



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 29 de mayo de 2009.

Dictamen solicitado por el Ilmo. 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 5883/2005, de 23 de diciembre, mediante la que se concede a depósitos D.A.N.U., S.A., la licencia que solicita para ejercer la actividad de tienda de ropa en el local 60, del C.C.A. Carecer de requisitos esenciales (EXP. 237/2009 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. A través del escrito remitido el 12 de mayo de 2009, por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna solicita 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 de Canarias, Dictamen preceptivo en relación con la Propuesta de Resolución relativa a la revisión de oficio de la Resolución 5883/2005, de 23 de diciembre, mediante la que se concede a D.A.N.U., S.A. la licencia que solicitó para ejercer la actividad de tienda de ropa en el local 60, del C.C.A.

2. La declaración de nulidad contenida en la Propuesta de Resolución se fundamenta en el art. 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), al considerar la Corporación Local que dicha Resolución, a través de la que se otorgó la licencia referida, es contraria al Ordenamiento Jurídico, ya que la empresa interesada ha adquirido derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición.

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

La ordenación de la revisión de oficio de las disposiciones y los actos nulos se contiene en el art. 102 LRJAP-PAC. Esta revisión de oficio procede contra actos nulos que incurran en alguna de las causas de nulidad del art. 62.1 LRJAP-PAC y que, además, sean firmes en vía administrativa, firmeza que se acredita en las actuaciones.

3. El presente procedimiento fue incoado de oficio mediante la Resolución 703/2009, de 4 de marzo, de la Consejera Directora de la Gerencia Municipal de Urbanismo, por lo que, de conformidad con el art. 102.5 LRJAP-PAC, el procedimiento caducará a los tres meses desde su inicio, sin perjuicio de que, si se declarase la caducidad, se pueda abrir nuevo procedimiento revisor.

II

1 y 2. ¹

3. En dicha Propuesta de Resolución se declara suspendido el plazo máximo para resolver el presente procedimiento por el tiempo que medie entre la notificación de solicitud del preceptivo Dictamen de este Organismo y su recepción, lo que no es correcto, pues el Dictamen no forma parte del objeto y contenido propio de una Propuesta de Resolución, pues, su objeto, obviamente, aplicando la normativa reguladora de los procedimientos administrativos, es resolver las cuestiones planteadas, en este caso, la revisión de oficio de la Resolución referida y aquellas otras cuestiones íntimamente relacionadas con la misma.

A su vez, es necesario señalarle al Ayuntamiento que este Organismo considera que la caducidad no puede impedirse utilizando las posibilidades previstas en el art. 42.5.c) y 6 LRJAP-PAC para suspender o ampliar el plazo para dictarse y notificarse la Resolución, que ha de entenderse es de tres meses (art. 42.2 y 3 LRJAP-PAC).

Así, en caso de ampliación, han de darse las circunstancias previstas en el precepto y procederse según este dispone, mientras que, en lo que se refiere a la suspensión, como la pretendida en este supuesto, el precepto no es aplicable porque los informes administrativos debieron solicitarse antes de acordarse la Resolución de inicio del procedimiento revisor, a la que fundamentan, y la intervención de este Organismo no es equivalente a esta actuación.

En efecto, este Organismo, sin perjuicio de su intervención en el procedimiento tramitado, inmediatamente antes de su culminación (la Resolución que le pone fin),

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

no es, en forma alguna, un órgano de la misma o de distinta Administración, ni comparte con ella el ejercicio de su competencia.

Por eso, el Dictamen de este Organismo no es un informe administrativo o de carácter asesor de la Administración actuante, de manera que no es un informe a recabar y emitir por un órgano administrativo en la fase de instrucción del procedimiento o concluida la misma, a requerimiento de su Instructor y para que este formule la Propuesta de Resolución.

La finalidad de este Dictamen, conforme con el momento en que debe solicitarse y su receptor, es 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 instalarlo y recibirlo.

Por todo ello, cabe concluir afirmando que, en vista de su ubicación en la Ley, parece claro que el precepto comentado se incluye en una ordenación relativa a trámites instructores o preparatorios de la Propuesta resolutoria y se conecta, incluso terminológicamente, con la regulación de los art. 82 y 83 de la propia Ley 30/1992.

