



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 1 7 / 2 0 0 9

(Sección 1ª)

La Laguna, a 14 de mayo de 2009.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio de una Resolución del Sr. Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo, de 25 de junio de 2002, por la que se otorgó autorización de instalación de un tren de lavado a favor de B.P.O.E., S.A. (EXP. 190/2009 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Por escrito de 14 de abril de 2009, con registro de salida de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife el 28 de abril de 2009 y de entrada en este Organismo al día siguiente, el Sr. Alcalde del mencionado Ayuntamiento, en cumplimiento de lo señalado en el art. 102.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), recaba de este Organismo preceptivo Dictamen sobre el informe emitido por el Servicio de Edificación y Patrimonio el 3 de abril de 2009, proponiendo la nulidad de la Resolución del Sr. Consejero Director de la Gerencia Municipal antedicha, de 25 de junio de 2002, por la que se otorgó autorización de instalación de un tren de lavado a favor de B.P.O.E., S.A.

Al escrito se acompaña, en efecto, el citado informe jurídico, que supuestamente hace las veces de Propuesta de Resolución del procedimiento revisor tramitado, y que, en particular, considera órgano competente para iniciar y resolver tal procedimiento al Director del órgano municipal actuante, la indicada Gerencia de Urbanismo, el cual, además, fue quien dictó el acto sometido a revisión. Y, asimismo

* **PONENTE:** Sr. Díaz Martínez.

el expediente obrante en la Gerencia relativo a un procedimiento de concesión de licencia de instalación y apertura para el tren de lavado en cuestión, instada por B.P.O.E., S.A. el 29 de octubre de 2001.

Pues bien, el informe-Propuesta de referencia sería el objeto del Dictamen a emitir por este Organismo en este supuesto, en orden a determinar su adecuación jurídica y teniendo, en su caso, efecto obstativo de considerar que no procede la declaración que contiene; esto es, que tal informe sería contrario a Derecho por no incurrir el acto revisado en la causa alegada o no ser correctos los argumentos utilizados al efecto.

En este sentido, la causa alegada parece ser la contenida en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC y esos argumentos se recogen en los Fundamentos Jurídicos del informe, aludiendo con esta pretensión, en especial, a dos Sentencias, una emitida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2, de Santa Cruz de Tenerife, el 9 de septiembre de 2003 y otra, confirmatoria de ésta, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (TSJC), en rollo de apelación 200/2003, la número 91/2004, de 18 de mayo.

Y ello, sin perjuicio de advertirse ahora que, aunque con ciertos elementos comunes, no hay coincidencia plena entre el asunto allí resuelto y el que ahora nos ocupa, sin existir por ello identidad procedimental; cuestión sobre la que habrá de volverse en su momento.

2. En esta línea, se incluyen también en el citado informe los antecedentes que sirven como presupuestos fácticos en este asunto. Así, en la indicada fecha de 29 de octubre de 2001, B.P.O.E., S.A. solicitó a la Gerencia de Urbanismo actuante la licencia municipal para la instalación y apertura de un tren de lavado a colocar en la estación de servicios "Cruz del Señor" de la que era titular, en la ciudad de Santa Cruz de Tenerife.

Al respecto se emitieron informes técnicos favorables tanto por el Servicio de Edificación y Disciplina Urbanística, como por la Unidad de Inspección Ambiental, en enero y febrero de 2002, tras lo que se publicó la solicitud, con plazo para que pudieran presentarse alegaciones, en el tablón de edictos del Ayuntamiento, en el BOP y en un diario de gran circulación. Sin embargo, no se efectuó una específica notificación a los concretos vecinos del lugar, pues la Gerencia, previo informe negativo al respecto de su notificador, consideró que no existían. En todo caso, el orden de estas actuaciones no parece ajustarse a lo previsto en el art. 16.a) y b) de

la Ley 1/1998, de 8 de enero, de Régimen Jurídico de los Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas (LRJEPAC).

Por demás, en el propio escrito de B.P.O.E., S.A. se mencionaban, a los efectos de la preceptiva información vecinal, la vivienda unifamiliar de R.T.I. y la Comunidad de vecinos S.S., con teléfonos de contacto incluidos, sin que ello fuere atendido por la Administración.

Seguidamente, se solicitó del Cabildo Insular el informe contemplado en el art. 17.1 LRJEPAC, el cual, tras ser recabado supuestamente de forma adecuada, se emitió al parecer favorablemente a la solicitud de B.P.O.E., S.A., aunque calificando la actividad afectada de molesta por producir ruidos y vibraciones, debiéndose en principio proceder consecuentemente (art. 17.3 y 4). Luego, sin aclaración al respecto en el informe-Propuesta, el 25 de junio de 2002 el Director de la Gerencia otorgó la licencia de instalación, aparentemente sin más determinación sobre el particular.

Posteriormente, y con la instalación del tren de lavado en obras, el 21 de octubre de 2003, una Comunidad vecinal alegó que, antes que ésta, existió otra instalación similar en esa estación de servicios y que el Ayuntamiento ordenó su cierre, aunque ello ocurrió, documentadamente, por no contar con licencia de apertura. Además, manifestaba su oposición a la nueva instalación por las molestias que causaría por ruidos. Lo mismo hicieron otras Comunidades vecinales y varios vecinos de la zona, ese mes de octubre.

A mayor abundamiento, la primera Comunidad alegante añadió dos días después que no le había sido notificada la solicitud de instalación y apertura, prevista por la normativa aplicable, reiterando su rechazo a la misma por vulnerar el derecho al descanso, la tranquilidad y la salubridad de sus miembros. En igual sentido, presentaron escritos otros vecinos, adjuntando firmas de algunos más o fotografías de la instalación.

A consecuencia de estas alegaciones, el Director de la Gerencia de Urbanismo dictó Resolución el 23 de enero de 2004 por la que se acuerda iniciar procedimiento de revisión de oficio de su Resolución de 25 de junio de 2002 antes citada y, al tiempo y como medida cautelar, suspender las obras que se efectuaban para la instalación del tren de lavado autorizada, con trámite de audiencia a B.P.O.E., S.A. a los efectos procedentes y, se dice, traslado a este Organismo para la emisión de Dictamen. Sobre este último extremo ha de observarse que el Pleno del Consejo

Consultivo acordó razonadamente la no tramitación de esta solicitud el 30 de marzo de 2004.

B.P.O.E., S.A., sin embargo, recurrió en alzada la antedicha Resolución el 24 de febrero de 2004 y, después, el 26 de enero de 2005 solicitó la declaración de caducidad del procedimiento revisor iniciado, por haber transcurrido el plazo legalmente previsto para resolverlo sin haberse dictado su Resolución (art. 102.5 LRJAP-PAC). Además, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto, solicitando la suspensión de su ejecución, aunque el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santa Cruz de Tenerife, que conoció el recurso, desestimó esa solicitud mediante Auto de 30 de marzo de 2005.

Por otro lado, el 15 de abril de 2004, la Gerencia, a través del Consejo Rector, había acordado estimar parcialmente la alzada presentada en su día y, en este sentido, declaró caducado el procedimiento revisor en trámite; ordenó la retroacción del procedimiento correspondiente al otorgamiento de la licencia o autorización de instalación y apertura, por existir defecto de forma, consistente en la omisión de la pertinente notificación a los vecinos de la debida audiencia en el mismo; y requirió a B.P.O.E., S.A. para que, en el plazo de diez días, aportase proyecto de las actividades a desarrollar en la estación para la instalación autorizada, incluidos los efectos de contaminación acústica para evitar molestias a los vecinos, con la adopción también de medidas de seguridad circulatoria.

Sin embargo, habiendo mantenido su recurso B.P.O.E., S.A., el antes mencionado Juzgado dictó el 18 de septiembre de 2007, finalmente, Sentencia en el procedimiento ordinario 578/2004 estimando tal recurso y, además, concediéndole indemnización en cuantía que se fijare en ejecución de aquélla. Así, entiende que la licencia de instalación se concedió y no cabe la retroacción pretendida por la causa y a los fines antes expuestos, existiendo un acto firme municipal que ha producido efectos; hechos que no puede obviar el Ayuntamiento incluso si aquél adoleciera de un vicio, el cual considera que pudiera ser la ausencia de una condición esencial para adquirir la licencia, siendo contrario a Derecho su otorgamiento, pero ello habría de atacarse mediante el procedimiento revisor que corresponda.

