

Resumen

El TSJ estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la sanción de multa impuesta a la parte actora recurrente por la comisión de una infracción administrativa tipificada en el art. 75, 1 Ley 7/1995, de Ordenación del Turismo de Canarias, en relación con el art. 76, 19 del mismo cuerpo legal. La Sala considera que la reforma del régimen sancionador contenido en la Ley de Ordenación del Turismo de Canarias, y la desaparición de la conducta calificada como infracción muy grave de apertura de establecimientos turísticos sin la autorización previa exigida por la normativa turística como consecuencia del régimen de libertad que, como regla general, establece la Directiva de Servicios y la normativa interna que procedió a su transposición, lleva, sin perjuicio de que dicha reforma haya tenido lugar durante el proceso, a la aplicación del principio de retroactividad de la norma sancionadora, y, por ello, a aplicar la norma más beneficiosa directamente pues, como dice el TS no tendría sentido confirmar judicialmente la legalidad de una resolución administrativa, según la normativa vigente cuando fue dictada, para que la Administración proceda a dictar seguidamente otra que aplique retroactivamente la nueva norma sancionadora más favorable.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 17/2009 de 23 noviembre 2009. Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio
art.4.1 , art.5

Ley 7/1995 de 6 abril 1995. Ordenación de Turismo, C.A. Canarias
art.13 , art.24.2 , art.75.1 , art.76.19

Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
art.128.2

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.9.3 , art.25.1

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	6

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

COMPETENCIAS

Delimitación con las CCAA

De las Comunidades Autónomas

Turismo

Cuestiones diversas

APLICACIÓN DE LA NORMA

EN EL TIEMPO

Retroactividad e irretroactividad

Aplicación retroactiva precedente

Retroactividad de norma más favorable

Normas sancionadoras

INFRACCIONES Y SANCIONES; DERECHO SANCIONADOR

PRINCIPIOS

Del derecho penal

Tipicidad

Retroactividad de la norma más favorable

TURISMO

DISCIPLINA TURÍSTICA

Infracciones
Sanciones

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Infractor; Desfavorable a: Admón. autonómica (funciones ejecutivas)

Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo

Legislación

Aplica art.4.1, art.5 de Ley 17/2009 de 23 noviembre 2009. Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio

Aplica art.13, art.24.2, art.75.1, art.76.19 de Ley 7/1995 de 6 abril 1995. Ordenación de Turismo, C.A. Canarias

Aplica art.128.2 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Aplica art.9.3, art.25.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita Ley 14/2009 de 30 diciembre 2009. Modifica la L 7/1995, de Ordenación del Turismo de Canarias

Cita Ley 17/2009 de 23 noviembre 2009. Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio

Cita art.33.2, art.139.1 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Cita LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita Ley 7/1995 de 6 abril 1995. Ordenación de Turismo, C.A. Canarias

Cita art.128.1 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Cita art.13 de LO 2/1979 de 3 octubre 1979. Tribunal Constitucional

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre APLICACIÓN DE LA NORMA - EN EL TIEMPO - Retroactividad e irretroactividad - Retroactividad de norma más favorable STS Sala 3ª de 9 marzo 2010 (J2010/21783)

Cita en el mismo sentido sobre APLICACIÓN DE LA NORMA - EN EL TIEMPO - Retroactividad e irretroactividad - Retroactividad de norma más favorable STS Sala 3ª de 12 noviembre 2009 (J2009/259198)

Cita en el mismo sentido sobre APLICACIÓN DE LA NORMA - EN EL TIEMPO - Retroactividad e irretroactividad - Retroactividad de norma más favorable STS Sala 3ª de 30 octubre 2009 (J2009/251577)

Cita en el mismo sentido sobre APLICACIÓN DE LA NORMA - EN EL TIEMPO - Retroactividad e irretroactividad - Retroactividad de norma más favorable STS Sala 3ª de 13 febrero 2008 (J2008/20589)

Cita en el mismo sentido sobre APLICACIÓN DE LA NORMA - EN EL TIEMPO - Retroactividad e irretroactividad - Retroactividad de norma más favorable STS Sala 3ª de 21 marzo 2007 (J2007/18115)

Cita en el mismo sentido sobre APLICACIÓN DE LA NORMA - EN EL TIEMPO - Retroactividad e irretroactividad - Retroactividad de norma más favorable STS Sala 3ª de 31 enero 2007 (J2007/5472)

Cita en el mismo sentido sobre APLICACIÓN DE LA NORMA - EN EL TIEMPO - Retroactividad e irretroactividad - Retroactividad de norma más favorable STS Sala 3ª de 24 enero 2006 (J2006/31865)

Cita en el mismo sentido sobre APLICACIÓN DE LA NORMA - EN EL TIEMPO - Retroactividad e irretroactividad - Retroactividad de norma más favorable STS Sala 3ª de 18 marzo 2003 (J2003/7041)

Cita en el mismo sentido sobre APLICACIÓN DE LA NORMA - EN EL TIEMPO - Retroactividad e irretroactividad - Retroactividad de norma más favorable STS Sala 3ª de 9 mayo 2002 (J2002/16894)

Cita en el mismo sentido sobre APLICACIÓN DE LA NORMA - EN EL TIEMPO - Retroactividad e irretroactividad - Retroactividad de norma más favorable STC Sala 2ª de 10 junio 1994 (J1994/5264)

Cita en el mismo sentido sobre APLICACIÓN DE LA NORMA - EN EL TIEMPO - Retroactividad e irretroactividad - Retroactividad de norma más favorable STC Sala 1ª de 17 octubre 1991 (J1991/9837)

Cita en el mismo sentido sobre APLICACIÓN DE LA NORMA - EN EL TIEMPO - Retroactividad e irretroactividad - Retroactividad de norma más favorable STS Sala 3ª de 13 julio 1990 (J1990/7595)

Cita en el mismo sentido sobre APLICACIÓN DE LA NORMA - EN EL TIEMPO - Retroactividad e irretroactividad - Retroactividad de norma más favorable STC Sala 1ª de 29 octubre 1986 (J1986/131)

Cita en el mismo sentido sobre APLICACIÓN DE LA NORMA - EN EL TIEMPO - Retroactividad e irretroactividad - Retroactividad de norma más favorable STC Sala 2ª de 10 abril 1985 (J1985/51)

Cita en el mismo sentido sobre APLICACIÓN DE LA NORMA - EN EL TIEMPO - Retroactividad e irretroactividad - Retroactividad de norma más favorable STC Pleno de 29 abril 1981 (J1981/14)

Bibliografía

Citada en "Primeras noticias jurisprudenciales de la directiva de servicios"

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Es objeto de recurso la Resolución de la Consejería de Turismo de 28.04.09, en expediente sancionador 111/08 que impuso al recurrente como titular del "Hotel Apartamento Paradise Island" una multa de 90.150,00 euros.

SEGUNDO.- La representación de la demandante interpuso recurso contencioso-administrativo contra dicho acto, formalizando demanda con la súplica de que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del acto administrativo impugnado.

TERCERO.- La Administración demandada contestó a la demanda, oponiéndose a ella e interesando una sentencia desestimatoria del recurso interpuesto.

CUARTO.- Se recibió el proceso a prueba, practicándose la admitida y formulando las partes conclusiones escritas, por lo que concluido el procedimiento, se dio traslado a las partes de conformidad con el art. 33.2 LJCA EDL 1998/44323 sobre la incidencia de la Ley 14/2009 de 30 de diciembre EDL 2009/287883, lo que realizaron de la forma que consta y se señaló día para votación y fallo del presente recurso en cuyo acto tuvo lugar su realización.

Se han observado las prescripciones legales que regulan la tramitación del recurso cuya cuantía es 90.150 euros.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER VARONA GOMEZ ACEDO, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del recurso contencioso-administrativo fue la pretensión de anulación de la resolución de la Orden Departamental que impuso a la entidad actora, en su condición de titular de la explotación turística del establecimiento denominado "Hotel Apartamento Paradise Island", la sanción de multa de 90.150 Eur. por la comisión de una infracción administrativa tipificada en el artículo 75.1 de la Ley 7/95, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias EDL 1995/13675, en relación con el artículo 76.19 del mismo cuerpo legal, partiendo, como hechos probados, de que el establecimiento, que contaba con 290 unidades alojativas, estaba abierto al público sin la autorización preceptiva para la entrada en servicio y el desempeño de la actividad turística reglamentaria de hotel.

