



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 4 1 / 2 0 0 9

(Sección 1ª)

La Laguna, a 29 de mayo de 2009.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio por la que se declara la nulidad de la Resolución 5231/2005, de 21 de noviembre, mediante la que se concede a Ó.O., S.L. la licencia que solicita para ejercer la actividad de comercio de óptica en el local 58, del C.C.A. Carecer de requisitos esenciales (EXP. 236/2009 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde del Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio al objeto de declarar la nulidad de una licencia de apertura de un establecimiento para ejercer la actividad de comercio de óptica ubicado en la ampliación de la galería comercial A.

La legitimación del Sr. Alcalde para solicitar el Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, 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 (LRJAP-PAC). Además, de conformidad con lo previsto en este precepto, es preciso que tal Dictamen sea favorable a la declaración pretendida.

2. La revisión instada se fundamenta en el apartado f) del art. 62.1 LRJAP-PAC, al considerar la Administración actuante que se trata de un acto contrario al

* **PONENTES:** Sres. Lazcano Acedo, Díaz Martínez y Bosch Benítez.

Ordenamiento Jurídico por el que se han adquirido facultades o derechos careciendo el interesado de los requisitos esenciales para tal adquisición.

II¹

III

1. El presente procedimiento de revisión de oficio se dirige a declarar la nulidad de la Resolución nº 5231/2005, dictada por el Sr. Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo con fecha 21 de noviembre de 2005, mediante la que se concede a Ó.O., S.L. la licencia que solicita para ejercer la actividad de comercio de óptica en un local de 221,41 m² situado en el C.C.A., local 58.

Por lo que se refiere a la tramitación del procedimiento, constan en el expediente las siguientes actuaciones:

A. El 3 de marzo de 2009, se emite informe jurídico en el que se propone el inicio del expediente administrativo de revisión de oficio previsto en el art. 102 LRJAP-PAC de la Resolución antes citada a los efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto tanto en la Sentencia 197/2007 como en la Resolución de la Consejera Directora de la Gerencia de 27 de enero de 2009.

B. El 4 de marzo de 2009, se dicta Resolución por la Consejera Directora de la Gerencia Municipal de Urbanismo por la que se inicia el presente procedimiento, fundamentando la nulidad del acto en la causa prevista en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC y se otorga trámite de audiencia al interesado.

C. La citada Resolución fue notificada al interesado con fecha 24 de marzo de 2009, quien presenta alegaciones en el plazo concedido al efecto.

En esencia, sus alegaciones se centran en señalar: con respecto a la licencia de actividad, habida cuenta que la Sentencia ha anulado la Resolución 1473/2004, a través de la cual se obtenía licencia de actividad por silencio administrativo positivo, procede en todo caso resolver definitivamente este expediente que se halla inconcluso y es el propio Ayuntamiento quien, en ejecución de Sentencia, debería otorgar o denegar expresamente esa licencia, dada la existencia de licencia de obras plenamente en vigor (Resolución 1195/2004) y que no ha sido objeto de anulación por la Sentencia, no existe orden jurídico infringido y siendo anterior a la entrada en vigor de la Ley 10/2003 no se hace precisa la obtención de la licencia comercial específica previa, que es legítima titular de la preceptiva licencia municipal de

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

apertura y que ésta no se condicionó a la existencia de ninguna otra licencia previa de tercero. Por ello, la revisión de oficio supone una extralimitación en la ejecución de la Sentencia, pues la licencia de apertura es un acto firme e independiente sustantivamente del que se ha anulado y no ha sido objeto de impugnación por los intervinientes en los procedimientos judiciales. En todo caso, no está incurso en causa de nulidad de pleno derecho y en caso de que se entendiera que la licencia de actividad de la galería es un requisito para la validez de las licencias de cada comercio, nos encontraríamos ante un supuesto de anulabilidad.

D. Finalmente, el 8 de mayo de 2009 se elabora informe jurídico-Propuesta de Resolución en la que, además de contestar las alegaciones del interesado, se propone la declaración de nulidad de la licencia concedida a la entidad interesada.

2. A la vista de las actuaciones practicadas, procede señalar que el procedimiento ha sido correctamente tramitado, habiéndose iniciado por el órgano competente [art. 11.bb) en relación con los arts. 11.g) y 4.1 de los Estatutos de la Gerencia], realizado el pertinente informe jurídico y otorgado el trámite de audiencia al interesado.

Por lo que se refiere a la Propuesta de Resolución, ésta se formula adecuadamente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 89 LRJAP-PAC, conteniendo la declaración de nulidad pretendida, cuya causa se ajusta a la argumentada en la Resolución de inicio del procedimiento, y dando respuesta a las alegaciones formuladas por la entidad interesada durante el trámite de audiencia concedido.

No obstante, procede señalar que, dado su carácter de informe jurídico-Propuesta de Resolución, como expresamente se señala en el apartado Segundo de la Propuesta que se eleva a la Consejera Directora, se ha incluido en la misma una propuesta para que se de curso a los dos extremos que se señalan:

La solicitud de Dictamen a este Consejo Consultivo, que resulta el trámite procedente una vez elaborada la Propuesta de Resolución.

La suspensión del plazo máximo legal para resolver el procedimiento por el tiempo que medie entre la notificación de solicitud del preceptivo informe al Consejo Consultivo de Canarias y su efectivo cumplimiento o, en su defecto, el transcurso del plazo en el que debe concurrir la remisión del informe.

Por lo que a este segundo aspecto se refiere, es doctrina reiterada de este Consejo Consultivo que no cabe evitar la caducidad del procedimiento por el transcurso del plazo legalmente establecido mediante la suspensión del plazo para resolver, al no preverlo así el precepto concretamente aplicable (art. 102.5 LRJAP-PAC), lo que se justifica precisamente por el carácter excepcional de la facultad de revisión de oficio, que ha de ajustarse a los estrictos límites legalmente fijados, no sólo sustantivos, sino también procedimentales, entre los que se encuentra su plazo de resolución. No resulta por ello procedente, como también reiteradamente ha sostenido este Organismo, la aplicación en el seno del procedimiento de revisión de oficio de la facultad de suspensión prevista en el art. 42.5.c) LRJAP-PAC.

Por otra parte y en expresa referencia a la suspensión hasta tanto no se emita el informe del Consejo Consultivo, procede señalar que la intervención de este Organismo no se configura como un informe, dado que el mismo no tiene carácter previo a la Resolución que haya de dictarse en el procedimiento, sino que debe emitirse con posterioridad a ésta, en su forma de propuesta, precisamente a los fines de analizar su adecuación al Ordenamiento Jurídico.

IV

1. El presente procedimiento de revisión de oficio surge como consecuencia de la toma de conocimiento de la Sentencia firme y definitiva 197/2007 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que declaró nulas las licencias de obras y de instalación relativas a la ampliación de la galería comercial A., donde se sitúa el local para el que fue concedida la licencia de apertura cuya declaración de nulidad ahora se pretende. Se trata, pues, de un procedimiento que deriva directamente de la necesidad de proceder a la ejecución de la citada Sentencia, como así ha sido advertido por la propia Administración en la Resolución de 22 de enero de 2009.

La conformidad a Derecho de esta Resolución ha sido expresamente declarada mediante Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Santa Cruz de Tenerife de 22 de abril de 2009, en tanto que la misma se dicta en cumplimiento de la Sentencia judicial firme antes citada, donde de forma clara y expresa se declara la nulidad de las Resoluciones 91/2004 y 1473/2004, ajustándose al contenido y fallo de la Sentencia objeto de ejecución.

Ha desestimado también este Auto la pretensión de que se declare la imposibilidad material de cumplimiento de la Sentencia por la existencia de terceros

de buena fe afectados, constituidos precisamente por los titulares de las licencias de apertura de los locales.