Esta decisión fue luego confirmada por la Sentencia número 136/2008, de 14 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que desestimó la apelación presentada por el Ayuntamiento contra la anterior.

Consiguientemente, la actual Directora de la Gerencia, el 28 de enero de 2009, acordó iniciar la revisión de la reiterada Resolución de la Dirección de aquélla de 25 de junio de 2002 y se dio a ésta trámite de audiencia por quince días a los efectos procedentes. A tal efecto, se le notificó el 9 de marzo de 2009, sin justificación alguna para esta demora, que obviamente afecta negativa y significativamente, junto con el transcurso del plazo antedicho, al de resolución del procedimiento revisor en trámite.

Justamente, el 27 de marzo de 2009 presenta la interesada sus alegaciones, considerando impertinente el inicio del procedimiento a la vista de las Sentencias antes indicadas, que considera que dan la razón de fondo a B.P.O.E., S.A.. Además, aparte de otros argumentos contrarios a su adecuación, sostiene que no procede la declaración de nulidad al no concurrir causa alguna al respecto, pues la licencia se concedió sin prescindir total y absolutamente del procedimiento previsto al efecto.

3. A la vista de la Resolución de inicio del procedimiento revisor, notificada a B.P.O.E., S.A. a los fines de audiencia, como del informe-Propuesta de Resolución de aquél, puede entenderse que la causa alegada por la Administración es la del art. 62.1.f) LRJAP-PAC.

Sin embargo, tanto en la Resolución de inicio como en el informe-Propuesta se aduce que la omisión de notificación a los vecinos, notificación que se entiende como trámite esencial del procedimiento regulado en la citada Ley 1/1998, resulta equivalente, a estos fines, a la ausencia del mismo, de manera que genera indefensión a los interesados y les impide la presentación de alegaciones y, por ende, contribuye a la defectuosa formación de la voluntad de la Administración en cuanto que, en razón de tales eventuales alegaciones, se podría haber exigido al solicitante de la licencia, antes de autorizarse la instalación, que presentara un proyecto técnico con valoración de las molestias, particularmente de contaminación acústica, derivadas de la puesta en marcha del tren de lavado, con la subsiguiente posible determinación de medidas correctoras y de seguridad en ella.

No obstante, sin perjuicio de un análisis más profundo de esta alegación y sus eventuales efectos al fin que aquí importa, cabe apuntar no sólo que la empresa, al parecer, algo hizo al respecto, sino también que las alegaciones vecinales pueden no presentarse o, no siendo vinculantes, no ser asumidas por la Administración, aunque ciertamente ha de garantizarse a los vecinos la posibilidad de informarse que prevé la Ley 1/1998 en la forma que ésta previene.

Por eso, en realidad las alegaciones que se formularan tienen su máxima relevancia en relación con el deber legal de la Administración -se hicieran o no alegaciones, e inmediatamente o a través de la intervención del Cabildo Insular legalmente prevista- de imponer o controlar el cumplimiento por la instalación afectada de la normativa medioambiental aplicable y actuar en consecuencia, esencialmente cuando la actividad correspondiente ha sido administrativamente calificada de molesta, de modo que se han podido vulnerar normas de aplicación al caso y obtenerse la licencia sin cumplirse ciertos requisitos esenciales previstos para su adquisición. Todo ello, lógicamente y según se apuntó antes, en relación con lo establecido en los arts. 16 y 17 LRJEPAC.

4. Por otra parte, dándose relevancia determinante a la exigencia de que los vecinos puedan alegar en todo este proceso de autorización de una instalación de funcionamiento objetivamente molesto, circunstancia que desde luego no se discute a la luz de la regulación legal aplicable, se les puede considerar interesados en este asunto. Sin embargo, es de resaltar que *no* se les ha dado audiencia en el presente procedimiento revisor.

Es posible que esta omisión se considere justificable en cuanto que la pretensión de la Administración de declarar nula la licencia coincide con las pretensiones de muchos vecinos. Pero ello es cuestionable porque éstas no persiguen exactamente conseguir la declaración de nulidad únicamente, sino que no se produzca en absoluto la instalación del tren de lavado en la zona o, al menos, sin determinadas exigencias o condiciones.

Además, la existencia de alegaciones de los vecinos en el presente procedimiento obligaría a su conocimiento tanto por la Administración al elaborar la Propuesta resolutoria y al resolver, como por este Organismo en relación con la existencia o no de la causa de nulidad alegada. Es de tener en cuenta el interés de los vecinos, dado que la argumentación de la Administración la cuestiona el titular de la licencia, así como por la posible existencia de otras incidencias en este asunto; máxime cuando el Dictamen pudiera ser desfavorable a la declaración propuesta y, por tanto y como se dijo, no podría entonces dictarla la Administración.

II

1. En cualquier caso, el hecho es que, como ya le sucedió a la Administración actuante con anterioridad y también se apuntó en el Acuerdo, que se le remitió, de no tramitación de la inicial solicitud de Dictamen adoptado por el Pleno de este

Organismo, se ha producido de nuevo la caducidad del procedimiento revisor iniciado por la Gerencia de Urbanismo el 28 de enero de 2009. Así, contribuyendo a ello el motivo que se indicó en el Fundamento precedente, resulta que, habiéndose acordado su inicio por el Director en esa concreta fecha, han transcurrido ya más de tres meses desde entonces sin que se dictase su Resolución.

Circunstancia que, aunque aconteció después de que se formulara el informe-Propuesta de Resolución, el 3 de abril de 2009, lo hizo el mismo día de salida del Ayuntamiento de la solicitud de Dictamen y un día antes de que ésta entrara en el registro de este Organismo, no pudiéndose en consecuencia ser admitida, y mucho menos emitirse tal Dictamen, con anterioridad a que se produjera el indicado efecto legal.

En efecto, de conformidad con el citado art. 102.5 LRJAP-PAC, si se hubiere iniciado de oficio el procedimiento revisor por la Administración, cual aquí sucede, el transcurso del plazo allí mencionado sin resolverse producirá la caducidad del mismo, sin más, operando este efecto *ope legis* y automáticamente al cumplirse los tres meses referidos, como en esta ocasión ha ocurrido.

Al respecto, ha de recordarse que, según ha expuesto este Organismo razonada y reiteradamente en diversas ocasiones y, en particular, en Dictámenes emitidos en la materia, que se pronuncian en esta concreta cuestión, no cabe evitar la caducidad mediante la suspensión del antedicho plazo, o bien, con la del plazo para resolver, obteniendo este resultado indirectamente, al no preverlo, ni permitirlo, el precepto aplicable antes recordado. El cual es, por demás, la norma específica del caso y que, en su mandato, se conecta con la naturaleza excepcional de la facultad revisora y, por ende, con las especiales condiciones y estrictos límites de su ejercicio, tanto en sí mismo considerado, como en relación con el control ulterior y final de los órganos judiciales al respecto.

Así, dicho ejercicio sólo cabe en supuestos tasados, de interpretación restrictiva, sin poder interferir, obstar u obviar el antedicho control jurisdiccional y siempre teniéndose presente que ha de utilizarse diligente y precisamente en defensa y restauración de la legalidad, como justificación esencial de la previsión legal de esta facultad, pero también de la seguridad jurídica y la debida garantía de los interesados, en cuanto supone actuar contra los propios actos, necesariamente firmes, y produce efectos sobre derechos ya declarados por la Administración y patrimonializados por aquéllos según norma vigente. Y ello, por demás, a causa de

una actuación administrativa que la propia Administración que la realiza alega que es supuestamente vulneradora, por acción u omisión, de la regulación material aplicable al caso y que, por tanto, ha de eliminarse.

Por otro lado, también se explica la previsión comentada no sólo porque caducado el procedimiento iniciado para anular cierto acto cabe reiniciar la revisión con ese mismo propósito y similar o diferente causa, sino porque, dada la sumariedad de tal procedimiento, con trámites reducidos, el plazo de tres meses es más que suficiente para resolverlo aún sin premura. Todo ello, sin perjuicio de la eventual aplicabilidad al respecto, a analizar cuando proceda, de lo previsto en el art. 106 LRJAP-PAC.

