



Roj: **STSJ M 235/2020 - ECLI:ES:TSJM:2020:235**

Id Cendoj: **28079330022020100027**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **06/02/2020**

Nº de Recurso: **913/2018**

Nº de Resolución: **18/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE DANIEL SANZ HEREDERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJCA, Madrid, núm. 22, 04-06-2018 (proc. 286/2017) ,  
STSJ M 235/2020**

#### **Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

**Sección Segunda** C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33010310

**NIG:** 28.079.00.3-2017/0015453

**RECURSO DE APELACIÓN 913/2018**

**SENTENCIA NÚMERO 18/2020**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

-----

**Ilustrísimos señores:**

**Presidente.**

D. José Daniel Sanz Heredero

**Magistrados:**

D. José Ramón Chulvi Montaner

D<sup>a</sup>. María Soledad Gamó Serrano

-----

En la Villa de Madrid, a seis de febrero de dos mil veinte.

Vistos por la Sala, constituida por los Señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos de recurso de apelación número 913/2018, interpuesto por la mercantil JIMENEZ DORADO VIAJES, S.L.U., representada por el Procurador D. Rafael Sánchez Izquierdo Nieto, contra la Sentencia dictada el 4 de junio de 2018 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 22 de los de Madrid, recaída en los autos de Procedimiento Ordinario núm. 286/2017. Han sido parte apelada el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MADRID, representado por el Letrado Consistorial; así como la UTE "JULIA TRAVEL, S.L.U., AUTOMÓVILES LUARCA, S.A.U. y TRANSPORTES BACOMA, S.A.U" representada por el Procurador D. Pablo Sorribes Calle.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Notificada la Sentencia que ha quedado descrita en el encabezamiento de la presente resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del recurrente, en el plazo de los quince días siguientes, que fue admitido en ambos efectos, acordándose dar traslado del mismo a las demás partes para que, en el plazo común de quince días, pudieran formalizar su oposición.

**SEGUNDO.-** Formuladas alegaciones por la parte apelada, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo elevó los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a la Sala de lo Contencioso-administrativo.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones se acordó dar a los autos el trámite previsto en los artículos 81 y siguientes de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; señalándose para la deliberación y fallo del presente recurso de apelación el día 23 de enero de 2020, en cuyo acto tuvo lugar su celebración.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

**VISTOS.-** Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. José Daniel Sanz Heredero.

## FUNDAMENTO DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de apelación tiene por objeto la Sentencia dictada el 4 de junio de 2018 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 22 de los de Madrid, recaída en los autos de Procedimiento Ordinario núm. 286/2017, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la aquí apelante contra la Resolución del Director General del Espacio Público, Obras e Infraestructuras del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 14 de julio de 2017, por la que: (i) Se declara " *la ineficacia de las comunicaciones previas presentadas con fecha 29 de abril de 2015 por JIMENEZ DORADO VIAJES SLU, procediendo el no reconocimiento de su derecho al ejercicio de tal actividad, para la prestación del servicio de transporte turístico urbano en autobús TOUR 10, TOUR 11, TOUR 12, TOUR 13, TOUR 14, TOUR 15 y TOUR 17; dado que la actividad y transporte efectivamente realizados no se ajustan a las condiciones comunicadas y ello con incumplimiento de la normativa exigible en la materia de transporte turístico conforme ha quedado expuesto en antecedentes y considerandos precedentes*"; y (ii) Se ordena al interesado " *que proceda con carácter inmediato desde el día de recibo de la notificación de esta resolución, a cesar en el ejercicio de la actividad de transporte, y ello sin perjuicio de la potestad de la Administración de, adicionalmente, de incoar el oportuno procedimiento sancionador para exigencia de las responsabilidades administrativas en que, en atención a los hechos acreditados, se haya podido incurrir por el interesado*".

Para una mejor comprensión de la cuestión controvertida, con anterioridad a entrar en el análisis del contenido de la Sentencia apelada, así como de las alegaciones y pretensiones de las partes ante esta alzada, resulta pertinente que hagamos referencia a aquellas consideraciones contenidas en la Resolución impugnada y en las que, al parecer, pretende la misma fundamentarse.

