



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Pleno)

La Laguna, a 14 de enero de 2013.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la *Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 90/2010, de 22 de julio, por el que se regula la actividad turística de restauración y los establecimientos donde se desarrolla (EXP. 579/2012 PD)**.

F U N D A M E N T O S

I

Preceptividad de la consulta y antecedentes. -

1. Se interesa por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias al amparo del artículo 11.1.B.b) en relación con el artículo 12.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), Dictamen sobre el "Proyecto de Decreto (PD) por el que se modifica el Decreto 90/2010, de 22 de julio, por el que se regula la actividad turística de restauración y los establecimientos donde se desarrolla", tomado en consideración por el Gobierno en sesión celebrada el 29 de noviembre de 2012, según resulta del certificado del acuerdo gubernativo que acompaña a la petición de Dictamen (art. 50.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 181/2005, de 26 de julio).

La solicitud es preceptiva toda vez que el PD tiene por objeto la modificación del mencionado Decreto 90/2012, dictado en desarrollo del art. 50 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias (LOT), que igualmente fue dictaminado por este Consejo (Dictamen núm.481/2010, de 7 de julio).

La solicitud ha sido cursada por el procedimiento ordinario.

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

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

- Informe de iniciativa reglamentaria [Norma vigesimoquinta.1.a) y vigesimosesta.1 del Decreto 20/2012, del Presidente, de 16 de marzo, por el que se establecen las normas internas para la elaboración y tramitación de las iniciativas normativas del Gobierno y se aprueban las Directrices sobre su forma y estructura], emitido el 30 de enero de 2012 por la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística, que contiene informe de impacto por razón de género [artículo 24.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en relación con la Disposición final primera de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias].

- Memoria económica (artículo 44 de la Ley 1/1983, antes citada, así como la Instrucción 44 de 23 de mayo de 2002 de la Dirección General de Planificación y Presupuesto, sobre los documentos y datos económicos que deben acompañar los expedientes correspondientes a disposiciones de carácter general), emitida por la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística el 30 de enero de 2012, en la que se justifica que la Disposición que se propone no tiene repercusión en el gasto público.

- Informe de la Unidad de Asuntos Económicos, emitido el 3 de agosto de 2012 por la Secretaría General de Presidencia del Gobierno [artículo 2.2.f) del Decreto 153/1985, de 17 de mayo, modificado por Decreto 234/1998, de 18 de diciembre, 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, Hacienda y Seguridad, emitido con carácter favorable con fecha 14 de septiembre de 2012 [artículo 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 27 de agosto de 2012 de la Inspección General de Servicios de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad [art. 63.c) del Decreto 331/2011, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad y el art. 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].

- Informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Gobierno, de 6 de septiembre de 2012 [artículo 20.f) del Reglamento de este Servicio, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero]. Como este Consejo ha advertido reiteradamente, “el informe del Servicio Jurídico debe ser el último del procedimiento y debe recabarse una vez completado. Los preceptivos informes que integran el procedimiento de elaboración de una disposición general, e incluso el propio dictamen de este Consejo, cumplen una función previa que sólo puede ser eficaz si se emiten en el momento preciso a la vista de los anteriores informes y trámites, so pena de convertirlos en mero trámite formulario carente de efecto material alguno” (véase, por todos, el reciente Dictamen número 601/2012, de 20 de diciembre).

- Contestación, de 21 de noviembre de 2012, de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística a las observaciones realizadas por la Inspección General de Servicios y por la Dirección General del Servicio Jurídico.

- Certificación de 8 de agosto de 2012 relativa al trámite de audiencia concedido a las entidades y asociaciones del sector, así como informe justificativo de la incorporación o no de las alegaciones presentadas, emitido el 22 de noviembre de 2012 por la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística.

- Informe de legalidad de 22 de noviembre de 2012, emitido por la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno [artículo 44 de la citada Ley 1/1983 y 15.5.a) del Decreto 212/1991, de Organización de los Departamentos de la Administración Autónoma de Canarias].

