



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 5 6 / 2 0 0 7

(Sección 1ª)

La Laguna, a 20 de noviembre de 2007.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Arona en relación con la *Propuesta de Resolución del recurso extraordinario de revisión interpuesto por la Entidad Mercantil B.T., S.L., representada por A.P.S.C.C., contra la Resolución del Alcalde de 26 de marzo de 2007 por la que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de fecha 17 de octubre de 2006, por la que se tuvo a la interesada "por desistida" de su solicitud de apertura de local de negocio. Error de hecho: Indebido desistimiento de la interesada, al ignorar documento aportado por la misma (EXP. 350/2007 RR)*.*

F U N D A M E N T O S

I

Mediante escrito de 6 de septiembre de 2007 y entrada en este Consejo, el Alcalde del Ayuntamiento de Arona solicita, al amparo los arts. 11.1.D.b), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, Dictamen preceptivo por el procedimiento ordinario en relación con la Propuesta de Resolución -si por tal se toma el informe de la Jefa de Sección, de 9 de agosto de 2007, que culmina las actuaciones- que suscribirá como Resolución definitiva el Alcalde corporativo, formulada en el procedimiento de recurso de revisión incoado a instancia de A.P.S.C.C., en nombre y representación de la mercantil B.T., S.L. (la interesada) contra la Resolución del Alcalde de 26 de marzo de 2007 por la que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 17 de octubre de 2006, por la que se tuvo a la interesada "por desistida" de su solicitud de licencia de apertura de local de negocio.

Pues bien, en lo que concierne a la Propuesta de Resolución a suscribir, en su momento, por el Alcalde, o por el Teniente de Alcalde si está expresamente

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

habilitado para ello, una Propuesta de tal condición debe concluir en efecto el procedimiento administrativo instruido, previos los informes que la Administración estime oportunos para el conocimiento de los hechos y del Derecho aplicable. Formalmente, un informe no es una Resolución, aunque coincidan materialmente en sus contenidos. Informe, Propuesta de Resolución y Resolución definitiva son documentos que al margen de su similitud material son formalmente distintos, se ordenan en momentos procedimentales diferentes y son expresivos de la competencia de los órganos que los realizan y formulan.

No obstante, la existencia de Propuesta de Resolución debe ser tomada, en aras del procedimiento tramitado y en garantía de su pronta realización, con un cierto antiformalismo que combine las garantías formales y materiales de los órganos que intervienen en el procedimiento, de modo que podría tomarse por tal un Informe-propuesta o un informe si los órganos competentes para su formulación toman razón del documento citado; o de las actuaciones se desprende que la han tomado por haber intervenido en las actuaciones de una u otra forma.

II

1. Por lo que respecta a la revisión propiamente dicha, la misma ha sido fundada en la existencia de "error de hecho", lo que nos lleva a la causa prevista en el art. 118.1.1ª de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC). Sin embargo, la interesada no funda su recurso en causa alguna reconducible a los distintos supuestos de revisión, ni formal ni materialmente, sin que al efecto valga la cita que reseña en su escrito inicial de que por el Ayuntamiento se ha incumplido "la normativa legal al no conceder a esta parte el preceptivo trámite de audiencia". Lo que *per se* no constituye motivo de recurso de revisión; si acaso, de revisión de oficio.

Por su parte, la Administración entiende que se está en presencia de la causa prevista en el art. 118.1.1.1ª LRJAP-PAC, al concurrir "error de hecho" que resulta de "los propios documentos incorporados al expediente". Y como tal lo tramita, aunque tal tramitación es cuestionable, en los términos que se verán después de la necesaria descripción de hechos que se hará seguidamente.

2. Los hechos más relevantes que se deducen del expediente remitido con la solicitud de Dictamen son los siguientes:

Con fecha 28 de junio de 2006, A.P.S.C.C., en nombre y representación de la interesada, solicita, mediante impreso normalizado *firmado* como presidente de la entidad, licencia municipal de primera ocupación de establecimiento dedicado a actividad de comercio textil; autorizando en el mismo escrito a J.C.H. a que presente ante el Ayuntamiento la solicitud anterior y "si fuese necesario, a recibir (...) la notificación y mejora de la solicitud".

