



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 323/2005

(Pleno)

La Laguna, a 12 de diciembre de 2005.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Presidencia y Justicia en relación con la *revisión de oficio por la que se pretende revisar la Resolución del Director General de Administración Territorial y Gobernación, de 4 de abril de 2001, por la que se autorizó la sustitución de la entidad B., S.A. por la entidad T., S.A. como gestora de la sala de bingo de la que es titular el club de fútbol G., así como del acto presunto por el que se obtuvo la renovación de la autorización de apertura y funcionamiento de tal sala, y la Resolución de 23 de julio de 2002 por la que se revocó la Resolución de 2 de enero de 2002 por la que denegó la mencionada renovación: Carecer de requisito esencial: Autorización de sala de bingo. (EXP. 306/2005 RO)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Mediante escrito de 18 de noviembre de 2005, el Excmo. Sr. Consejero de Presidencia y Justicia interesa preceptivamente y por el procedimiento ordinario al amparo de los arts. 11.1.D.b), 12.1 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, Dictamen en relación con la Propuesta de Resolución por la que se pretende revisar de oficio la Resolución del Director General de Administración Territorial y Gobernación, de 4 de abril de 2001, por la que se autorizó la sustitución de la entidad B., S.A. por la entidad T., S.A. como gestora de la sala de bingo de la que es titular el club de fútbol G., el acto presunto por el que se obtuvo la renovación de la autorización de apertura y funcionamiento de tal sala, y la Resolución de 23 de julio de 2002 por la que se revocó la Resolución de 2 de enero de 2002 por la que denegó la mencionada renovación.

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

Este expediente revisor [cuya Propuesta de Resolución ha sido preceptivamente informada por el Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias; art. 20.e) del Reglamento del mencionado Servicio, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero] concluye con Propuesta de Resolución que pretende fundar la revisión en el art. 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), según el cual incurrir en vicio de nulidad radical aquellos actos "expresos contrarios al Ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición".

En el presente caso, la nulidad que se alega se concreta en el hecho de que por silencio positivo se adquirió un derecho por renovación de una licencia que ya se había extinguido, por lo que, al margen de cualquier otra consideración objetiva o subjetiva, no existía la condición esencial que permitiría la adquisición del derecho (renovación) y que no era otra que la existencia del derecho mismo.

2.¹

II

1. Antes de analizar el fondo material de la Propuesta formulada, hemos de pararnos en la incidencia que en el procedimiento revisor tiene el hecho de que la cuestión esencial del procedimiento incoado -es decir, la extinción de la autorización de apertura y funcionamiento- se halla en estos momentos *sub iudice*, pues pende ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias recurso contencioso administrativo contra la declaración de caducidad del procedimiento revisor y la apertura de nuevo procedimiento.

Al respecto, nos remitimos a la doctrina sentada por este Consejo en su DCC 129/2004, de 29 de julio, que resuelve justamente la confluencia de recurso contencioso y procedimiento revisor y que fue asimismo citado, con incorporación de doctrina, en el DCC 189/2004, emitido en relación con el presente asunto. Lo dicho entonces respecto de una Sentencia que pendía ante el Tribunal Supremo puede ser aplicable, en los mismos y condicionados términos, al nuevo proceso que ahora pende. Claro que en estos momentos ya se cuenta con un elemento *extra* de convicción que modula y matiza a favor de una de las tesis sostenidas tan genérico razonamiento. Tales términos hipotéticos determinaron en su día que sendos

¹ Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

Consejeros del Pleno estimaran que no procedía la nulidad instada, pues se desconocían los actos procesales cuyo conocimiento era determinante para concluir en uno u otro sentido en relación con la litispendencia; y que había que aportar al procedimiento.

La mencionada Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 2005, aclara la cuestión en varias de sus facetas, tanto formal como material, y por sus determinaciones habremos de pasar: A. El recurso original y la casación ante el Supremo tenía como origen la extinción de la licencia por el transcurso del plazo sin haber solicitado su renovación, sin que quepa entrecruzamiento entre los procedimientos de extinción y de renovación, razón por la que el Tribunal Supremo estimó irrelevante la denegación en su día de una prueba pericial que acreditaba la idoneidad del local a efectos de renovación de licencia y que T., S.A. pretendía hacer valer como comparecencia al trámite de alegaciones, al que no concurrió; B. El objeto de la *litis* entonces como ahora no era otro que la "extinción de la autorización de apertura y funcionamiento por transcurso del plazo de validez de la misma sin haber solicitado su renovación"; C. La declaración de caducidad fue precedida, como exige la legalidad aplicable, de un trámite de audiencia, que transcurrió "sin que se hicieran alegaciones".

Por razones obvias, tales conclusiones inciden directamente en el proceso ahora replanteado en relación con la declaración de caducidad y nueva instrucción de procedimiento revisor. La cuestión material ya está resuelta y es cosa juzgada. Por ello, este replanteamiento procesal tiene un objeto más limitado: La regularidad de la declaración de caducidad y la subsiguiente incoación de nuevo procedimiento revisor.

