



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 7 / 1 9 9 6

La Laguna, a 27 de junio de 1996.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno en relación con la *"revisión de oficio de la licencia de apertura de una actividad de emisión radiofónica de publicidad concedida a S.I., S.A." (EXP. 75/1996 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

Por la Presidencia del Gobierno de la Comunidad Autónoma (CAC), previa solicitud al respecto de la Administración Local interesada, el Ayuntamiento de Arrecife de Lanzarote, se recaba preceptivamente Dictamen de este Organismo sobre la adecuación al Ordenamiento Jurídico aplicable de una Propuesta de Declaración de oficio de nulidad del Acto de otorgamiento de una licencia de apertura de establecimiento en favor de la persona jurídica societaria "S.I., S.A., en orden a desarrollar en aquél emisión de publicidad radiofónica; Acto administrativo que se formalizó por Decreto del Alcalde de la mencionada Corporación Local de 10 de abril de 1991 sobre la base de estimar inocua la actividad a llevar a cabo antes indicada.

Todo ello, de conformidad con lo ordenado en los artículos 11.1 y 10.7 de la Ley del Consejo Consultivo, éste en conexión con lo prevenido en los artículos 22.10 de la Ley orgánica 3/1980, del Consejo de Estado, y, más concretamente y en congruencia con lo señalado en el antes citado precepto estatal, 102.1 y 2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Además, procede advertir que en este caso no solo es ciertamente preceptiva la solicitud del Dictamen previo en el procedimiento correspondiente al ejercicio de la facultad administrativa de revisión de oficio legalmente prevista (cfr. artículos 10 de la Ley de este Organismo y 102.2, Ley 30/1992), sino que aquel dispone de efecto

* **PONENTE:** Sr. Petrovelly Curbelo.

obstativo respecto al Acto proyectado que lo culmina de ser declarativo de nulidad, de modo que únicamente podría adoptarse si el Dictamen fuera favorable (cfr. artículo 102.1, Ley 30/1992).

En todo caso, conviene precisar en este momento que, aún cuando desde una perspectiva procedimental resulta aplicable al asunto que se dictamina la precedentemente aludida Ley 30/1992 sin duda alguna, tampoco la hay en que, habida cuenta de la fecha de producción del Acto a revisar, evidentemente anterior a la de entrada en vigor y plena aplicación de la legislación indicada, la normativa de fondo o sustantiva a tener presente aquí es la contenida en la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958 (LPA), entonces en vigor, en especial la recogida en el artículo 47 (en la actualidad, artículo 62, Ley 30/1992).

II

1. En esta ocasión el procedimiento de revisión de oficio ha de entenderse comenzado por iniciativa propia de la Administración actuante, y no a solicitud de interesado, pese a que la iniciación viniera demandada o recomendada en el "Recordatorio de deberes legales" que se recoge en oficio del Diputado del Común de la CAC dirigido al Alcalde del Ayuntamiento de referencia; el cual, a su vez, tiene causa en quejas de interesados por molestias al parecer generadas por el funcionamiento de la emisora, "R.V.", que desarrollaba actividad radiofónica en el local con licencia otorgada para ello.

Por demás, en principio puede decirse que no es objetable la tramitación del antedicho procedimiento efectuada por la Administración actuante hasta el presente, incluido el trámite de audiencia a los interesados superados ciertos problemas iniciales al respecto, sin perjuicio de que luego se pueda observar algo sobre el de prueba; que se obvia en función de Informe del Secretario municipal que lo reputa innecesario a los fines pretendidos en este asunto que, a su juicio, tiene estricto carácter técnico-jurídico y es decidible mediante la interpretación en un sentido u otro de la normativa aplicable.

La facultad resolutoria la tiene en este supuesto el Pleno de la Corporación y no es contrario a Derecho que la propuesta para que se estudie y se decida eventualmente su ejercicio o se rechace éste, particularmente en procedimientos iniciados a solicitud de interesados (cfr. artículos 118.3 y 102.1 y 4, Ley 30/1992), la

realice el Alcalde-Presidente; que encima es titular del órgano que dictó el Acto administrativo a revisar y declarar nulo por considerarse realizado prescindiendo totalmente del procedimiento legalmente dispuesto al efecto, en la línea sostenida en el oficio antes aludido de la Diputación del Común autonómica (cfr. artículos 47.1.c), LPA; y 21.1 y 22.2 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local).

Y ello, no en cuanto que no se hubiere efectuado correctamente la tramitación del procedimiento de otorgamiento de licencia, por órgano competente por demás, para uso de establecimiento en orden a realizar la actividad radiofónica de referencia, sino debido a que, no siendo en realidad esta actividad de carácter inocuo al no ser calificable de molesta a la vista del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (RAMINP), aprobado por Decreto 2.414/61, pues antes bien por sus propias características y efectos habría de afirmarse que lo es, resulta que, estando sometida al régimen regulador prevenido en el mencionado Reglamento, con todo lo que esto comporta, la licencia municipal de apertura en relación con tal actividad industrial ha de otorgarse mediante un procedimiento completamente diferente al seguido originalmente.

2. En esta tesitura, es claro que resulta determinante conocer la real naturaleza administrativa de la actividad a producir, puesto que, según cual fuere, sería o no aplicable el Reglamento antedicho y, por consiguiente, variaría la licencia de apertura del correspondiente establecimiento-instalación para desarrollar aquélla y, por supuesto, el procedimiento para otorgarla. Cuestión, por cierto, distinta a la concesión estatal de licencia para realizar esa actividad radiofónica en sí misma considerada, sin que sea decisivo ahora apreciar la diferencia entre actividad de publicidad radiofónica y actividad radiofónica general o normal, la primera alegada para lograr la licencia municipal de apertura y la segunda la que al parecer se hace efectivamente, pues, suponiendo que existiere, ello tan solo podría generar en su caso la cancelación de la concesión radiofónica, o bien, tenerse en cuenta en relación con lo dispuesto en el artículo 106, Ley 30/1992.

Lo antes expuesto puede explicar la opinión del Secretario del Ayuntamiento actuante de que la cuestión a dilucidar no requiere más que un esfuerzo de técnica hermenéutica y no prueba de clase alguna al respecto, al menos no ninguna novedosa

al bastar en este sentido la documentación ya disponible. Cosa que, en efecto, puede compartirse, aunque quizá no sea tan comprensible que, precisamente y en lo que a la mencionada interpretación sobre la cuestión de fondo concierne, el Informe del Secretario se limite a aludir a lo que sobre ello, incluyéndose el referenciado "Recordatorio de deberes legales", se sostiene en el oficio conocido del Diputado del Común, sin pronunciarse sobre la adecuación o idoneidad de esta argumentación o incluso del mencionado Recordatorio; a lo que no obsta el que la Comisión de Gobierno hubiese aceptado aquel precedentemente, no constando que entonces se hubiere informado algo en este tema.

3. Pues bien, es evidente que si el Ayuntamiento tuviere razón en su pretensión, y por ende en el razonamiento que la justifica o, en especial, en la causa legal que la fundamenta, fue errónea la inteligencia que por aquél se tuvo inicialmente de la actividad radiofónica concernida, habiéndose de suponer que ésta fue calificada de inocua, o no molesta, en función de algún motivo o Informe razonado. Lo que condujo a entender que la tramitación de la oportuna licencia de apertura exigida por la legislación local, no teniéndose que otorgar para una actividad molesta, no estaba sujeta al RAMINP y, por eso, no debía seguirse el procedimiento específico correspondiente para aprobar el Acto de atribución.

Este Organismo desconoce semejante circunstancia, aunque seguramente no sea vital su conocimiento para dictaminar sobre el asunto puesto a su consideración. En efecto, no cabe duda que el artículo 2, RAMINP señala que están sometidas a sus prescripciones todas aquellas actividades que sean calificadas en particular como molestas, según la definición que se contiene en el artículo siguiente e independientemente de que figuren o no en el nomenclator anejo al Reglamento, que expresamente se advierte no tiene carácter limitativo o exhaustivo. Y el aludido artículo 3, RAMINP dice que serán calificadas como molestas, con lo que esto conlleva, las actividades que constituyen una incomodidad por los ruidos o vibraciones que produzcan o por los humos, gases, olores, nieblas, polvos o sustancias que eliminen.

Esto es, basta con que una actividad demostrada o comprobadamente sea susceptible de entrar en la definición reglamentaria antedicha, estuviese o no en el mencionado nomenclator, para que proceda su calificación de molesta y le sean aplicables las disposiciones del RAMINP. Y es difícil negar que las emisiones de radio y

la inevitable actividad en las instalaciones y establecimiento que se requieren para producirlas no generan ruidos de diverso tipo y consideración que permite conceptualizarlas como molestas, especialmente cuando la emisora se encuentra en un edificio que no sólo está habitado, sino que ser usado para habitar es su principal fin, cualquiera que fuese la clase de radiofonía practicada, aunque probablemente sea peor al efecto indicado la general o normal que al parecer es la que hace la llamada "R.V."