SEGUNDO.- La cuestión que la Sala planteó a las partes por vía del artículo 33.2 de la LJCA EDL 1998/44323, como motivo relevante para el Fallo distinto de los alegados en el proceso, se refiere al alcance del principio de retroactividad de la ley sancionadora más favorable en el ámbito del derecho administrativo sancionador, y, en particular, la posible aplicación de dicho principio en relación a la declaración de responsabilidad de la entidad actora por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 75.1 de la Ley de Ordenación del Turismo de Canarias tras la reforma del régimen sancionador introducido por la Ley 14/2009, de 30 de diciembre EDL 2009/287883, por la que se modifica la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias EDL 1995/13675,

Al respecto, la Sala debe dar respuesta a dos cuestiones: en primer lugar, si la reforma supuso la desaparición del ilícito administrativo que determinó la declaración de responsabilidad de la entidad mercantil, y, en segundo lugar, si es aplicable el principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable a una resolución firme en vía administrativa que hizo aplicación de la normativa vigente en aquel momento, que se encuentra en fase de examen revisor en un proceso judicial durante el cual se produce la modificación normativa.

TERCERO.- En cuanto a la primera cuestión, como es sabido el 28 de diciembre de 2006 entró en vigor la Directiva 2006/123 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre (la llamada Directiva de Servicios), con el objetivo de alcanzar un auténtico mercado único de servicios en la Unión Europea a través de la eliminación de las barreras legales y administrativas que actualmente limitan el desarrollo de actividades de servicios entre Estados Miembros y dentro del Estado.

Los Estados miembros disponían de un plazo de transposición de tres años, que finalizaba el 28 de diciembre de 2009.

Ello dio lugar a una importante actividad interna que, en el marco del Estado, se tradujo, en primer lugar, en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre EDL 2009/251214, con carácter de legislación básica, sobre el libre acceso a las actividades de servicios en todo el territorio nacional (art 4.1), con posibilidad excepcional de necesidad de autorización para determinadas actividades: solo cuando no sea discriminatorio y concurra una razón imperiosa de interés general (art 5), quedando sustituido el régimen de autorización con carácter general por la llamada declaración responsable.

Pero la ley estatal no incide, ni puede incidir, en la potestad de la Comunidad Autónoma de Canarias de regular, en el marco de la Directiva y de la legislación básica del Estado que la incorpora al ordenamiento español, el ejercicio de aquellas actividades en materias de su exclusiva competencia, como es el caso del turismo, de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Canarias, que dio lugar a la aprobación por el Parlamento de la Ley 14/2009, de 30 de diciembre EDL 2009/287883, por la que se modifica la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias EDL 1995/13675, que constituía el marco del régimen turístico en nuestra Comunidad.

La reforma introdujo importantes modificaciones de la legislación turística canaria en lo que se refiere a la necesaria autorización previa al ejercicio de la actividad turística, a cuyo fin la propia Exposición de Motivos advierte que dicha exigencia, de forma generalizada, no resulta compatible con la Directiva de Servicios, apuntando al respecto que: " Con carácter general, los regímenes de autorización previstos en la Ley 7/1995 no se estiman proporcionados en la medida en que el objetivo que persiguen puede ser conseguido mediante medidas menos restrictivas y, en concreto, mediante comprobaciones posteriores. Los controles previos no son una garantía del cumplimiento de las normas. Lo realmente importante, y lo que se debiera perseguir, es que ese cumplimiento se produzca durante todo el período de ejercicio efectivo de la actividad lo que se logra mediante comprobaciones y controles periódicos.

La exigencia de autorizaciones perjudica la creación de empleo y el desarrollo económico y social y únicamente resulta proporcionada cuando se compruebe que los controles posteriores son ineficaces o llegan demasiado tarde para obtener el fin pretendido.