III

1. En este supuesto, es necesario resolver una primera cuestión antes de entrar en el fondo y es la planteada por la empresa que alega, en su escrito de reclamación, la nulidad del acto de inicio de este procedimiento por emanar de un órgano incompetente para ello, el Secretario Delegado de la Gerencia, lo cual no es cierto, ya que se inició mediante la Resolución 703/2009, de 4 de marzo, de la Consejera Directora de la Gerencia Municipal de Urbanismo.

Así, la competencia para ordenar la tramitación y resolución de este procedimiento de revisión de oficio se ostenta por la Consejera Directora de la Gerencia Municipal de Urbanismo, como alega incluso la propia empresa en base a lo dispuesto en el art. 11.1.bb) de los Estatutos de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna, en los que se establece, al regular sus competencias, que a ella corresponde "cualesquiera otra facultades no atribuidas por los presentes Estatutos de forma expresa a otros órganos de la Gerencia Municipal de Urbanismo y sea conforme con lo establecido por el ordenamiento jurídico vigente", lo que se ha de poner en relación con la competencia establecida en el punto g) de este artículo, en virtud del cual la

Consejera Directora de la Gerencia tiene competencia para “adoptar las medidas para la protección de la legalidad y el restablecimiento del orden jurídico perturbado”.

2. En lo que se refiere al fondo del asunto, hay que partir siempre de lo establecido en las dos Resoluciones judiciales mencionadas en el fundamento anterior, que implican que las Resoluciones que dieron lugar a que se otorgara la licencia de ampliación de obras por silencio administrativo positivo son nulas de pleno Derecho y que la Resolución 281/2009, que sirve de base a este procedimiento, es conforme a Derecho, pues se encuadra dentro del ámbito de la ejecución de la Sentencia reiteradamente referida.

Por lo tanto, la cuestión estriba en determinar si la ilicitud y correspondiente nulidad de tales licencias dan lugar a que la Resolución 5883/2005, de 23 de diciembre, mediante la que se concede a D.A.N.U., S.A. la licencia para ejercer la actividad de tienda de ropa en el local 60, del C.C.A., es nula de pleno derecho por incurrir en el motivo de nulidad sobrevenido previsto en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC.

En este sentido, la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo, con sede en Santa Cruz de Tenerife, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, es clara en su Sentencia nº 197, de 26 de octubre de 2007, cuando señala que “(...) nos reiteramos en nuestro criterio de que una edificación que no se ajusta a la legalidad urbanística no puede obtener nuevas licencias en tanto que no legalice lo ilegalmente construido”.

A mayor abundamiento, cabe reseñar que en la Propuesta de Resolución se menciona una Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 22 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8414) en la que no sólo se afirma que “aquellas licencias municipales que se otorguen al amparo de otros actos administrativos y éstos se declaren nulos se debe considerar que éstas últimas licencias otorgadas carecen del presupuesto jurídico habilitante, lo cual comporta su nulidad de pleno derecho del art. 62.1 LRJAP-PAC”, sino que, además, en ella se reitera la Doctrina jurisprudencial clásica en relación con la naturaleza jurídica de las licencias, siendo una de las Sentencias más importantes en la materia la dictada el 16 de junio de 1980, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (RJ/1980/3195).

En esta Sentencia se afirma que “que aunque la institución de la licencia o autorización administrativa representa una remoción de límites, en el ejercicio de un derecho subjetivo de administrado, potencialmente existente a su favor, a diferencia

de la concesión, en la que la Administración transfiere potestades al particular, propias de aquélla, sin embargo, ello no implica que una vez removidos tales límites la Administración se vea desposeída de sus prerrogativas originarias, puesto que las conserva, por tratarse de una materia en la que la actividad de policía ejercitable por los entes públicos está dirigida a la tutela y defensa de fines de interés general, naturalmente predominantes en todo momento; razones que justifican el que las licencias puedan ser sometidas a condición, el que pueda declararse su caducidad e incluso ser revocadas (...)" .

Por último, es preciso tener en cuenta lo que claramente establece el art. 103.2 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, según la cual "las partes están obligadas a cumplir las Sentencias en la forma y términos que en éstas se consignen" y sobre ello se pronunció el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2, de Santa Cruz de Tenerife, en el Auto de 22 de abril de 2009, en el sentido referido anteriormente.

