



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 7 de julio de 2004.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías en relación con la *revisión de oficio de nulidad de la licencia comercial específica estimada por silencio administrativo, solicitada por M.E.B.M., para la implantación de un gran establecimiento comercial especializado en muebles y electrodomésticos, a ubicar en el término municipal de San Cristóbal de La Laguna (EXP. 129/2004 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías, es la propuesta de resolución de un procedimiento de revisión dirigido a declarar la nulidad del acto presunto por el que concedió una licencia comercial específica para la apertura de un establecimiento comercial.

La legitimación del Consejero para solicitar el Dictamen, su carácter preceptivo y habilitante de la resolución propuesta y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D).b) y 12.3 de la Ley 5/2002, del Consejo Consultivo en relación el primer precepto con el art. 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. La revisión instada se fundamenta en el art. 62.1.f) de la Ley 30/1992, al considerar que con el acto que se pretende revisar se adquirieron, en contra del

* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

Ordenamiento Jurídico, facultades o derechos, careciéndose de los requisitos esenciales para su adquisición.

II

1. Los antecedentes que han dado origen a este procedimiento de revisión de oficio son los siguientes:

1. El 23 de octubre de 2002, M.E.B.M. presentó solicitud para la implantación en el Polígono de Los Majuelos, término municipal de San Cristóbal de La Laguna de un Gran Establecimiento Comercial especializado en Muebles y Electrodomésticos, con una superficie de 2.990 metros cuadrados, por lo que merecía la calificación de "gran superficie" por aplicación de lo dispuesto en los entonces vigentes arts. 18.1.b) de la Ley 4/1994, de 25 de abril, de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias y 5.1.b) del Decreto 237/1998, de 18 de diciembre, por el que se aprueban los Criterios Generales de Equipamiento Comercial de Canarias. La interesada aportó junto con su solicitud la documentación exigida por el art. 5.2 del Decreto 158/1998, de 10 de septiembre, por el que se regula el procedimiento de concesión de la licencia comercial para los grandes establecimientos comerciales.

2. El 4 de noviembre de 2002 se solicitaron los preceptivos informes al Tribunal de Defensa de la Competencia y al Ayuntamiento de la Laguna (art. 5.4 y 5.5, respectivamente, del Decreto 158/1998). Con esta misma fecha, con fundamento en el art. 42.5 LRJAP-PAC, se suspendió el plazo de resolución del procedimiento hasta la recepción de los mismos, sin que en ningún caso esta suspensión pudiera exceder de tres meses, lo que fue notificado a la interesada.

3. El 29 de noviembre de 2002 se sometió el expediente al trámite de información pública mediante anuncio en el BOC, sin que se presentaran alegaciones durante el plazo concedido al efecto.

4. El 20 de diciembre de 2002 tuvo entrada en la Dirección General de Comercio el informe favorable del Tribunal de Defensa de la competencia, sin que durante el periodo de suspensión del plazo para resolver, ni aún después, se recibiera el informe del Ayuntamiento.

5. El 5 de marzo de 2003, mediante Orden del Consejero de Economía, Hacienda y Comercio, se procedió a ampliar en seis meses el plazo de Resolución del expediente.

6. El 24 de abril de 2003 entró en vigor la Ley 10/2003, de 3 de abril, reguladora de la Licencia Comercial Específica, que derogó el Capítulo Segundo del Título Tercero de la Ley 4/1994 (apertura de los establecimientos comerciales, arts. 14 a 18) y que en su Disposición Transitoria Primera.¹ establece que las *"solicitudes de licencias comerciales específicas que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de la presente Ley continuarán su tramitación conforme al procedimiento establecido en la normativa vigente al tiempo de la solicitud, si bien se resolverán atendiendo a los criterios establecidos en el art. en el art. 7 de la presente ley. A estos efectos, se someterán a lo establecido en el art. 8 mediante el preceptivo informe de la Dirección General competente en materia de comercio."*

El Decreto 237/1998 fue a su vez modificado mediante el Decreto 54/2003, de 30 de abril, que, por lo que respecta al régimen transitorio, establece en su Disposición Transitoria Única que *"Los procedimientos de solicitudes de licencias comerciales que se encuentren en trámite a la entrada en vigor del presente Decreto se regirán por los criterios y niveles de saturación previstos en el presente Decreto y conforme al procedimiento establecido en las normas vigentes en el momento de la solicitud de la licencia comercial."* La entrada en vigor de este Decreto se produjo el 8 de mayo de 2003.