Razón por la que, justamente, se exige al establecimiento e instalaciones disponer de ciertas condiciones y que cumplan determinados requisitos, todo ello debidamente comprobado por la Administración competente, como pudiera ser que ocurrió en este supuesto en su momento, en el que se intuye que el Ayuntamiento actuante confundió actividad inocua con otra que, no siéndolo, podría estar en situación de no ser teóricamente molesta. Aunque ciertamente pueda dudarse que la comprobación técnica hecha fuese la específica que procede hacer respecto a actividades calificables de molestas o, en particular, radiofónicas.

En este contexto tiene su cabida y significado la Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de enero de 1988, aludida en las actuaciones a partir de su cita en el oficio de la Diputación del Común de la CAC: la licencia de apertura a otorgar por el Ayuntamiento del Municipio en el que se hace la instalación a la actividad radiofónica procede, en virtud de lo dispuesto en el artículo 22 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en cuanto aquellas sea ejercida como industria y, por demás, debe tramitarse en aplicación del Reglamento de Actividades Molestas al ser una industria de estas características, lógicamente tanto en 1996 como en 1991 o en 1988. Desde luego, esta doctrina judicial no constituye per se una jurisprudencia consolidada y unívoca, pero, además de ser jurídicamente asumible en la línea de razonamiento antes expuesta, no cabe duda que apoya la argumentación del Diputado del Común y, en fin, la subsiguiente pretensión del Ayuntamiento de Arrecife.

III

1. De acuerdo con lo expuesto hasta aquí, es obvio que el entendimiento o la situación del asunto analizado no se debiera alterar por la eventualidad de que en el

establecimiento de "R.V." se hiciesen o no obras sin licencia municipal, o incluso pese a que esas obras contribuyeran en buena o alguna medida a producir las molestias o inconvenientes denunciados por vecinos. Ni prima facie tampoco por el hecho de que no se hubiere podido detectar por los servicios municipales, en actuaciones no demasiado adecuadas o afortunadas al respecto por cierto, ruidos procedentes de la emisora en la calle o en el inmueble, pues, aún en el supuesto de que esas actuaciones hubiesen sido perfectamente realizadas a los fines correspondientes, ello simplemente implicaría que las instalaciones estaban en las debidas condiciones para no producirlos, al menos en el instante de su comprobación. Al igual que siempre cabe que un establecimiento con la pertinente licencia de apertura, adecuadamente tramitada con aplicación del RAMINP, pueda posteriormente por algún motivo generar ruidos o molestias.

Sin embargo, no puede dejarse de advertir en este instante que, siendo en su caso generador de un daño efectivo, económicamente evaluable e individualizado personalmente que el particular afectado podría no tener el deber jurídico de soportar, el Acto declaratorio de la nulidad del Decreto de otorgamiento de la licencia de apertura que decida acordar el Pleno de la Corporación puede establecer la indemnización pertinente por las lesiones derivadas de tal daño, habida cuenta que, de darse las antedichas circunstancias, aquellas son efectivamente indemnizables (cfr. artículos 201, 139 y 141, Ley 30/1992).

Precisamente, sin perjuicio de la observación recogida en el Punto 2, in fine, del Fundamento precedente sobre la que enseguida se volverá, podría argüirse que, vistos los hechos que sirven de antecedentes y no habiendo diferencia entre una clase de emisión radiofónica y otra a efectos de la catalogación de la actividad y otorgamiento de licencia de apertura para su desarrollo, se va a causar daño indebido a un particular por el funcionamiento normal de un servicio público, por más que ello acontezca para rectificar una actuación previa jurídicamente errónea.

2. No obstante, a pesar de todo y según se ha indicado con anterioridad, ha de tenerse presente que el artículo 106, Ley 30/1992 preceptúa que las facultades de revisión, incluida obviamente la de oficio para declarar nulo actos declarativos de derechos, no podrán ser ejercitadas cuando, por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, tal ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las Leyes.

Se trata, como es fácil de ver, de una norma imperativa dado su tenor literal, aunque su aplicación procede únicamente de darse las circunstancias y efectos contemplados en ella. Así, en este caso no parece que pueda aducirse que hubieren prescrito acciones o pasado tiempo en orden a generarse las consecuencias descritas en la norma citada. Entonces, habría de detectarse en una circunstancia cuya presencia o incidencia en estos momentos hiciere que la declaración de nulidad resultante produjera alguna de tales consecuencias.

Y, sin que ello obste a que el Ayuntamiento actúe sus facultades, con los efectos que fueren pertinentes, en relación con eventuales obras sin licencia hechas en la emisora, la referida circunstancia pudiera ser que existieran otras emisoras en igual situación que "R.V.", en cuyo caso la facultad de revisión debiera ejercitarse en relación con todas en orden a evitar incurrir en quiebra de la equidad o, consecuentemente, en actuación arbitraria, siendo obvio que tal circunstancia debiera ser suficientemente conocida para el Ayuntamiento; o que la emisora cumple las condiciones determinadas legalmente para las actividades que puedan ser inocuas, actuando de buena fe al respecto desde un principio, con lo que el ejercicio de dicha facultad pasa por comprobar si, en efecto, ese cumplimiento existe y si el interesado ha actuado de acuerdo con la licencia de apertura que solicitó.

Pues bien, al respecto ha de decirse que, independientemente de la existencia o no de la primera de las circunstancias antes señaladas, con su consecuencia asimismo expresada en caso positivo, puede ser significativo que la persona societaria afectada, pese a solicitar una licencia de apertura para el ejercicio de una actividad que considera inocua, no sólo describe inexactamente cual es esa actividad radiofónica, aún cuando ello no eludiera sin más su eventual calificación de industria molesta o no sirviera realmente para que la Administración no lo calificara de esa forma, sino que se preocupa de acondicionar las instalaciones para evitar, o al menos para tratar de hacerlo porque ello no es seguro por obvias razones, que la actividad en cuestión produzca ruidos y pueda ser calificada de molesta.

3. En resumidas cuentas, siendo cierto que la licencia de apertura del ejercicio de la actividad radiofónica que trae causa se otorgó mediante un procedimiento indebido, ya que aquella debió ser calificada de actividad molesta por ser potencialmente productora de ruidos y/o vibraciones, en un razonable entendimiento

de la misma en todo caso, ha de estimarse ab initio que el Acto administrativo de otorgamiento es nulo de pleno derecho porque debió otorgarse la licencia mediante otro procedimiento, pues, según reiterada jurisprudencia y en pura lógica jurídica, ello equivale a que se procedió a actuar prescindiendo totalmente del procedimiento legalmente debido.

Es más, de acuerdo con lo razonado en el Punto anterior, aunque pudiera sostenerse que cabría argüir la incidencia de una circunstancia que obstaría al ejercicio de la facultad de revisión, sin embargo la realidad es que no parece que pueda sostenerse semejante impedimento en este supuesto, básicamente a la vista de la actuación de la propia persona afectada. Aunque esto no evita que el mencionado ejercicio ha de producirse en relación con todas las emisoras que estuvieran en idéntica situación que la perteneciente a aquella.

No obstante, en el sentido apuntado en el oficio de la Diputación del Común de la CAC, ha de indicarse que, sin perjuicio o contradicción con la declaración de nulidad de que se trata y eludiéndose cualquier perjuicio o daño que pudiera ocasionarse al bien común legalmente definido o a los derechos de los particulares igualmente determinados jurídicamente, no existe impedimento en que, al tiempo, se podría tramitar la licencia de apertura de la actividad radiofónica que se viene produciendo en la manera regulada en el RAMINP, en sus artículos 29 al 33, sin problema alguno al efecto si, en verdad, el establecimiento e instalaciones están acondicionados reglamentariamente para su utilización apropiada a la naturaleza de la referida actividad.

CONCLUSIONES

1. De conformidad con lo razonado en el Fundamento II, siendo la actividad radiofónica a desarrollar calificable de molesta, la licencia de apertura de las instalaciones al efecto debió tramitarse de acuerdo con lo dispuesto en el RAMINP, de manera que, no habiéndolo sido, sería nulo de pleno derecho el Acto administrativo que, con forma de Decreto del Alcalde del Ayuntamiento actuante, otorgó tal licencia por la causa prevista en el artículo 47.1.c), LPA.

2. Según se expone en el Fundamento III, independiente de los problemas que pudieran afectar a la concesión de emisión radiofónica obtenida por la propietaria de

la emisora de referencia por el motivo allí indicado, no sólo cabe el ejercicio de la facultad de revisión de oficio en el supuesto que nos ocupa, sino que podría cuestionarse el derecho indemnizatorio de la afectada por cuanto pudiera tener el deber de soportar el daño que la declaración de nulidad comporta.

3. No obstante, el mencionado ejercicio de la facultad revisora ha de producirse respecto a todas las emisoras que, existiendo constancia al efecto en el Ayuntamiento interesado, estén en idéntica situación que la aquí implicada y, además, si las instalaciones y establecimiento de R.V. tuvieran efectivamente las condiciones reglamentariamente fijadas para la actividad radiofónica, sería posible que se instara la tramitación inmediatamente una licencia municipal de apertura que la legalizara definitivamente, sin perjuicio del pertinente control municipal de las molestias que su ulterior funcionamiento inapropiado pudiera causar al vecindario.