Concretamente, conviene poner de relieve que, tras aludir a las comunicaciones presentadas por el recurrente el 29 de abril de 2015 para el inicio de actividad de servicios de transporte turístico urbano en autobús denominados: TOUR 10, TOUR 11, TOUR 12, TOUR 13, TOUR 14, TOUR 15 y TOUR 17, la resolución impugnada señala que:

*" En aplicación del artículo 69.3 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC ) se ha procedido a ejercitar las facultades de comprobación, control e inspección que asisten a esta Administración, y se ha emitido informe por Policía Municipal, de referencia 174224/15 (3.3.8.1) pmg y fecha 28 de abril de 2017, en el que se explicitan las condiciones en que efectivamente se está realizando la actividad de transporte turístico en cuestión, y que difieren en relación con la actuación comunicada en las siguientes cuestiones:*

*Prestar servicios turísticos incumpliendo las condiciones legalmente señaladas, al incumplir las comunicaciones de actividad efectuadas.*

*Pago por asiento no facilitando al viajero billete o expedirlo sin menciones obligatorias.*

*Ello, a su vez, puede suponer el incumplimiento del artículo 110 de la Ley 16/1987 de 30 de julio de Ordenación de los Transportes Terrestres y del artículo 128.4 del RD 1211/2990 de 28 de septiembre, Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres .".*

**SEGUNDO.-** La Sentencia objeto del recurso de apelación que nos ocupa fundamenta la desestimación del recurso contencioso-administrativo en las consideraciones que, de forma sintética, a continuación



exponemos: (i) Descarta que la resolución impugnada tenga naturaleza sancionadora, por lo que rechaza las alegaciones de la actora referidas a la incompetencia del órgano administrativo resolutor, a la omisión completa de procedimiento administrativo y la vulneración del principio de tipicidad (FJ 2º); (ii) La resolución impugnada se ha dictado dentro de un procedimiento de control y disciplina de la actividad, por lo que no existe objeción alguna a la aplicación de la Ley 39/2015 al resultar vigente a la fecha de su incoación (FJ 3º); (iii) La resolución impugnada determina con toda claridad las actividades afectadas y estas son la totalidad de las comunicaciones que figuran a los folios 1 al 35 del expediente administrativo, dado que *" las mismas se especifican con toda claridad en el texto de la resolución recurrida. A ello debe añadirse la remisión "in aliunde" al informe de la Policía Municipal antes mencionado, que especifica con toda claridad los concretos hechos que integran los incumplimientos esenciales de las condiciones fijadas en las comunicaciones y las concretas fechas en que se comprueban, hasta un total de 41 denuncias en nueve días diferentes"* (FJ 4º); (iv) Rechaza que la Administración incurra en *" desviación de poder"* (FJ 5º); (v) La Administración *" se ha atendido a las previsiones contenidas en la Ley 39/2015 que regula el cauce a seguir por cualquier procedimiento administrativo, lo que es plenamente aplicable al de verificación. No hay, pues, ausencia de procedimiento, ni de cobertura legal para el procedimiento que se ha seguido, que se ha atendido a las previsiones de la Ley 39/2015"* (FJ 6º); (vi) Tras señalar que lo impugnado es el acto administrativo que declara ineficaces las comunicaciones y que la administración no discute las condiciones en que debe prestarse el servicio por la actora y su regulación normativa, concluye que *" No se aplica en el acto recurrido el régimen jurídico de la LOTT ni su artículo 130. Se declaran ineficaces las comunicaciones en aplicación del artículo 69.4 de la LPA 39/2015, (...). Y en este terreno, la demanda no opone argumento alguno a los hechos constatados en las 41 denuncias a que hace referencia el informe de la Policía Municipal que aparece en los folios 91 y 92, que concluye que la actividad desarrollada no se atiene a las circunstancias realizadas por la propia actora para la puesta en marcha de la actividad"* (FJ 7º).

**TERCERO.-** El recurrente se muestra disconforme con el criterio sustentado en la precitada Sentencia, por lo que solicita su revocación y se dicte otra estimatoria de las pretensiones sustentadas en la instancia.