7. El preceptivo informe de la Comisión Insular de Comercio (art. 5.6 del Decreto 158/1998) es emitido con carácter desfavorable con fecha 10 de octubre de 2003. Consta también en el expediente un informe económico de la Dirección General de Comercio del día 8 anterior en el que se indica que la zona comercial en la que la interesada solicita la apertura de su establecimiento se encuentra saturada.

8. El día 31 del mismo mes se concede trámite de audiencia a la interesada, que presentó sus alegaciones oponiéndose a la aplicación a su solicitud de lo previsto en la disposición Transitoria única del Decreto 54/2003 por entender que se supone la aplicación retroactiva de una norma de carácter restrictivo.

9. Finalmente, transcurrido el plazo máximo para resolver que la Administración entiende vencido el 23 de enero de 2004, la interesada obtuvo la concesión de la licencia solicitada por silencio administrativo (art. 43.2 LRJAP-PAC y 5.9 del Decreto 158/1998).

2. El 12 de abril de 2004, se dicta Orden por el Sr. Consejero de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías por la que se inicia el expediente para la declaración de nulidad de licencia comercial obtenida mediante silencio positivo. Consta en el expediente, además de la citada Orden, el informe de los Servicios Jurídicos, el cumplimiento del trámite de audiencia a la interesada y la preceptiva Propuesta de Resolución del expediente.

III

1. La Propuesta de Resolución fundamenta la nulidad de la concesión de la licencia en la causa prevista en el apartado f) del art. 62.1 LRJAP-PAC, por considerar que se trata de un acto presunto contrario al ordenamiento jurídico por el que se ha adquirido derechos careciendo de los requisitos esenciales para tal adquisición. En concreto, tal nulidad deriva del incumplimiento de uno de los requisitos básicos establecidos para el otorgamiento de tales licencias y que es el nivel de saturación de la zona donde se pretende ubicar el nuevo establecimiento, establecido en el art. 11.2.A.8) del Decreto 237/1998 en su redacción modificada por el Decreto 54/2003, lo que supone que la causa de nulidad deviene de una modificación de la normativa aplicable que se produjo durante la tramitación de la solicitud.

La interesada en el trámite de audiencia realiza fundamentalmente la siguiente alegación para oponerse a la nulidad cuya declaración se pretende por la Administración: La aplicación a su solicitud de la nueva normativa establecida por las disposiciones Transitorias citadas en los antecedentes deriva del hecho de que la Administración, sin fundamento, amplió el plazo de finalización del procedimiento, de tal forma que si se hubiese dictado la Resolución en el plazo de seis meses previsto para estos procedimientos por el art. 5.9 del Decreto 158/1998 se le hubiese concedido la licencia puesto que su solicitud se ajustaba a los criterios de equipamiento comercial establecidos en el Decreto 237/1998 con anterioridad a su modificación.

No obstante, esta alegación no tiene en cuenta que el plazo, además de ampliado, fue inicialmente suspendido como consecuencia de la petición de los informes preceptivos al Tribunal de Defensa de la Competencia y al Ayuntamiento de la Laguna. La solicitud tuvo entrada el 23 de octubre de 2002; el 4 de noviembre se solicitaron estos informes y en la misma fecha se suspendió el plazo hasta que éstos fueran recibidos, sin que, en todo caso, esta suspensión pudiera exceder de tres

meses, tal como dispone el art. 42.5.c) LRJAP-PAC. Este plazo máximo resultó agotado al no haberse emitido el preceptivo informe por parte del Ayuntamiento de La Laguna, por lo que el plazo no se reanudó hasta el 4 de febrero de 2003 (y no 4 de diciembre como por error se indica en el antecedente 4ª de la Propuesta de Resolución). Con ello, el plazo de finalización del procedimiento se sitúa el 23 de julio de 2003, fecha en que ya se encontraba en vigor tanto la ley 10/2003 como el Decreto 53/2003, resultando por consiguiente de aplicación lo dispuesto en sus respectivas Disposiciones Transitorias y en consecuencia los niveles de saturación aludidos.

Es más, incluso en la interpretación que hace la propia interesada de que el procedimiento podía continuar desde el 21 de diciembre de 2002 al haberse recibido el informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, el plazo de seis meses desde el inicio del procedimiento finalizaría una vez en vigor la nueva normativa, con las mismas consecuencias ya señaladas.

Esta suspensión del procedimiento además se ajusta a las condiciones sustantivas que impone el art. 42.5.c) LRJAP-PAC, por cuanto que los informes recabados, además de preceptivos, resultan determinantes para la resolución del procedimiento. Ambos informes son exigidos por el Decreto 158/1998 con carácter nominativo por las repercusiones que un nuevo establecimiento puede suponer sobre la estructura comercial de la zona (informe del Tribunal de la Competencia) y por la necesidad de constatar su adecuación al planeamiento urbanístico del Municipio (informe del Ayuntamiento). Precisamente, la falta de informe del Ayuntamiento afectado motivó la solicitud de un informe con este contenido a la Dirección General de Ordenación del Territorio al amparo de lo establecido en el art. 7 del Decreto 89/2000, petición fundamentada en el carácter imprescindible del mismo para la Resolución del expediente. Como ha señalado el Consejo de Estado en su Dictamen de 8 de julio de 1999, se trata de informes que ilustran a los órganos administrativos de tal manera que les lleva a poder resolver con rigor y certeza en un procedimiento, permitiéndoles formarse un juicio recto sobre el fondo del asunto, de tal suerte que, sin ellos, no cabría hacerlo, lo que puede aplicarse a estos informes exigidos en el Decreto 158/1998.

Como consecuencia de todo lo señalado, resulta irrelevante la posterior ampliación del plazo acordada mediante Orden de 5 de marzo de 2003, pues aunque

ésta no se hubiese producido, se hubiesen aplicado igualmente los nuevos criterios establecidos tras las modificaciones legislativas y reglamentarias producidas.

2. La nulidad que la Administración se propone declarar se fundamenta en el incumplimiento de los requisitos esenciales para la concesión de la licencia comercial, por lo que procede analizar el régimen jurídico aplicable a la instalación que se pretende.

La solicitud de concesión de licencia comercial inicia un procedimiento dirigido a obtener la autorización para la instalación o ampliación de una empresa. Su estimación además habilita al solicitante para el ejercicio de un derecho, el de iniciar y sostener una actividad empresarial, que le reconoce el art. 38 de la Constitución y que, por ende, preexiste a la concesión de la autorización (arts. 3 y 5 de carácter básico, de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista). Sin embargo, tal como señala el Tribunal constitucional en su sentencia 227/1993, "la libertad de empresa no ampara entre sus contenidos un derecho incondicionado a la libre instalación de cualesquiera establecimientos comerciales en cualquier espacio y sin sometimiento alguno al cumplimiento de requisitos y condiciones, haciendo caso omiso a las distintas normativas -estatales, autonómicas, locales- que disciplinan múltiples aspectos de relevancia económica como, entre otros, el comercio interior y la ordenación del territorio". Ello supone que a través de la licencia, como típico acto de autorización que es, se comprueba si el establecimiento que se pretende implantar es conforme o no con el conjunto de normas que deben tenerse en cuenta para su ubicación en un concreto lugar. En consecuencia la licencia se concederá o denegará, teniendo en cuenta en este caso los criterios de equipamiento comercial establecidos. Por lo tanto, no existe un derecho incondicionado a la obtención de la licencia que surge del simple hecho de haberla solicitado.

El establecimiento cuya instalación se solicita tiene la clasificación de gran superficie por aplicación del art. 18.1.b) de la Ley 4/1994 al tratarse de un establecimiento con una superficie de venta al público superior a los 1.000 m² y situarse en un municipio con una población de hecho con más de 20.000 habitantes y menos de 200.000 habitantes. Tras la entrada en vigor de la Ley 10/2003, estos establecimientos reciben la denominación de grandes establecimientos comerciales (art. 3), y permanece la obligación de solicitar para su implantación la licencia comercial específica.