3. En lo referente a las alegaciones realizadas por la empresa, lo primero es reiterar lo referido en el punto anterior, pues la Gerencia y el técnico que suscribe la Propuesta de Resolución se limitan a ejecutar la Sentencia judicial en sus propios términos, siendo evidente que el fallo declara la existencia de una situación ilegal y es la Administración quien, no sólo por su obligación de ejecutar dicha Resolución judicial, sino en cumplimiento de su función de policía y, por lo tanto, como garante de los intereses generales, ha de restablecer el orden jurídico perturbado.

Así mismo, tampoco se observa una actuación extemporánea de la Administración en este supuesto, ya que esta ejecutando la Sentencia y el Auto mencionados en su debido momento.

Además, y en lo que se refiere a los límites de la actividad revisora de la Administración, previstos en el art. 106 LRJAP-PAC, no se ha vulnerado ninguno de los mismos, ya que la Sentencia se ha ejecutado de inmediato, puesto que como se hacía referencia al relatar los hechos, el 15 de noviembre de 2008, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, dictó un Auto declarando bien denegada la tramitación del recurso de casación por unificación de doctrina formulado por A., S.A. contra la Sentencia de 26 de octubre de 2007, y el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 dictó el Auto de 22 de abril de 2009, resolviendo el incidente de ejecución, declarando que la Resolución 281/2009, en la que se basan las posteriores

Resoluciones dictadas en este procedimiento de revisión de oficio, es ajustada a Derecho, de lo que se infiere el escaso tiempo transcurrido entre el momento en el que la Sentencia adquirió firmeza y el inicio de su ejecución, sin olvidar que el proceso judicial, que tuvo por objeto las Resoluciones impugnadas, se inició, en primera instancia, el 6 de julio de 2004.

Por otra parte, no se han vulnerado los principios de buena fe y equidad, puesto que esta actuación no sólo parte de forma inmediata de la ejecución de un Sentencia firme y conocida por la empresa, sino que este procedimiento tiene como causa mediata la existencia de una evidente situación de ilegalidad, reconocida judicialmente, ya que como se ha hecho mención en el relato de los hechos, siguiendo lo afirmado en la conocida Sentencia, la obras iniciales carecían de licencia y no cabe la adquisición de la licencia de ampliación por silencio administrativo.

Como ya ha señalado este Organismo en otra ocasión (Dictamen 66/2006, de 27 de marzo) "la institución jurídica de la revisión de oficio de los actos administrativos nulos de pleno derecho bascula entre el principio de legalidad, que implica la posibilidad de revocar el acto administrativo cuando sea ilegal, y el principio de seguridad jurídica, en virtud del cual los actos administrativos deberían ser irrevocables, habiéndose decantado el Legislador desde la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 por la primacía del principio de legalidad.

La propia institución de la revisión de oficio se fundamenta en la posibilidad de que la Administración pueda actuar contra sus propios actos revocándolos cuando estos sean ilegales, como ocurre en este caso".

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. 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.

Es procedente que no exista un pronunciamiento al respecto en ese 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, pues 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, que deberán quedar debidamente acreditadas.

4. Por lo tanto, de lo ya expuesto se deduce que, en cumplimiento de lo dispuesto en la Sentencia 197, de 26 de octubre de 2007, ya mencionada, de la Resolución 281/2009 de la Consejera Directora de la Gerencia de Urbanismo, declarada conforme a Derecho por el Auto mencionado, y dado que la nulidad de las Resoluciones 91/2004 y 1473/2004, por las que se reconocía obtenida por silencio administrativo la licencia de ampliación de obras, da lugar a la falta de presupuesto habilitante de la licencia otorgada a D.A.N.U., S.A. para ejercer la actividad de tienda de ropa en el local 60, del C.C.A., carece ésta de requisitos de carácter esencial necesarios para su otorgamiento, por lo que en ejercicio de la actividad de policía ejercitable por los entes públicos en esta materia, dirigida a la tutela y defensa de los fines de interés general, corresponde la revisión de oficio de la Resolución 5883/2005, de 23 de diciembre.

En este sentido, este Organismo ha afirmado, de forma constante, en relación con el supuesto de nulidad de pleno derecho previsto en la letra f) del art. 62 LRJAP-PAC, que el requisito esencial al que se refiere dicho precepto no es cualquier requisito legal, sino aquel al que es inherente la concesión del derecho, le otorga su configuración propia y cuya ausencia afecta a la finalidad perseguida con la norma infringida, tal y como ocurre en este asunto.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen es conforme a Derecho, en base a lo anteriormente expuesto, siendo posible la revisión de oficio de la Resolución indicada, ya que incurre en la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC.