



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 6 4 3 / 2 0 1 0

(Pleno)

La Laguna, a 20 de septiembre de 2010.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el *Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Actividad Turística de Alojamiento y se modifica el Decreto 10/2001, de 22 de enero, por el que se regulan los Estándares Turísticos (EXP. 589/2010 PD)**.

F U N D A M E N T O S

I

Solicitud y preceptividad del Dictamen.

1. Por el Presidente del Gobierno *se solicita*, al amparo del art. 11.1.B.b) en relación con el art. 12.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, Dictamen sobre el *Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Actividad Turística de Alojamiento y se modifica el Decreto 10/2001, de 22 de enero, por el que se regulan los estándares turísticos*, tomado en consideración por el Gobierno en sesión celebrada el 8 de julio de 2010, según resulta del certificado del acuerdo gubernativo que acompaña a la solicitud de Dictamen.

La solicitud ha sido cursada por el procedimiento ordinario y se dirige a la aprobación de normas reglamentarias de desarrollo de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias (LOT), modificada por la Ley 14/2009, de 30 de diciembre.

Este carácter del proyecto de reglamento determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Presidente del Gobierno para solicitarlo, según los arts. 11.1.B.b) y 12.1 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias.

* PONENTE: Sr. Millán Hernández.

Procedimiento de elaboración del Proyecto de Decreto.

2. En el procedimiento de elaboración del Proyecto de Decreto se ha dado cumplimiento a las exigencias legales y reglamentarias de aplicación. Consta en el expediente la siguiente documentación:

Informe de acierto y oportunidad del Proyecto de Decreto (art. 44 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno), emitido el 29 de diciembre de 2009 por la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística.

Memoria sobre las medidas de simplificación, reducción de cargas en la tramitación administrativa y mejora de la regulación del procedimiento administrativo, emitido en la misma fecha por la citada Dirección General (arts. 7 y 8 del Decreto 48/2009, de 28 de abril, por el que se establecen en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias medidas ante la crisis económica y de simplificación administrativa).

Informe de 29 de diciembre de 2009 de impacto por razón de género [art. 24.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, en relación con la Disposición final primera de la Ley 1/1983], elaborado así mismo por la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística.

Memoria económica de fecha 29 de diciembre de 2009 de la citada Dirección General (art. 44 y disposición final primera de la Ley 1/1983 en relación con el art. 24.1.a) de la Ley 50/1997), en la que se justifica que la Disposición que se propone no tiene repercusión en el gasto público.

Informe de la Oficina Presupuestaria de la Consejería de Turismo, de fecha 29 de diciembre de 2009 [art. 2.2.f) del Decreto 153/1985, de 17 de mayo, modificado por Decreto 234/1998, por el que se crean las Oficinas presupuestarias de las Consejerías del Gobierno de Canarias].

Informe de la Dirección General de Planificación y Presupuesto de la Consejería de Economía y Hacienda, emitido con carácter favorable, con fecha *de* 22 de enero de 2010 [art. 26.4.a) del Reglamento Orgánico de la Consejería de Economía y Hacienda, aprobado por Decreto 12/2004, de 10 de febrero].

Informe de fecha 26 de enero de 2010 de la Inspección General de Servicios [arts. 77.e) del Reglamento Orgánico de la Consejería de Presidencia y 7 del Decreto 48/2009, de 28 de abril, por el que se establecen en la Administración Pública de la Comunidad autónoma de Canarias medidas ante la crisis económica y de simplificación administrativa].

Certificación de 17 de mayo de 2010 relativa al trámite de audiencia concedido a las entidades y asociaciones del sector. Durante el plazo concedido presentaron alegaciones los Cabildos de El Hierro, Fuerteventura y Tenerife, así como la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Las Palmas, diversas asociaciones empresariales y diversos Departamentos de la Administración autonómica, ninguna de las cuales ha sido contestada en el expediente.

Informe del Servicio Jurídico del Gobierno de 25 de junio de 2010 [art. 20.f) del Reglamento de este Servicio, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero].

Informe de legalidad de 5 de julio de 2010, emitido por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Turismo [art. 44 de la citada Ley 1/1983 y 15.5.a) del Decreto 212/1991], en el que se da contestación a las observaciones realizadas por el Servicio Jurídico, la mayoría de las cuales han sido acogidas.

Informe de la Comisión Preparatoria de Asuntos del Gobierno de 5 de julio de 2010 (art. 2 del Decreto 45/2009, de 21 de abril).

II

Competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de actividad turística y el libre acceso a las actividades turísticas.

1. La Comunidad Autónoma de Canarias ostenta competencia para regular la actividad turística de alojamiento objeto del Proyecto de Decreto en virtud de lo previsto en el art. 30.21 del Estatuto de Autonomía (art. 29.14 en su redacción originaria), que le otorga competencia exclusiva en materia de turismo y en cuyo ejercicio fue aprobada la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, recientemente modificada por la Ley 14/2009, de 30 de noviembre. Del mismo modo, el contenido del Proyecto de Decreto incide en la competencia exclusiva prevista en el art. 30.15 del Estatuto de Autonomía de Canarias.

La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior e incorporada al Ordenamiento español por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, ha obligado a adaptar la práctica totalidad de la normativa reguladora del sector turístico a un régimen menos intervencionista que facilite la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, caracterizado esencialmente por la supresión de/ régimen de autorización previa para la apertura de los establecimientos y su sustitución por un régimen caracterizado por la

comunicación previa de inicio de la actividad y la presentación de declaraciones responsables, sin perjuicio de las autorizaciones de carácter ambiental y territorial, legal o reglamentariamente preceptivas.

Este Consejo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en diversos Dictámenes (516/2009, 630/2009, 59/2010) sobre el alcance 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 (Directiva de Servicios), a los que nos remitimos. La norma comunitaria pretende avanzar hacia un auténtico mercado interior de los servicios 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 como los destinatarios de los servicios se beneficien de la libertad de establecimiento y la de prestación de servicios, consagradas en los arts. 43 y 49 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, promoviendo la simplificación de procedimientos y la eliminación de obstáculos a las actividades de servicios y potenciando la confianza recíproca entre Estados miembros y entre prestadores y consumidores en el mercado interior.

Con esta finalidad, la Directiva de Servicios suprime, con carácter general, los requisitos que obstaculizan las libertades comunitarias, si bien se reconoce a los Estados miembros la posibilidad de establecer, excepcional y justificadamente, regímenes de autorización, siempre que no resulten discriminatorios, obedezcan a una razón imperiosa de interés general y el objetivo perseguido no se pueda conseguir mediante una medida menos restrictiva. Se consagra, pues, como regla general la no sujeción a autorización del acceso a una actividad de servicios, si bien se admite la posibilidad de exigirla de forma excepcional y siempre que concurren determinados requisitos, que habrán de motivarse suficientemente en la norma correspondiente.

La Directiva resulta aplicable a una amplia gama de actividades y, entre ellas y en lo que ahora interesa, a los servicios turísticos, incluyendo expresamente los de alojamiento y restauración, los que prestan las agencias de viaje y los guías de turismo y los servicios de ocio (Considerando 33).

La Directiva ha supuesto para los Estados miembros el deber de revisar y modificar los regímenes de autorización a los que están sometidas las actividades de servicio en su territorio nacional.

En cumplimiento de este mandato, su transposición se ha llevado a cabo por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en la que se establece como regla general, en concordancia con la Directiva cuya transposición efectúa, que el acceso a tales actividades no estará sujeto a un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurran las condiciones que la propia Ley señala (art. 5).

Con posterioridad se ha aprobado también la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la citada Ley, cuyo art. 2 efectúa diversas modificaciones en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Se ha introducido, entre otros, un nuevo art. 71 bis que regula, con carácter básico, el régimen de la declaración responsable y la comunicación previa al ejercicio de las actividades de servicios.

La Comunidad Autónoma de Canarias, en su ámbito competencial, ha llevado a cabo la labor de adaptación de diversas leyes a las nuevas previsiones de la legislación básica impuestas por la Directiva de Servicios, entre las que se encuentra la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, cuya modificación fue operada por la ya señalada Ley 14/2009. Esta modificación ha supuesto la eliminación de la exigencia generalizada de autorizaciones administrativas turísticas para el acceso y ejercicio de actividades de esta naturaleza y su sustitución, también con carácter general, por un régimen de comunicación previa [arts. 13.2.a) y 24.1], con las salvedades antes expresadas.

Estructura del Proyecto de Decreto.

2. El Proyecto de Decreto, según señala su Introducción a modo de Preámbulo, se dirige al desarrollo de la Ley 7/1995 tras su modificación por la Ley 14/2009, a fin de profundizar en aquellos aspectos dirigidos a la simplificación y racionalización de los requisitos exigibles al ejercicio de la actividad turística de alojamiento.

Se integra por un artículo único de aprobación del Reglamento de la actividad turística de alojamiento cuyo texto se inserta como anexo. Seis disposiciones transitorias. Una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

Presenta, por otra parte, novedades respecto a las distintas normas que han venido regulando la oferta turística de alojamiento en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, tales como una nueva clasificación de los establecimientos

que desarrollan la actividad turística, que implica la supresión y reconversión de modalidades, tipos y categorías de establecimientos, o las exigencias de información mínima que debe ser facilitada por los establecimientos con el fin de mejorar la transparencia y de favorecer las apreciaciones basadas en criterios comparables en cuanto a la calidad de los servicios ofrecidos y prestados.

III

Al articulado del Reglamento se formulan las observaciones siguientes:

Art. 2.j) y ñ).

Los apartados j) y ñ) del art. 2 PR definen el hotel rural y a la casa rural como los establecimientos hoteleros y extrahoteleros, respectivamente, cuya edificación esté sita en suelo rústico e incluida en alguno de los instrumentos del art. 15 de la Ley 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico de Canarias, LPHC. De la relación que guarda este precepto con los arts. 17, 18, 43 y 45 de la misma ley resulta que los inmuebles de los hoteles rurales y casas rurales deben reunir estos dos requisitos:

a) estar sitos en suelo rústico;

b) haber sido declarados, por ser monumentos o parte de un conjunto histórico, Bien de Interés Cultural (BIC) y por ende incluidos en el Registro de tales bienes; o bien, por merecer ser preservados, incluidos en un Catálogo Arquitectónico Municipal.

La validez del establecimiento de estos dos requisitos por medio de reglamento debe ser examinada considerando lo siguiente:

El art. 62.3 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales Protegidos, TRLOTEN (aprobado por el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo) establece que, cuando la ordenación permita otorgar al suelo rústico aprovechamiento de edificación de naturaleza, entre otras, turística, el propietario tendrá derecho a materializarlo en las condiciones establecidas por dicha ordenación, previo el cumplimiento de sus deberes urbanísticos.

Este precepto hay que ponerlo en relación con los arts. 62 *quinquies*.1 y 67.6 TRLOTEN, según los cuales las edificaciones tradicionales rehabilitadas sitas en cualquier categoría de suelo rústico pueden ser destinadas a establecimientos de turismo rural, previa obtención de la calificación territorial y de la licencia

municipal, siempre que cumplan con la normativa sectorial pertinente, esté previsto o no el uso turístico en el planeamiento.

Conforme con estos preceptos los propietarios de una edificación tradicional rehabilitada sita en cualquier categoría de suelo rústico tienen el derecho a destinarla a establecimiento de turismo rural.

El art. 67.6 TRLOTEN precisa que esos establecimientos de turismo rural deben cumplir la normativa sectorial pertinente, en la cual se incluye el reglamento cuyo proyecto se examina. Este puede incluir, *prima facie*, como normativa sectorial, que esa edificación tradicional destinada a establecimiento de turismo rural esté además incorporada, ya en el Registro de Bienes de Interés Cultural, ya en el correspondiente Catálogo Arquitectónico Municipal.

Ahora bien, esta exigencia que se pretende establecer por vía reglamentaria constituye simultáneamente una limitación al derecho a destinar esa edificación tradicional a establecimiento de turismo rural y un requisito para el desarrollo de una actividad económica que debe cumplir con las tres condiciones siguientes del art. 39 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LPAC):

- a) Que sea la medida menos restrictiva posible.
- b) Que sea necesaria para proteger un interés público.
- c) Que sea adecuada para lograr la protección de ese interés público.

Si ya el TRLOTEN permite que las edificaciones tradicionales rehabilitadas sitas en suelo rústico sean destinadas a establecimientos de turismo rural, el añadir este nuevo requisito -que estén incluidas en los instrumentos del art. 15 LPAC- debe justificarse en la protección de un interés público que no aparece expresado ni puede deducirse del texto del PR ni de los informes emitidos en su procedimiento de elaboración. Por consiguiente, es imposible examinar el cumplimiento de las otras dos condiciones para su validez, a saber, que entre las posibles medidas para la protección de ese interés es la menos restrictiva y que es adecuada para alcanzar esa protección.

Por otro lado, hay que considerar que la Ley 6/2002, de 12 de junio, sobre medidas de Ordenación Territorial de la Actividad Turística en las islas de El Hierro, La Gomera y La Palma (citada en adelante como Ley 6/2002), contempla que los Planes Insulares de Ordenación de esas islas y, en concordancia con ellos, el

planeamiento municipal autoricen actividades alojativas en suelo rústico de turismo rural cuyos establecimientos pueden ser tanto edificaciones rurales tradicionales rehabilitadas como edificios rurales no tradicionales e incluso de nueva construcción (art. 7.2 Ley 6/2002), además de establecimientos turísticos alojativos con categoría de tres o cuatro estrellas o de tres llaves (art. 7.2 Ley 6/2002).

Los apartados j) y ñ) del art. 2 PR, al no prever una excepción o salvedad respecto a su aplicación en el ámbito territorial de la Ley 6/2002, pretenden una eficacia general en todo el territorio de la Comunidad Autónoma que contradice el art. 7.2,a):2) de dicha Ley que permite establecimientos de turismo rural tanto en edificaciones no tradicionales como de nueva construcción sitas en suelo rústico.

Art. 12.

La regulación prevista en este artículo presenta una excesiva indeterminación en tanto que no fija el plazo dentro del que habrán de solicitarse y obtenerse las certificaciones a que se refiere, señalando únicamente un plazo inicial (a partir de los tres años de inicio de la actividad).

El precepto tampoco contempla las consecuencias que conlleva el incumplimiento de esta obligación.

Con respecto a esta última cuestión, se sostiene en la documentación que integra el expediente que las consecuencias de este incumplimiento se determinarán de acuerdo con lo previsto en el art. 71.bis.4 LRJAP-PAC, por lo que no resulta necesaria su regulación reglamentaria. Se indica, no obstante, que este último precepto se refiere a la presentación de la declaración responsable de inicio de la actividad, que integra un supuesto de hecho completamente diferente al que se regula en este art. 12 del Proyecto de Reglamento, al que por lo tanto aquél resulta inaplicable.

Art. 31.

El art. 31.1.a) PR contempla la revocación de la autorización de apertura de un establecimiento de alojamiento turístico por la declaración judicial de la incapacidad del titular.

La Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, LOT, no contempla como causa de revocación de la autorización de apertura la incapacidad de su titular. Esta causa de revocación que se pretende introducir por vía reglamentaria no se ajusta con lo establecido en el Código Civil para el cual la declaración judicial de incapacidad no supone la extinción de los derechos

patrimoniales del incapacitado, sino la imposibilidad de que éste los pueda ejercer personalmente. El incapacitado sigue siendo titular de sus derechos cuyo ejercicio corresponde a su tutor (o curador o defensor judicial) que como representante del incapacitado los ejercerá en interés de éste (arts. 199, 200, 215, 216, 267, 270, 286 a 290, 299 y 302 del Código Civil).

El art. 31.1.b) PR prevé que la autorización de apertura puede ser revocada por la inactividad comprobada de la empresa durante un período superior a seis meses.

La LOT tampoco contempla la inactividad de la empresa por un período determinado como causa de revocación de la autorización. Esto es una creación del reglamento *in fieri*.

La Ley puede configurar ciertas autorizaciones como sometidas a condición (actos administrativos condicionados). En estos casos la eficacia de esas autorizaciones está condicionada a que en todo momento se cumplan las condiciones a las que se subordinó su otorgamiento, entre las cuales puede incluirse que la actividad autorizada no se interrumpa en determinado período. Pero si la LOT no delinea la autorización de apertura de un establecimiento turístico como un acto cuya subsistencia depende del cumplimiento de tal condición, entonces su naturaleza de acto declarativo de derechos incondicionado impide que la Administración lo revoque por sí misma.

Por otro lado, el art. 78.4 de la LOT se refiere a la "revocación de la autorización turística" como sanción, sin que en los arts. 77, 78 y 79 se contemple como supuestos concretos de declaración judicial de incapacidad o la inactividad de la empresa.

Art. 35.

Este precepto establece en su apartado 1 la posibilidad de que el titular de la Consejería competente por razón de la materia pueda dispensar, con carácter excepcional y de manera justificada, el cumplimiento de algunas de las condiciones exigidas, cuando así lo aconsejen las circunstancias que se señalan en la propia norma.

Teniendo en cuenta que el Reglamento regula una serie de condiciones que tienen el carácter de mínimas, este artículo debería especificar cuáles podrían ser dispensadas, a los efectos de evitar la excesiva indeterminación que presenta.

CONCLUSIONES

1. El Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Actividad Turística de Alojamiento y se modifica el Decreto 10/2001, de 22 de enero, por el que se regulan los Estándares Turísticos se considera conforme a Derecho.

2. Al texto del Reglamento se formulan las observaciones que se expresan en el Fundamento III del presente Dictamen.