de taxatividad, que rige tanto en el Derecho penal como en el Derecho Administrativo sancionador⁶².

⁵⁸ La expresión "decoro", tan usada en el teatro y en la literatura renacentista, no nos parece adecuada aquí ni siquiera como concepto jurídico indeterminado, ya que hace alusión a cualidades humanas. Con el sustantivo limpieza se expresa claramente el mismo concepto que, creo, se quiere transmitir, sin hacer alardes literarios. El decoro hacía referencia a la honra, esto es, la clase o entorno social en la que se debía relacionar una persona, de manera que, para un campesino, por ejemplo, era indecoroso alternar con personas de mayor alcurnia, y al revés. No parece que el sustantivo, aquí, por tanto, esté bien escogido para manifestar la prestancia y aseo de las instalaciones turísticas.

Podríamos incluir dentro de la expresión decoro algunas actuaciones poco educadas o descorteses llevadas a cabo por el personal de la empresa turística para con su clientela, que sí viene recogida en la legislación turística de otras CC.AA., que se convierte en infracción grave cuando el servicio se presta de manera insatisfactoria (art. 60.8 LTA).

⁵⁹ Nótese que en este caso la infracción es leve porque los titulares de los establecimientos turísticos que incurrieron en overbooking facilitaron finalmente alojamiento a los usuarios afectados en otro establecimiento de la misma zona, de igual o superior categoría y en similares condiciones a las pactadas, sufragando también los gastos de desplazamiento hasta el establecimiento definitivo de alojamiento, la diferencia de precio respecto del nuevo, si la hubiere, y cualquier otro que se originen hasta el comienzo del alojamiento, pues el establecimiento subcontratado suele repetirlos contra el primer establecimiento. Estamos pues antes varias condiciones, impuestas por el art. 26.2 LTA, que deben cumplirse acumulativamente. En caso de faltar una de ellas la infracción debería pasar, por tanto, a ser grave (art. 60.11 LTA). Cuando el overbooking fue causado por otra empresa, la empresa turística que contrató con el usuario no es responsable del mismo, si puso a su disposición otros servicios alternativos: así, si una agencia de viajes dejó a un cliente en tierra porque la compañía aérea con la que había reservado un asiento fue la responsable del overbooking, a pesar de lo cual la agencia facilitó otros billetes de aviación una semana más tarde. Véase STJSJ Madrid de 14 de septiembre de 1998.

⁶⁰ Aunque tengo mis dudas sobre su constitucionalidad, son los reglamentos de desarrollo de la LTA los que tienen la obligación de concretar las sanciones correspondientes a cada uno de esos incumplimientos no tipificados de la normativa turística, como, por analogía, establece el art. 2 del Real Decreto 1.398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora. En este punto, el art. 2.1 del Reglamento, al permitir los tipos genéricos por incumplimiento de la normativa, parece entrar en contradicción con los arts. 128 y 129 LRJAPyPAC, que exige tipos concretos. En todo caso, esos incumplimientos deben ser de obligaciones legales, nunca de códigos deontológicos, tentación que ya conjuró nuestra Constitución en su art. 26 cuando prohibió los Tribunales de Honor.

En palabras de CAAMAÑO Y ZAMORA, *opus cit.*, "la taxatividad asegura que la descripción normativa de los delitos, faltas, infracciones administrativas, penas y sanciones nunca se efectúe mediante conceptos jurídicos indeterminados o cláusulas generales. Con ello se pretende evitar la vulneración del principio de seguridad jurídica y una posible actividad creadora del juzgador, con los riesgos que ello entraña (arbitrariedad y falta de previsibilidad). Así entendida, la taxatividad es un mandato dirigido al legislador del ius puniendi. Una forma de delimitar el ámbito positivo de los conceptos jurídicos indeterminados tan usados en los tipos infractores de la LTA es acudir a la interpretación auténtica de la Ley, hecha en su Exposición de Motivos, en el derogado Decreto 95/1995, que fija los objetivos básicos que han de inspirar los planes de inspección turística y atribuye diversas competencias en la materia, en los planes de inspección programada o en otros planes más genéricos (por ejemplo, en el Plan General de Turismo de Andalucía, o en el Plan General del Turismo Sostenible de Andalucía).

Sin embargo, esta exigencia no es determinante y absoluta. El Tribunal Constitucional ha justificado la utilización de conceptos indeterminados en normas penales y sancionadoras. Así, en la STC 7/1982 se afirma que el principio de legalidad no se opone a la utilización de conceptos indeterminados cuando éstos son indispensables (STC 7/1982) y, en la sentencia 53/1985, se nos dice, en relación con los términos "grave, necesario o probable" que, aunque den lugar a un cierto margen de interpretación, no se transforman en conceptos incompatibles con la seguridad jurídica cuando son susceptibles de definiciones acordes con el sentido idiomático general que eliminan el temor de una absoluta indeterminación en cuanto a su interpretación (STC 53/1985).

Se infiere así que sólo son contrarias al artículo 25.1 CE las resoluciones abiertas y vagas, cuya aplicación o inaplicación se base en una decisión libre y arbitraria de los jueces y tribunales.

Tampoco la regulación de infracciones administrativas mediante conceptos indeterminados vulnera la exigencia de *lex certa* si su concreción es razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y pueda, por consiguiente, preverse con la suficiente seguridad las características esenciales de la infracción tipificada" (STC 69/1989)."

⁵⁸ Obligación ésta presente también en la legislación de defensa de consumidores y usuarios: art. 21 y art. 49.1.k del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

⁵⁹ A la vista de la gravedad de las conductas tipificadas como infracciones muy graves en este art. 61 LTA, nos parece exagerado incluir entre ellas este punto, en el que se trata de una simple obstrucción de la actividad inspectora a nivel puntual, es decir, la negativa a dejar inspeccionar el establecimiento propio. Al no afectar a derechos de terceros, salvo en aquellos casos en que la obstrucción obedeciera al deseo de ocultar defectos en la prestación de los servicios turísticos, nos parece que esta infracción debería haber sido considerada simplemente como grave, sobre todo porque podría ser sancionada como infracción muy grave una obstrucción menor que sólo retrasase la inspección, pero que no la impidiese a posteriori. Lo mismo habría que decir de la aportación de documentación falsa, sobre todo cuando tipos como los recogidos en los puntos 2º y 3º del art. 60 tienen el mismo fundamento que éste, es decir, una falsedad o engaño, tanto más en estos casos en los que se produce un daño a los usuarios, daño que incluso puede no darse en el tipo del art. 61.4. El art. 49.1, h del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, contempla una sanción similar.

También las conductas recogidas en los números 6, 8, 9, 11, 12, 14, 16 y 17 como infracciones graves del art. 60 LTA:

6. *El incumplimiento de la normativa turística aplicable en materia de insonorización, así como el incumplimiento parcial y no sustancial de la normativa sobre prevención de incendios y de seguridad de las instalaciones*⁶³.

8. *La negativa a la prestación de un servicio contratado o la prestación del mismo en condiciones de calidad sensiblemente inferiores a las pactadas. No constituirá infracción la negativa a continuar prestando un servicio cuando el cliente se niegue al pago de las prestaciones ya recibidas*⁶⁴.

9. *La prestación de servicios a precios superiores a los expuestos al público o con incumpli-*

miento de las disposiciones o normas vigentes en materia de precios.

11. *Admitir reservas en exceso, que originen sobrecontratación de plazas cuando la empresa infractora no facilite al usuario afectado alojamiento en las condiciones del artículo 26.2, párrafo primero.*

12. *La negativa a la expedición de factura o tique, o, habiendo expedido el tique mecánico, la negativa a realizar la correspondiente factura especificando los distintos conceptos a solicitud del cliente, y, en general, no facilitar al cliente cuantos documentos acrediten los términos de su relación con la empresa turística y que legalmente estén obligados a suministrarle.*

14. *Las infracciones de la normativa turística que conlleven daños a los recursos turísticos, al medio ambiente o al patrimonio histórico*⁶⁵.

16. *La alteración de la capacidad de alojamiento de los establecimientos hoteleros, mediante la utilización doble de habitaciones calificadas como individuales o mediante la instalación de camas supletorias siempre que supere el límite reglamentariamente establecido.*

17. *La contratación de servicios turísticos por tiempo superior al establecido reglamentariamente.*

Y, finalmente, las conductas tipificadas como muy graves en los números 1, 2 y 3 del art. 61 LTA:

1. *Las infracciones de la normativa turística que tengan por resultado daño notorio o perjuicio grave a la imagen turística de Andalucía, o de cualesquiera de sus destinos turísticos*⁶⁶.

2. *Cualquier actuación discriminatoria, incluida la expulsión injustificada de un establecimiento turístico, cuando se realice por razón de discapacidad, raza, lugar de procedencia, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social.*

3. *Las deficiencias en materia de infraestructuras, instalaciones y actividad que supongan grave riesgo para los usuarios, así como el incumplimiento sustancial o generalizado de la normativa en materia de incendios y seguridad.*

C. Infracciones por falta, defecto o incorrección en materia de publicidad a terceros (usuarios o no) de los servicios turísticos prestados o por prestar.

Corresponden a este tercer tipo las conductas leves y graves tipificadas en los números 3, 4 y 8; y 2 y 3 de los arts. 59 y 60, respectivamente, LTA. Son:

3. *La falta de distintivos, anuncios, señales o de información de obligatoria exhibición en los establecimientos, según se determine reglamentariamente, o que, exhibidos, no cumplan las formalidades exigidas*⁶⁷.

4. *La falta de publicidad de las prescripciones particulares a las que pudieran sujetarse la prestación de los servicios, así como el incumplimiento de las disposiciones turísticas que regulen la publicidad sobre productos y servicios y sus precios, salvo que estas últimas tengan la consideración de infracción grave.*

8. *El incumplimiento de los requisitos, obligaciones y prohibiciones contenidos en esta Ley, así como las que en ejecución de la misma se establezcan en la normativa de desarrollo cuando no tenga trascendencia directa de carácter económico ni perjuicio grave para los usuarios y siempre que no esté tipificada como infracción grave ni muy grave.*

⁶³ Se trata de una infracción que puede convertirse en muy grave si hay incumplimientos sustanciales que provoquen un riesgo cierto (art. 61.3 LTA).

El art. 49.1. b del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias tipifica, de forma parecida, como infracción "Las acciones u omisiones que produzcan riesgos o daños efectivos para la salud o seguridad de los consumidores y usuarios, ya sea en forma consciente o deliberada, ya por abandono de la diligencia y precauciones exigibles en la actividad, servicio o instalación de que se trate".

⁶⁴ En los viajes contratados, por ejemplo, lo pactado lo constituyen las cláusulas del contrato de viajes, incluyendo la publicidad realizada sobre el mismo por la agencia correspondiente. Si, por ejemplo, la alteración del recorrido de un viaje pactado obedeció a causas de fuerza mayor (algo que ocurre con frecuencia en cruceros por alta mar, debido a los temporales), la infracción no se produciría, y al revés (Cfr. STSJ Madrid de 3 de noviembre de 1998).

⁶⁵ Aquí la Administración turística debe tener especial cuidado en no incurrir en el non bis in idem y sancionar conductas también sancionables conforme a la frondosa legislación ambiental, de protección del patrimonio histórico, o de consumidores y usuarios (p. ej., art. 49.1. c del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias). La solución es aplicar, en casos de concurso de infracciones, la sanción correspondiente a la normativa especial, de forma, por ejemplo, que una infracción sobre inaplicación de la normativa antiincendios o de seguridad deberá ser sancionada por la normativa turística, cuando la conducta es cometida por una empresa turística, en lugar de por la normativa antiincendios o de consumidores y usuarios.

De todas formas, a veces no es tan sencillo, pues, aunque la causa de una infracción turística sea el incumplimiento de la normativa turística, resulta evidente que el bien turístico protegido puede ser otro igualmente especial, como la conservación del patrimonio histórico-artístico o del medio ambiente, con lo que puede existir un solapamiento con esas otras infracciones de la normativa sectorial. Como nos recuerdan CAAMAÑO Y ZAMORA, *opus cit.*, el non bis in idem es un principio que protege el "derecho a no ser sancionado dos veces por un mismo hecho, cuyo anclaje constitucional bien pudiera ser el derecho a la seguridad del art. 17.1 CE ha sido ubicado por el Tribunal Constitucional en el seno del derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE, ante la falta de un reconocimiento constitucional expreso (STC 2/1981, 154/1990, 204/1996, 221/1997, 152/2001 etc.). Con esta garantía se persigue impedir toda duplicidad de sanciones —penales, administrativas, o de éstas entre sí (administrativa y penal)— en aquellos casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento pues "semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del ius puniendi del Estado" (STC 159/1987).". Así, por ejemplo, acampar libremente supondría una infracción del art. 3 del Decreto 164/2003, de 17 junio, de ordenación de los campamentos de turismo de Andalucía, y no podría imponerse otra sanción ambiental si esa acampada dañara el medio ambiente, pues la ratio de la infracción turística es precisamente no dañar el entorno. Sí cabría imponer una sanción ambiental distinta cuando la infracción se produzca en un espacio protegido, por tener un fundamento distinto.

Como refiere FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *opus cit.*, el problema del non bis in idem se residencia a nivel procedimental, de forma que cuando una infracción es susceptible de imponerse por distintos órganos sectoriales, se tramitan dos procedimientos paralelos, pudiendo ocurrir que, si el primero en imponer la sanción es el órgano turístico, éste pida al otro órgano que absuelva al infractor por esa otra infracción, pero si fuera al contrario, el órgano turístico o el propio sancionado deberán recurrir la sanción para poder imponer la propia (pág. 157).

⁶⁶ En este tipo se está protegiendo la imagen turística, buena o muy buena, que pueda tener Andalucía o cualquiera de sus destinos turísticos, en el resto de España o del Mundo. Parece difícil encontrar un ejemplo de daño notorio a la imagen turística de Andalucía, pues la infracción de la normativa turística no suele dar lugar a un perjuicio de tal calado. Más habitual, aunque en cualquier caso se trata de supuestos muy lejos de ser comunes, puede ser una infracción que acarree un daño moral a la imagen de un Municipio turístico aunque en estos casos suele haber concurrencia con otras infracciones de tipo urbanístico, territorial o medioambiental, valiendo aquí las admoniciones realizadas anteriormente para no incurrir en violación del principio non bis in idem. Podría ser el caso, verbigracia, de un Hotel de máxima categoría en el que detectasen defectos graves en la higiene (ratas, comida contaminada, etc.), o de varios establecimientos hoteleros que operan en un Municipio cuyo consistorio no les ha exigido licencia de apertura, o siendo ésta fruto de la prevaricación urbanística, etc. Resulta evidente que en estos supuestos debe darse un elemento posterior o simultáneo a la infracción misma, que es la publicidad, siempre no deseada, evidentemente, de la conducta, a través de medios de comunicación, vídeos colgados de Internet, fotos obtenidas por clientes o usuarios, etc. En la Costa del Sol, desgraciadamente, estamos teniendo en los últimos tiempos bastantes infracciones urbanísticas que implican también vulneración de la normativa turística, sobre todo relacionada con actividad clandestina (art. 28.3 LTA).

Podría pensarse también que el incumplimiento de las normas reguladoras de los distintivos, mensajes y estrategias de la CAA podría afectar a su imagen, aunque no de una manera grave. Así, si por ejemplo, si un establecimiento que haya recibido un premio a la calidad turística de la Consejería incumpliera las normas relativas a esa calidad en años sucesivos.

⁶⁷ Esta infracción aumenta a grave cuando los distintivos, placas o denominaciones no están de acuerdo con los que se correspondan en función de la actividad, autorización administrativa, título o habilitación otorgados por la Administración, cuando sean expresivos de una categoría superior o modalidad diferente a aquéllas (art. 60.2 LTA). Esta obligación la tienen los establecimientos hoteleros, apartamentos turísticos, alojamientos de turismo rural, los campamentos y los albergues.

Y

2. La utilización de denominación, rótulos o distintivos diferentes a los que corresponda conforme a la clasificación otorgada al establecimiento, actividad o servicio⁶⁸.

3. La utilización de información o publicidad que induzca a engaño en la prestación de los servicios, así como el uso de sistemas agresivos de promoción de ventas⁶⁹.

Por reincidencia debemos entender, como nos recuerda el art. 131 LRJAPyPAC, la comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.

3.2. Personas responsables de las infracciones

Históricamente, las sanciones administrativas se imponían por responsabilidad objetiva (*versare in re illicita*). Hoy en día, el art. 130 LRJAPyPAC exige siempre una responsabilidad subjetiva, interpretada por la STC de 26 de abril

de 1990. Esto es, se es responsable de una infracción administrativa, también de las de carácter turístico, cuando se comete el supuesto de hecho previsto en los tipos infractores mencionados. No se necesita, por tanto, intencionalidad o culpa, negligencia grave o negligencia simple, lo que, en puridad no incluye la comisión de la conducta "sin querer" o "por ignorancia de la ley", pues estaríamos hablando de una responsabilidad objetiva, muchas veces rechazada por el TC (SSTC 219/1988, de 22 de noviembre, 76/1990, de 26 de abril o 246/1991, de 19 de diciembre). El error de derecho debe eximir de la sanción o, en todo caso, atenuar la responsabilidad, para cumplir así el principio *nullum poena sine culpa*.

Las personas, físicas o jurídicas, responsables de las infracciones, vienen recogidas en los apdos. A y b del art. 62.1 LTA. Resumidamente, se imputa a los titulares de las empresas turísticas (parece poder incluirse aquí tanto a personas privadas como a públicas o Administraciones) o a las personas que presten servicios turísticos de manera clandestina. En relación con los titulares, la Ley parte de la presunción *iuris tantum* de que

al ser los directivos, máximos responsables o titulares de las licencias administrativas, deben estar al tanto de lo que ocurre en sus establecimientos y, si no lo están, debieran haberlo estado, de manera que se les sanciona por acción, omisión o simple culpa *in vigilando* e incluso *in eligendo*. Y ello, a pesar de que la propia Ley les permite repetir contra las personas a las que sean materialmente imputables las infracciones, como prevé también la Ley gallega 9/1997. A mi juicio, esta presunción, copiada de las leyes murciana y madrileña 11/1997 y 1/1999, respectivamente, que tiene la buena intención de hacer aparecer ante los usuarios o clientes a una única y visible persona responsable, no es correcta jurídicamente a la vista de la necesidad, tantas veces declarada por la mejor jurisprudencia, de precisar la responsabilidad personal en el Derecho Administrativo sancionador⁷⁰.

Por ello abogaré por la validez de una prueba en contrario que, desde el principio, en vía administrativa, permitiera al responsable eximirse del procedimiento, haciéndose responsable formal a la persona que cometió la infracción materialmente. Ello porque, aparte de la "pena del banquillo" que supone para todo el establecimiento turístico ver a su responsable imputado, muchas veces resulta imposible repetir contra el verdadero infractor las consecuencias colaterales de la infracción, como son el resarcimiento del daño causado y la *restitutio in pristinum* de la situación ocasionada por la infracción⁷¹. Con ello se evitarían también consecuencias injustas para el establecimiento como algunas sanciones accesorias injustas, como el cierre temporal del

mismo, la revocación del título con que operaba o la clausura definitiva del mismo.

Sí resulta del todo lógica la prescripción prevista en el art. 62.2 LTA, cuando se hace responsable al titular de las actividades turísticas de las infracciones cometidas por sus empleados o por terceras personas que, sin unirles un vínculo laboral, realicen prestaciones a los usuarios turísticos comprendidas en los servicios contratados con aquél. Aquí el fundamento de esta presunción no es otra que la protección de la confianza de los clientes y usuarios, que reciben servicios turísticos por personas que incurrir en una *negotiorum gestio*, por la que debe penar el titular de la empresa, incluso en concurrencia con posibles infracciones de la normativa laboral o delitos contra los derechos de los trabajadores, del Título XV del Código Penal vigente.

La lectura del art. 62 LTA parece excluir a aquellos otros sujetos con los que la empresa turística hubiese contratado un servicio de prestación no obligatoria, cuando fuesen dichos sujetos los que cometieren la infracción, ya que en estos casos falta el elemento subjetivo de la infracción. Así, si una empresa informática realiza una página web sobre un Hotel, a petición de éste, en la que se incluye información errónea, no habrá infracción turística, al no ser la empresa informática uno de los sujetos responsables que permite el art. 62, si bien podría ser sancionada por alguna infracción al margen de la normativa turística. Podríamos sopesar que si la información errónea la suministró el Hotel con dolo o culpa, podría ser el Hotel el responsable de la infracción. En caso contrario, no cabría imputar a nadie en ese caso.

⁶⁸ Aunque no muy frecuente, es relativamente conocida la treta empleada por algunos Hoteles de rotular en la propia fachada de su establecimiento, con más estrellas de la cuenta, o con símbolos parecidos, como puntos, soles, etc., que pueden inducir a engaño a los potenciales clientes sobre una superior cualificación de la calidad hotelera. Parece correcta la tipificación de este tipo de conductas, casi siempre dolosas, como graves, aunque es deseable, a la hora de imponer la sanción correspondiente en estos casos, agravar la pena todo lo posible en atención al beneficio ilícito obtenido (sobre todo cuando el engaño se ha prolongado en el tiempo) y a la existencia de dolo o intencionalidad, como permite el art. 68 LTA.

⁶⁹ En este caso, la publicidad engañosa no se da en la fachada, sino en la publicidad impresa o en Internet, usando las mismas estrategias. Por ser similares y castigar la misma intención de inducción al engaño, considero que los puntos 2º y 3º del art. 60 deberían haberse refundido en uno solo. La razón de su separación parece encontrarse en la mayor amplitud del tipo del punto 3º, que incluye cualquier información engañosa acerca del establecimiento, no necesariamente sobre su clasificación en número de estrellas. Si cabe, esta infracción es incluso más grave que la del número 2º, habida cuenta de que se produce en el momento en que el cliente es más frágil y vulnerable, cuando decide reservar los servicios del hotel al ver su publicidad impresa o en Internet, con lo que tanto el dolo como el daño sufrido es mayor, al encontrarse en cliente con la realidad con posterioridad a la contratación del servicio, a diferencia de lo que ocurre en el punto 2º, en el que el engaño en el rótulo puede evitarse con carácter previo si la publicidad del Hotel acerca de su clasificación, impresa o virtual, hubiese sido correcta.

La inclusión, por otra parte, en el mismo punto, de la expresión "sistemas agresivos de promoción de ventas" se realiza por tratarse de un tipo infractor con la misma base de engaño, refiriéndose así a aquellos en los que existe una pequeña dosis de falsedad sobre el cliente, en los que se disfraza o distorsiona la realidad de lo que se ofrece, de una forma tal vez no determinante de la contratación en sí misma, pero sí lo suficientemente importante como para ayudar a producirla. Suelen ser casos de marketing en los que se oculta parte de verdad que no interesa, o se magnifican las partes buenas del servicio, haciéndolas desproporcionadas, porque, de otro modo, si el engaño o la ocultación fuera determinante de la contratación, el sistema ya no sería agresivo sino ilegal y constituiría una estafa, conducta castigada como delito en el art. 248 del Código Penal. En todo caso, los tipos de los puntos 2º y 3º pueden determinar también en ocasiones la imposición de una segunda infracción por el punto 8º del mismo art. 60 LTA. La publicidad engañosa, desleal o subliminal están proscritas por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

⁷⁰ La única ley autonómica sobre turismo que hace corresponder la responsabilidad formal con la material es la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, que, en su art. 73, reza así: "Son responsables de las infracciones turísticas las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, que realicen las acciones u omisiones tipificadas por esta Ley".

⁷¹ Sobre el concepto de *restitutio in pristinum* en el concreto campo del medio ambiente, con algunas reflexiones trasladables a esta obligación, puede verse mi artículo SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., "La <<restitutio in pristinum>> como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente", en Revista Electrónica de Derecho Ambiental, Número 03, Noviembre 1999, accesible en Internet en la web: www.cica.es/aliens/gimadus.

3.2.4. Infracciones constitutivas de delito o falta

El art. 63 LTA recoge la obligación de suspensión del procedimiento administrativo sancionador hasta la firmeza de la resolución judicial que se hubiese iniciado en relación con un delito o falta instruido por los mismos hechos, con base en la preferencia, recogida en el art. 4.1 LJCA, del proceso penal sobre el contencioso-administrativo. Con buen sentido se excluyen de esa suspensión las posibles medidas cautelares o provisionales que se hubieran podido decretar durante el procedimiento administrativo sancionador, cuya finalidad no es otra que asegurar el objeto litigioso. Sí alcanzará la suspensión a la ejecución de los actos administrativos de imposición de la sanción.

La base de este precepto es el principio *non bis in idem*, recogido en el art. 133 LRJAPyPAC, aunque puede darse el supuesto en que la sanción hubiese recaído con anterioridad al comienzo de la instrucción del proceso penal por los mismos hechos, en cuyo caso la sanción quedaría por lo pronto en suspenso mientras dure el proceso penal, y, posteriormente, sin efecto, desde el momento en que adquiriera firmeza la sentencia.

El apdo. 4º, trasunto del art. 10.2 LOPJ, debe considerarse en su justa medida, ya que los hechos probados en el proceso penal sólo deben vincular a la Administración cuando no se basen en la interpretación de preceptos de Derecho administrativo, cuya *mens legis* debe quedar siempre, por razones de especialidad, en la Administración o, en todo caso, en la jurisdicción

contencioso-administrativa, en virtud de lo recogido en los arts. 3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El ilícito administrativo, en su interpretación por la Administración o los tribunales de lo contencioso-administrativo, tiene autonomía frente a posibles cuestiones prejudiciales del juez de lo penal (prejudicialidad devolutiva planteada a favor del juez contencioso-administrativo por el juez de lo penal, cuando dicha cuestión fuere determinante de la culpabilidad o inocencia del reo). El juez de lo penal debe atemperarse a lo resuelto por el juez contencioso-administrativo (art. 7 LECr)⁷¹.

3.2.5. Prescripción de las infracciones

Las infracciones leves, graves y muy graves en materia de turismo, previstas en la LTA, prescriben a los seis meses, nueve meses y un año, respectivamente (art. 64 LTA). Conviene mencionar que el art. 132.1 LRJAPyPAC, establece un plazo subsidiario, para aquellas infracciones recogidas en leyes que guarden silencio en materia de prescripción, bastante superior al recogido en la LTA, de forma que dice que las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses. Como se ve el plazo de prescripción de las infracciones graves y muy graves es muy inferior al plazo subsidiario de la LRJAPyPAC, de donde se echa de ver que la Ley andaluza es más benévola que la LRJAPyPAC con los infractores, si bien podría explicarse esa reducción por la presión añadida que la propia Administración turística se pone sobre sí misma, y, sobre todo, sobre la ins-

pección turística, a la hora de detectar posibles infracciones, so pena de que las mismas prescriban.

El *dies a quo* o de comienzo del cómputo del plazo de prescripción es aquél en que se hubiera cometido la infracción. No obstante, reza el apdo. 2º del art. 64 LTA, "en las infracciones en las que la conducta tipificada implique una obligación permanente para el titular, el plazo de prescripción se computará a partir de la fecha de cese de la actividad", lo que es perfectamente justo, para no poner al infractor que mantuvo su conducta por más tiempo en una posición mejor que la del infractor por menos tiempo. Así, por ejemplo, si un Hotel de playa dejó de tener el libro de reclamaciones a disposición de sus clientes desde el 1 de julio de 2007, y lo volvió a poner el 1 de octubre de 2007, el *dies a quo* del plazo de prescripción será el 1 de agosto, no el 1 de julio. Para este tipo de infracciones mantenidas en el tiempo, la reincidencia debería aplicarse cuando se hubiera producido una infracción previa y firme de la misma naturaleza en el plazo de un año. Pero si tras la firmeza de la primera sanción el infractor de una de estas conductas permanentes se negara a cesar en la misma, podría abrirse otro procedimiento sancionador nuevo para castigarle por reincidente, si ocurriese que la segunda infracción recayese antes de pasar un año desde la firmeza de la primera.

El *dies ad quem*, conforme a la STSJ Comunitat Valenciana núm. 432/1996 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 16 mayo, es el día de la notificación al interesado de la incoación del expediente sancionador.

El párrafo 3º del art. 64 se refiere a la posible interrupción del plazo de prescripción y a su reanudación, en términos perfectamente válidos, que

no requieren mayor comentario.

Evidentemente, como cualquier procedimiento de gravamen iniciado de oficio, la finalización del plazo establecido para resolver el procedimiento sancionador supone la caducidad del mismo, de forma que la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92 LRJAPyPAC, de forma que los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción para imponer una nueva sanción⁷².

3.3. De las sanciones administrativas

El capítulo II se dedica a las sanciones administrativas, integrando preceptos relacionados con su tipología, prescripción, contenido económico, criterios para su graduación, órganos competentes para imponerlas y multas coercitivas.

Las sanciones correspondientes a cada infracción también deben estar tipificadas (STC 42/1987, de 7 de abril y STC 61/1990, de 29 de marzo). La tipología de sanciones, principales y accesorias, recogidas en la LTA es común al resto de CC.AA. No se incluye, sin embargo, en la LTA la sanción de pérdida de los derechos a los beneficios financieros, fiscales, o de otras índoles otorgados por la Comunidad Autónoma, ni la sanción de inhabilitación para la celebración de contratos con la misma (como hace, por ejemplo, el art. 60 de la Ley 10/1997, de 19 de diciembre, de Turismo de Castilla y León), ni la condena a recibir nuevas subvenciones por parte de la Comunidad Autónoma (como, por ejemplo, prevé la Ley de Costas), ni el comiso de instrumentos y efectos de la infracción (como ocurre en la normativa de caza, pesca, etc.), aunque la

⁷¹ La única ley autonómica sobre turismo que hace corresponder la responsabilidad formal con la material es la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, que, en su art. 73, reza así: "Son responsables de las infracciones turísticas las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, que realicen las acciones u omisiones tipificadas por esta Ley".

⁷² Sobre el concepto de *restitutio in pristinum* en el concreto campo del medio ambiente, con algunas reflexiones trasladables a esta obligación, puede verse mi artículo SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., "La <<restitutio in pristinum>> como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente", en Revista Electrónica de Derecho Ambiental, Número 03, Noviembre 1999, accesible en Internet en la web: www.cica.es/aliens/gimadus.

⁷³ Sobre esta vinculatoriedad de lo contencioso-administrativo sobre lo penal, varias sentencias del TC, recaídas en 1996, dieron la razón a la jurisdicción contencioso-administrativa, que validó la convalidación de títulos de odontología obtenidos en la República Dominicana, frente a la calificación del delito de intrusismo realizada por el juez de lo penal.

⁷⁴ Conforme a la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 16 febrero 2000, la caducidad de la acción para perseguir las infracciones administrativas se produce cuando, conocida por la Administración la existencia de una infracción y finalizadas las diligencias dirigidas al esclarecimiento de los hechos, hubieren transcurrido 6 meses sin que la autoridad competente hubiera ordenado incoar el oportuno procedimiento sancionador. El «dies a quo» del cómputo del plazo de caducidad es la fecha en que se dictó el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador, siendo el «dies ad quem» la fecha en que se notificó la resolución sancionadora originaria (STSJ Comunidad de Madrid núm. 1211/2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2), de 13 junio).

propia multa tiene una función de comiso de los beneficios obtenidos con la infracción, aparte de una finalidad punitiva.

Las sanciones accesorias suelen aplicarse en caso de reincidencia, y depende de la sanción principal. Echamos de menos en la LTA algunos parámetros de uso de estas sanciones accesorias, como ocurre, por ejemplo, en la Ley 2/1987, de 20 de marzo, de Normas reguladoras del turismo de la Comunidad Autónoma, en la que la sanción de suspensión de la actividad se gradúa en una escala que va desde un primer escalón de suspensión hasta seis meses, para los supuestos de reincidencia en faltas graves; o un segundo que llega hasta los dos años, para casos de reincidencia en la comisión de infracciones muy graves. La clausura o la revocación de la licencia proceden también en casos de reincidencia en infracciones muy graves, cuando la infracción hubiere lesionado gravemente los intereses turísticos de Extremadura (caso semejante al recogido en el art. 61.1 LTA). Como se ve, la conexión entre la sanción principal y la accesoria es evidente.

En el caso andaluz, desgraciadamente, la discrecionalidad para aplicar o no las sanciones accesorias es casi completa, limitándose la LTA a vincular la gravedad de cada tipo de infracción con una horquilla de medidas accesorias (art. 67), entendiendo que la cuantificación de las sanciones accesorias o complementarias queda también sometida a los elementos reglados de valoración recogidos en el art. 68 LTA. Es el caso también de la Ley 3/1998, de 21 de mayo, valenciana, que regula la promoción y ordenación del turismo (art. 53). En el caso andaluz, el art. 67.3 *in fine* LTA sí establece la procedencia de la aplicación (aquí no hay nada que cuantificar) de las sanción accesoria más grave (revocación de la autorización y clausura definitiva del establecimiento), que procederá, como ocurre en la ley extremeña, en el

caso de infracciones muy graves cuando el responsable hubiera sido sancionado dos o más veces, mediante resolución firme en vía administrativa, por este tipo de infracciones en el transcurso de tres años consecutivos, mediando graves perjuicios para los intereses turísticos de Andalucía derivados de la conducta del infractor⁷⁴.

Aunque no se recojan, es evidente que, por la aplicación del art. 72 LRJAPyPAC, el órgano instructor podrá adoptar cuantas medidas provisionales estime pertinentes, antes o durante el procedimiento sancionador, con las cautelas y condiciones que allí se imponen. Es normal que sean propuestas por el mismo inspector, y suelen concretarse en clausuras o cierres temporales (para proteger a los potenciales clientes). En aplicación supletoria del art. 15 del RD 1.398/1993, podríamos entender que estas medidas se tomen sólo cuando exista una "urgencia inaplazable", ajustándose al principio de proporcionalidad y motivándose prolijamente.