2. En este orden de cosas, ha de insistirse en que no cabe impedir el efecto de caducidad procedimental utilizando para ello las posibilidades suspensorias relativas al plazo de resolución previstas en el art. 42.5.c) o 6 LRJAP-PAC, por lo antes expuesto.

Además, en este último caso debieran darse las circunstancias recogidas en el precepto y procederse previamente según éste dispone, cosa que no sucede en este supuesto, mientras que, en el anterior, el precepto no es aplicable porque los Informes administrativos a emitir han debido serlo antes de acordarse la Resolución de inicio del procedimiento revisor, a la que fundamentan, y la intervención de este Organismo no es equivalente a la emisión de aquellos.

En efecto, pese a deber intervenir en el procedimiento tramitado justo antes de su culminación, el Consejo Consultivo no es, en forma alguna o a ningún fin, un órgano de la misma o de distinta Administración que la competente para instruir o, aún menos, resolver aquél, ni puede compartir con ella el ejercicio de su competencia al respecto.

Congruentemente con ello, el Dictamen no es un informe administrativo o de carácter asesor de la Administración actuante, de modo que, en relación con lo previsto en el precepto que se analiza, no es un informe a recabar y emitir por un órgano administrativo en la fase de instrucción del procedimiento o concluida la misma en orden a que su órgano instructor formule la Propuesta de Resolución inicial o definitivamente, siendo necesario a ese fin. Así, la finalidad del Dictamen, concorde con el momento en que debe solicitarse, no es ésa, sino determinar exclusivamente la adecuación jurídica de tal Propuesta definitiva y perfectamente formulada, la cual es su objeto y se eleva por el Instructor a la consideración del órgano decisor del procedimiento, siendo éste y no aquél quien ha de instarlo.

En este sentido, es patente que este precepto, vista su ubicación legal, se incluye en una ordenación relativa a trámites instructores y se conecta, incluso terminológicamente, con la regulación de los arts. 82 y 83 de la propia LRJAP-PAC.

3. Cabe finalmente añadir, a los efectos oportunos y en relación con el procedimiento que se pueda iniciar una vez declarada, como procede, la caducidad del presente (art. 42.1 LRJAP-PAC), no sólo la pertinencia de realizar el exigible trámite de vista y audiencia de los interesados, ante todo B.P.O.E., S.A., pero también los afectados por el funcionamiento de la instalación en cuestión y, por tanto, con interés en que se declare nula su licencia, sino en la adecuada determinación del órgano municipal competente en este procedimiento.

En esta línea, es incuestionable que el órgano competente para iniciarlo es el mismo que el que tiene competencia para resolverlo y efectuar la declaración de nulidad del acto sometido a revisión, que ya ha de contenerse en la Resolución de inicio, debiendo tener el acto la forma exigida según las normas municipales aplicables y el contenido determinado en el art. 89 LRJAP-PAC, que igualmente ha de tener la Propuesta resolutoria del órgano instructor. Pero tal competencia ha de tener fundamento en las normas de Régimen Local reguladoras de los actos del Ayuntamiento y de su Administración institucional.

Por eso, tratándose de la Gerencia Municipal de Urbanismo, es discutible mantener que es competente al respecto el Director de este Organismo en virtud del art. 12.n) de sus Estatutos, pues la facultad revisora, concretamente en relación con actos de dicho Director, no es comparable en absoluto con su competencia para resolver recursos potestativos de reposición contra sus propios actos o de alzada contra actos del Gerente de la Gerencia.

CONCLUSIONES

1. El procedimiento revisor tramitado ha caducado, a la vista de la fecha de la Resolución que acuerda su inicio, siendo aplicable al efecto el art. 102.5 LRJAP-PAC.

2. Existiendo la posibilidad de que se inicie otro procedimiento revisor con idéntica pretensión de declaración de nulidad del acto afectado, se efectúan a los efectos oportunos observaciones tanto de orden formal (Fundamento II, punto 3), como en relación con las posibles causas alegables al respecto y la aplicación de los arts. 16 y 17 de la citada Ley 1/1998 (Fundamento I, puntos 2 a 4).