2. Resuelta ya la anterior objeción formal que concernía a la litispendencia que se cernía sobre el mismo asunto -que no se pudo resolver entonces en fase consultiva toda vez que el Consejo entendió que el fondo material del asunto presentaba ciertos matices que afectaban al propio procedimiento seguido para la declaración de caducidad de la autorización otorgada en su día, matices dudosos que el Tribunal Supremo ha despejado de forma clara y terminante-, tampoco existe ya hoy el obstáculo que en su día determinó que parte del Pleno del Consejo entendiera que no procedía la nulidad por razón, justamente, de la litispendencia señalada.

Así las cosas, ahora no se discute la caducidad de la autorización concedida -que es una de las causas de extinción-, sino la caducidad del procedimiento revisor. En este punto, la parte más directamente afectada por la nulidad de la referida autorización entiende que la no emisión de Dictamen por este Consejo implica que el Dictamen sea desfavorable (art. 20.1 de la Ley del Consejo), sin que quepa reabrir el procedimiento revisor pues a ello se oponen los límites de la revisión de oficio, según se detallan en el art. 106 LRJAP-PAC.

Ahora bien, el Consejo no omitió simplemente la emisión de Dictamen. Expuso sus razones y tales razones impedían, simplemente, la emisión del mismo, por más que las opiniones de los Consejeros eran favorables, bien es verdad que por distintos motivos, a la no declaración de nulidad; lo cual fue comunicado al solicitante del Dictamen "a los efectos legales procedentes".

En efecto, habrá ocasiones en que los límites a la revisión impedirían la incoación de un nuevo procedimiento revisor, pero lo que dice la Ley con carácter general es que el transcurso de tres meses desde el inicio del procedimiento revisor "sin dictarse Resolución producirá la caducidad del mismo" (art. 102.5 LRJAP-PAC), sin que se produzca la prescripción de acciones (art. 92.3 LRJAP-PAC). Más allá del sentido del art. 20.1 de la Ley del Consejo, lo cierto es que la caducidad se produce cuando *transcurrido el plazo no se dicte Resolución, haya o no Dictamen*.

Cierto que la no emisión de Dictamen determina que su sentido sea desfavorable y por tal pronunciamiento debe pasar la Administración so pena de tener que asumir las consecuencias, incluso vía responsabilidad administrativa, que de ese incumplimiento se produzcan. Pero alguna diferencia debe haber entre *no cumplir* -por las razones que fuere- la función consultiva y que esta función *no pueda ser cumplida* por el concurso de una circunstancia obstativa formal que impide que la opinión mayoritaria del Consejo tenga plasmación en el documento, Dictamen, que la expresa. Es la existencia o no de Resolución la que determina el concurso *ex lege* de la causa de caducidad, sin que las opiniones de los Consejeros emitidas en relación con el Proyecto de Dictamen (dos Consejeros por razón de fondo; otros dos, por litispendencia) elaborado por la Ponencia puedan ser argüidas como causa obstativa de la revisión tras la declaración de caducidad. Y es que la Ley tampoco distingue entre especies de caducidad. La caducidad concurre cuando vencido el plazo no existe Resolución; la causa de tal hecho es irrelevante. Puede ser por error en el

cómputo; desidia de la parte; retraso justificado o no en el cumplimiento de algún trámite esencial. O, se diría, ausencia de Dictamen del Consejo.

Pero es que, incluso en la tesis interpretativa extrema, es decir, que la ausencia del Dictamen, sea cual fuere la causa de esta ausencia, implica que el mismo es desfavorable a la revisión, significaría simplemente que *ese procedimiento revisor debe ser resuelto de forma desfavorable a la revisión*. Eso, y sólo eso. Como estamos no ante el instituto de la prescripción sino ante el de la caducidad, si no ha prescrito la acción (lo que no ha acontecido, pues la acción de nulidad se puede ejercer "en cualquier momento", art. 102.1 LRJAP-PAC), no cabe duda de que se puede iniciar un nuevo procedimiento revisor (art. 92.3 LRJAP-PAC). A no ser que, lógicamente, concurra alguno de los límites legalmente dispuestos (art. 106 LRJAP-PAC).

En directa relación con lo que acabamos de exponer, podría asimismo pensarse que el carácter vinculante que en estos casos atribuye el art. 102.1 LRJAP-PAC al Dictamen del Consejo impediría la apertura de un nuevo procedimiento de revisión de oficio (siempre que estuviéramos, claro está, en presencia de un supuesto idéntico al que justificó en su día el precedente procedimiento revisor). Sin embargo, tal punto de vista no tiene en cuenta, en primer lugar, que el carácter desfavorable del Dictamen anterior lo fue *ope legis*, es decir, en virtud de una automática aplicación del art. 20.1 de la Ley del Consejo, como vimos con anterioridad. Dicho de otra manera, no hubo pronunciamiento *expreso* de este Consejo y por ello la ausencia de Dictamen, aunque con los efectos conocidos, no puede vincular *pro futuro* al nuevo procedimiento revisor que ahora examinamos. Y en segundo lugar, este planteamiento tampoco toma en consideración la existencia de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de marzo de 2005; premisa que en modo alguno puede ser soslayada para el correcto enfoque el asunto que nos ocupa.