Para ello aduce como concretos motivos de impugnación los que, de forma sucinta, exponemos a continuación: (i) Reitera su situación de indefensión frente a la actuación administrativa desplegada, que estima no haber sido objeto de análisis en la Sentencia de instancia. Concretamente alude a la solicitud de práctica de prueba, referida a la incorporación de los expedientes sancionadores, que no mereció respuesta alguna por la Administración. Denuncia igualmente la ausencia, tanto en la resolución administrativa como en la Sentencia apelada, de un análisis de las comunicaciones presentadas. Resalta, igualmente, a la vista de las actuaciones llevadas a cabo en el expediente administrativo, que resulta imposible apreciar si los supuestos incumplimientos deben afectar a todas las comunicaciones efectuadas, o solo a alguna de ellas, *" al no haberse concretado e individualizado para cada una de las comunicaciones afectadas las causas o motivos concretos que motivan la ineficacia acordada en la resolución recurrida, extendiéndose los efectos de un supuesto incumplimiento en la actividad amparada por alguna o varias de las comunicaciones a la totalidad de las mismas"*; (ii) Inadecuación del procedimiento, refiriendo que la resolución impugnada declara la ineficacia de las comunicaciones previas y ordena el cese de la actividad de transporte turístico, con referencia al artículo 69.4 de la Ley 39/2015, en base a supuestos incumplimientos de los actos comunicados, pero no declara inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato o información incorporada a las comunicaciones, o que no se haya presentado documentación alguna requerida para acreditar el cumplimiento de las comunicaciones efectuadas, sino que se limita a apreciar y declarar conductas incumplidoras de las propias comunicaciones previas. Y trae a colación la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2013, concluyendo que en el caso presente si se consideraba algún tipo de incumplimiento en el ejercicio de la actividad se debería haber prohibido al administrado el ejercicio de la actividad de transporte turístico comunicado en tanto no se acreditase el cumplimiento de los requisitos establecidos, tanto antes de los 30 días previstos, como durante la realización de la actividad. Sin embargo, a su juicio, la Administración municipal ha optado por iniciar un procedimiento distinto cuya finalidad es declarar la ineficacia de los actos comunicados sobre los que no se hace tacha alguna de ilegalidad; (iii) Disconformidad con el contenido del informe contenido en los folios 89 a 92 del expediente administrativo; (iv) Desviación de poder: la conducta y actuaciones preconcebidas por los responsables municipales y la resolución administrativa tienen como única finalidad impedir a la recurrente la realización del transporte turístico comunicado, acudiendo para ello a sus competencias de inspección, control y sancionadoras en materia de transporte urbano, pero no porque haya un incumplimiento de la legalidad sino por considerar que la ilegalidad consiste en realizar la propia actividad en competencia desleal con el *" concesionario"* UTE MADRID CITY TOUR; (v) Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

**CUARTO.-** El Ayuntamiento de Madrid se muestra conforme con la Sentencia apelada por lo que interesa su confirmación con la consiguiente desestimación del recurso de apelación.



Al respecto aduce: (i) Niega que se hubiese causado indefensión a la actora: se le concedió trámite de audiencia. Señala que la resolución impugnada no tiene naturaleza sancionadora por lo que no resulta aplicable el artículo 77.4 de la Ley 39/2015 invocado por la actora. En relación con las dudas vertidas por la actora, señala que el agente como policía municipal tiene la condición de agente de la autoridad. Del contenido de la resolución impugnada queda claro cuáles son las comunicaciones cuya ineficacia se declara así como los tours a los que las mismas van referidos: (ii) Sostiene ser correcto el procedimiento seguido del artículo 69.4 de la Ley 39/2015, quedando acreditado " a través de las denuncias levantadas por la Policía Municipal el incumplimiento de la normativa de aplicación, no ajustándose por tanto las Comunicaciones presentadas a la actividad real que estaba desarrollado"; (iii) Niega que exista desviación de poder.

**QUINTO.-** La representación procesal de la codemandada-apelada se muestra, igualmente, conforme con la Sentencia apelada, por lo que solicita su confirmación.

En apoyo de su pretensión aduce, en síntesis, que: (i) El recurso de apelación " carece de toda crítica mínimamente motivada de los fundamentos de la Sentencia apelada", limitándose en determinados momentos a reproducir lo dicho en la primera instancia. Refiere, igualmente, que en el recurso se hace referencia a planteamientos nuevos; (ii) Inexistencia de indefensión en la tramitación del procedimiento, recalcando que no se está ante un procedimiento sancionador; (iii) El artículo 69.4 de la Ley 39/2015 resulta plenamente aplicable. A su juicio, si la actividad efectivamente realizada no coincide con la comunicada, como aquí sucede, " las comunicaciones deben reputarse falsas y la actividad debe cesar"; (iv) Rectitud del informe de 28 de abril de 2017 de la Dirección General de la Policía Municipal de Madrid. Resulta obvio que JIMENEZ DORADO realiza recorridos circulares en los que los viajeros suben y bajan de los autobuses en las distintas paradas, lo que no tiene que ver con la contratación de "etapas aisladas"; y (v) Inexistente desviación de poder.

**SEXTO.-** Examinadas las alegaciones y pretensiones formuladas por las partes ante esta segunda instancia, puestas en relación con la argumentación contenida en la sentencia apelada, un orden lógico-jurídico nos impone que comencemos nuestro análisis por la alegación de la codemandada-apelada de que la apelante reitera en esta segunda instancia la argumentación esgrimida en la instancia.

