

V. Anuncios

Otros anuncios

Consejería de Turismo

1329 *Secretaría General Técnica.- Anuncio por el que se hace pública la Resolución de 26 de febrero de 2010, relativa a notificación de la Resolución de este Centro Directivo, resolutoria del recurso de alzada nº 192/09, interpuesto por doña Dai Meihua, en su propio nombre.*

Vistos los repetidos intentos de notificación de la citada Resolución en el domicilio que figura a tales efectos en el correspondiente expediente, sin que haya sido recibida por la recurrente.

Visto lo establecido en el artículo 59.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero,

RESUELVO:

Primero.- Notificar a Dña. Dai Meihua, titular de la explotación turística del establecimiento denominado Restaurante The Tavern, la Resolución de 28 de enero de 2010 (Libro nº 1, Folio 54-58, nº 24), que figura como anexo de esta Resolución, por la que se resolvió el recurso de alzada nº 192/09 (expediente nº 198/08), interpuesto contra la Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias nº 327, de fecha 4 de septiembre de 2009.

Segundo.- Remitir al Ayuntamiento de Mogán (Gran Canaria), la presente Resolución para su anuncio en el tablón de edictos correspondiente.

Santa Cruz de Tenerife, a 26 de febrero de 2010.- El Secretario General Técnico, Claudio-Alberto Rivero Lezcano.

A N E X O

Resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Turismo por la que se resuelve el recurso de alzada nº 192/09 interpuesto por doña Dai Meihua, en su propio nombre.

Visto el recurso de alzada nº 192/09 interpuesto por doña Dai Meihua, en su propio nombre, con N.I.E. X1445401-N, titular de la explotación turística del establecimiento denominado "Restaurante The Tavern", sito en el Centro Comercial Europa, calle Cornisa, nº A 9, local 3-11, Puerto Rico, término municipal de Mogán, contra la Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias nº 327, de fecha 4 de septiembre de 2009, recaída en el expediente sancionador nº 198/08, y teniendo en cuenta los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El acto impugnado se dictó en resolución de expediente sancionador iniciado con motivo de la comisión de una infracción administrativa a la normativa turística consistente en:

"Estar abierto al público en general sin la autorización preceptiva para la entrada en servicio y el desempeño de la actividad turística reglamentada de restaurante".

Hecho que determinó la imposición de una sanción de multa en cuantía de mil quinientos tres (1.503) euros.

Segundo.- Contra la Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias nº 327, de fecha 4 de septiembre de 2009, recaída en el expediente sancionador nº 198/08, se interpone recurso de alzada solicitando su revocación y que se sancione con apercibimiento.

En defensa de sus derechos e intereses, la titular expedientada aduce, en síntesis, que el hecho imputado no debe calificarse como de infracción grave sino de leve, al amparo de lo dispuesto por el artículo 30.1 de la Orden Ministerial de 17 de marzo de 1965, en relación con lo establecido en el artículo 76.5, 76.6 y 76.9 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, con imposición de la sanción de apercibimiento al no existir reincidencia, máxime cuando se ha solicitado de la propia Administración toda la documentación y permisos exigibles. Siguiendo el principio de no discriminación, no se debe sancionar dos expedientes iguales con distinta sanción.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El Secretario General Técnico de la Consejería de Turismo es competente para conocer y resolver el presente recurso en virtud de lo dispuesto en la Orden departamental de fecha 9 de octubre de 1995 (BOC nº 136, de 23.10.95) en relación con la Orden de fecha 6 de agosto de 2003 (BOC nº 158, de 18.8.03) por la que se mantiene en el Secretario General Técnico de la Consejería de Turismo la delegación de la competencia de resolución de los recursos administrativos interpuestos contra actos dictados por órganos de este Departamento en materia de turismo y costas.

Segundo.- El recurso en cuestión reúne los requisitos formales determinantes de su admisión a trámite.

Tercero.- Entrando en el fondo del recurso, cabe señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo 113.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,

el órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados, si bien, en este último caso, serán oídos previamente los interesados. Audiencia del interesado de la que, en el caso que nos ocupa, se vendrá a prescindir, lo que no invalidará el procedimiento toda vez no se vendrá a causar indefensión al concluir la resolución del recurso con la anulación del acto administrativo impugnado.