3. Efectivamente, con fecha 31 de marzo de 2005, el Tribunal Supremo falló la casación interpuesta por T., S.A. contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, cuya pendencia era justamente un argumento que hacía reconsiderar la conveniencia de que la revisión instada en su día prosiguiera adelante. Como quedó dicho, no hay unanimidad respecto del grado de incidencia que un proceso tiene o debe tener en un procedimiento administrativo revisor. Los Servicios Jurídicos del Gobierno entienden que esa circunstancia no enerva el principio de ejecutividad de los actos administrativos (arts. 56 y siguientes LRJAP-PAC). Este Consejo, en una

línea más garantista para los derechos de los interesados, no llegó a expresar en Dictamen su opinión al respecto, aunque sí lo ha hecho en ocasiones anteriores, siempre de forma matizada y teniendo en cuenta los distintos intereses en juego. Precisamente, esta consideración fue determinante para que en su momento no hubiera podido emitirse Dictamen respecto de este procedimiento revisor. Con este nuevo dato, la incoación del procedimiento revisor en base a una acción no prescrita se hace con el refuerzo añadido del citado pronunciamiento judicial, según el cual la autorización fue caducada por haber transcurrido el plazo y no haberse solicitado su renovación.

Por ello, no son alegables ninguno de los límites dispuestos legalmente para enervar el procedimiento revisor.

III

La pretensión de nulidad se fundamenta en que el titular de la autorización revocada carecía de un requisito esencial para la obtención del derecho y que no era otro que ser titular de la autorización que pretendía ser renovada. Si la autorización fue extinguida desde el 2 de septiembre de 1996 y tal extinción confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias el 7 de marzo de 2001, y luego por el Tribunal Supremo, parece claro que no puede pedirse una renovación de un derecho que ya no se posee. Desde este punto de vista, el titular de la autorización carecía de un requisito esencial de carácter objetivo: Ser titular de una autorización válida y vigente, por lo que concurre la causa del art. 62.1.f) LRJAP-PAC que dispone tal efecto cuando se adquieran derechos mediante acto, expreso o presunto, cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

En este caso, la caducidad de la autorización se articula como una causa objetiva de extinción de la autorización: Cumplimiento del plazo sin solicitud de renovación, previa audiencia del interesado. Es decir, el titular perdió su derecho -la autorización- por no pedir su renovación, por lo que cuando instó ésta carecía del requisito esencial para la renovación de ese derecho: Poseerlo. Sólo que finalmente, por silencio positivo, lo obtuvo y esa adquisición *contra legem* de derecho es lo que ahora justamente se pretende revisar.

Requisito esencial es aquel al que la Ley anuda de forma directa la concesión de un derecho o facultad. Se trata de un vicio que, lógicamente, "sólo podrá resolverse caso por caso" (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 1 de

junio de 2002, JUR 2003/4823). En el presente caso, se recuerda, la norma declaraba como causa de extinción de autorización por caducidad el transcurso del plazo de vigencia sin haber pedido su renovación en tiempo y forma [art. 15.1.a) del Decreto 122/1988, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Juego del Bingo]: Ante la Consejería de la Presidencia “con dos meses al menos de antelación a la fecha de expiración” (art. 14.1 id.).

En suma, fue legal la extinción de la autorización por no haber sido renovada [arts. 14 y 15.1.a) del Decreto 122/1988], siempre que se acredite el cumplimiento del trámite de audiencia previa, lo que se ha verificado. Se significa que el requisito esencial que se ha incumplido -no ser titular- es sólo la consecuencia de un hecho: No pedir la renovación en plazo; pero es que en tal eventualidad se contempla un procedimiento de rehabilitación del título a resultas del mencionado trámite de audiencia. Al no comparecer a éste no pudo rehabilitarse el título, por lo que la consecuencia lógica es la caducidad del mismo.

La caducidad fue, pues, la consecuencia de la inacción del interesado que no compareció al trámite de audiencia. El inadvertido vencimiento del plazo se encuentra en el origen de cuanto aconteció posteriormente y, en última instancia, también de la revisión. En igual sentido, la omisión administrativa, que permitió que el silencio consolidara una situación ilegal, contribuyó a ese resultado.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución examinada es ajustada a Derecho, manifestando este Consejo, en consecuencia, su parecer favorable a la declaración de nulidad de la Resolución del Director General de Administración Territorial y Gobernación, de 4 de abril de 2001, por la que se autoriza a la empresa T., S.A. la gestión de la Sala de Bingo de la que es titular G., así como del acto presunto por el que se obtuvo la renovación de la autorización, y de la Resolución del Director General de Administración Territorial y Gobernación, de fecha 23 de julio de 2002, por la que se revoca la Resolución de fecha 2 de enero de 2002, sobre la denegación de renovación de la autorización de apertura y funcionamiento de la misma sala de bingo.