Las multas coercitivas, como medio de ejecución forzosa de las sanciones principales y accesorias, incluso, añadiríamos nosotros, de las obligaciones de resarcimiento del daño causado y de *restitución in pristinum*, vienen recogidas en el art. 70 LTA, para así cubrir la exigencia de ley que impone el art. 99.1 LRJAPyPAC, con una cuantía máxima, a delimitar por la Administración turística, del 10% de la multa fijada para la infracción cometida, límite éste que, por ponerle un defecto, no tiene en cuenta la posible superior cuantía de los daños causados y del coste de restitución mencionados. Cuando se incumpliera un requerimiento que no diese lugar a infracción, la cuantía máxima de las multas será de 50.000 ptas. Las multas coercitivas no son sanciones y, por tanto, están excluidas de los principios del Derecho Administrativo sancionador, por lo que no cabe hablar, para ellas, de incumplimiento del principio *non bis in idem*, por

ejemplo, pudiendo imponerse en todo caso junto a una o más sanciones (STC 239/1988, de 14 de diciembre). En la LTA no se prevé el posible uso de la compulsión sobre las personas, lo que excluye su uso. Sí cabría emplear la ejecución subsidiaria y el apremio sobre el patrimonio, que no exigen cobertura legal específica más allá de la prevista en la propia LRJAPyPAC.

El art. 68 LTA recoge el importantísimo precepto relativo a la graduación de las sanciones, que desarrolla en materia de turismo, en nuestra Comunidad Autónoma, el art. 131 LRJAP y PAC⁷⁵. Este artículo establece tres criterios de graduación de las sanciones, que coinciden con los tres primeros enumerados en el art. 68.1 LTA, es decir, intencionalidad, la naturaleza de los perjuicios causados y la reincidencia. Como sabemos, la toma en consideración de las circunstancias particulares de cada caso es una obligación derivada del principio de proporcionalidad, que tiene su origen en el art. 9 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789⁷⁶, y en el art. 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁷⁷, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948, aunque encuentra también acomodo en la jurisprudencia del TEDH y del TJCE y en el art. 10.2 de nuestra Constitución⁷⁸.

Debemos reparar en que el primer criterio recogido en el art. 68.1 LTA no incluye, incorrectamente a mi juicio, la reiteración, lo que sí hace el art. 131.3, a LRJAPyPAC. Con "reiteración" se quiere significar que sería agravable la sanción cometida en varias ocasiones (sin llegar a incurrir en reincidencia), esto es, cuando las dos sanciones se hubieran cometido mediando entre ellas más de un año de plazo⁷⁹.

Respecto de los demás criterios empleados por la LTA, calcados de la Ley 2/1997 extremeña, resulta criticable el enunciado en la letra e) del art. 68 LTA, a saber, el volumen económico de la empresa o establecimiento, pues se estaría santificando con él la posibilidad de agravar la sanción en atención a la capacidad económica de la empresa. Y aquí no se trata de tributos, en los que se puede gravar la riqueza empresarial, sino de sanciones, en las que tiene sentido, por ejemplo, agravar la sanción cuando la empresa ha obtenido un beneficio ilícito derivado de la misma (criterio recogido en la letra d), pero no parece razonable, ni obedece al principio de proporcionalidad, aumentar la cuantía por el hecho de obtener beneficios lícitos⁸⁰. La misma crítica cabría hacer al criterio recogido en la letra f), que tiene en cuenta la categoría del establecimiento o características de la actividad para agravar la san-

⁷⁴ Un excelente estudio comparado de las sanciones y su graduación, y de la inspección y potestad sancionadora en materia turística, con base en el régimen jurídico aragonés, puede verse en BERMEJO LATRE, J. L., "La policía del turismo", en la obra colectiva, dirigida por TUDELA ARANDA, J., El derecho del turismo en el Estado autonómico, edita Cortes de Aragón, Zaragoza, 2006, págs. 464 y ss.

⁷⁵ "Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley."

⁷⁶ "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito."

⁷⁷ Los dos principales límites de la proporcionalidad sancionadora se encuentran en los apdos. 1º y 2º del art. 131 LRJAPyPAC, éste último proyectado también sobre el art. 68.3 LTA: es decir, la imposibilidad de imponer una pena de privación de libertad en caso de infracción administrativa, y que la aplicación de la sanción asegurará que la comisión de las infracciones no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

⁷⁸ En la Ley valenciana 3/1998 se define la reiteración como la "comisión en el término de dos años de dos o más infracciones de cualquier carácter, que así hayan sido declaradas por resolución firme".

⁸⁰ La LTA no hace aquí más que copiar uno de los criterios recogidos en el art. 24 del derogado Decreto 231/1965, de 14 de enero, por el que se aprobó el Estatuto ordenador de las empresas y actividades turísticas, derecho supletorio en muchas CC.AA., en segundo o tercer grado, en materia de potestad sancionadora turística. También se mantiene este criticable criterio de graduación de la sanción en el art. 59, e) de la Ley Foral 7/2003, de 14 de febrero, de Turismo. Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *opus cit.*, págs. 149-150.

⁷⁴ Aunque es la práctica habitual en muchas de las otras leyes autonómicas de turismo considerar la reincidencia teniendo en cuenta la firmeza de la sanción en vía administrativa (v. gr., art. 89 de la Ley 9/1997, de 21 de agosto, de ordenación y promoción del turismo en Galicia), es cierto que la protección debida a los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia deberían haber empujado a favor de la firmeza total de la resolución, también en vía judicial.

ción mientras más categoría tenga, pues se manda un mensaje equivocado a las empresas turísticas de menor clasificación, advirtiéndoles de que sus infracciones tendrán menor pena, como si su obligación de respetar la normativa turística sobre calidad de los servicios fuera menor. De todas formas, resulta evidente a la vista de los dos criterios mencionados, que en la mente de la LTA late la idea de reducir las sanciones a las empresas más pequeñas, tal vez para salvarlas de los riesgos económicos que para ellas supondría tener que pagar una sanciones graves o muy graves en su grado máximo, objetivo loable pero discutible desde un punto de vista jurídico formal con el principio de igualdad en la mano.

La sensibilidad que queda tras la lectura del art. 68 LTA es la de un amplísimo margen de discrecionalidad en la apreciación de los criterios ya comentados, y de otros aún más vagos e imprecisos como la trascendencia social de la infracción, las repercusiones para el resto del sector, razón por la cual el precedente y la jurisprudencia están llamadas a jugar un papel esencial para mantener la coherencia y no vulnerar el principio de igualdad ante la ley. Cabría incluso llegar a supuestos absurdos, en los que dos infracciones idénticas son sancionadas como leves agravadas o graves atenuadas, imponiéndose la misma sanción.

La cuantía económica de las sanciones está recogida en el art. 67 LTA, de forma que:

- las infracciones leves serán sancionadas con apercibimiento o multa de hasta 200.000 pesetas. El apercibimiento es una comunicación de advertencia, que reprueba la conducta realizada por el sancionado, y que, a pesar de que no suele tener efectos de gravamen en la esfera de derechos del

sancionado, sí tiene carácter sancionador en sí misma, pudiendo incluir una advertencia de que la siguiente vez que se incurra en infracción el infractor será sancionado económicamente, teniéndose en cuenta a los efectos de reincidencia⁸¹. Aunque en algunos reglamentos de potestad disciplinaria o reglamentaria se distingue entre apercibimiento privado o público, aquí parece tener carácter privado, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, quedando el apercibimiento para su conocimiento propio, y el de nadie más. Esta interpretación parece la más adecuada, teniendo en cuenta, *contrario sensu*, que el art. 75.3 LTA permite la publicidad de las sanciones impuestas, por razones de ejemplaridad, a la vista del daño causado, cuando se den los requisitos allí enunciados, esto es, siempre que concurren las circunstancias de reincidencia en las infracciones de naturaleza análoga, acreditada intencionalidad o que la infracción produzca graves daños a terceros o a la imagen turística de Andalucía, publicándose la sanción, por parte del órgano sancionador, en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y en los medios de comunicación que considere oportunos, una vez que ésta sea firme⁸².

Evidentemente, este apercibimiento, medida sancionadora, no es el apercibimiento acto de trámite en el procedimiento de ejecución forzosa de un acto administrativo. Lo que sí parece estar prohibido es imponer una sanción de apercibimiento más multa, siendo discrecional de la Administración sancionadora elegir una de las dos sanciones y, con los elementos reglados del art. 68 LTA y las circunstancias concretas del caso, cuantificar la sanción con el tope de 200.000 ptas.;

- las infracciones calificadas como graves serán sancionadas con multa de 200.001 a 2.000.000 ptas., pudiéndose imponer además, como sanción accesoria, la suspensión del ejercicio de servicios turísticos, o la clausura temporal del establecimiento, en su caso, por un período inferior a seis meses. Como ya se ha dicho arriba, resulta excesivo el margen de discrecionalidad del que dispone aquí el órgano sancionador para decidir imponer una sanción accesoria y, dentro de ella, su cuantificación;

- las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de 2.000.001 a 20.000.000 ptas., pudiéndose imponer, como sanción accesoria, la suspensión del ejercicio de servicios turísticos o clausura del establecimiento, en su caso, por un período comprendido entre los seis meses y tres años.

Como señala el art. 68.4, atendiendo a las circunstancias de la infracción, cuando los daños y perjuicios originados a terceros, a la imagen turística de Andalucía o a los intereses generales sean de escasa entidad, el órgano competente podrá imponer a las infracciones muy graves las sanciones correspondientes a las graves y a las infracciones graves las correspondientes a las leves. En tales supuestos deberá justificarse la existencia de dichas circunstancias y motivarse la resolución. Quede claro que la infracción seguirá siendo grave o muy grave, a efecto de computarla como posible reincidencia en caso de que recayese una infracción similar posterior, lo que cambia es la sanción impuesta, que no puede entenderse una derogación singular o dispensa ilegal de la ley, desde el momento en que la misma está revista en la propia LTA.

Lo que no ha hecho la LTA, y debería, es haber sido consecuente con su art. 68.4 y disponer, *contrario sensu*, que cuando los daños originados a terceros, a la imagen de Andalucía o a los intereses generales fueran de gran relevancia, o cuando se apreciaren más de una circunstancia agravante o criterio de valoración del art. 68 LTA,

cabrá imponer la sanción grave a las infracciones leves o muy graves a las infracciones graves⁸³.

Las sanciones turísticas leves, graves y muy graves, en Andalucía, prescriben a los seis meses, nueve meses y un año, respectivamente, habiendo optado la LTA por no seguir los plazos más estrictos del art. 132 LRJAPyPAC, que establece que 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. El *dies a quo* de este cómputo es el día siguiente a aquél en que adquiera firmeza la resolución por la que se imponga la sanción (véase, por ejemplo, la STSJ Galicia núm. 493/1998 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 4 junio), siendo el *dies ad quem* o final el día en que se cobre definitivamente la sanción, pero interrumpirá el cómputo de la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor.

Las sanciones impuestas no suelen ser publicadas, salvo en los supuestos y con las condiciones recogidas en el mencionado art. 75.3. Por el contrario, todas las sanciones serán objeto de anotación en el Registro de Turismo de Andalucía, siempre que fuesen firmes en vía administrativa, circunstancia ésta que no parece compadecerse bien con derecho fundamental a la presunción de inocencia, ya que la sanción puede ser perfectamente recurrible posteriormente ante el contencioso-administrativo. Así, la posterior estimación de este recurso contencioso-administrativo o de una revocación del art. 105 LRJAPyPAC, puede sonrojar a la Administración pública sancionadora, que solicitó la anotación de la sanción posteriormente anulada o revocada, y, de paso, ha producido daños morales al sancionado, que ve cómo la sanción que se la impuso ha

⁸¹ La LTA no hace aquí más que copiar uno de los criterios recogidos en el art. 24 del derogado Decreto 231/1965, de 14 de enero, por el que se aprobó el Estatuto ordenador de las empresas y actividades turísticas, derecho supletorio en muchas CC.AA., en segundo o tercer grado, en materia de potestad sancionadora turística. También se mantiene este criticable criterio de graduación de la sanción en el art. 59. e) de la Ley Foral 7/2003, de 14 de febrero, de Turismo. Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., opus cit., págs. 149-150.

⁸² El art. 13 de la derogada Ley andaluza 3/1986, de 19 de abril, de Inspección y régimen sancionador, de la preveía de una manera bastante injusta que sólo pudieran ser publicadas en el BOJA las sanciones superiores a 1 millón de ptas., cuando lo cierto y verdad es que esa publicación debería haber sido independiente de su cuantía, discrecional de la Administración sancionadora, como lo es ahora, pero a la vista de las circunstancias graves previstas en el art. 75.3 LTA.

⁸³ Algo que sí hace, por cierto, la Ley 3/1998, de la CA de Valencia.

adquirido notoriedad tras su anotación, sin ser firme en vía judicial. Estos daños morales, a mi juicio, no podrían ser objeto de reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, al tratarse de daños jurídicos que el administrado tiene la obligación de soportar conforme al art. 75.1 LTA, pero son una realidad, que podrían perfectamente motivar una cuestión de inconstitucionalidad de este precepto ante el TC.

La posible cancelación de la anotación registral de la infracción, permitida en el apdo. 21 de ese artículo, no dulcifica en mi opinión esta realidad, habida cuenta, por una parte, de la circunstancia de que, en la realidad, aunque esté prevista la cancelación de oficio, ésta se realiza normalmente a instancia de parte, requiriendo siempre la actuación del particular, cuando lo razonable y justo hubiera sido la cancelación automática, en todo caso; y, por otra, porque a la vista del atasco de la jurisdicción contencioso-administrativa, la firmeza en la vía judicial de la sanción podría demorar-se más de 5 años, como mínimo, que es el tiempo que podría tardar en resolverse el recurso contencioso-administrativo en primera y segunda instancia (apelación, si fuese el caso), o tras la casación, si fuera posible también, prolongando la apariencia de culpabilidad del infractor ante la sociedad y aumentando así los daños morales infligidos al mantener tanto tiempo esa anotación⁸⁴.

El art. 69 LTA establece los órganos competentes para imponer las sanciones, siendo la regla

esencial atribuir las sanciones menos importantes a los Delegados Provinciales y las más graves al Director General de Planificación y Ordenación Turística y al Consejero⁸⁵. Echamos en falta, como hemos comentado más arriba, la atribución de potestad sancionadora para algunas sanciones leves a las Corporaciones Locales, en justa salvaguardia de sus competencias turísticas (art. 25.2, m LRBRL) y de otras colindantes con la misma (sanidad, consumo, espectáculos públicos⁸⁶, medio ambiente, etc.). En el art. 4.1, f LRBRL se atribuye potestad sancionadora a los Municipios en las materias de su competencia, competencia que la LTA no le ha atribuido en materia turística, como sí lo ha hecho, por ejemplo, y de una manera amplia, el art. 195 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

5.4. Del procedimiento sancionador

La regulación sobre procedimiento administrativo sancionador andaluz en materia turística viene recogida en los arts. 71-75 LTA, que incluye sólo algunos preceptos o trámites insuficientes como para articular un procedimiento acabado y completo, a diferencia de lo que han hecho algunas CC.AA. como Cataluña (Decreto 278/1993, de 9 de noviembre, de procedimiento sancionador, de aplicación en ámbitos de competencias de la Generalidad), Islas Baleares (Decreto 14/1994, de 10 de febrero), Madrid (Decreto 77/1993, de 26 de agosto) o La Rioja (Decreto 36/1994, de 14 de julio). Es por ello por

lo que, a esos efectos, deberemos recurrir, para rellenar sus lagunas, en primer lugar a los principios que, sobre procedimiento sancionador, recoge la LRJAPyPAC en su Título IX, capítulo II; en segundo lugar al procedimiento común previsto en el Título VI de la misma LRJAPyPAC: en tercer lugar, a los preceptos que, sobre procedimiento administrativo, se contienen en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, y, en cuarto lugar, por supletoriedad, al completo *iter* procedimental recogido en el Real Decreto 1.398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora⁸⁷.

No entraremos aquí a desarrollar todos y cada uno de los actos de trámite que la LRJAPyPAC y el Reglamento 1.398/1993 previere, porque, por una parte, están bien acotados en esa regulación, que la doctrina ha estudiado con profusión, y, por otra, porque ello excedería con mucho de este breve comentario. Nos centraremos en las fases de ese procedimiento y en los principios que las rigen, remitiéndonos a la abundante bibliografía que, sobre potestad sancionadora y procedimiento administrativo sancionador, existe en nuestro país.

Todos los actos administrativos deben tener su procedimiento, pero esta garantía resulta, si

cabe, más importante cuando hablamos de la imposición de una sanción administrativa. Con esta garantía de procedimiento (art. 134.1 LRJAPyPAC88) se evita lo que la doctrina y jurisprudencia han denominado "sanciones de plano", es decir, tramitadas sin procedimiento previo (art. 134.3 LRJAPyPAC), pues es gracias al procedimiento sancionador como se salvaguardan los principios de presunción de inocencia, *pro libertate* y tutela judicial efectiva. El procedimiento sancionador, cualquiera que sea la materia especial que se tome en consideración, tiene por misión principal esclarecer los hechos constitutivos o no de la infracción y sus posibles, con el fin de tipificarlos adecuadamente y graduar con precisión las circunstancias determinantes de la sanción; determinar y graduar las responsabilidades de todos los interesados; permitir la legítima defensa del presunto infractor, alegando lo que a su derecho convenga para derribar los indicios y presunciones en manos de la Administración, y el resarcimiento del daño causado.

La debida separación entre la fase instructora y decisoria (art. 134.2 LRJAPyPAC) está garantizada en la LTA, que, en su art. 74.2, exige que el acuerdo de iniciación incluya dentro de su contenido mínimo el nombramiento del Instructor y su Secretario (que serán responsables directos de la

⁸⁷ Recordemos lo que dice su Exposición de Motivos al respecto: "Los tres niveles administrativos tienen competencia para establecer sus propios procedimientos para el ejercicio de la potestad sancionadora, sin perjuicio de la supletoriedad de este Reglamento prevista en el artículo 149.3 de la Constitución respecto de las Comunidades Autónomas; por lo que respecta a las Entidades Locales, el Reglamento se aplicará directa o supletoriamente según resulte de las normas estatales, autonómicas o locales dictadas al amparo de las reglas de distribución de competencias expresadas en el bloque de la constitucionalidad. En el ámbito local, las ordenanzas -con una larga tradición histórica en materia sancionadora- son el instrumento adecuado para atender a esta finalidad y para proceder en el marco de sus competencias a una tipificación de infracciones y sanciones; en este sentido, pese a la autorizada línea doctrinal que sostiene que las Ordenanzas locales, en tanto que normas dictadas por órganos representativos de la voluntad popular, son el equivalente en el ámbito local de las Leyes estatales y autonómicas y tienen fuerza de Ley en dicho ámbito, el Reglamento ha considerado necesario mantener el referente básico del principio de legalidad, de modo que las prescripciones sancionadoras de las ordenanzas completen y adapten las previsiones contenidas en las correspondientes Leyes."

⁸⁸ El art. 134.1 LRJAPyPAC deslegaliza el procedimiento sancionador, al permitir que pueda regularse mediante reglamento. Eso es lo que ha hecho el RD 1.398/1993, aunque, al ser un reglamento del Estado, no actúa como un procedimiento sancionador común, siendo sólo aplicable "en defecto total o parcial de esos procedimientos específicos" regulados en normas del Estado, CC.AA. o por Ordenanzas municipales (donde existan materias de competencia local, Disp. Adicional Única RD 1.398/1993), que, en todo caso, deberán respetar siempre los principios procedimentales de la LRJAPyPAC. Esto es lo que ocurre en el ámbito turístico sancionador andaluz, en el que falta dicho procedimiento sancionador, siendo aplicable supletoriamente el RD 1.398/1993. Recordemos también que la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 sí disponía un procedimiento sancionador común, como era normal en un Estado centralizado.

tramitación del procedimiento y, en especial, del cumplimiento de los plazos establecidos), con su régimen de recusación, y la determinación del órgano resolutorio, con expresa mención de la norma que le atribuya tal competencia, que deberá ser tanto el art. 69 LTA como el reglamento de organización de la Consejería competente.

El procedimiento se iniciará siempre de oficio, por acuerdo de los Delegados Provinciales de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte en cuya provincia se cometa la infracción, bien por propia iniciativa, como consecuencia de orden superior, petición razonada de otro órgano administrativo o por denuncia⁹⁰ de cualquier persona⁹¹. No cabe hablar pues en este último caso de iniciación a instancia de parte, aunque haya sido un particular, cliente (a través de las hojas de reclamaciones, normalmente) o no, el que hubiese puesto en antecedentes a la Administración. Tras esas denuncias o reclamaciones, la inspección suele llevar a cabo, antes de iniciarse el procedimiento sancionador, unas actuaciones previas con la finalidad de ratificar o no las circunstancias denunciadas (art. 12 RITA y art. 69-2 LRJAPyPAC).

Lo normal, no obstante, a la vista de las tres formas inicialmente citadas de intimar el acuerdo de inicio, es que la información relevante para incoar el procedimiento esté en manos de la Administración, a través de inspecciones turísticas o de consumo o laborales, tributarias, etc., o por actuaciones de los cuerpos y fuerzas de seguridad, que dan noticia a la Administración turística, por razones de colaboración interadministrativas, de posibles deficiencias en el cumplimiento de su normativa.

Los derechos de los presuntos infractores vienen recogidos en el art. 135 LRJAPyPAC:

- A ser notificado de los hechos que se le imputen de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia, es decir, del acuerdo de incoación, con todo su contenido obligatorio.

- A formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico que resulten procedentes.

- Los demás derechos reconocidos por el art. 35 LRJAPyPAC

- Habría que añadir también el derecho recogido en el art. 3.1 RD 1.398/1993, de acceso permanente. A estos efectos, en cualquier momento del procedimiento, los interesados tienen derecho a conocer su estado de tramitación y a acceder y obtener copias de los documentos contenidos en el mismo.

Ya hemos comentado más arriba que el art. 73 LTA (y art. 136 LRJAPyPAC), permite excepcionalmente al órgano encargado de incoar el procedimiento la adopción de algunas medidas cautelares (que, en puridad, deberíamos llamar provisionales, en consonancia con la nomenclatura que, de ellas, hace el art. 72 LRJAPyPAC), en el mismo acto de incoación, o posteriormente, cuando sea necesario para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer o cuando concurren circunstancias graves que afecten a la seguridad de las personas o de los bienes o que supongan perjuicio grave o manifiesto para la imagen turística de Andalucía, la clausura inmediata del

establecimiento o precintado de sus instalaciones o suspensión de la actividad, durante el tiempo necesario para la subsanación de los defectos existentes y como máximo hasta la resolución del procedimiento. Cabría también exigir fianzas, o retirar productos o suspensión temporal de servicios por razones de salubridad, higiene o seguridad, pudiendo compensarse esas medidas cautelares con la sanción que, en su día, recayese (arts. 15 y 4.2 RD 1.398/1993). A mi juicio, estas medidas podrían mantenerse si hubieran sido tomadas por la inspección turística, para proteger desde el principio, si estuvieran en peligro, los derechos de los clientes o usuarios. Estas medidas deben estar proporcionadas a la gravedad de los hechos y al riesgo que provoquen.

Tras la iniciación del expediente comienza la fase de instrucción propiamente dicha. El art. 3 de la derogada Ley 3/1986, de 19 de abril, de Inspección y régimen sancionador, recogía algunos elementos del procedimiento sancionador que son perfectamente aplicables hoy en día, aunque pasados por el tamiz de la LRJAPyPAC. Con esa cautela, ese precepto vendría a decir que el Instructor debía practicar cuantas pruebas y actuaciones condujeran al esclarecimiento de los hechos, de oficio o a instancia de parte (arts. 135 y 137.4 LRJAPyPAC⁹²), y que, a la vista de lo actuado, formularía un pliego de cargos (ahora denominado propuesta de resolución), en el que se expondrían los hechos imputados, que debía ser notificado a los interesados, para que pudieran contestarlo, es decir, ser recibidos en audiencia, trámite en el que se les pondrá de manifiesto el expediente y en el que podrán volver a alegar y aportar documentos⁹³. En esa contestación al pliego de cargos los interesados pueden admitir su culpa, y, en ese momento, cabría el pago volunta-

rio con deducción que prevé el art. 8 del RD 1.398/1993, pudiendo aplicarse reducciones sobre el importe de la sanción propuesta, que deberán estar determinadas en la notificación de la iniciación del procedimiento. De la audiencia se podrá prescindir en los supuestos previstos en el art. 84.4 LRJAPyPAC, es decir, cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

En la instrucción, los órganos y dependencias administrativas pertenecientes a cualquiera de las Administraciones Públicas facilitarán al órgano instructor los antecedentes e informes necesarios, así como los medios personales y materiales necesarios para el desarrollo de sus actuaciones, como exige el art. 14 del RD 1.398/1993.

En la propuesta de resolución deben quedar concretados los hechos que se consideren probados y su calificación jurídica, tipificándose la conducta del presunto infractor, o bien se declarará la no existencia de responsabilidad. En ella, el Instructor puede modificar la precalificación inicial que hizo de la conducta infractora, a la vista de lo instruido. El trámite de prueba, con sus plazos, queda regulado en los arts. 80 y 81 LRJAPyPAC y 17 RD 1.398/1993. La carga de la prueba siempre recae en el que acusa, es decir, en la Administración

Ni qué decir tiene que en esa fase de instrucción debe existir una fase de alegaciones (art. 79 LRJAPyPAC), cuyas resultas deben ser tenidas en cuenta al adoptar la resolución final (art. 35.e LRJAPyPAC).

Finalmente, la propuesta de resolución contestada será elevada "inmediatamente" (art. 19.3 RD 1.398/1993) al órgano administrativo competente para resolver el procedimiento sancionador,

⁹⁰ No se prevé en la LTA los premios por denuncia que, por ejemplo, sí se prevén en la legislación urbanística (v. gr., la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación urbanística de Andalucía).

⁹¹ Si se desconociera la provincia en la que se cometió la infracción o ésta hubiera sido simultáneamente cometida en dos o más provincias, corresponderá la iniciación al titular de la Delegación en la que tenga su domicilio la persona física o jurídica presuntamente responsable. Se trata de una solución jurídica que, no estando prevista en la LTA, fue la elegida por el Decreto 275/1998, de 22 diciembre, de la Consejería de Salud, por el que se atribuyen competencias sancionadoras en el ámbito de la misma, posteriormente derogado por el Decreto 20/2005, de 25 enero, por el que se desconcentran las competencias sancionadoras y regula determinados aspectos del procedimiento sancionador en materia de salud.

⁹² "Se practicarán de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades. Sólo podrán declararse improcedentes aquellas pruebas que por su relación con los hechos no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable."

⁹³ A esas resultas, las actas de inspección pueden tener la consideración de pliego de cargos si los expedientes hubiesen sido iniciados en virtud de las mismas y también si constituyesen el único documento inculpatario. Trascurrido el plazo de contestación del pliego, el Instructor lo elevaría al órgano que deba resolver.

junto con todos los documentos, informes, pruebas, etc. recaídos en el mismo. La resolución habrá de ser motivada y resolverá todas las cuestiones planteadas en el expediente, aunque también aquellas otras que él estime pertinentes por derivar directamente del procedimiento instruido (art. 20 RD 1.398/1993). La resolución queda vinculada por los hechos determinados como probados en el curso del procedimiento instruido, que, eso sí, podrán ser valorados o tipificados jurídicamente de forma distinta a como lo hizo el Instructor (art. 138 LRJAPyPAC), aunque, si la infracción fuese valorada de forma más grave para el presunto responsable, debería notificarse para que aportase cuantas alegaciones estimase convenientes. El plazo máximo de resolución del procedimiento sancionador, con caducidad, es de 6 meses (art. 74 LTA).

Las resoluciones se notificarán a los interesados. Si el procedimiento se hubiese iniciado como consecuencia de orden superior o petición razonada, la resolución se comunicará al órgano administrativo autor de aquélla.

La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa, cabiendo frente a ellas, solamente, recurso de reposición o contencioso-

administrativo, que no suspenden de por sí la ejecución de la sanción, salvo que se solicite y se otorgue. Las resoluciones que no pudieren fin a la vía administrativa no serán ejecutivas en tanto no haya recaído resolución del recurso de alzada que, en su caso, se hubiere interpuesto o hubiese transcurrido el plazo para su interposición sin que esta se haya producido, deviniendo firmes. Los recursos de reposición o alzada o los de revisión de oficio que pudieren sustanciarse no podrán suponer la imposición de sanciones más graves para el sancionado (art. 21.3 RD 1.398/1993).

En la resolución se adoptarán, en su caso, las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva, o mantener las que se hubieren tomado ya en el curso del procedimiento de instrucción.

Cabría aplicar el procedimiento sancionador abreviado para las infracciones leves, en los términos previstos en los arts. 23 y 24 del RD 1.398/1993, esto es, en el supuesto de que el órgano competente para iniciar el procedimiento considere que existen elementos de juicio suficientes para calificarla como tal.

La ejecución forzosa de las multas impagadas se realiza por apremio sobre el patrimonio⁹³.

BIBLIOGRAFÍA

- AMENÓS ÁLAMO, J., *La inspección urbanística: concepto y régimen jurídico*, Cedecs, Barcelona, 1999.
- ARANA GARCÍA, E., "La naturaleza jurídica de la actividad de inspección técnica de vehículos", en *Revista Vasca de Administración Pública*. Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria.
- BERMEJO LATRE, J. L., "La policía del turismo", en la obra colectiva, dirigida por TUDELA ARANDA, J., *El derecho del turismo en el Estado autonómico*, edita Cortes de Aragón, Zaragoza, 2006.
- BERMEJO VERA, J., "La Administración inspectora", en *RAP*, n.º 147, 1998.
- BLASCO DÍAZ, J. L., "La disciplina turística: inspección y sanción", en la obra colectiva, dirigida por GARCÍA MACHO, R. y CASTELLS RECALDE, A., coordinada por PETIT LAVALL, M. V., *Lecciones de Derecho del Turismo*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2000.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. y ZAMORA CRESPO, M., "El principio de legalidad en el procedimiento sancionador", en *Base de Conocimiento jurídico*, www.iustel.com.
- CALVO VÉRGEZ, J., "Actual doctrina del TS en las materias de práctica de prueba en el procedimiento de inspección, suspensión en vía ejecutiva y exenciones en el impuesto sobre sociedades", en *Revista General de Derecho Administrativo* n.º 11 (marzo 2006).
- CANALS AMETLLER, D., *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Comares, Granada, 2003.
- CORCHERO, M., *Derecho del turismo. Conceptos fundamentales*, Iustel, Madrid, 2008.
- DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, A., "Inspección de Trabajo y Seguridad Social", en *Base de Conocimiento Jurídico*, en www.iustel.com.
- DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M., "Principio de legalidad y ordenamiento jurídico del turismo", en la obra colectiva editada por FRANCISCO JAVIER MELGOSA, *Derecho y Turismo*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2004.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., "La inspección ambiental", en la obra colectiva *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, coordinada por ESTEVE PARDO, J., Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona-Madrid, 2ª edición.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Comares, Granada, 2002.

⁹³ El art. 97 y la DA 5ª LPAC remiten su regulación a la legislación tributaria, es decir, es decir: la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (arts. 163-173), y el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación (arts. 70-116), que entró en vigor el 1 de enero de 2006, éste último en sustitución del Reglamento General de Recaudación aprobado por Real Decreto 1.684/1990, de 20 de diciembre. El TS suele dispensar de caución la suspensión de acto sancionadores, por el efecto "tutela judicial efectiva" provocado por el art. 24 CE.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Derecho administrativo del turismo*, Marcial Pons, Madrid, 2007, 4ª edición.
- GARCÍA LORITE, L., "Régimen sancionador en la Ley del Turismo de Andalucía", en la obra colectiva coordinada por AURIOLES MARTÍN, A., *Derecho y turismo. III Jornadas de Derecho turístico Málaga 2000*, Consejería de Turismo y Deporte, Sevilla, 2000.
- MANTECA VALDELANDE, V., "Las actas de inspección en las Administraciones Públicas", en *Actualidad Administrativa*, enero de 2008, nº. 2.
- MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., TEJERIZO LÓPEZ, J. M. y CASADO OLLERO, G., *Curso de Derecho financiero y tributario*, Tecnos, Madrid, 2004, 15ª edición.
- MERCHÁN GABALDÓN, F., *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (L.O.E.)*, CIE Dossat 2000, Madrid, 2000.
- MORA RUIZ, M., *La gestión ambiental compartida: función pública y mercado*, Lexnova, 2007.
- NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2000.
- PENDÁS DÍAZ, B., "Las actas de la inspección de Trabajo y Seguridad Social", en *Documentación Laboral*, nº. 33.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., "La disciplina turística", dentro de la obra colectiva por él mismo dirigida *Derecho Público del Turismo*, Thompson-Aranzadi, Navarra, 2004.
- PÉREZ GUERRA, R. (coord.), *Derecho de las actividades turísticas*, Editorial UOC, Barcelona, 2006.
- PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F., *Las infracciones laborales y la inspección de trabajo*, Montecorvo, Madrid, 1977.
- PONT MESTRES, M., "Los documentos de la inspección: diligencias, comunicaciones, informes y actas", en *Revista de derecho financiero y de hacienda pública*, Vol. 34, Nº 171, 1984.
- REBOLLO PUIG, M., "Las competencias de los municipios en la protección de los consumidores y usuarios: con especial referencia a las competencias de inspección", en *Revista "2º Simposio Nacional de Inspección de Consumo"* (27 de mayo de 1998).
- REBOLLO PUIG, M., "Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas", en la obra colectiva *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004.
- RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000.
- ROMERO PI, J., "Una aproximación conceptual a las actas de inspección tributaria", en *Revista de derecho financiero y de hacienda pública*, Vol. 39, Nº 204, 1989.
- SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., "El principio democrático en la administración local: la elección directa del alcalde y las potestades de autoorganización y sancionadora", en *Revista de estudios de la Administración local y autonómica*, Nº. 302, 2006.
- SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., "La "restitutio in pristinum" como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente", en *Revista Electrónica De Derecho Ambiental*, Número 03. Noviembre 1999, accesible en Internet en la web: www.cica.es/aliens/gimadus.
- VIDA FERNÁNDEZ, J., "Telecomunicaciones", en *Publicado en la Revista General de Derecho Administrativo* n.º 7 (diciembre 2004).