Al respecto debe recordarse que el recurso de apelación no está previsto y regulado como una mera reiteración del pleito ante el Tribunal distinto y superior, sino como revisión de la resolución apelada, tendente a su depuración, por reputarla disconforme con el ordenamiento jurídico, lo cual supone necesariamente que deba ser motivada la petición que se formaliza para sustituir aquella por otra diferente. En este sentido, conviene recordar la reiterada doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 3 de junio de 1982, 13 de enero de 1992, 11 y 25 de junio y 24 de julio de 1996) en la que se señala que " no cabe confundir el recurso de apelación con una segunda instancia en la que se discutan de nuevo la totalidad de las cuestiones de hecho y de derecho resueltas por la sentencia de instancia. Por el contrario, el apelante debe esforzarse en demostrar que la sentencia del Tribunal de instancia vulnera el ordenamiento jurídico, constituyendo una desnaturalización del recurso la reiteración de los argumentos ya esgrimidos en el proceso ante aquella instancia".

Pues bien, es cierto que en el caso concreto el apelante esgrime, en buena parte, idéntica argumentación a la vertida en la instancia, pero ninguna objeción debe atribuirse a dicho proceder toda vez que, a juicio de la Sala, dicha concreta argumentación resulta ser suficiente a los efectos de entenderse cumplida la carga procesal impuesta en el recurso de apelación, de concretar y razonar las críticas dirigidas a la Sentencia dictada en la instancia, convirtiéndose dichas alegaciones en concretos motivos de impugnación, tendentes a poner de manifiesto las concretas vulneraciones que para dicha parte han incurrido tanto la Sentencia apelada como resolución administrativa impugnada. Si dichos argumentos son, en buena parte, una reproducción de los aducidos en la primera instancia es porque la Sentencia de instancia no acogió ninguno de ellos.

En consecuencia, no existe obstáculo procesal alguno para que por la Sala se entre a examinar la cuestión de fondo controvertida.

**SEPTIMO.-** Llegados a este punto, para una mejor comprensión de la problemática jurídica a la que nos enfrentamos, consideramos necesario realizar las consideraciones jurídicas que a continuación exponemos.

La Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, considera transporte turístico a aquellos que se ofrecen en el marco de una oferta conjunta con otras prestaciones y de acuerdo con ciertos requisitos, recogidos en los artículos 110 y siguientes, que el Reglamento desarrolla en los artículos 128 y siguientes.

Así, el artículo 110 de la LOTT dice:

" A efectos de esta ley, tendrán la consideración de transportes turísticos los que se realicen en el marco de la ejecución de un viaje combinado ofertado y contratado de conformidad con lo que se encuentre establecido en la legislación sobre defensa de los consumidores y usuarios en relación con esta clase de viajes.



*Asimismo, tendrán la consideración de transporte turístico aquellos otros que, sin tener una duración superior a las 24 horas y sin incluir una pernoctación, se oferten a través de agencias de viajes, u otros intermediarios reconocidos por la legislación específica de turismo, y se presten conjuntamente con otros servicios complementarios de naturaleza turística, tales como los de mantenimiento, guía turístico o similar."*

Por su parte, el artículo 112 señala que:

*" 1. La Administración podrá exigir que los transportes turísticos se presten conjuntamente con determinados servicios complementarios concretos de carácter mínimo, así como que el precio del transporte no exceda del porcentaje que se determine del precio total del conjunto de los servicios que se contraten.*

*2. Cuando los transportes turísticos sean sustancialmente coincidentes con servicios regulares de transporte de viajeros de uso general, el precio de los mismos y de los correspondientes servicios complementarios deberá ser superior, en el porcentaje que reglamentariamente se establezca, al del transporte realizado en la línea regular de que se trate. Esto, no obstante, la Administración podrá exceptuar del cumplimiento de dicho requisito a aquellos transportes turísticos en los que en razón de la homogeneidad de los viajeros, el carácter coyuntural o esporádico del transporte, y otras circunstancias específicas, aparezca suficientemente demostrado que no se realiza una competencia injustificada, que resulte lesiva para los intereses de la correspondiente línea regular coincidente."*

Por su parte, el artículo 128 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, concreta y define las características que deberá reunir los transportes para tener el carácter de turísticos señalando que:

*" 1. Los transportes turísticos habrán de prestarse, en todo caso, en el marco de una combinación previa, vendida u ofrecida en venta por una agencia de viajes con arreglo a un precio global en la que, aparte del servicio de transporte de ida al punto de destino y vuelta al punto de origen en un mismo modo o en modos diferentes, se incluyan, al menos, dos de las siguientes prestaciones complementarias:*

*a) Alojamiento durante al menos una noche.*

*b) Manutención alimenticia, sin que se consideren incluidos en este concepto los servicios de restauración a bordo del vehículo, en estaciones de transporte de viajeros o durante la realización de paradas intermedias entre origen y destino de duración inferior a tres horas.*

*c) Otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa de la combinación, tales como la asistencia a cursos, conferencias o eventos deportivos, realización de excursiones o visitas a centros de interés cultural o turístico, entradas para la asistencia a un espectáculo en el lugar de destino, alquiler de vehículos o servicio de guía turística, la cual exigirá la presencia de, al menos, una persona especializada, distinta del conductor, que realice tal función y, deberá venir justificada por la realización de una visita a un lugar o centro de interés cultural o turístico.*

*No obstante, en los servicios en que la ida y la vuelta al punto de destino se realice en menos de ocho horas, bastará que juntamente con el transporte se realice una de las prestaciones complementarias citadas.*

*2. No obstante la exigencia general de que los transportes turísticos incluyan los trayectos de ida y vuelta, podrá admitirse, siempre que no queden desnaturalizados dicha regla general ni el carácter turístico del servicio, que alguno o algunos de los usuarios contraten etapas aisladas de los mismos.*

*3. Tendrán asimismo el carácter de turísticos los transportes de viajeros por carretera con origen o destino en aeropuertos, puertos o estaciones ferroviarias, contratados con agencias de viaje conjuntamente con el correspondiente transporte aéreo, marítimo o ferroviario, como continuación o antecedente de éste, siempre que el precio del transporte por carretera no exceda del 40 por 100 del realizado en el otro modo.*

*4. Los transportes turísticos podrán ser objeto de contratación individual y cobro por asiento, facilitándose a cada viajero un billete en el que se especificará que se trata de un servicio turístico, el trayecto que comprende, las prestaciones complementarias incluidas y el precio total."*

A su vez el artículo 129 del citado Reglamento nos indica que:

*" Cuando los transportes turísticos revistan carácter periódico y se presten con reiteración de itinerario, resultando coincidentes con un servicio de transporte regular de viajeros de uso general, el precio de la combinación contratada en la que estén incluidos deberá ser, al menos, un treinta por ciento superior a la tarifa del transporte en el servicio regular. Serán de aplicación, a efectos de apreciación de la coincidencia, las reglas establecidas en los artículos 64 y 65 de este Reglamento.*

*Dicho requisito podrá ser, no obstante, exonerado por el órgano administrativo competente en relación con la línea regular con la que se produzca la coincidencia, a petición de la agencia de viajes, cuando en el correspondiente expediente, y oídos en el plazo de quince días la empresa titular de la línea, el Consejo Nacional*

de Transportes Terrestres y el Comité Nacional del Transporte por Carretera, quede suficientemente justificada la posibilidad de realizar la combinación contratada a los precios ofrecidos y la especificidad de los usuarios que impida que se realice una competencia injustificada para la línea regular coincidente."

" Artículo 130.

A fin de garantizar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos anteriores, las agencias de viaje deberán comunicar a la Administración los transportes turísticos realizados con reiteración de itinerario y carácter periódico o reiteración de calendario que pretendan llevar a cabo, especificando las condiciones de prestación, las tarifas y el resto de los servicios que vayan a integrar la combinación que se va a ofrecer a la venta. La Administración prohibirá la realización del correspondiente transporte cuando en el expediente no quede suficientemente justificado el cumplimiento de las condiciones exigibles.

Los correspondientes servicios podrán comenzar a prestarse a partir de los treinta días de su comunicación a la Administración, si ésta no ha hecho manifestación expresa en otro sentido."

Pues bien, de los preceptos que se acaban de transcribir pueden concretarse las características del " transporte turístico" en los términos siguientes:

(i) Responde a necesidades o a la satisfacción de una finalidad turística que constituye el objeto del transporte.

(ii) Los transportes turísticos habrán de prestarse, en todo caso, en el marco de una combinación previamente establecida al desarrollo de la actividad y ofertada al público, que comprende combinadamente el transporte y un conjunto de prestaciones.

(iii) Esta combinación tiene necesariamente que ser vendida u ofrecida en venta por una Agencia de viajes.

(iv) La Ley concibe un tipo básico de " transporte turístico" consistente en una oferta combinada de transporte que incluye ida y regreso al punto de salida con duración superior a las 24 horas y al menos una pernoctación (artículo 110, párrafo primero, por contraposición a lo dispuesto en el párrafo segundo). Y admite también como modalidad secundaria (" *asimismo, tendrán la consideración de transporte turístico...*") la descrita en el párrafo segundo: viajes de duración inferior a las 24 horas y sin pernoctación, pero ofrecidos por agencias de viajes u otros intermediarios y prestados conjuntamente con servicios complementarios de naturaleza turística (manutención, guía turístico).

(v) El viaje combinado se ofertará con arreglo a un precio global en el que como regla general, aparte del servicio de transporte de ida al punto de destino y vuelta al punto de origen, se incluyen prestaciones complementarias que podrían ser: o bien alojamiento una noche, o bien manutención pero con ciertas condiciones (no a bordo del vehículo, ni en paradas intermedias con tiempo inferior a tres horas, ni en estaciones de transporte) o bien servicios turísticos no accesorios de transporte o alojamiento, que sean parte significativa o importante de esta combinación (eventos culturales o deportivos, excursiones o visitas a centros culturales o bien servicio de guía turística). Si el viaje dura ocho horas o más se requiere la presencia de dos prestaciones complementarias de las citadas. Si dura menos de ocho horas, bastará con una prestación de las indicadas.

(vi) Finalmente, el artículo 130 del Reglamento establece un sistema de control del cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios consistente en la comunicación a la Administración del transporte pretendido (aunque sólo en los supuestos de transportes con reiteración de itinerario y carácter periódico); el transporte podría prestarse a los treinta días de la comunicación sin que la Administración haya manifestado su oposición, pero la Administración puede prohibirlo en caso de que considere no acreditado el cumplimiento de los requisitos exigibles.

**OCTAVO.**- En relación con la última de las características mencionadas, el establecimiento de la comunicación a la Administración como sistema de control del cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios, únicamente exigible en los supuestos de transportes con reiteración de itinerario y carácter periódico, estimamos conveniente traer a colación el artículo 71 bis de la Ley 30/1992 (hoy artículo 69.4 de la Ley 39/2015), vigente a la fecha de la presentación de las declaraciones responsables que aquí nos ocupa, bajo el título " *Declaración responsable y comunicación previa*", disponía:

" 1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio.

Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable.



2. A los efectos de esta Ley, se entenderá por comunicación previa aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1.

3. Las declaraciones responsables y las comunicaciones previas producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente y permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente.

4. La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o a una comunicación previa, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable o comunicación previa, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.

Asimismo, la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un periodo de tiempo determinado, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación.

5. Las Administraciones Públicas tendrán permanentemente publicados y actualizados modelos de declaración responsable y de comunicación previa, los cuales se facilitarán de forma clara e inequívoca y que, en todo caso, se podrán presentar a distancia y por vía electrónica".

Centrándonos aquí en la comunicación previa, vemos que se define como el documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigidos para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad.

En relación con el alcance de este documento, el párrafo tres del artículo 71.bis establece que produce los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente, y que permite, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas.

Llegados a este punto conviene hacer notar que aunque el citado precepto al atribuir a la Administración facultades de supervisión sobre la actividad objeto de la comunicación previa utiliza las voces "comprobación" e "inspección", dichas voces no deben asimilarse conceptualmente al tener distinto alcance y naturaleza. La facultad de comprobación, al igual que en las licencias, ha de tenerse por una forma evolucionada de intervención de la actuación de los ciudadanos, que si en la licencia opera "a priori" en la actuación comunicada lo hace "a posteriori". La intervención de "comprobación" no alza una prohibición legal de ejercicio de un derecho, sino que comprueba que el efectivo ejercicio del derecho (por ejemplo, realización de una actividad empresarial, profesional o de servicio) se acomoda al ordenamiento jurídico aplicable a efectos de consentirla, o, de no ajustarse, paralizarla, exigir adaptaciones o, incluso, restituir la situación jurídica al momento previo al inicio de la actividad.

De ahí que el artículo 71.bis.4 ( artículo 69.4 de la Ley 39/2015) se ocupe de precisar que la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una comunicación previa, o la no presentación ante la Administración competente de la comunicación previa, determina la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiere lugar, añadiendo que la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un periodo de tiempo determinado, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación.

La funcionalidad de la inspección, por el contrario, no es una intervención de la actividad de un particular a efectos de consentirla, sino la de vigilancia de esa actividad cuando ya se ejerce, y que culmina, en su caso, con actos sancionadores. Esto es, a través de las facultades de inspección la Administración procede a constatar si el ejercicio de la concreta actividad se corresponde o no con la descripción realizada en la comunicación



previa, procediendo en caso contrario a la imposición de la correspondiente sanción o incluso a revocar la licencia que a través de la comunicación se entienda otorgada.

En consecuencia, los procedimientos a seguir en caso de comprobación o de inspección son diferentes porque las funciones de comprobación e inspección son distintas, compatibles e independientes.

Pues bien, en relación con los transportes turísticos realizados con reiteración de itinerario y carácter periódico o reiteración de calendario, ya hemos visto que el artículo 130 del Reglamento de la LOTT establece la comunicación a la Administración como mecanismo de control del cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios.

De dicho precepto se desprende que será en el momento de realizar la comunicación previa, y en el plazo de los treinta días siguientes, cuando la Administración encargada de la gestión o control del transporte turístico deberá realizar el control concreto de la concurrencia de todos los presupuestos, legales y reglamentarios, requeridos para la realización de la actividad, y requerir, en su caso, la documentación que resulte precisa. En caso de estimar la Administración que el transporte turístico no reúne las condiciones requeridas o que las mismas no resultan acreditadas, la Administración deberá prohibir el mismo. El transporte podría prestarse a los treinta días de la comunicación sin que la Administración haya manifestado su oposición.

Ahora bien, debe tenerse presente que la inicial legalidad o conformidad a derecho de la solicitud y de la actividad de transporte turístico no impide, por supuesto, que la Administración pueda reaccionar contra la actividad que se esté desarrollando si ésta no se adecúa a la comunicación previa que fue realizada, dado que en estos supuestos el título habilitante lo es para una actividad inicialmente descrita que no se corresponde con la realmente realizada, no existiendo por tanto título habilitante que ampare el ejercicio de la actividad concreta que está siendo desarrollada.

Cuando ello ocurre, la Administración, en uso de sus facultades de inspección y sanción, debería proceder a levantar acta de las infracciones cometidas e incoando el correspondiente procedimiento sancionador.

**NOVENO.-** Descendiendo a las particularidades del caso litigioso, debe partirse de la premisa de que la aquí recurrente-apelante, en fecha 29 de abril de 2015, presentó ante el Ayuntamiento de Madrid siete comunicaciones previas en las que, al amparo del artículo 130 RLOTT expresamente citado, ponía de manifiesto su voluntad de desarrollar una oferta de producto a sus clientes para incluirla en sus paquetes de viajes o vacaciones, consistente en la realización de una serie de servicios turísticos en autobús denominados TOUR 10, TOUR 11, TOUR 12, TOUR 13, TOUR 14, TOUR 15 y TOUR 17.

Resulta dato incontrovertido que el Ayuntamiento de Madrid no realizó en los treinta días siguientes reparo alguno sobre la concurrencia de los presupuestos, legales y reglamentarios, requeridos para la realización de la actividad comunicada, como tampoco formuló requerimiento alguno de documentación, por lo que, en aplicación del ya citado artículo 130 RLOOT, a partir de dicho momento la actora-apelante podía ejercer la actividad de transporte turístico objeto de las distintas comunicaciones.

Pues bien, si tenemos en cuenta las consideraciones jurídicas expuestas en los fundamentos jurídicos séptimo y octavo de la presente, bien pronto se advertirá la existencia de relevantes inconsistencias jurídicas en la resolución administrativa impugnada.

En efecto, según expresamente se dice en dicha resolución, la decisión en la misma contenida se adopta en aplicación de los artículos 69.4 de la Ley 39/2015 y 130 del RLOOT y, sin embargo, la misma no se sustenta, como tampoco se precisa la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se hubiese acompañado o incorporado a todas o alguna de las comunicaciones previas presentadas el 29 de abril de 2015. Obviamente, tampoco se sustenta la resolución, ni podría sustentarse, en la no presentación ante la Administración competente de la comunicación previa. Precisamente, la resolución parte de su existencia. Adviértase cómo dichos dos únicos supuestos son los que legitiman la aplicación el artículo 69.4 de la Ley 39/2015 citado.

Tampoco se dice en la resolución que con las condiciones previas presentadas no hubiese quedado suficientemente justificado el cumplimiento de las condiciones exigibles, para cuya comprobación disponía del plazo de 30 días a partir de la presentación de las referidas comunicaciones, por lo que tampoco resulta de aplicación el ya citado artículo 130 RLOOT.

Por lo tanto, hay que concluir que la declaración de ineficacia de las comunicaciones previas contenida en la resolución impugnada resulta ser manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico. No solo no se acredita la concurrencia de alguno de los supuestos contemplados a tal efecto por el ordenamiento jurídico, sino que, además, la expresada declaración de ineficacia se viene a realizar extemporáneamente.