Examinado el expediente sancionador del que trae causa el recurso de alzada promovido por don Dai Meihua, en calidad de titular de la explotación turística del establecimiento denominado “Restaurante The Tavern”, resulta que el hecho infractor imputado al expedientado consiste en “estar abierto al público en general sin la autorización preceptiva para la entrada en servicio y el desempeño de la actividad turística reglamentada de restaurante”, siendo la normativa sustantiva infringida consignada en el expediente sancionador el artículo 30.1 de la Orden Ministerial de 17 de marzo de 1965, de Ordenación Turística de Restaurantes, en cuyo artículo 6 se dispone que con anterioridad a la apertura del establecimiento su titular dará cuenta a la Administración turística competente para que se conceda la oportuna autorización, incardinándose el hecho infractor en el artículo 75.1 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, que tipifica como de infracción muy grave a la normativa turística “La actuación sin cualesquiera de las autorizaciones preceptivas para la entrada en servicio de establecimientos y el desempeño de actividades turísticas reglamentadas”. Normativa de referencia que en el momento de cometerse el hecho infractor, el 16 de noviembre de 2007, momento en que fue extendida por inspector de turismo actuante el acta de inspección nº 22364, prueba de cargo aportada por la Administrativa a los efectos de imputar el hecho infractor, resultaba de aplicación, habida cuenta que el ejercicio de la actividad turística de restaurante venía sujeta a previa autorización administrativa exigible no solo por la Orden Ministerial de referencia, sino también por la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, reguladora de la ordenación y promoción del sector turístico en las Islas Canarias, con el objeto, entre otros, de conservar y mejorar la oferta turística del Archipiélago y de garantizar y defender los derechos de los usuarios turísticos. Entre los deberes a los que se encontraban sometidas las empresas que desearan establecerse y desarrollar la actividad turística de restauración en el Archipiélago Canario, se incluía la obligación de obtener de la Administración competente las autorizaciones previas al ejercicio de cualquier actividad turística, autorizaciones objeto de inscripción en el Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos, viniendo sujetas a la citada Ley de Ordenación del Turismo de Canarias (artº. 2.1.c) y, por ende, al cumplimiento de una serie de deberes fundamentales, entre ellos, el de

obtener las preceptivas autorizaciones de conformidad con lo dispuesto en los artículos 13 y 24 del mencionado cuerpo normativo y en la Orden de 17 de marzo de 1965, reguladora de la ordenación turística de restaurantes. El requerimiento de la previa obtención de una autorización administrativa para el ejercicio de cualquier actividad turística reglamentada encontraba su justificación en la necesidad de arbitrar las medidas precisas dirigidas a garantizar la prestación de unos servicios turísticos profesionales y especializados que cumplieran las condiciones y exigencias previstas por la normativa ordenadora de cada una de dichas actividades turísticas reglamentadas.

Sin embargo, los objetivos de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, han tenido que ser revisados y actualizados a la vista de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DO 376, de 27.12.06). Directiva que, aplicable a una amplia gama de actividades, entre ellas, a los servicios turísticos, incluyendo expresamente los de restauración, se plantea como objetivo avanzar hacia un auténtico mercado interior de los servicios que goce de mayor libertad en el que los Estados miembros se vean obligados a suprimir las barreras que impidan u obstaculicen el establecimiento de nuevos negocios o la prestación transfronteriza de servicios, garantizando que, tanto los prestadores de servicios como los destinatarios de los mismos se beneficien de la libertad de establecimientos y la de prestación de servicios consignadas en los artículos 43 y 49 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, eliminando obstáculos a las actividades de servicios y potenciando la confianza recíproca entre Estados miembros y entre prestadores y consumidores en el mercado interior.

La incorporación de la Directiva de Servicios al ordenamiento jurídico español determina la necesidad de generalizar el régimen de comunicación previa al inicio de las actividades turísticas, reservando la exigencia de autorización a los supuestos en que la actividad turística tenga incidencia territorial y el bien jurídico protegido esté vinculado a la protección del medio ambiente. Incorporación de la Directiva que pasó por el establecimiento de una Ley marco de trasposición de la misma, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio (BOE nº 283, de 24.11.09); de una Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre (BOE nº 308, de 23.12.09), así como, de una actuación precisa en cada uno de los sectores afectados promoviendo las modificaciones legislativas precisas. Y así, en el marco de la indicada actuación se aprueba la Ley 14/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica la Ley 7/1995, de 6

de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias (BOC nº 2, de 5.1.10), cuya entrada en vigor tuvo lugar, a tenor de lo establecido en su disposición final única, el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de Canarias.

De acuerdo con la nueva redacción que del artículo 13 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, ofrece la Ley 14/2009, de 30 de diciembre, “El establecimiento y ejercicio de la actividad turística es libre sin más limitaciones que las establecidas en la presente ley y en las demás de aplicación o en su reglamentación específica. No obstante, para el establecimiento y desarrollo de tal actividad en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, las empresas estarán sometidas al cumplimiento de los siguientes deberes específicos: a) Comunicar previamente a la Administración competente el inicio de la actividad y, en su caso, emitir declaración responsable”. En este sentido, el artículo 24 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, modificada por la Ley 14/2009, de 30 de diciembre, viene a disponer que: “Con carácter general el acceso o ejercicio de actividades turísticas no estarán sujetos a autorización, sin perjuicio del cumplimiento del deber de comunicación previsto en el artículo 13.2.a) de esta Ley. Asimismo, cuando la actividad venga regulada mediante reglamentación turística específica, el promotor, explotador o prestador de la actividad deberá manifestar, mediante declaración responsable, el cumplimiento de los requisitos exigidos por dicha normativa, facilitando, asimismo, la información requerida o necesaria para el control de la actividad, de conformidad con lo que se disponga reglamentariamente. Efectuada la comunicación previa, podrá iniciarse la actividad comunicada, correspondiendo a la Administración turística competente la comprobación posterior del cumplimiento de los requisitos establecidos en la reglamentación turística que le fuera de aplicación y de las previsiones de esta Ley”.