La determinación de los requisitos aplicables para la concesión de estas licencias exige tener en cuenta lo dispuesto en la disposición Transitoria Primera.1 de la Ley 10/2003 y en la D.T. Única del Decreto 54/2003, en virtud de las cuales a las solicitudes de licencias que se encuentren en tramitación se les aplicará los nuevos criterios establecidos por estas normas. Ello supone la aplicación de lo dispuesto, en primer lugar, en el art. 7 de la Ley, a cuyo tenor estas licencias se otorgarán de conformidad con los criterios generales de equipamiento comercial de Canarias, ponderando, en los términos que reglamentariamente se establezcan, entre otros criterios, la existencia o no de equipamiento comercial adecuado en la zona afectada por el nuevo emplazamiento y los efectos que éste pudiera ejercer sobre la estructura comercial de aquélla, así como los puestos de trabajo que se generen. En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta los arts. 7 y siguientes del Decreto 237/1998 en la redacción dada por el Decreto 54/2003. Entre estos requisitos el art. 7.b) establece el nivel de saturación, exigiendo el art. 11.1 que el ámbito territorial donde se pretende ubicar el establecimiento no se encuentre saturado de este tipo de instalaciones. El apartado 2 de este mismo art. establece los índices a tener en cuenta para determinar el nivel de saturación, establecido para los grandes establecimientos comerciales especializados en equipamiento de muebles en el 0,04 m² por habitante.

La aplicación de este índice a la zona donde se pretende instalar el establecimiento, de acuerdo con los informes jurídicos y económicos que obran en el expediente, arroja como resultado que se trata de una zona saturada, por lo que la concesión de la licencia por silencio administrativo supondría la existencia de un acto presunto contrario al ordenamiento jurídico.

3. Sin embargo, en la revisión de oficio el único elemento a tener en cuenta para valorar su procedencia no es el de la adecuación o no al ordenamiento jurídico del acto en cuestión. El Consejo de Estado, en su Dictamen de 22 de diciembre de 1999 afirma que "para entender concurrente el vicio recogido en el art. 62.1.f. LRJAP-PAC no basta con que el acto sea contrario al ordenamiento jurídico, pues si así se sostuviera se estaría produciendo un cierto vaciamiento de los supuestos de nulidad relativa. El legislador ha querido acotar este supuesto de nulidad a aquellos casos extremos en los que no simplemente se discuta sobre la eventual ilegalidad de un acto administrativo, sino que, además, se aprecie falta grave y notoria del

presupuesto indispensable para adquirir lo que el acto indebidamente reconoció u otorgó”.

Tal como la propia Administración reconoce, la solicitud de licencia reunía en el momento de su formulación todos los requisitos de integridad documental legalmente exigibles, y mereció además informe favorable del Tribunal de Defensa de la Competencia. Fue el cambio normativo habido durante la tramitación, y así se reconoce también en la Propuesta de Orden, el que dio paso a la contradicción sobrevenida con el nuevo régimen aplicable. Y esta contradicción sobrevenida acaso pudiera dar pie a un juicio de anulabilidad, en su caso; pero no puede considerarse que haya alterado la capacidad del solicitante para adquirir el derecho a instalar en ese lugar el establecimiento comercial que pretende, pues no lo ha privado de los requisitos esenciales para tal adquisición. Y en otro Dictamen posterior (de 19 de abril de 2001) afirma el Consejo de Estado que “por el carácter excepcional de la nulidad, las causas previstas en el art. 62.1 de la Ley 30/1992 deben ser objeto de una interpretación estricta, máxime si se trata de la contemplada en el apartado f) pues, en otro caso, podrían cobijarse en este supuesto determinadas infracciones del ordenamiento jurídico que por su entidad sólo son merecedoras de la sanción de anulabilidad (...) Una interpretación flexible o extensiva de la causa de nulidad iría, además, en contra de la finalidad pretendida por el legislador de constreñir la utilización del procedimiento de revisión de oficio, en cuanto potestad privilegiada de la Administración que excluya la heterotutela judicial, a las más graves infracciones del ordenamiento jurídico, teniendo que acudir en los demás casos a la jurisdicción contencioso-administrativa, previa declaración de lesividad del acto para el interés público”. Esta es la interpretación adecuada del citado art. 62.1.f. LRJAP-PAC, cuando requiere que los requisitos de adquisición del derecho por cuya carencia se produce la contradicción con el ordenamiento jurídico revistan carácter esencial; y la ausencia de tal carácter esencial nos lleva indefectiblemente a considerar que en este caso no nos encontramos ante aquel supuesto de nulidad de pleno derecho.

4. Por lo demás, no se trata sólo de ver si estamos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho de los enumerados en el art. 62.1 LRJAP-PAC, sino también de decidir si procede o no la revisión de oficio. Para fundar un criterio favorable o desfavorable a la revisión de oficio este Consejo Consultivo no puede pronunciarse sólo acerca de la legalidad o ilegalidad del acto presunto en cuestión, pues le corresponde también ponderar la inexistencia o eventual presencia, en cada caso

concreto, de circunstancias que pudieran constituirse en límites para el ejercicio por la Administración de sus facultades revisoras. La revisión de oficio constituye una prerrogativa de la Administración para retirar inmediatamente de la vida jurídica actos nulos de pleno derecho; pero siendo el más directo no es el único camino para alcanzar tal fin. Y sin duda por ese mismo carácter extraordinario el art. 106 LRJAP-PAC exige verificar la posible existencia de límites a su ejercicio. En este marco legislativo está obligado este Consejo a fundar y formular su consulta favorable o desfavorable a la pretensión de revisión de oficio de la Administración.

Esta interpretación moderadora del uso de las facultades de revisión debe llevarnos, para resolver acerca de la revisión de oficio, a considerar no sólo la eventual contradicción con la legalidad del acto en cuestión, sino también a ponderar la existencia de límites al ejercicio de tales facultades de revisión. Establece el art. 106 LRJAP-PAC que tales facultades no podrán ser ejecutadas cuando por determinadas circunstancias su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, a los derechos de los particulares o a las leyes.

La equidad supone una llamada a acudir a los principios superiores de justicia para decidir un caso para el que resulta inadecuada la regla legal. En la revisión de oficio la Administración ejercita una prerrogativa, que como se ha señalado más atrás debe ser ejercitada sólo excepcionalmente. El principio del equilibrio entre las partes en la defensa de sus respectivas argumentaciones jurídicas cede en la revisión de oficio a favor de la Administración, por el carácter preferente de los intereses públicos que defiende; el particular podrá luego acudir a los Tribunales en busca de mejor derecho. Pero el ejercicio de esta facultad para declarar una presunta nulidad basada en una contradicción sobrevenida, constituida además por un cambio normativo con efecto retroactivo y de iniciativa de la propia Administración, resulta una práctica contraria a la equidad.

El citado art. 106 menciona también la buena fe como una circunstancia a ponderar para verificar la existencia de límites al ejercicio de la revisión de oficio. Si la buena fe se presume siempre, más merecedora de esa presunción debe ser la Administración pública, defensora de intereses generales. Pero la buena fe de la Administración debe entenderse conectada con aquel otro principio de la confianza legítima (art. 3 LRJAP-PAC). Si los ciudadanos observan que una solicitud para cuya estimación favorable se cumplían todos los requisitos legales devino contradictoria

con un nuevo régimen jurídico aplicado retrospectivamente a lo largo de la tramitación, y que la misma Administración responsable de su pronta resolución conocía meses antes de tal cambio el sentido del mismo sin siquiera advertir al solicitante (el cual tal vez pudiera haber mejorado o minorado su pretensión para hacerla viable en las esperadas nuevas circunstancias), muy probablemente se quebrará su confianza en el actuar imparcial de la Administración, y se generaría una enorme incertidumbre contraria al principio de seguridad jurídica.

Por todo ello, en estas circunstancias las facultades de revisión de oficio no podrán ser ejecutadas, tal como establece el art. 106 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I Ó N

Este Consejo Consultivo manifiesta su parecer contrario a la revisión de oficio del acto administrativo presunto de concesión de licencia comercial específica a M.E.B.M., por lo que procede emitir Dictamen desfavorable a tal pretensión de la Administración, ello sin perjuicio de la aplicabilidad del art. 103 LRJAP-PAC al supuesto en cuestión.