En consecuencia, la incorporación al ordenamiento jurídico interno de la Directiva de Servicios determina la necesidad de generalizar el régimen de comunicación previa del 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. En estos casos, tal exigencia resulta admisible y justificable en la medida en que no introduce un régimen discriminatorio entre prestadores u operadores turísticos y el objetivo perseguido (ajustar el crecimiento turístico a la capacidad de carga de las islas) sólo se puede conseguir controlando el acceso y ejercicio de aquellas actividades turísticas".

Este propósito legislativo, expresado en la Exposición de Motivos de la nueva Ley, llevó a la reforma del artículo 13 de la LOTC EDL 1979/3888, cuyo apdo 1º señala, con carácter general, que "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".

Por su parte, el apdo 2º advierte que, 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 determinados deberes específicos, entre ellos, el de comunicar previamente a la Administración competente el inicio de la actividad turística, así como la construcción, ampliación, rehabilitación o reforma de establecimientos turísticos de alojamiento y, en su caso, emitir declaración responsable (art 13.2 a).

Se sustituye, pues, el régimen de autorización por el de comunicación y declaración responsable a que se refiere la legislación estatal básica.

Ahora bien, dicho régimen de libertad no excluye la obligación excepcional de obtener de la Administración competente las autorizaciones con carácter previo a la construcción, ampliación, rehabilitación, reforma y apertura de establecimientos, en los casos previstos en la presente ley, tal y como señala el artículo 13.2 b).

En relación con esa situación excepcional, el artículo 24.2 señala que " No obstante lo establecido en el apartado anterior, se sujetará a autorización administrativa la construcción, ampliación, rehabilitación y apertura de establecimientos turísticos de alojamiento cuando, por razones medioambientales o de ordenación del territorio, esté legal o reglamentariamente restringida o limitada la creación de nueva oferta de alojamiento turístico y, especialmente, siempre que dichas limitaciones vengan justificadas en la ordenación territorial atendiendo a la capacidad de carga de las islas"

Tales modificaciones han afectado decisivamente al régimen sancionador, sobre el cual la Exposición de Motivos dice lo siguiente: "Las modificaciones que afectan al régimen de puesta en funcionamiento de empresas y actividades turísticas y de construcción y apertura de establecimientos turísticos determinan la necesidad de modificar la tipificación de las infracciones administrativas. En particular, se elimina como infracción muy grave las actuaciones realizadas sin la inscripción en el Registro General de empresas, actividades y establecimientos turísticos (ahora denominado «Registro General Turístico») que deja de ser preceptiva para los interesados".

En esta línea se produce una modificación de los ilícitos administrativos, y, entre ellos, una nueva redacción del artículo 75. 1 por lo que, a partir de su vigencia, se consideran infracción muy grave a la disciplina turística:

"La construcción, ampliación, rehabilitación, reforma o apertura de establecimientos turísticos de alojamiento, incumpliendo los deberes previstos en el art. 13.2.a) o careciendo de autorización en el caso en que ésta fuere preceptiva".

Sin embargo, el anterior artículo 75.1 tipificaba como infracción muy grave: "La actuación sin la preceptiva inscripción en el Registro General de Empresas, Actividades y Establecimiento Turísticos o sin cualesquiera de las autorizaciones preceptivas para la entrada en servicio de establecimientos y el desempeño de actividades turísticas reglamentadas".

Como advierte la STS de 9 de marzo de 2010 EDJ 2010/21783 " (...) la aplicación retroactiva de la norma más beneficiosa ha de hacerse determinando qué disposición es más favorable, mediante el contraste entre ambas, anterior y posterior, consideradas de modo global, no tomando lo que resulte más beneficioso de una y otra para crear, en realidad, una nueva disposición".

Y, en el caso, el contraste entre la nueva regulación y la anterior permite constatar que ha desaparecido del catálogo de infracciones la consistente en el ejercicio de la actividad turística sin las autorizaciones preceptivas para la entrada en servicio de establecimientos y desempeño de actividades turísticas reglamentadas, y, en particular, la relativa a la apertura del establecimiento sin la previa autorización turística, y ello por cuanto conforme al nuevo régimen la apertura solo exigirá el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, entre ellos, la declaración responsable, y solo excepcionalmente, en supuestos tasados, será necesaria la autorización previa, pero sin que sea posible " a priori" y en abstracto determinar esos supuestos.

Por tanto, en tanto en cuanto que ha desaparecido la autorización previa, salvo en aquellos casos en que fuere preceptiva que no podrán ser determinados a priori, deja de existir la infracción que tipificaba, como infracción muy grave la apertura de establecimientos sin dicha autorización en la que el reproche de la conducta venía determinado por ese ejercicio de la actividad sin el control preventivo que suponía la autorización previa que ya no es necesaria con carácter general.

La nueva infracción constituye un precepto en blanco que es preciso llenar con preceptos que establezcan supuesto en los que legal o reglamentariamente y por razones medioambientales o de ordenación del territorio esté restringida o limitada la creación de nueva oferta de alojamiento turístico, que difiere diametralmente del anterior que tipificaba tan solo la apertura sin autorización previa, por lo que podemos concluir que la conducta objeto de sanción, tal y como estaba descrita, ha dejado de ser típicamente antijurídica al regir el principio de libertad de establecimiento, sin necesidad de autorización previa, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos de comunicación y declaración responsable.

CUARTO.- La segunda cuestión que debe abordar la Sala es si el Tribunal está obligado a aplicar al caso el principio de retroactividad de la ley penal mas favorable pese a que se trata de una resolución firme en vía administrativa que hizo aplicación de la normativa vigente en ese momento, o, por el contrario, dada su función esencialmente revisora, debe limitarse a examinar si concurrían los presupuestos para la declaración de responsabilidad e imposición de sanción y se respetaron las reglas del procedimiento.

Al respecto, el principio de retroactividad de la norma sancionadora mas favorable es un principio que nace en el ámbito del derecho penal, del que se ha dicho que responde a un principio de coherencia en la aplicación del ordenamiento jurídico ya que si los hechos han dejado de ser desvalorados por el legislador no tiene sentido que los ciudadanos sigan padeciendo las consecuencias de unas leyes que han dejado de considerarse adecuadas, lo que ha llevado a su aplicación en el ámbito penal incluso cuando el reo ha cumplido condena en forma de cancelación de antecedentes penales.

El Tribunal Supremo, pese a ese origen penal, ya venia desde antiguo advirtiendo que estamos ante un supraconcepto o género, que es aplicable también a ilícitos administrativos.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional viene negando, desde sus comienzos, la posible inclusión del principio de retroactividad de la Ley penal más favorable en el art. 25.1 CE EDL 1978/3879 (SSTC 14/1981, de 29 de abril EDJ 1981/14 , FJ 7; 68/1982, de 13 de mayo, FJ 3; 122/1983, de 26 de octubre, FJ 2; 51/1985, de 10 de abril EDJ 1985/51 , FJ 7; 131/1986, de 29 de octubre EDJ 1986/131 , FJ 2; 196/1991, de 17 de octubre EDJ 1991/9837 , FJ 3; 38/1994, de 17 de enero; 177/1994, de 10 de junio EDJ 1994/5264 , FJ 1), tanto en el ámbito penal como en el ámbito del derecho sancionador administrativo.

Por lo demás, sin perjuicio de su falta de relación con el artículo 25.1 de la CE EDL 1978/3879 , el principio, a día de hoy, no solo está presente en el Código Penal EDL 1995/16398 , sino también en el ámbito del derecho administrativo sancionador, a cuyo fin el artículo 128.2 de la LRJPAC EDL 1992/17271 proclama que "Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor".

Y ya en cuanto a la interpretación sobre su alcance, la STS de 12 de noviembre de 2.009 EDJ 2009/259198 ha advertido que "El art. 128.2 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271 , senala que "las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor", lo que permite afirmar que la revisión jurisdiccional del acto sancionador impugnado, a la entrada en vigor de la norma sancionadora más beneficiosa, permite la aplicación a este supuesto de la retroactividad "in bonum" - sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1.989 "

En la misma línea, la STS de 21 de marzo de 2.007 EDJ 2007/18115 , también sobre el alcance de dicho principio advertía que desaparecida del catálogo de infracciones graves la conducta atribuida al recurrente en el correspondiente ilícito sancionador procede valorar dicha situación a partir de los hechos imputados e indubitados, a cuyo fin el Alto Tribunal concluyó que la Administración había sancionado una conducta que no era sancionable administrativamente al tiempo en que lo fue, dejando así de aplicar retroactivamente una disposición sancionadora favorable. (artículo 9.3 de la C.E. EDL 1978/3879 y 128.1 de la Ley 30/92 EDL 1992/17271).

Pero, en el caso, lo que se examina es si es aplicable ante resoluciones firmes que aplicaron la normativa vigente en el momento de dictar la resolución que puso fin al expediente, que luego fue reformada, y, sobre esta cuestión también se ha pronunciado nuestro Alto Tribunal que ha proclamado en sentencia de 18 de marzo de 2003 EDJ 2003/7041 lo siguiente : "No podemos compartir el criterio de la sentencia recurrida en el sentido de que el carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa impida la aplicación por el Tribunal de una norma sancionadora más favorable aparecida con posterioridad al momento en que se dicta el acto administrativo sancionador. En el ámbito penal, el artículo 2.2 del Código Penal EDL 1995/16398 ordena que dicha garantía prevalezca incluso sobre la firmeza de la sentencia condenatoria: «tendrán efecto retroactivo aquellas Leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo la condena». Las limitaciones en la fiscalización de los actos administrativos inherentes al principio de jurisdicción revisora, que tiene su razón de ser en la prerrogativa de autotutela decisoria y ejecutiva de las Administraciones públicas, tienen, como aquélla, carácter instrumental y no pueden prevalecer frente a una garantía de orden sustantivo del ejercicio de la potestad sancionadora, cuyo ejercicio en manos de la Administración anade un plus a las prerrogativas expresadas ".

En este mismo sentido se pronuncia la STS Sala 3a, sec. 5a, de 13 de febrero de 2.008 EDJ 2008/20589 , que dice lo siguiente:

"Ha de tenerse en cuenta que la jurisprudencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo ha dicho con reiteración que el principio de retroactividad de las normas administrativas sancionadoras obliga a aplicar retroactivamente dichas normas en todo aquello que pudiera ser más beneficioso para el presunto infractor, y tal aplicación debe llevarse a cabo en cualquier instancia administrativa o judicial donde se encuentre pendiente de enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora (STS de 31 de enero de 2007, RC 8873/2003 EDJ 2007/5472 , por citar una de las últimas). Por eso, el dato relevante a los efectos que ahora nos interesan no es si la sanción impuesta por la Administración en su día lo fue o no de forma correcta atendidos los hechos concurrentes y el marco normativo entonces vigente, o si el Tribunal de instancia acertó o no al desestimar el recurso contencioso- administrativo interpuesto contra la resolución sancionadora, atendido ese mismo marco normativo. El dato relevante aquí y ahora, decimos, es que por obra de la evolución sobrevenida del Ordenamiento Jurídico, la específica conducta por la que el actor fue en su día castigado ha dejado de estar tipificada como infracción administrativa para él y para los ciudadanos de su misma nacionalidad, por lo que carece de sentido mantener una sanción referida a una conducta que ha dejado de merecer un juicio de desvalor para el legislador.

En definitiva, en lo que respecta al ámbito administrativo sancionador no ofrece duda alguna la aplicación del principio de retroactividad de la norma sancionadora mas favorable en el ámbito administrativo, en la instancia o en vía de recurso aunque la infracción se haya cometido bajo la vigencia de la ley menos favorable, pero se proclama con rotundidad por el Alto Tribunal que también es aplicable en el ámbito del proceso, cuando la ley mas favorable adquiere vigencia estando en fase judicial el examen de legalidad de la

declaración de responsabilidad y sanción impuesta en base a una normativa derogada, esto es, cuando el destinatario de la infracción ha adquirido ya la condición de sancionado por la resolución administrativa firme.

Al respecto, es aplicable a conductas que han perdido con posterioridad su significado de típicamente antijurídicas como consecuencia de una modificación legislativa sobrevenida (STS de 9 de mayo de 2002 EDJ 2002/16894) y es que, en palabras del Alto Tribunal, el dato relevante aquí y ahora es que por obra de la evolución sobrevenida del Ordenamiento Jurídico, la específica conducta por la que el actor fue en su día castigado ha dejado de estar tipificada como infracción administrativa, por lo que carece de sentido mantener una sanción referida a una conducta que ha dejado de merecer un juicio de desvalor para el legislador.

Dicho en otras palabras, si el legislador en un determinado momento decide que un comportamiento se sitúe extramuros de la norma penal, cualquiera que sea el procedimiento utilizado, los efectos favorables tendrán carácter retroactivo de manera absoluta e incondicionada (STS de 13 de julio de 1990 EDJ 1990/7595).

Es significativa al respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2.009 (rec. 334/2006) EDJ 2009/251577 en relación a un recurso contencioso-administrativo contra un Acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado en su reunión de 14 de julio de 2006, que acordó imponer a la recurrente una sanción de multa de 90.152 euros, en que se examina en casación una sentencia de la Sala, llevando a cabo el Alto Tribunal un examen de contraste entre la sanción prevista, para las infracciones muy graves, en la nueva Ley 4/2009 y en la anterior Ley 3/1996, para concluir que la primera, que entró en vigor estando en tramitación el recurso en casación, es mas beneficiosa en cuanto a la sanción a imponer y debe ser aplicada en cumplimiento del principio de retroactividad de la norma sancionadora mas favorable.

Y, con el fin de apurar el razonamiento, traemos también a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 31-1-2007 (rec. 8873/2003) EDJ 2007/5472 , conforme a la cual:

"Resulta obligado examinar la cuestión desde la perspectiva de análisis que suministra este nuevo marco legal porque como hemos apuntado en nuestra sentencia de 24 de enero de 2006 (rec. núm. 419/2002) EDJ 2006/31865 , el principio de retroactividad de las normas administrativas sancionadoras obliga a aplicar retroactivamente esas normas sancionadoras en todo aquello que pudiera ser más beneficioso para el presunto infractor, y dicha aplicación debe llevarse a cabo en cualquier instancia administrativa o judicial donde se encuentre pendiente de enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora, ya que no tendría sentido confirmar judicialmente la legalidad de una resolución administrativa, según la normativa vigente cuando fue dictada, para que la Administración proceda a dictar seguidamente otra que aplique retroactivamente la nueva norma sancionadora más favorable, resolución esta última que podría ser objeto de un nuevo recurso judicial".

En conclusión, la reforma del régimen sancionador contenido en la Ley de Ordenación del Turismo de Canarias, y la desaparición de la conducta calificada como infracción muy grave de apertura de establecimientos turísticos sin la autorización previa exigida por la normativa turística como consecuencia del régimen de libertad que, como regla general, establece la Directiva de Servicios y la normativa interna que procedió a su transposición, nos lleva, sin perjuicio de que dicha reforma haya tenido lugar durante el proceso, a la aplicación del principio de retroactividad de la norma sancionadora, y, por ello, a aplicar la norma mas beneficiosa directamente pues, como dice el Tribunal Supremo en la última de las sentencias citadas, no tendría sentido confirmar judicialmente la legalidad de una resolución administrativa, según la normativa vigente cuando fue dictada, para que la Administración proceda a dictar seguidamente otra que aplique retroactivamente la nueva norma sancionadora más favorable.

QUINTO.- Procede, por lo expuesto, en aplicación del principio de retroactividad de la norma sancionadora mas favorable, estimar el recurso contencioso- administrativo y anular la resolución recurrida, si bien sin hacer pronunciamiento sobre las costas del proceso al no apreciarse temeridad o mala fe procesal en la Administración demandada (art 139.1 LJCA EDL 1998/44323).

Por ello, vistos los artículos citados y demás de general aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución decidimos

FALLO

Que debemos estimar y estimamos el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por la representación procesal de ISLA DEL PARAÍSO 2.000 S.L. frente al acto antes identificado que consecuentemente anulamos, sin imposición de costas.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

Publicación. Leída y publicada ha sido la Sentencia anterior en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente don FRANCISCO JAVIER VARONA GOMEZ ACEDO en audiencia pública de lo que yo, el Secretario de la Sala, certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 35016330022011100214