- Informe de la Comisión Preparatoria de Asuntos del Gobierno de 26 de noviembre de 2012 (artículo 2 del Decreto 45/2009, de 21 de abril, regulador de la Comisión Preparatoria de Asuntos del Gobierno).

II

Competencia de la Comunidad Autónoma, finalidad y estructura del PD.-

1. El PD sometido a Dictamen tiene por objeto la modificación del Decreto 90/2010, sobre cuyo Proyecto emitió su parecer este Consejo en el Dictamen 481/2010, de 7 de julio.

En el referido Dictamen señalamos que la competencia de nuestra Comunidad Autónoma para regular la actividad de restauración objeto del Proyecto de Decreto residía en el artículo 30.21 del Estatuto de Autonomía (EA), que le otorga

competencia exclusiva en materia de turismo y en cuyo ejercicio fue aprobada la LOT.

La norma proyectada pretende la modificación del Decreto 90/2010, que vino a desarrollar lo previsto en el artículo 50 de la citada LOT, en la redacción dada por la Ley 14/2009, de 30 de noviembre, en virtud del cual el Gobierno de Canarias debe establecer los requisitos para el ejercicio de las actividades de restauración, así como las condiciones mínimas que deben cumplir los establecimientos en los que se desarrollen.

Como se expresó en el citado Dictamen, en relación con las condiciones para el ejercicio de la actividad, en la introducción a modo de preámbulo del Decreto 90/2010 (entonces proyecto), cuya modificación se aborda ahora, se señala expresamente su adaptación a 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, incorporada al Ordenamiento jurídico interno por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, lo que se traduce en la supresión del régimen de autorización previa para la apertura de los establecimientos y su sustitución por un régimen menos intervencionista, caracterizado por la comunicación previa para el libre ejercicio de la actividad y la presentación de declaraciones responsables.

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 LOT, 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 [artículos 13.2.a) y 24.1].

Por otra parte, es preciso recordar que el Decreto pretende regular la actividad de restauración y los establecimientos donde se desarrolla en el sector turístico, siendo dicha competencia prevalente en este caso, como se indicó con anterioridad. Sin embargo, también cabe hablar aquí de una pluralidad de títulos atributivos de intervención administrativa, tales como el de comercio interior y defensa del consumidor y del usuario (art. 31.3 EA) y de sanidad e higiene (art. 32.10 EA).

2. Como se señala en la propia introducción a modo de preámbulo del PD, durante la aplicación del Decreto 90/2010 se han ido poniendo de manifiesto, tanto

por el sector empresarial afectado como por la propia Administración con competencia en la materia, determinadas disfunciones que ahora pretenden corregirse en la modificación propuesta a fin de adecuar la regulación a las condiciones actuales y a las demandas reales del sector.

Por ello, las modificaciones que se introducen se refieren, principalmente, a las condiciones y requisitos mínimos que deben reunir los establecimientos en los que se ejerce la actividad de restauración (arts. 7 y 8 del Decreto 90/2010), viniendo a suavizarse como consecuencia de las numerosas solicitudes de dispensa que, respecto a su cumplimiento, han sido presentadas.

3. El PD contiene una parte expositiva a modo de preámbulo, sin rubricar, en la que se justifica la norma proyectada y se anticipa su contenido.

Su parte dispositiva viene estructurada en un artículo único en el que se contiene la modificación del Decreto 90/2010 a través de quince apartados, una disposición transitoria única, relativa a los procedimientos en tramitación, y una disposición final que dispone la entrada en vigor de la norma el día siguiente al de su publicación en el BOC.

Finalmente, consta el PD de un Anexo en el que se establece el contenido mínimo de las comunicaciones de inicio y declaraciones responsables.

En los distintos apartados del artículo único del PD se abordan las siguientes modificaciones:

El apartado uno modifica el apartado e) del art. 3, relativo a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la norma, quedando descartados no sólo los establecimientos donde se presten servicios de restauración ubicados en establecimientos de alojamiento turístico y que constituyan instalaciones exigibles éstos, de conformidad con su normativa de aplicación, sino también aquéllos que, siendo explotados por la misma persona, estén reservados a las personas usuarias de los citados establecimientos turísticos de alojamiento.

El apartado dos da nueva redacción a los numerales 2 y 3 del art. 4, que regula las condiciones de acceso y permanencia, exigiéndose para la generalidad de los establecimientos el deber de dar publicidad de los horarios de apertura y cierre, así como de los de comedor o cocina, si son diferentes a los anteriores, y el deber de contar con normas internas, en los casos en los que se establezcan limitaciones o

condiciones para la entrada o permanencia en los establecimientos, que recogerán las condiciones de entrada, de estancia y de su uso de sus servicios e instalaciones.

El apartado tres modifica el apartado 2 del art. 6, referente al aforo autorizado o comunicado y se exige que figure de forma separada, en su caso, la capacidad de las terrazas, jardines y similares.

El apartado cuatro modifica el art. 7, al que se añade "requisitos" al actual rúbrica de "condiciones y requisitos mínimos generales", modificando, por su parte, el apartado cinco del artículo único del PD el art. 8 del Decreto 90/2010, que se rubrica: "Condiciones y requisitos mínimos". Así, se suprime la exigencia de disponer de salida independiente de la principal para la retirada de basuras del local y se establece la exigencia de contar con determinado número de aseos, y se flexibiliza para los establecimientos que cuentan con un aforo inferior a 30 plazas, y a partir de 151 plazas por cada tramo adicional se fijan determinadas reglas.

El apartado seis modifica el apartado 1 del art. 9, relativo a la denominación comercial del establecimiento, que será el que libremente se elija, siempre que no induzca a confusión sobre la actividad que se lleve a cabo en el mismo ni sobre el grupo en que esté clasificado, con el cumplimiento en todo caso de la legislación aplicable en materia de propiedad industrial.

El apartado siete modifica los apartados 2 y 3 del art. 10. El apartado 2, en relación con el diseño de las cartas de platos y de bebidas, eliminando la referencia a los requisitos que debe reunir su diseño, que es libre, manteniéndose el deber de redactarse, como mínimo, en español. El apartado 3 aclara la exigencia de la información a incluir en la carta de bebidas.

El apartado ocho modifica el apartado 1 del art. 11, referente a la publicidad de los precios de los servicios que se ofrezcan, exigiéndose que los listados coincidan con los precios que figuren en las cartas o cualquier otra relación de precios que se exponga en el establecimiento, contemplando así mismo los platos del día, menús y sugerencias.

Dada la modificación de los requisitos de los arts. 7 y 8, el apartado nueve del artículo único del PD da nueva redacción a los apartados 1,3 y 4 del art. 14, relativo al inicio de la actividad y declaración responsable.

Asimismo, el apartado diez modifica los apartados 1 y 2 del art. 17, que regula la dispensa con el objeto de dar mayor claridad y precisión a la norma.

El apartado once da nueva redacción a la Disposición Adicional Segunda, viniendo a ampliar la exención de exigencia de aseos propios a estos establecimientos, siempre que en los lugares existan aseos propios abiertos en las condiciones que se fijan.

El apartado doce modifica la Disposición Adicional Tercera, en el sentido de permitir que los establecimientos de restauración ubicados en establecimientos turísticos de alojamiento puedan utilizar las instalaciones de estos destinadas a almacén y aseos, siempre que cumplan con los requisitos y condiciones que allí se establecen.

El apartado trece añade una Disposición Adicional Novena, en relación con la consideración como actividad turística complementaria de la actividad de comercialización al por menor y por tiempo determinado, de vino de cosecha propia, procedente de viñedos pertenecientes o explotados por quien la ejerce, desarrollada en establecimientos o locales en los que, además, se pueda servir comida.

Por su parte, el apartado catorce modifica la redacción de la Disposición Transitoria Única, como consecuencia de la modificación de algunos de los requisitos y condiciones mínimas de los establecimientos, en relación con el plazo para cumplir con las adaptaciones técnicas.

Finalmente, el apartado quince modifica la redacción de la Disposición Final Primera del Decreto 90/2010, en el sentido de sustituir el término consejería por departamento.

III

Observaciones al articulado.-

En términos generales, la regulación proyectada se ajusta al Ordenamiento jurídico de aplicación. No obstante, procede realizar las siguientes consideraciones.

En primer lugar, sobre la modificación que se pretende de las condiciones y requisitos mínimos generales de los arts. 7 y 8 del decreto vigente, conviene precisar que en todo caso debe hacerse un esfuerzo para garantizar la necesaria salubridad del local en lo que atañe a la retirada de basuras [último párrafo del apartado b) del art. 7 PD]; y lo mismo hay que decir respecto a la existencia de un único lavabo común para señoras y caballeros en los establecimientos con un aforo o capacidad

inferior a 30 plazas, en los que también ha de garantizarse el uso adecuado por los usuarios [penúltimo párrafo del apartado a) del art. 8.2 PD].

En segundo lugar, en relación con la regulación que se contiene en el art. 14.3 PD, debe advertirse que esta posibilidad de subsanación sin interrupción de la actividad solo es posible respecto del incumplimiento de requisitos que no sean esenciales.

Por último, procede señalar respecto a las dispensas que se regulan en el art. 17 del Decreto 90/2010, cuya modificación se aborda por el apartado diez del artículo único del PD, que, si bien las mismas ya se contenían con amplitud en el vigente art. 17 del Decreto, este Consejo advirtió, en el mencionado Dictamen 481/2010, de la necesidad de especificación de las condiciones mínimas a dispensar, dados los efectos de la excesiva indeterminación existente (en relación, además, con el carácter de mínimas de las condiciones establecidas). En la norma proyectada se establece que se podrán dispensar, “con carácter excepcional y de manera justificada el cumplimiento de las condiciones o requisitos mínimos previstos en los apartados 2 a) y b) del art. 8 de este decreto, cuando lo aconsejen razones técnicas, las características del establecimiento, el entorno o la capacidad del mismo, siempre que la valoración conjunta de sus instalaciones, servicios y mejoras que puedan introducir, así lo aconseje”.

Estos requisitos y condiciones dispensables se refieren a las condiciones y requisitos mínimos que deben reunir “los servicios higiénicos” del establecimiento, viniendo el PD en este punto a disminuir las exigencias en relación con la norma vigente.

Así pues, si ya resultaba objetable la imprecisión de la norma vigente, cuánto más si junto con la reducción de los requisitos exigibles se permite una amplia dispensa que, *de facto*, convierta en regla lo que se establece como excepción, al supeditar la referida dispensa a criterios demasiado imprecisos, sin que ello se resuelva con la referencia a “las razones o argumentos que motivan la solicitud, así como, en su caso, los servicios o mejoras a implantar aportando la documentación que lo justifique”.

En la medida que la observancia de las condiciones y requisitos mínimos establecidos por el 8.2 a) y b) PD se puede dispensar por motivos que no pueden ser considerados “claros e inequívocos” como los del citado artículo 17.1 PD, estas mismas razones tampoco pueden ser calificadas como “objetivas”. En este sentido, la indeterminación de que adolecen representa una habilitación incondicionada a la

Administración para que exija o no su cumplimiento a los interesados, por lo que el art. 17.1 no se ajusta, a su vez, a la exigencia de la "igualdad de trato y no discriminación" en el acceso a una actividad de servicio.

En definitiva, la amplia dispensa de los referidos requisitos y condiciones mínimos debería ajustarse a parámetros perfectamente delimitados en la propia norma.

CONCLUSIÓN

El Proyecto de Decreto examinado, que modifica el Decreto 90/2010, por el que se regula la actividad turística de restauración y los establecimientos donde se desarrolla, se considera ajustado al Ordenamiento Jurídico, sin perjuicio de las observaciones del Fundamento III de este Dictamen.