



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 725/2009

(Sección 1ª)

La Laguna, a 15 de diciembre de 2009.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Turismo en relación con la *Propuesta de Resolución del recurso de revisión incoado a instancia de J.F.P. (EXP. 694/2009 RR)**.

FUNDAMENTOS

I

1. Mediante escrito de 28 de octubre de 2009, la Consejera de Turismo del Gobierno de Canarias interesa, preceptivamente, al amparo de los arts. 11.1.D.b), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, Dictamen en relación con la Propuesta de Resolución por la que se resuelve el recurso extraordinario de revisión interpuesto por J.F.P. contra la Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias por la que se desestimó el recurso de alzada confirmatoria de la Resolución de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística del Gobierno de Canarias recaída en expediente sancionador, al estimar que en la Resolución combatida se produjo un *error*, que arrastra además las previas que le sirvieron de fundamento, puesto en evidencia por la *posterior de cierta documentación*; lo que nos lleva a la causa del art. 118.1.2ª de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

2. La ordenación del recurso extraordinario de revisión se contiene en los arts. 118 y 119 LRJAP-PAC. Este recurso, que es extraordinario, procede contra actos firmes en vía administrativa; firmeza que en este caso deriva de la Resolución por la que se resolvió el recurso de alzada interpuesto por el interesado, teniendo entrada el escrito que formaliza el recurso de revisión el 29 de julio de 2009, antes pues de

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

los tres meses que el apartado 2 del art. 118 LRJAP-PAC señala para que pueda interponerse.

El recurso, por otra parte, se interpone ante el mismo órgano que dictó el acto a revisar, la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias, cumpliéndose así lo dispuesto en el art. 118.1 LRJAP-PAC, siendo aquél también el órgano competente para su resolución.

II

1. Antes de entrar a analizar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento incoado, debemos realizar el previo y necesario relato de hechos.

Con fecha 8 de octubre de 2007 se cumplimentó el libro de reclamaciones por parte de un cliente por el trato recibido en el establecimiento C.M. Personado el inspector el 7 de diciembre de 2007, se acredita que dicho establecimiento “se anuncia en el exterior como bar”, cuando está autorizado como “restaurante”. Asimismo, en los datos a cumplimentar en la hoja de reclamaciones “no [se] hace mención a la actividad de restaurante, que es la que desempeña”.

Iniciado expediente sancionador, comparece la parte manifestando que, si bien las apreciaciones del inspector respecto a la titulación del establecimiento son “procedentes”, no lo es menos que se trata de un “establecimiento emblemático y de un valor “histórico incuestionable”, lo que justificaría una “excepción” a los “estrictos requerimientos administrativos”. Por otra parte, el cambio de rotulación no es “tarea fácil” porque el establecimiento “está protegido urbanísticamente y (...) sus fachadas”; lo que es muestra de que el mismo pertenece al “acervo histórico de la ciudad”.

Por Resolución de 8 de enero de 2009 se le impuso la sanción de apercibimiento. Contra la misma el interesado interpuso recurso de alzada en el que, además de reproducir los argumentos anteriores, alegaba la prescripción de la infracción, al amparo del art. 74.1.c) de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias (LOTC), el cual, para la infracción cometida dispone un año de prescripción, y su intención de contratar la nueva rotulación del establecimiento.

Confirmada la Resolución recurrida en sus propios términos, el interesado interpuso, como se dijo, recurso extraordinario de revisión al entender que en la misma concurría un error. Así, reiteraba que se trataba de un local incluido en el Catálogo de Protección de Reforma Interior Vegueta-Triana, aprobado en julio de

2001, lo que no ha sido tenido en cuenta por la Resolución que se impugna. A tales efectos, acompañaba informe técnico que acredita que el inmueble está incluido en el Catálogo del Plan General, estando calificado en la Ordenanza de Protección como edificio de carácter "ambiental" al amparo de los arts. 44 y 45 de la Ley 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico. Asimismo, del certificado aportado del Ayuntamiento de Las Palmas resulta que el edificio está catalogado como de "interés ambiental", resultando del Catálogo municipal que cuenta con "interés arquitectónico" y se encuentra "situado en un entorno de gran valor".