En realidad, según parece deducirse de la resolución impugnada, la razón que lleva a la Administración municipal a decretar el cese de la actividad objeto de las comunicaciones es la apreciación de que la actividad de transporte que la actora-apelante ha venido desarrollando no se ajusta a las " *condiciones comunicadas*" y, con ello, según se dice, " *con incumplimiento de la normativa exigible en la materia de transporte turístico*". Cómo única concreción de dichos eventuales incumplimientos se especifica el siguiente: " *Pago por asiento no facilitando al viajero billete o expedirlo sin menciones genéricas*".

Ahora bien, advirtamos como a dicha conclusión se llega por el contenido del informe emitido por la policía municipal el 28 de abril de 2017 (folios 89-92 del expediente municipal). Dicho informe se limita, únicamente, a recoger la opinión de su emisor en base, según en el mismo se expresa, a una serie de denuncias formuladas, que no se acompañan y, menos aún, se acredita la veracidad de su contenido. Eso sí, se afirma, sin prueba alguna que lo avale, que la actora desarrolla la actividad de transporte turístico sin ajustarse al contenido de las comunicaciones. Ni tan siquiera se dice en el informe si algunas de las denuncias referidas en el mismo provocaron la incoación de un procedimiento de naturaleza sancionadora.

Ciertamente, como ya se ha indicado en los fundamentos jurídicos precedentes, ninguna objeción cabe realizar a que la Administración, en este caso, el Ayuntamiento de Madrid, a través de las facultades de inspección proceda a constatar, si el ejercicio de la actividad por la actora-apelante se corresponde o no con la descripción realizada en las comunicaciones previas, pero ello sí, a través del procedimiento legalmente previsto y con el cumplimiento de todas aquellas garantías acordes a la naturaleza de dicho procedimiento.

Adviértase, además, como la aquí recurrente-apelante en el escrito evacuando el trámite de audiencia expresamente instó la aportación de toda una serie de documentos, entre ellos, las denuncias relacionadas en el informe de 28 de abril de 2017 y demás expedientes sancionadores que se le hubiesen incoado, obteniéndose como única respuesta el dictado de la resolución impugnada, negándose así, sin explicación ni razonamiento alguno, la totalidad de la práctica de las pruebas interesadas, con evidente desconocimiento del artículo 77.2 de la ya citada Ley 39/2015, según el cual:

" *Cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes. Asimismo, cuando lo considere necesario, el instructor, a petición de los interesados, podrá decidir la apertura de un período extraordinario de prueba por un plazo no superior a diez días*".

Esto es, en lo que ahora nos interesa, el precepto impone ("... acordará...") a la Administración la apertura de un periodo de prueba cuando no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados (como aquí indudablemente ocurre) o cuando la naturaleza del procedimiento lo exija (lo que también indudablemente aquí ocurre).

Resulta evidente que al no dar la posibilidad al interesado de acreditar los hechos y circunstancias por él alegadas se le ha causado flagrante indefensión.

En tales circunstancias resulta evidente que la resolución administrativa impugnada incurre en las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1.a) -" *Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional*"- y e) -" *Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido*" de la Ley 30/1995, lo que hace innecesario el examen del resto de las alegaciones y motivos de impugnación aducidos por la parte recurrente-apelante.

**DÉCIMO.-** De las anteriores consideraciones se deduce la procedencia de estimar el recurso de apelación y con él la estimación del recurso contencioso-administrativo origen de las presentes actuaciones, consiguiente revocación de la Sentencia apelada.

De conformidad con el artículo 139.1 y 2 de la LJCA se impone a las demandadas las costas causadas en la instancia; no haciéndose expresa imposición de las causadas en esta alzada.

VISTOS.- Los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que con ESTIMACIÓN del recurso de apelación interpuesto por la mercantil JIMENEZ DORADO VIAJES, S.L.U., representada por el Procurador D. Rafael Sánchez Izquierdo Nieto, contra la Sentencia dictada el 4 de junio de 2018 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 22 de los de Madrid, recaída en los autos de Procedimiento Ordinario núm. 286/2017, debemos:

Primero.- REVOCAR la citada Sentencia.



Segundo.- ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la citada mercantil apelante contra la Resolución del Director General del Espacio Público, Obras e Infraestructuras del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 14 de julio de 2017; cuya NULIDAD declaramos por su disconformidad a Derecho.

Tercero.- Todo ello, con imposición a las demandadas las costas causadas en la instancia; no haciéndose expresa imposición de las causadas en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma, haciéndoles saber que la misma es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, justificando el interés casacional objetivo que se pretenda.

Así, por esta nuestra sentencia, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. José Daniel Sanz Heredero D. José Ramón Chulvi Montaner

Dña. María Soledad Gamo Serrano

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