En consecuencia, en el concreto ejercicio de la actividad turística de restaurantes, con la modificación normativa llevada a cabo como consecuencia de la incorporación de la Directiva de Servicios al ordenamiento jurídico interno, se ha pasado de un régimen de autorizaciones a un régimen de comunicación previa cuya inobservancia tipifica la Ley 14/2009, de 30 de diciembre, de modificación de la Ley 7/1995, de 6 de abril, como de infracción muy grave a la normativa turística al preceptuar el artículo 75.2 del citado texto legal lo siguiente: “El acceso o ejercicio de actividades turísticas reguladas reglamentadas, incumpliendo el deber de comunicación previsto en el artículo 13.2.a)”.

Resulta indudable la doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo [sentencias, entre otras, de 15 de diciembre de 1988 y de 23 de mayo de 1989 (RJ/1989/3835)], referida

a que el artículo 9.3 de la Constitución establece el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, por lo que, a “sensu contrario”, las normas sancionadoras posteriores serán de aplicación siempre que resulten más favorables para el inculpaado, no siendo óbice para la aplicación de la norma más beneficiaria que el procedimiento sancionador se encuentre en fase de impugnación jurisdiccional.

A tenor de lo establecido en el apartado 1 del artículo 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa. Sin embargo, en el apartado 2 del artículo 128 del citado texto legal se exceptúa lo prescrito en el apartado anterior al disponer que cuando las disposiciones sancionadoras favorezcan al presunto infractor producirán efecto retroactivo. Ciertamente, como bien lo recoge la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en su sentencia de fecha 9 de junio de 2000 (RJCA/2000/1472), fundamento de derecho tercero, el artículo 128.2 emplea la expresión “presunto infractor”, pero, aun después de la sanción, cuando ya no se es presunto infractor sino sancionado, la entrada en vigor de la norma sancionadora más favorable, sea en la fase de recurso en vía administrativa, o en sede jurisdiccional, en cualquiera de sus instancias, ha de comportar la aplicación de la retroactividad.

Por cuanto antecede, resultará de aplicación, en fase de recurso de alzada, la aplicación retroactiva de la Ley 14/2009, de 30 de diciembre, de modificación de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, toda vez que la misma establece un régimen de comunicación previa para el inicio de la actividad turística de restaurantes, y no de autorización, por lo que el ejercicio de esta actividad sin previa autorización administrativa no aparecerá ya tipificada como de infracción a la normativa turística, de ahí que no pueda exigírsele responsabilidad administrativa al ahora recurrente por el ejercicio de la actividad turística de restaurante sin autorización que, tras la aprobación de la Ley 14/2009, de 30 de diciembre, ha dejado de ser el régimen aplicable a este tipo de actividad turística y, en consecuencia, ha quedado fuera de la tipología de infracciones a la normativa turística, por cuanto ahora solo será exigible un régimen de comunicación previa cuya inobservancia dará lugar, previa tramitación del correspondiente expediente sancionador, a responsabilidad administrativa por la comisión de infracción a la normativa turística.

En razón de cuanto se ha expuesto, procede, en consecuencia, estimar el recurso y anular la Resolución sancionadora nº 327, de fecha 4 de septiembre de 2009, al no poder exigírsele al titular de la explotación turística

del establecimiento responsabilidad administrativa por el ejercicio de la actividad turística de restaurantes sujeta, a partir de la entrada en vigor de la Ley 14/2009, de 30 de diciembre, a comunicación previa a la Administración turística competente y no al régimen de autorización administrativa que queda reservado para aquellos supuestos en que la actividad turística tenga incidencia territorial y el bien jurídico protegido esté vinculado a la protección del medio ambiente.

Visto el dictamen nº HAB.I.TUR.04/10-C, emitido con fecha 27 de enero de 2010, por la letrada habilitada de la Dirección General del Servicio Jurídico.

Vista la Propuesta de Resolución emitida con fecha 28 de enero de 2010 por el Servicio de Régimen Jurídico de la Secretaría General Técnica.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general aplicación,

RESUELVO:

Estimar el recurso de alzada nº 192/09 interpuesto por doña Dai Meihua, en su propio nom-

bre, con N.I.E. X-1445401-N, titular de la explotación turística del establecimiento denominado "Restaurante The Tavern", sito en el Centro Comercial Europa, calle Cornisa, nº A 9, local 3-11, Puerto Rico, término municipal de Mogán y, anular la Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias nº 327, de fecha 4 de septiembre de 2009, recaída en el expediente sancionador nº 198/08, que determinó la imposición de sanción de multa en cuantía de mil quinientos tres (1.503) euros.

Contra la presente Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, en el plazo de dos meses, contados a partir del día siguiente a su notificación, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo en cuya circunscripción tenga su domicilio el recurrente o ante el Juzgado competente en función de la sede del órgano que dictó el acto impugnado (en Las Palmas de Gran Canaria), a elección del recurrente, sin perjuicio de cualquier otro recurso que pudiera interponerse.- El Secretario General Técnico, Claudio-Alberto Rivero Lezcano.