Formulada Propuesta de Resolución, la misma señala que el recurso "carece manifiestamente de fundamento". La sanción procedía en cuanto se vulneraba lo dispuesto en la Orden de 19 de octubre de 1998, que dispone la obligación de exponer en el local claramente la denominación, nombre o rótulo que conste en la autorización de apertura, de modo que cualquier referencia que se haga a las características del establecimiento, también en las hojas de reclamaciones, "deberá ajustarse a la realidad". Por lo demás, el documento aportado por la parte no tiene la condición de "documento esencial" a los efectos de evidenciar el error en la Resolución recurrida, pues las determinaciones de protección medioambiental no son óbice para "el cumplimiento de la normativa recurrida".

III

El carácter "extraordinario" del recurso de revisión en la propia Ley que lo regula "conlleva una motivación tasada y, por consiguiente, limitada rigurosamente al ámbito de los motivos concretos determinantes de su incoación que, además, han de ser restrictivamente interpretados (...), sin que al socaire de aquel recurso quepan otros pronunciamientos propios de los recursos ordinarios (Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª, de 11 de octubre de 2004 con cita, entre otras, de las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1970, 6 de junio de 1977, 11 de diciembre de 1987, 16 de junio de 1988 y 1 de diciembre de 1992); y en todo caso "con sujeción a los presupuestos exigidos" legalmente (SAN, Sala de lo Contencioso, Sección 3ª, de 13 de julio de 2004).

La redacción originaria del mencionado precepto tenía un alcance restrictivo, pues para que prosperara esta causa debía tratarse de documentos de valor esencial, aunque sean posteriores, y *que aparecieran o se aportaran evidenciando el error de la resolución recurrida*. Entonces, el alcance del precepto encontraba su límite en

que los documentos posteriores para ser considerados debían contener “hechos o circunstancias anteriores a su adopción y que tengan que estar inmediatamente referidos a los supuestos a que se contraigan, sin que pueda admitirse la analogía con otros distintos” (Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 13 de marzo de 1997, asumiendo la doctrina de los Tribunales antes de la Ley 4/1999, de 13 de enero). En igual sentido, la STS de 16 de marzo de 2004.

Esta necesaria interpretación legal fue superada por la Ley 4/199, de 13 de enero, de reforma de la Ley 30/1992, que realizó una nueva redacción del precepto mencionado; básicamente, la supresión del término “aporten”. Pero subsiste la cuestión de qué documentos posteriores pueden abrir la vía de un recurso de revisión.

En este sentido, aunque el documento sea posterior debe existir conexión con hechos o cuestiones anteriores sobre los que la Resolución recurrida se pronunciaba o contenía, lo que en efecto concurre en nuestro caso. Ahora bien, ello no significa necesariamente que tal Resolución hubiera incurrido en un error. En el presente caso, estamos ante varios documentos que acreditan la condición urbanística de protección del inmueble donde se halla el local sancionado, pero de ahí no se evidencia que la Administración resolviera erróneamente, si bien cabría cuestionar la incoación de procedimiento sancionador en lo que concierne a los elementos de la fachada del local.

IV

1. El establecimiento fue autorizado a nombre del interesado el 1 de junio de 1995 y, desde tal fecha, el local tenía su fachada en las mismas condiciones que las originales. Fue años más tarde cuando, con ocasión de la reclamación de un cliente, la inspección girada acreditó un doble incumplimiento: el letrero de la fachada no se correspondía con la actividad autorizada y, en la hoja de reclamación, no se hizo constar idéntica correspondencia, en contra de norma expresa que obligaba a ello, siendo calificados tales incumplimientos como leves.

Es de señalar la predisposición del titular de la autorización en cumplimentar la obligación de que el cartel de la fachada reflejara la realidad formal de la actividad que desempeñaba, eliminando durante la tramitación del procedimiento el neón con la leyenda “bar”. Ahora bien, que el edificio estuviera dotado de protección por razón de las *características ambientales de la zona*, de las que formaban parte la fachada y sus elementos identificativos, en letras de neón, no puede servir de excusa

para incumplir la legislación turística, debiendo procederse a la sustitución del cartel, previa autorización municipal, como así ha sido.

En la tesis del interesado, si en ese local se ubicara establecimiento de otra naturaleza, éste no podría instalar un cartel anunciador de la actividad que desempeña, ni podría eliminar la luminaria con la leyenda "bar" que figura en su fachada; lo que desde luego no es jurídicamente admisible. El aspecto ambiental de la fachada no puede ir en contra de los legítimos derechos del nuevo titular ni, habría que añadir, de los consumidores y usuarios de los servicios que se dispensan en ese establecimiento. Era posible el cambio pese a la catalogación y características del local y, mientras no se hiciera, se incumplía con la legalidad turística.

2. El interesado también alegó la prescripción de la infracción, pues la fachada ha conservado su estado desde hace muchos años, sin que la Administración hasta este procedimiento sancionador hubiera adoptado actuación alguna al respecto, habiendo sido además autorizado el explotador del establecimiento en 1995, sin que entonces tampoco se hubiera derivado actuación sancionadora con posterioridad aunque la actividad fuese otra que la que figuraba en el cartel. Sin embargo, es claro que estamos ante una infracción *continua o permanente*, que hace referencia a una "conducta reiterada por una voluntad duradera" (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia 336/2005, de 15 de febrero), por lo que no cabría alegar la prescripción.

3. En todo caso, el procedimiento sancionador se abrió no solo por la discrepancia entre la información que suministraba el neón de la fachada y la actividad formalmente autorizada, sino también por idéntica discrepancia en la cumplimentación de la hoja de reclamación que dio lugar a la inspección, pues se identificaba como "café hotel"; lo que contraviene asimismo la obligación de que la actividad autorizada deberá "ajustarse a la realidad". Frente a esta imputación, el interesado alega falta de tipicidad.

La Jurisprudencia constitucional (por todas, STC 16/2004) en materia sancionadora ha precisado que, en esta materia, rige una reserva de ley con eficacia relativa o limitada (SSTC 177/1992 y 52/2003), que no excluye la colaboración reglamentaria en la tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, aunque descarta que tales remisiones haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley. En suma, de esta

doctrina resulta que el reglamento sancionador postconstitucional siempre tiene que contar con una cobertura legal suficiente.

Así, se respeta la reserva legal cuando la ley formal de cobertura contiene una descripción que permita conocer con certeza razonable y suficiente cuáles sean las conductas constitutivas de infracción, sin incluir tipos abiertos o cláusulas generales o residuales que encomienden a la potestad reglamentaria un arbitrio desmedido en la concreción de aquéllos. Por lo demás, si bien la ley puede remitir la concreción de infracciones al reglamento, esta habilitación no la puede realizar un simple reglamento.

En el presente caso, la sanción se impone al amparo de la Orden de 4 de noviembre de 1988, por la que se regulan los nombres y la publicidad de los establecimientos turísticos. La LOTC que derogó, asumiendo parte de su contenido, la Ley 3/1986, de 8 de abril, reguladora del Régimen de Disciplina en materia turística, contempla en su art. 77 los derechos del usuario (entre ellos, el de información y el de recibir bienes y servicios acordes con la categoría del establecimiento); y en el 15, la obligación de las empresas de facilitar esa información. La Ley, ciertamente, no contempla el tipo infractor leve de *falta de identidad entre las características del establecimiento y la realidad*, pero sí el de *"cualquier otra infracción que, estando tipificada como grave, no mereciera esta consideración por razón de su falta de intencionalidad, naturaleza, ocasión o circunstancias"*.

En este sentido, el apartado 76.6 de la Ley califica como grave el hecho de no tramitar *las hojas de reclamaciones en forma* (estando aquellas reguladas en el art. 20 de la Ley, cuyo apartado 3 efectúa una remisión reglamentaria para su concreción normativa en base a la cual se aprobó el Decreto 168/1996, de 4 de julio). El art. 12.1 del citado Decreto obliga a la empresa a *"rellenar la totalidad del recuadro de datos a cumplimentar por la misma"*. Finalmente, por Orden de 19 de febrero de 1998, se aprobó el modelo de hojas de reclamaciones, correspondiendo el primer recuadro a cumplimentar por la empresa al *"nombre del establecimiento"*.

En definitiva, está acreditado que *la empresa no cumplimentó la hoja de reclamaciones en la forma debida*, siendo obligatorio que la empresa se identifique en la forma en que fue expresamente autorizada, sin que proceda el alegato de que el Decreto y la Orden referidas no cumplan con los requisitos formal y materialmente exigibles constitucionalmente en relación con la intervención reglamentaria en el régimen de infracciones, habida cuenta que *la infracción de que se trata ha sido*

subsumida por la Ley que desarrollan en la forma en que se ha descrito, de modo que no cabe alegar falta de tipicidad en ningún caso.

En definitiva, la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución examinada es conforme a Derecho, no procediendo el recurso de revisión interpuesto por J.F.P. contra la Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias por la que se desestimó el recurso de alzada que confirmó la Resolución de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística de la Consejería de Turismo del Gobierno de Canarias recaída en expediente sancionador.