La ejecución de la Sentencia conlleva, pues, la exigencia de restablecer el orden jurídico perturbado y, por tanto, declarar la nulidad como inevitable consecuencia de la licencia de apertura del local afectado, los locales afectados, para lo que resulta necesaria la tramitación del correspondiente procedimiento de revisión de oficio, pues tal nulidad no puede ser declarada de plano por la Administración, aunque se trate de una consecuencia del fallo de la Sentencia antedicha, que, ciertamente, no efectuó tal declaración.

2. La nulidad de la licencia de apertura se fundamenta en la causa prevista en el apartado 1.f) del art. 62 LRJAP-PAC, en la consideración de que el interesado ha adquirido facultades o derechos mediante un acto contrario a Derecho careciendo de los requisitos esenciales para que tal adquisición se produzca previstos en la norma vulnerada.

A estos efectos, debe tenerse en cuenta que la licencia de apertura objeto de la presente revisión de oficio fue concedida una vez adoptada la Resolución por la que se otorgó la licencia de obras y la que declaró que la licencia de instalación de la galería comercial fue obtenida por silencio positivo. Estas licencias -de obra y de instalación- se configuran por el Ordenamiento Jurídico como previas y condicionantes de la posterior licencia de apertura.

En consecuencia y como ha señalado la STS de 22 de noviembre de 2007, citada en el expediente, la licencia de apertura concedida carece de presupuesto jurídico habilitante, siendo por tanto la causa de su nulidad reconducible precisamente a la establecida en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC. Así, de la inhabilitación absoluta de las citadas licencias se deriva que por el interesado se ha adquirido un derecho careciendo de un requisito que puede ser considerado sin dificultad como previsto en la norma aplicable como esencial al efecto, en tanto que es el presupuesto inevitable e imprescindible para que puedan otorgarse licencias de apertura, como la aquí afectada.

Carece por ello de fundamento la alegación del interesado de que al tratarse la licencia de un acto firme e independiente sustantivamente del que se ha anulado no está incurso en causa de nulidad de pleno derecho y, en caso de que se entendiera que la licencia de actividad de la galería es un requisito para la validez de las licencias de cada comercio, nos encontraríamos ante un supuesto de anulabilidad.

Ciertamente, la licencia de apertura constituye un acto independiente y autónomo, pero ello exige tan solo su revisión específica, pues, como se dijo, su otorgamiento ha de ajustarse a lo dispuesto en el Ordenamiento Jurídico. Y, precisamente, éste exige la previa obtención de las licencias declaradas nulas por la Sentencia.

3. Finalmente, al declararse la nulidad del acto se podrán establecer las indemnizaciones que proceda reconocer al interesado, de conformidad con lo previsto en el art. 102.4 LRJAP-PAC. El interesado en este procedimiento en sus alegaciones expresamente manifiesta que el acto que anula la licencia deberá establecer las indemnizaciones correspondientes por los daños y perjuicios ocasionados. La Administración considera en relación a esta cuestión que la reclamación que pretenda llevar a cabo el interesado no deberá formar parte del presente procedimiento, al haberse iniciado éste en ejecución de Sentencia.

Esta argumentación no puede compartirse por las razones antes expuestas. Sin embargo, es procedente que no exista un pronunciamiento al respecto en este caso, pues es necesario que la Administración se encontrara en disposición de hacerlo en este momento. Y ello no acontece no sólo por no haberse acreditado los posibles daños, sino principalmente porque la entidad continúa ejerciendo su actividad actualmente, ya que el cese de la misma se ha supeditado por la Administración a la previa declaración de nulidad de la licencia, no existiendo daño efectivo, ni siendo posible determinar todavía la cuantía del producible.

En cualquier caso, la anulación del acto administrativo no presupone por sí mismo el derecho a la indemnización, ya que para que ésta proceda será necesario que concurren las circunstancias previstas en los arts. 139.2 y 141.1 de la citada Ley 30/1992, que deberán quedar debidamente acreditadas.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen es conforme a Derecho, siendo procedente la declaración de nulidad de la Resolución de referencia, al incurrir en la causa establecida en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC.