



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 274/2009

(Sección 1ª)

La Laguna, a 9 de junio de 2009.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Arona en relación con la *Propuesta de Resolución del recurso extraordinario de revisión interpuesto por J.D.G., en representación de la entidad mercantil Z.E., S.A., contra la Resolución desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución del procedimiento de solicitud de licencia municipal de apertura inocua para un establecimiento dedicado a la actividad de comercio menor de prendas de vestir, sito en Avda. Las Américas, centro comercial O.S.C. (EXP. 213/2009 RR)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Mediante escrito de 28 de abril 2009, y entrada en este Consejo Consultivo el 5 de mayo, al amparo de los arts. 11.1.D.b), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, el Alcalde del Ayuntamiento del Municipio de Arona solicita preceptivamente Dictamen, a emitir por el procedimiento ordinario, en relación con la Propuesta de Resolución (informe de 28 de abril de 2009 elevado a la consideración de la Alcaldía) formulada en el procedimiento de recurso extraordinario de revisión tramitado a instancia de la mercantil Z.E., S.A., que actúa mediante representación bastante otorgada al efecto.

Tal recurso se presenta contra la Resolución 884/2009, de 27 de febrero, por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto por la propia interesada contra la Resolución 5167/2008, de 8 de agosto, del Teniente de Alcalde del Área de Urbanismo y Medio Ambiente por la que se denegó la licencia de apertura solicitada por incumplir la misma el art. 33.3.b) del Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) del Municipio.

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

2. A los efectos oportunos, procede ante todo recordar sucintamente los hechos producidos, a la luz del contenido del expediente correspondiente al procedimiento tramitado adjuntado a la solicitud de Dictamen.

Mediante Acuerdo de 14 de junio de 2002, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento actuante otorgó licencia municipal de obras para la construcción del centro comercial, concediendo la Junta de Gobierno Local, como órgano que la sustituye tras la reforma de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, operada por la Ley 57/2008, licencia de primera ocupación del Centro Comercial, a los fines correspondientes ha de suponerse, en sesión de fecha 17 de diciembre de 2004.

Tras petición de la interesada de licencia de obras para la adecuación de local comercial, en fecha que en el expediente resulta indeterminada (expediente 32/2005 OBMAYOR), la misma se informó desfavorablemente -informes de 18 de marzo y 13 de junio de 2005- por deficiencias documentales, apareciendo discrepancias de superficies entre el proyecto de obras del centro comercial y el de adaptación del local, y en cuanto se destina al uso de almacén la totalidad del sótano de éste.

Rectificada la documentación por la interesada, el 26 de agosto de 2005 se informa favorablemente el proyecto de adecuación del local, pero la Junta de Gobierno Local, mediante Acuerdo de 9 de junio de 2006, denegó la licencia solicitada por incumplir el proyecto la norma básica de edificación sobre condiciones de protección contra incendios en los edificios, sin que se hubieran realizado actuaciones posteriores al respecto.

Mediante Orden de la Consejería de Industria y Comercio, de 29 de noviembre de 2006, a solicitud de la interesada se acordó la reducción de la superficie de venta inicialmente autorizada, tras lo que aquélla solicitó, el 2 de octubre de 2007, licencia de apertura para un establecimiento dedicado a comercio menor de prendas de vestir (expediente 000152/2007 APERINO).

Al efecto, el Alcalde le requiere la aportación de información catastral y acerca de la propiedad sobre el inmueble, así como la aportación de la licencia comercial específica. Todo lo cual cumplimenta la interesada.

Sin embargo, el 12 de marzo de 2008 se informa que, consultado el proyecto de ejecución material de construcción del edificio, se constata que el local donde se pretende ejercer la actividad es resultante de la unión de locales situados en la

planta primera y la ampliación a la planta sótano, advirtiéndose que, conforme al art. 33.3.b) del PGOU, los sótanos de los locales no puede ser usados como comercios públicos, admitiéndose tan solo su utilización como almacén o similar. Precisamente, según el Estudio de Detalle presentado la planta sótano se destina a diversos usos, incluyendo el uso comercial, mientras que, en el proyecto de la actividad, visado el 12 de septiembre de 2007, existen zonas de almacenamiento integradas en la destinada al comercio público.

Consecuentemente, el 8 de agosto de 2008 el Teniente de Alcalde del Área de Urbanismo y Medio Ambiente dictó la Resolución 5167/2008 mencionada en el Fundamento I. No obstante, por escrito de 1 de octubre de 2008 la interesada reitera su solicitud al alegar que ha subsanado el incumplimiento del art. 33.3.b) PGOU aducido como fundamento de la denegación de la misma, siendo calificado tal escrito como recurso de reposición.

Al respecto, se emite el 3 de octubre de 2008 informe insistiéndose en que, conforme a las normas urbanísticas vigentes, no cabe utilizar sótanos para comercio público, incluso tratándose de locales comerciales, siendo utilizables sólo como garage, almacén, servicios o para instalaciones técnicas. Además, en informe de 14 de abril de 2008 se hace constar que el plano obrante en el expediente 32/2005 OBMAYOR no corresponde con el presentado en el expediente 152/2007 APERINO, de modo que las superficies de los distintos usos no son similares.

Por fin, se dicta la Resolución 884/2009, de 27 de febrero, también reseñada al comienzo de este Dictamen, fundándose la desestimación de la reposición presentada en la falta de correspondencia entre los planos del proyecto de actividad referidos a la licencia de apertura con los obrantes en el expediente abierto al solicitarse licencia de obras, ya resuelto con la denegación de la misma, sin disponerse de tal licencia.

El 30 de marzo de 2009, la interesada interpone el recurso extraordinario de revisión de referencia, argumentando que el 6 de noviembre de 2008 solicitó nueva licencia de obras (74/2008 OBMAYOR), con anterioridad a que se dictase la Resolución en cuestión, correspondiéndose los planos aportados con los planos del proyecto de actividad. Así, entiende que concurre la circunstancia prevista en segundo lugar en el art. 118.1 LRJAP-PAC, pues los planos presentados son documentos de valor esencial para la resolución del asunto que evidencian el error de la Resolución recurrida. Y es

que, a su luz, se ha subsanado el motivo por el que se desestimó el recurso de reposición previamente presentado.

Por último, el 28 de abril de 2009 se emite el informe-Propuesta de Resolución, estimándose el recurso extraordinario de revisión por cuanto al resolverse la reposición no se tuvo en cuenta la aportación, en el procedimiento de licencia de obra mayor antes indicado que se tramita a solicitud de la propia interesada, documentación incidente en la causa de denegación de la licencia de apertura solicitada. Además, se cita el art. 105.1 LRJAP-PAC, que contempla la posibilidad de revocar los actos de gravamen o desfavorables, así como la expresa declaración de conservación de actos de conformidad con el art. 66 LRJAP-PAC y la continuación del expediente 152/2007 APERINO.

II

1. El recurso de revisión ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, la entidad interesada, siendo firme el acto recurrido, pues, al tratarse de la resolución de un recurso de reposición, sólo cabe contra él la interposición de recurso contencioso administrativo. Además, corresponde su conocimiento y resolución al Alcalde, pues tanto la Resolución recurrida como las precedentes se dictaron por el Teniente de Alcalde por sustitución legal del órgano competente, que es el antedicho Alcalde, debiendo ser imputados a éste (arts. 116.1 y art. 118.1 LRJAP-PAC, así como arts. 16 y 17 de ésta).

2. Por otro lado, en lo que al plazo de interposición respecta, para el supuesto de revisión argumentado (art. 118.1.2º LRJAP-PAC), el apartado 2 del precepto citado dispone que será de tres meses a contar desde el conocimiento de los documentos relevantes para evidenciar el error de la Resolución dictada.

Pues bien, de las actuaciones se desprende que fue el 6 de noviembre de 2008 cuando la interesada solicitó nueva licencia de obras (74/2008 OBMAYOR), anteriormente a la resolución de la reposición, correspondiéndose los planos aquí aportados con los del proyecto de actividad, mientras que el recurso extraordinario se interpuso el 30 de marzo de 2009, habiéndose superado el plazo de tres meses desde que se presentó la antedicha licencia de obras y se aportaron los planos correspondientes.

Sin embargo, debe entenderse cumplido este requisito temporal, ante todo porque los documentos a tener en cuenta, aquí planos del local a efectos tanto de obras como de apertura, eran conocidos por el Ayuntamiento, o debían haberlo sido,

en el momento de tramitar y resolver el recurso de reposición interpuesto por la interesada, pues la licencia de obras se presentó con anterioridad a su resolución y, además, era tramitada por el mismo Servicio o Unidad administrativa incluida en la organización municipal con competencia en los asuntos concernidos.

En todo caso, el cómputo del plazo del que se trata debe iniciarse partiéndose de un conocimiento del documento apropiado a la finalidad de la norma aplicable. Así, la reposición se presentó por la interesada para atacar la denegación de su solicitud de licencia de apertura por cierto motivo concreto, que luego no fue el utilizado para fundar la desestimación de este recurso. Por eso, a partir de este conocimiento es cuando ha de considerarse que se inicia el plazo para aducir o aportar la documentación que debió tenerse en cuenta para resolver y que, por tanto, puede fundar la revisión, pues antes no podía preverse su relevancia a este fin.

3. Por otro lado, el carácter extraordinario del recurso de revisión comporta no sólo su estricta limitación a los concretos motivos legalmente fijados para su interposición, sino también la interpretación restrictiva de su eventual incidencia, sin que al socaire del mismo quepan otros pronunciamientos propios de los recursos ordinarios, incluida la reposición, como se infiere de tal carácter y la propia regulación legal de este recurso y, por demás, advierte reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr., por todas, Sentencias de 11 de diciembre de 1987 y 1 de diciembre de 1992) o doctrina de la Audiencia Nacional (Sentencias de 13 de julio y 11 de diciembre de 2004).

Ahora bien, siendo la circunstancia alegada para recurrir la ya expresada, ante todo procede recordar que, como señalan los Dictámenes de este Consejo 61/2003 y 161/2004, un documento de valor esencial es aquel que de haberse conocido y tenido en cuenta al resolver la Resolución pudiera haber sido otra, por lo que si el documento no tuviere esta potencialidad la interposición del recurso de revisión será improcedente, pudiéndose inadmitir o desestimar en instancia, incluso sin Dictamen previo (art. 119.1 LRJAP-PAC).

En este orden de cosas, ha de observarse que el interesado tiene diversos instrumentos legalmente previstos a su disposición para defender sus derechos o intereses, como los recursos ordinarios e incluso la acción de nulidad para instar la revisión de oficio, sin que puedan confundirse con el recurso de revisión o sea incluíble éste entre tales recursos. En esta línea funciona la modificación operada de

la Ley 30/1992 respecto a su redacción original, suprimiéndose la expresión “o se aporten”, pues, aun cuando la aparición de documentos puede ser producida por terceros o la propia Administración y también propiciada o puesta de manifiesto por el interesado, éste no hubiera podido utilizarlos con anterioridad a dictarse la Resolución recurrida.

Así, no cabe instar la revisión si el documento pudo ser obtenido o era conocido por el interesado anteriormente a aquélla, pudiéndolo aportar en el procedimiento tramitado para su producción. Desde luego, la defensa de la seguridad jurídica y de los derechos de terceros exige que el interesado actúe con diligencia en el momento procedimental pertinente, debiendo asumir las consecuencias de lo contrario. En definitiva, el precepto se ha de referir a documentos desconocidos o de conocimiento difícil o anormal, con anterioridad o, eventualmente, con posterioridad a la Resolución a revisar.

En cualquier caso, de modo similar a lo antes expuesto sobre el plazo, resulta evidente que la Administración y su Servicio competente en la materia que actuaba y ha venido haciéndolo en relación con el interesado y el local comercial afectado de su titularidad desde hace años, conocía la documentación en cuestión, aunque no se hubiere aportado o manejado en el específico procedimiento del recurso de reposición que trae causa. Y no cabe duda que la interesada no pudo aportarla en tal procedimiento porque nunca adujo la Administración la pertinencia de hacerlo, ni indujo a aquélla a considerar la conveniencia de hacerlo en él o en el inicial de solicitud de licencia de apertura ya que la causa tanto para denegar ésta, como para desestimar la reposición, no se le puso de manifiesto en ningún momento, conociéndola sólo con la resolución de ésta.

4. De todos modos, no queda claro en el procedimiento tramitado la razón por la que deben coincidir los planos correspondientes a la licencia de obras inicialmente solicitada -habiéndose resuelto desestimatoriamente la misma, por lo que es patente que nunca tuvo la interesada tal licencia- con los del proyecto de actividad relativa a la licencia de apertura. Así, en principio éstos debieran conectarse no con obras a realizar posteriormente en el local comercial, sino con las licencias originales de construcción del centro comercial donde está aquél y de ocupación del mismo a los fines que le son propios, teniendo en particular la interesada la preceptiva licencia comercial.

Desde esta perspectiva, es necesario determinar si, como parece, la apertura cabe que sea concedida, realizándose actividad comercial, sin necesidad de obra

adicional alguna de acondicionamiento. Y si, en puridad, la licencia de obras que ahora se recaba ha de tener planos ajustados, siempre con respeto a las normas aplicables del PGOU, a los planos del centro y sus locales y también a los de la apertura solicitada, independientemente de que, tras obtenerse aquélla, la actividad iniciada debiera ser suspendida por la realización de las obras, con los efectos administrativos que procediera.

Y otra cosa sería, circunstancia no acreditada, ni argumentada, que no pudiera procederse a la apertura sin la realización de las obras, en cuyo caso, y sólo entonces, es patente que no cabría conceder la licencia de apertura sin haberse concedido la de obras y únicamente tras culminarse éstas.

III

En definitiva, ha de concluirse que procede admitir el recurso interpuesto y que éste ha de estimarse, aunque no cabe hacer referencia en este supuesto a la facultad de revocación de la Administración porque, sin perjuicio de que ésta pueda ejercitarla cuando entienda adecuado, con los límites previstos en el art. 105 LRJAP-PAC, aquí no se le ha instado su ejercicio, sino que resuelva un recurso de revisión, cuestión que es distinta.

Así, interponiéndose el recurso en plazo, se produce la circunstancia contemplada en el art. 118.1.2º LRJAP-PAC, quedando acreditado que la Resolución dictada sobre el recurso potestativo de reposición presentado por la interesada fue errónea, pues a la vista del documento de referencia no estaba adecuadamente fundada al no ser aplicable la causa aducida al respecto.

Sin embargo, en relación con lo expuesto en el punto 4 del Fundamento precedente, ha de observarse que no cabe decidir que se continúe sin más con el procedimiento de licencia de apertura, pues, como ordena el art. 119.2 LRJAP-PAC, el órgano competente para resolver el recurso de revisión debe pronunciarse sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto, aquí Resolución, recurrido, siendo determinante al efecto lo expresado precedentemente.

Por tanto, corregida debidamente la Propuesta resolutoria del procedimiento tramitado, en orden a incorporar el pronunciamiento antedicho en los términos justificativos que, en cada caso, se entiendan procedentes por su órgano instructor, habrá de ser remitido nuevamente a este Organismo para ser dictaminada.

CONCLUSIONES

1. Procede estimar el recurso extraordinario de revisión presentado y tramitado, siendo conforme a Derecho en este sentido la Propuesta resolutoria analizada.

2. Sin perjuicio de las deficiencias expuestas en los Fundamentos II y III, procede que se efectúe en la misma Propuesta una pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, con subsiguiente obligación de solicitarse nuevo Dictamen sobre la Propuesta de Resolución así formulada definitivamente.