Previo informe de 30 de junio de 2006, mediante Resolución de la Alcaldía de 17 de octubre de 2006, notificada el 31 de octubre, se solicita a la interesada que por algunos de los legitimados para ello, de conformidad con la escritura de constitución de la sociedad aportada a las actuaciones (A.P.S.C.C., L.D.N., o I.B.M.) se firme el mencionado documento, para lo que se otorga un plazo de 10 días, con advertencia de que de no procederse en el sentido indicado se le tendría por desistido de la solicitud de conformidad con el art. 42.1 LRJAP-PAC, con archivo de actuaciones; de estar abierto el local, debería proceder a su cierre; y comunicación a la Policía Local de que acreditara tal extremo.

Mediante escrito en instancia normalizada, calificado de recurso de reposición, de 6 de noviembre de 2006, el citado J.C.H., aporta *en plazo* "la documentación complementaria al expediente 129/2006 APERINO"; documentación que resulta ser la escritura de elevación a público de los acuerdos de cese y nombramiento de Consejeros y adaptación de estatutos, de 22 de abril de 1999, de la que resulta que el Consejo de Administración está formado por A.P.S.C.C. (Administrador único), M.L.C.P. y V.S.C.T.).

El informe de 15 de enero de 2007, de la Sección de Actividades, se muestra desfavorable a la concesión de la licencia porque el local "no se ajusta en su totalidad a la legislación vigente de aplicación", por cuanto el "cuadro de mando y protección de la instalación eléctrica no tiene tapa" y porque "el local no tiene señalización en las salidas". Requiriéndose al titular de la industria para que en el plazo de "treinta días" subsanara las deficiencias detectadas.

Asimismo y en idéntica fecha, la misma Sección informa, con la conformidad de los arquitectos técnico y municipal, que el local de referencia "incumple el art. 111 del PGOU vigente", pues de la documentación obrante en las actuaciones resulta que "el establecimiento está formado por la unión de dos locales [no constando (...)] que dicha unión se haya realizado con la correspondiente licencia de obras". Por lo que la interesada "deberá solicitar la citada licencia", con indicación de que se notifique a

“Disciplina Urbanística por si el hecho reseñado (...) fuera susceptible de apertura de expediente sancionador”. Por lo que se informa, también por este concepto, desfavorablemente la solicitud de licencia cursada.

Mediante Resolución de 26 de marzo de 2007, se resuelve el recurso de reposición interpuesto, notificándose el 24 de mayo de 2007, con sentido desestimatorio, pues “se utiliza la vía del recurso para subsanar los incumplimientos que motivaron el archivo del expediente” y porque existe “informe urbanístico desfavorable”.

El acta de inspección levantada el 19 de abril de 2007, tras visita al local, acredita que el local “carece de la preceptiva licencia municipal de obras”.

El 6 de julio de 2007, la interesada formula recurso de revisión por no habersele dado en el recurso de reposición interpuesto el “preceptivo trámite de audiencia”

Finalmente, el 9 de agosto de 2007 se realiza informe que entiende que concurre “error de hecho” susceptible de constituir el motivo tasado previsto en el art. 118.1.1ª LRJAP-PAC, “al desaparecer el motivo de la resolución al haberse aportado la documentación requerida”. Se concluye revisando el acto y la continuación de la tramitación del procedimiento de solicitud de licencia, otorgándole a la interesada un plazo de 10 días para vista del expediente y “audiencia” en relación con la licencia de apertura.

III

1. En cuanto a los requisitos formales del presente procedimiento revisor, ha de decirse que el recurso extraordinario de revisión procede sólo contra los actos firmes en vía administrativa (art. 118.1 LRJAP-PAC), lo que es el caso al tratarse el acto impugnado de una Resolución del Alcalde [art. 210.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales], que a estos efectos carece de superior jerárquico [art. 109.c) LRJAP-PAC], siendo competente para la resolución del procedimiento de revisión el mismo órgano que lo dictó dentro del plazo de cuatro años desde la notificación de la Resolución impugnada (art. 118.2 LRJAP-PAC); plazo que no se ha superado, pues la Resolución que se combate es de 26 de marzo de 2006, siendo notificada el 24 de mayo de 2007, mientras que el escrito de iniciación de recurso de revisión es de 6 de julio de 2007, no constando que la interesada haya iniciado proceso contencioso administrativo contra la mencionada Resolución.

Lo que no se va a poder cumplir es el plazo máximo de resolución, tres meses desde la interposición del recurso (art. 119.3 LRJAP-PAC), circunstancia que no impide que lo sea, aunque el recurrente ya tiene expedida la vía jurisdiccional.

No se cumplimentó -en relación con el procedimiento de recurso de revisión- el, en principio, preceptivo trámite de audiencia al interesado, quizás porque no se han tenido "en cuenta nuevos hechos o documentos no recogidos en el expediente originario" (art. 112.1 LRJAP-PAC), aunque con los matices que luego se dirán. Se ha abierto trámite de audiencia -del que no consta su notificación ni el resultado-, pero en relación con los documentos nuevos aportados al expediente concerniente al procedimiento de concesión de licencia de apertura (véase el Informe que hace las veces de Propuesta de Resolución).

Finalmente, este Consejo debe precisar desde el inicio que estamos ante un recurso de revisión que se ha interpuesto contra un acto de trámite (el resolutorio de un recurso de reposición contra acto suscitado en el procedimiento de concesión de licencia de apertura de local de negocio, procedimiento que aun no ha concluido). Pudiera pensarse que el art. 107 LRJAP-PAC sólo ampara que contra los actos de trámite cualificados que indica se pueda interponer los recursos de alzada y de reposición, pero no el extraordinario de revisión que de esta forma sólo procedería contra actos definitivos, pero no de trámite, los cuales sólo serían impugnables con el acto definitivo. Pero la Ley no cierra la posibilidad de utilizar el recurso de revisión contra acto de trámite firme cuando el mismo "determina la imposibilidad de continuar el procedimiento o suspende su continuación" (STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de marzo de 2001), lo que es el caso.

2. El carácter extraordinario de este recurso explica que su prosperabilidad dependa del concurso de alguna de las circunstancias tasadas en la Ley (art. 118.1 LRJAP-PAC) que, por tratarse justamente de un recurso extraordinario, deben ser interpretadas restrictivamente.

En el presente caso, el recurso de revisión interpuesto se pretende resolver al amparo de regla 1ª del precepto legal citado; es decir, que al momento de la resolución -en este supuesto, la resolución del recurso de reposición- el órgano resolutorio hubiera "incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente".

El error de hecho para ser apreciado como causa revisora debe deducirse de la documentación obrante en el expediente el cual, a lo sumo, se integra también por

los archivos de la Administración (DCE 795/1991); es decir, "que el error se derive de los propios documentos incorporados al expediente [(...) y] que los documentos (...) existan, estén el expediente, al dictar el acto cuya revisión se insta" (STSJ de la Comunidad Valenciana, de 20 de octubre).

El error debe ser "evidente, indiscutible y manifiesto" (STS de 17 de junio de 1981). No cabe, pues, aportar documentos extraños obrantes ciertamente en los archivos administrativos, pero concernientes a expediente distinto.

El error de hecho excluye por sí al error de Derecho, sea cual fuere la acepción, intensidad o alcance del error jurídico. Por ello, no constituyen error de hecho "las posibles interpretaciones erróneas de las normas" (SSTS de 24 de octubre de 1967 y de 25 de octubre de 1972); "la discrepancia respecto de criterios interpretativos" (STS de 9 de diciembre de 1967); "la delimitación del alcance de un precepto legal y su interpretación" (SSTS de 28 de septiembre de 1984 y de 17 de marzo de 1986); el "error en la aplicación de normas jurídicas" (SSTS de 29 de mayo y 25 de junio de 1974); o "el error en la valoración de los hechos consignados en el documento según la interpretación del interesado" (STSJ de Murcia de 26 de enero). Las "cuestiones jurídicas", en suma, no constituyen error de hecho; es decir, "el error que se descubre a través de un juicio de valor es un error *iuris*" (STS de 22 de abril de 1981).

Ahora bien, el presente caso es sumamente peculiar, toda vez que en las actuaciones remitidas se entrecruzan un procedimiento de recurso de reposición cuyo acto resolutorio es el objeto de recurso de revisión; un procedimiento de solicitud de licencia de apertura de local de negocio, aun no concluido; y lo que es propiamente el procedimiento del recurso extraordinario de revisión. En efecto, del relato de hechos se desprenden las siguientes consideraciones:

2.1. El particular solicita a revisión porque el acto impugnado fue dictado sin evacuarse la "preceptiva audiencia", pues la Resolución que resuelve en sentido negativo el recurso de reposición desestima el recurso con arreglo a consideraciones de las que el interesado no había tomado razón: Que el local no cumplía con las normas del PGOU. Pero el incumplimiento de un trámite no es causa alguna que fundamente el recurso de revisión; si acaso, de revisión de oficio si se genera indefensión de la parte. Luego, el recurso de revisión, dado este planteamiento, debió ser inadmitido (art. 119.1 LRJAP-PAC).

2.2. La Administración, sin embargo, admite el recurso de revisión al amparo de la causa 1ª del art. 118.1 LRJAP-PAC: Error de hecho que resulte de los documentos

obrantes en el expediente. Y, en efecto, pudiera concurrir esta causa, pero no por el incumplimiento del trámite de audiencia, sino porque se tuvo por desistida a la interesada en el convencimiento, erróneo, de que no había aportado en plazo la documentación que se le requirió en trámite de mejora de solicitud, cuando no era así.

2.3. De hecho, la interesada en realidad no presentó recurso de reposición, sino un escrito al que acompañaba la documentación que se le requirió en trámite de mejora de solicitud (la firma de la instancia inicial por persona legitimada para ello). Y la Administración -que creía que el plazo de mejora había concluido- consideró que el escrito hacía las veces de recurso de reposición, por lo que lo calificó como tal.

2.4. Pero el plazo no había concluido. La Resolución de 7 de octubre de 2006, por la que se instaba la mejora de la solicitud, fue notificada el 31 de octubre, mientras que la documentación tuvo entrada el 6 de noviembre, es decir, en el plazo de 10 días concedido a la interesada para la evacuación del trámite. La Administración tomó en cuenta para el cómputo la fecha de la Resolución, no la de la notificación. Luego, la documentación fue entregada en plazo y por ello debió admitirse y si lo hubiera sido, no hubiera habido recurso de reposición. Es decir, la Resolución del recurso de reposición es parcialmente revisable por recurso de revisión: En aquella parte que concierne a la aportación de la documentación requerida.

2.5. Desde esta perspectiva, existe error de hecho derivado de las propias actuaciones, pues se actuó sobre la base de que no había habido aportación o que ésta lo había sido fuera de plazo cuando no había sido así. Pero queda incólume la segunda parte de la Resolución combatida: Aquella que desestima el recurso también porque la interesada había incumplido las exigencias que la legislación urbanística imponía al local de negocio.

2.6. El procedimiento principal -el de concesión de licencia- sigue abierto. Es más, el último trámite evacuado proponía la concesión a la interesada de un plazo de 10 días para vista de expediente y alegaciones, calificándose el trámite como de "audiencia" (véase el Informe que hace las veces de la Propuesta de Resolución). Audiencia que fue la que la interesada pidió como fundamento de su escrito de recurso de revisión.

2.7. De hecho, la segunda parte de la Resolución del recurso de reposición -la que se refiere al incumplimiento de la legislación urbanística- interesa al

procedimiento de concesión de licencia, que sigue abierto, mas no a los términos del recurso de reposición formulado. Se trató de una cuestión que no había sido hasta entonces objeto de cuestión y que no era conocida por el interesado.

2.8. Es más, la Administración utilizó el incidente de reposición, por no acreditación de legitimación y firma de la instancia, para denegar la cuestión por una razón de fondo: Incumplimiento de la legalidad urbanística, lo que es contradictorio, incongruente y causante de indefensión. De hecho, cuando en el recurso de revisión el interesado dice que no se le dio audiencia, se refiere justamente a esta cuestión.

2.9. Como se ha dicho, este incumplimiento sería en su caso constitutivo de una revisión de oficio, por vulneración de reglas esenciales de procedimiento [art. 62.1.e) LRJAP-PAC]. Pero incluso en esta eventualidad, la lesión ya ha sido corregida, pues en el informe que hace las veces de Propuesta de Resolución se abre el trámite de vista y audiencia a la interesada de todo lo instruido. Siempre, claro está, que el citado informe haya sido ejecutado en su contenido y, en efecto, se haya concedido ese trámite.

2.10. Llegados a este punto, al ser un acto de gravamen la Resolución que se combate por el recurso de revisión podía simplemente haber sido revocada (art. 105 LRJAP-PAC), con la consecuencia de admitir el escrito inicial sin más incidentes.

2.11. Pero es que, a mayor abundamiento, este escrito debió haber sido admitido sin necesidad de instar la mejora de la solicitud, *pues la instancia inicial sí está firmada por el representante legal de la entidad, como se acredita del cotejo entre las firmas que constan en la instancia y en la escritura de constitución y acuerdos de designación órganos de gobierno de la sociedad*. Había legitimación; había firma, luego la Administración abrió un trámite innecesario y lo cerró de forma desestimatoria para la interesada al actuar en la creencia de que no había aportado la documentación requerida.

2.12. En el entendimiento de que el acto objeto de recurso de revisión sea la mencionada Resolución, habría, como se ha dicho, causa para la revisión, por lo que procedería la revisión parcial del acto. Pero el acto sigue conservando su validez, en la parte (incumplimiento de la legalidad urbanística) que atañe a la cuestión de fondo (licencia de apertura de local de negocio). Cuestión ésta que afecta no ya a la reposición ni a la revisión instada, sino al mencionado procedimiento administrativo, todavía abierto, de concesión de licencia de apertura.

2.13. En puridad, pues, el procedimiento simplemente debe seguir su curso, tras la admisión a todos los efectos de la instancia inicial.

2.14. Por todo ello es por lo que el informe que hace las veces de Propuesta de Resolución no es correcto, pues no sólo resuelve la revisión por la causa que se cree procede, sino que además impulsa el procedimiento de concesión de licencia de apertura abriendo precisamente el trámite de audiencia, que no consta se haya evacuado. Ya que se ha instado la revisión de un acto de trámite cualificado (el que tenía por desistida a la interesada y archivaba el procedimiento) por haber entendido, erróneamente, que no se había aportado la documentación requerida, ahí es donde hubiera debido haber quedando el alcance de la revisión.

2.15. Ciertamente que el art. 119.2 LRJAP-PAC dice que el órgano que resuelve la revisión debe asimismo resolver la "cuestión de fondo" -la concesión de la licencia, en este caso-, pero entonces no procedería el recurso de revisión. Mejor dicho, la revisión instada ha sido precipitada, ya que se ha abierto el trámite de audiencia y la interesada o no ha comparecido -y no hay diligencia de constancia que lo acredite- o no se han incorporado las alegaciones efectuadas, si las hubo. Desconociéndose incluso si fue notificada de la apertura del trámite, pues no consta diligencia de notificación.

2.16. Expuesto lo que antecede, cabe señalar que lo lógico es que el mencionado informe haya sido seguido de los trámites que ordena, faltando por cierto el informe de la Secretaría corporativa, de modo que culminada la instrucción se procedería a redactar la Propuesta de Resolución. Pero no ha sido así. Fue por ello por lo que en su momento este Consejo advirtió de que se tomaría el mencionado informe -que cierra el expediente- como la preceptiva Propuesta de Resolución, pero con matices.

IV

1. En definitiva, vistas las actuaciones producidas y a la luz de los datos obrantes en el expediente remitido a este Organismo con la solicitud de Dictamen, ha de concluirse, necesariamente, que no han sido realizadas de modo jurídicamente adecuado tanto las calificaciones previas hechas por la Administración al respecto como las correspondientes tramitaciones que con tal base se han producido.

Así, ante todo ha de observarse que en este asunto se parte de un error de apreciación cometido por la Administración que, en buena medida, condiciona las

actuaciones posteriores. Y es que, en efecto, la interesada, que lo es todo el tiempo a partir del procedimiento inicialmente tramitado en relación con su solicitud de licencia de apertura de local de negocio, presentó en plazo la documentación que la Administración le requirió al efecto.

Sin embargo, ésta no sólo consideró, primero, que no lo había hecho, dictándose la Resolución de 17 de octubre de 2006, por la que se tuvo a la interesada por desistida, sino que, después y sin enmendar de modo adecuado como es exigible tal incorrección, entendió gratuitamente que la documentación presentada, se insiste que en el plazo concedido para ello, suponía un recurso de reposición contra tal Resolución, pese a que era patente que no se presentaba, ni podría presentarse, esa documentación con semejante intención, siendo palmario que no se estaba interponiendo recurso alguno, en particular de reposición.

2. Tramitado ese inexistente, e imposible, recurso de reposición, se resuelve por Resolución asimismo inadecuada, en cuanto que no sólo entonces no se advirtió todavía que la documentación en cuestión no se había facilitado intempestivamente, sino que se resolvió sin audiencia a la interesada, que, obviamente, desconocía la calificación adoptada por la Administración sobre la documentación presentada.

Por eso, justamente, ésta presentó un escrito solicitando que se revisara la Resolución del recurso de reposición *creado* y tramitado por la Administración, pero sin duda no pretendía en absoluto hacerlo mediante la interposición de un recurso extraordinario de revisión contra la Resolución de la supuesta reposición.

Y es que se limitaba a pedir que se anulara aquélla por incurrirse en un determinado vicio esencial en el procedimiento, de acuerdo con lo previsto, no en el art. 118 LRJAP-PAC, sino en el 102 de ésta, en conexión con el art. 62.1.e) de la misma, aunque no lo dijera así expresamente. Lo que, desde luego, resulta cierto porque se resolvió sin realizarse previamente el trámite de vista y audiencia a la interesada, que, como se dijo, desconocía qué había hecho la Administración desde el principio.

3. En esta tesitura, la subsiguiente actuación administrativa también es incorrecta. No ya porque la interesada no había presentado recurso de revisión alguno, sino porque la Administración no puede tramitar uno que, de nuevo, *crea* ella misma y, además, en base a una de las causas previstas en el art. 118.1 LRJAP-PAC, la de su primer apartado, no alegada en absoluto por la interesada a ningún efecto, incluido el que ahora nos ocupa. Es más, el defecto detectado por la Administración tardíamente no afecta, en puridad, a la reposición tramitada, impropia y

defectuosamente, sino a la Resolución de la Alcaldía que tuvo por desistida a la interesada.

En consecuencia, no es conforme a Derecho la Propuesta resolutoria del recurso extraordinario de revisión tramitado, no siéndolo desde luego su propio inicio, por las razones expuestas. Por ende, no cabe aplicar para nada en este supuesto las previsiones del art. 119.2 LRJAP-PAC, particularmente en lo concerniente al fondo de la cuestión que realmente importa, que no puede ser, por obvios motivos, el hipotético asunto ventilado en la reposición, sino la concesión o no de la licencia solicitada.

4. En definitiva, lo procedente ha de ser, en primer lugar, revocar todas y cada una de las Resoluciones adoptadas por la Administración actuante; desde la que inicia el procedimiento del recurso de revisión, arrastrando todos sus trámites, pasando por la Resolución de la reposición, y alcanzar la Resolución de 17 de octubre de 2006, razonando esta decisión.

Y, a continuación, tras admitirse la documentación relativa a la solicitud de licencia, presentada correctamente, ha de seguirse con la tramitación del procedimiento correspondiente, incluida la audiencia a la interesada, en especial respecto a los informes emitidos al respecto, por cierto que desfavorables, resolviéndose por último aquél según proceda.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, por las razones expuestas en el Fundamento IV.