



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 4 3 1 / 2 0 0 9

(Sección 1ª)

La Laguna, a 10 de septiembre 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 de las Resoluciones del Consejero Director de la Gerencia de Urbanismo nº 81/2004 y 1.473/2004 de licencias de aperturas concedidas para los locales ubicados en la Ampliación del C.C.A. (EXP. 515/2009 RO)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el 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 otorgada para la instalación de una cafetería-arepera en un local 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, para proceder a la anulación 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

---

\* **PONENTE:** 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.

## II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento son los siguientes:

1. El Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de La Laguna otorgó a A., S.A., licencia de obras y de instalación para la ampliación de la Galería del Centro Comercial en Los Majuelos.

La Federación de Comercio de Tenerife y M.D.E.R. interpusieron recurso contencioso-administrativo contra las Resoluciones del citado órgano por las que se habían otorgado las mencionadas licencias:

Nº 91/2004, de 19 de enero, por la que se concede a A., S.A. licencia municipal de obra de ampliación de la Galería del Centro Comercial en Los Majuelos.

Nº 1195/2004, de 16 de abril, que estima el recurso de reposición interpuesto por A., S.A. y declara nula la Resolución del Consejero-Director nº 2453/2003 y en consecuencia reconoce que ha operado el silencio administrativo positivo, entendiéndose concedida la licencia de obra para la ampliación del la Galería del Centro Comercial.

Nº 1473/04, de 7 de mayo, que estima el recurso interpuesto por A., S.A. contra la Resolución del Consejero Director nº 3228/2003, de 25 de noviembre, a cuyo efecto se revoca dicha Resolución y se reconoce que en el procedimiento de solicitud de licencia de instalación ha operado el instituto del silencio administrativo positivo, entendiéndose concedida la misma.

El recurso se interpuso además contra las Resoluciones nº 563/2004, de 20 de febrero, por la que se dispuso que la resolución de los recursos que se interpongan contra los actos emanados del Consejero Director fuesen resueltos por el mismo como recurso potestativo de reposición y nº 1364/2004, de 21 de abril, que inadmitió el recurso interpuesto por la Federación de Comercio de Tenerife contra la Resolución del Consejero Director nº 91/2004.

2. Los recurrentes solicitaron además la adopción de medidas cautelares, que fueron denegadas mediante Auto de 7 de octubre de 2004, por lo que en el *iter* del proceso judicial la Administración otorgó diversas licencias de apertura de los locales comerciales.

En relación con el presente procedimiento, el 14 de marzo de 2006 la Gerencia otorgó a la entidad N., S.L. licencia para llevar a cabo la instalación de una cafetería-arepera en el local nº 55 bis de la citada ampliación de la Galería comercial.

3. El recurso presentado fue desestimado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santa Cruz de Tenerife mediante Sentencia de 24 de marzo de 2006.

La Federación de Comercio de Tenerife interpuso entonces Recurso de Apelación contra la citada Sentencia, que fue estimado en parte por Sentencia 197/2007, de 26 de octubre, cuyo fallo señala:

*“Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Santa Cruz de Tenerife, en el procedimiento núm. 334/2004, la cual revocamos y en su lugar dictamos otra por la que estimamos en parte la demanda y anulamos la Resolución del Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo núm 91/2004, de 19 de enero, por la que se concede licencia de obras a la entidad A., S.A. y la Resolución núm. 1473/2004, de 7 de mayo del 200, en la que se reconoce que la licencia ha sido obtenida por silencio administrativo”.*

La Sentencia basó su fundamentación en la circunstancia de que en el centro comercial A. se habían realizado con anterioridad obras no amparadas por licencia consistentes en cubrir una zona de al menos 1104,30 metros cuadrados. Esta ocupación de suelo más los 823,83 metros cuadrados que se ocupan con la ampliación implicaba exceder el límite máximo de ocupación de la parcela.

Frente a la argumentación de A., S.A. de que la existencia de obras ilegales no puede ser obstáculo para la aprobación del proyecto de ampliación, sin perjuicio de las acciones de restauración del orden jurídico infringido que deban emprenderse, se sostiene en la Sentencia que una edificación que no se ajusta a la legalidad urbanística no puede obtener nuevas licencias en tanto que no legalice lo ilegalmente construido, afirmación que también vale respecto de aquellas obras ilegales que por haber caducado la acción de restauración del orden jurídico infringido no pueden ser removidas.

Por consiguiente -se añade- si el proyecto inicial implicaba un exceso de ocupación del suelo, en virtud de lo dispuesto en el art. 166.6 del Decreto Legislativo

1/2000, de 8 de mayo, la licencia no podía obtenerse por silencio administrativo, lo que hubiera permitido a A., S.A. eludir la aplicación de lo dispuesto en el Ley 10/2003, de 23 de abril, por la que se regula la licencia comercial específica.

A., S.A. optó por presentar un proyecto modificado en el que contemplaba la retirada de las obras ilegales preexistentes, el cual obtuvo licencia. Ahora bien, respecto de la licencia que obtiene este Proyecto modificada sí era aplicable la Ley 10/2003, según su disposición transitoria tercera, que obliga a obtener la licencia comercial específica con carácter previo a resolver sobre las solicitudes de obras que se encuentren en tramitación a su entrada en vigor. Por ello resulta que la licencia concedida es contraria a Derecho.

4. Notificada la citada Sentencia a la Gerencia de Urbanismo, ésta interpone con fecha 9 de enero de 2008 recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, para que en su día se estime el recurso, anulando la Sentencia nº 197/2007 y declarando la vigencia de la Resoluciones del Consejero Director de la Gerencia de Urbanismo nº 91/2004 y 1473/2004.

La Sala dicta el 7 de febrero de 2008 Providencia en la que pone de manifiesto a las partes que son inadmisibles los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por la Administración y por A., S.A., a cuyo efecto se concede un plazo común de cinco días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias dicta Auto el 14 de abril de 2008 inadmitiendo el citado recurso de casación.

Por otra parte, en febrero de 2008 se solicitó por la Gerencia ante el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 2 que se dejara sin efecto el procedimiento de ejecución de la Sentencia de 23 de octubre de 2007 por estar pendiente de lo que se resuelva en el citado recurso.

5. A., S.A. presenta recurso de súplica contra el Auto de 14 de abril de 2008, que fue desestimado por Auto de 30 de julio de 2008 de la Sección Segunda de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

Interpuesto recurso de queja contra este Auto, se declara, mediante Auto de 15 de diciembre de 2008 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-

Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, bien denegada la tramitación del recurso de casación de unificación de doctrina formulado por A., S.A contra la Sentencia de 26 de octubre de 2007.

6. El 16 de diciembre de 2008 la Gerencia Municipal de Urbanismo solicita al Juzgado Contencioso-Administrativo nº 2 que se dicte Resolución especificando los términos en los que la Sentencia debe ser ejecutada por la Administración. Mediante Providencia de 19 de enero de 2009 se resuelve:

*“(...) No ha lugar a resolver conforme a lo solicitado toda vez que, según el art. 104.1 de la LJCA, la ejecución de las sentencias dictadas en este orden jurisdiccional corresponde al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, sin que este Juzgado tenga que pronunciarse, de momento, sobre la procedencia o improcedencia de la hipotética actuación administrativa efectuada o que se proponga efectuar en ejecución de la sentencia recaída en estos autos y ello sin perjuicio de que, cuando se lleve a puro y debido efecto la sentencia dictada en autos, previas las declaraciones administrativas pertinentes, los interesados y afectados por la ejecución de la sentencia manifiesten su disconformidad y promuevan algún incidente en ejecución de sentencia, siendo entonces al resolver ese hipotético incidente cuando el Juzgado deba pronunciarse al respecto”.*

7. El 27 de enero de 2009 se dicta Resolución nº 281/2009 por la Consejera Directora de la Gerencia de Urbanismo por la que se toma conocimiento de la Sentencia firme 197/2007, de 26 de octubre, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias y, a los efectos de proceder a su ejecución, se resuelve:

Declarar expresamente la nulidad de las Resoluciones del Consejero Director de la Gerencia de Urbanismo nº 91/2004 y 1473/2004.

Ordenar a la mercantil A., S.A. que en el plazo máximo de veinte días cese la Actividad en la Ampliación de la Galería del Centro Comercial A., al declararse la nulidad de la Resolución nº 1473/2004, con advertencia de que transcurrido el citado plazo sin realizar lo ordenado se procederá a la ejecución subsidiaria, de acuerdo con lo previsto en la citada Ley 30/1992.

Ordenar al Servicio de Disciplina, para el puro y debido efecto de la Sentencia nº 197/2007, iniciar, instruir y resolver el expediente de establecimiento del orden jurídico infringido, requiriendo a la mercantil A., S.A. para que legalice o reponga a

su estado original la realidad física alterada, con audiencia de los terceros interesados, debiéndose exigir que a la solicitud o reiteración de la solicitud de licencia de legalización de la obra de ampliación de la galería comercial se adjunte la licencia comercial específica.

Ordenar al Servicio de Licencias, para el puro y debido efecto de la Sentencia nº 197/2007 iniciar, instruir y resolver los expedientes de revisión de oficio de las licencias de aperturas concedidas por la Gerencia en los locales ubicados en la Ampliación de la Galería Comercial A.

8. Por lo que se refiere a esta Resolución, constan las siguientes incidencias, según se refiere en el informe-Propuesta de Resolución:

El 31 de marzo de 2009 se dicta Resolución por la Consejera Directora de la Gerencia Municipal de Urbanismo por la que, bajo el entendimiento de que el cese de la actividad requiere la previa revisión de oficio de tales licencias, se suspende la ejecución del apartado tercero (cese de la actividad) de la Resolución nº 281/2009 y proseguir con la ejecución del Fallo de la Sentencia 197/2007 mediante la tramitación de los expedientes de revisión de oficio de las citadas licencias.

Mediante Auto de 22 de abril de 2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santa Cruz de Tenerife, se acuerda denegar el incidente de ejecución que había sido instado por A., S. L. por el que se interesaba se declarase nula la Resolución de 27 de enero de 2009, con el siguiente pronunciamiento:

*“Se declara ajustada a Derecho la Resolución de 27/01/2009 dictada por el Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo de San Cristóbal de La Laguna, debiendo continuarse con la ejecución de la Sentencia judicial firme dictada por el Tribunal Superior de Justicia con fecha 26 de octubre de 2007”.*

Finalmente, con fecha 24 de junio de 2009 se dicta Auto por el mismo Juzgado en el marco del procedimiento nº 4/2009 sobre incidente de ejecución, promovido a instancias de FEDECO y en el que solicita la nulidad de la Resolución de la Consejera Directora de la Gerencia de Urbanismo de 31 de marzo de 2009, por la que se resuelve suspender la ejecución del apartado tercero de la Resolución 281/2009. En su fundamento jurídico tercero este Auto señala:

*“(…) Es por ello que entendemos adecuada la resolución impugnada al considerar procedente que con carácter previo al cierre de la Galería comercial, que implicaría lógicamente el cierre de los locales comerciales que se encuentran dentro de la galería, se proceda por la administración competente a la revisión de oficio de*

*las licencias de apertura concedidas a los citados locales (...) consideramos ajustada a Derecho la resolución impugnada para que por parte de la administración se proceda a una revisión de oficio de las licencias de apertura de los locales que se encuentran dentro de la ampliación de la Galería Comercial A. (...)*”.

### III

1. El presente procedimiento de revisión de oficio se dirige a declarar la nulidad de la Resolución nº 1591/2006, dictada por el Sr. Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo con fecha 14 de marzo de 2006, mediante la que se concede a N., S.L. la licencia que solicita para llevar a cabo la instalación de una cafetería-arepera en el citado local 55 bis del Centro Comercial A.

Este procedimiento se inicia previa declaración de caducidad del iniciado mediante Resolución de la Consejera-Directora de 4 de marzo de 2009, al haber transcurrido el plazo de tres meses desde su inicio sin haberse dictado la resolución finalizadora del mismo, de conformidad con lo previsto en el art. 102.5 LRJAP-PAC.

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

A. El 15 de junio 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 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. Con esta misma fecha 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 a la entidad interesada con fecha 9 de julio de 2009, quien presenta alegaciones en el plazo concedido al efecto.

En esencia sus alegaciones se centran en señalar:

No se justifica suficientemente que la declaración de nulidad de la licencia de apertura de la ampliación del Centro Comercial A. conlleve sobrevenidamente la de las subsiguientes licencias de apertura de los locales allí ubicados pues las licencias concedidas a A., S.A. no son necesariamente previas a la licencia de instalación que

le fue concedida. La Administración realiza por ello, ante la falta de concreción del vicio de pleno derecho que justifica la potestad de revisión de oficio de esta licencia de instalación, una aplicación extensiva de la nulidad de pleno derecho del art. 62.1 LRJAP-PAC

La licencia concedida no debe ser declarada nula, debido a que no cabe el procedimiento de revisión de oficio, sino, en todo caso, anulable.

La declaración de nulidad resulta contraria a la equidad: por una parte, por el tiempo transcurrido desde que la licencia fue concedida y, por otra, porque una parte de la superficie del local (53,10 m<sup>2</sup> de los 190,72 m<sup>2</sup> de superficie útil) pertenece al edificio original, según consta en informe técnico obrante en el expediente. A partir de este hecho considera que no procede declarar la nulidad parcial de la licencia pues estos 53,10 m<sup>2</sup> no pueden segregarse del resto, en cuanto la actividad se ejerce en régimen de unidad de explotación y la cocina se encuentra en la parte que fue objeto de ampliación. Estima en consecuencia que por razones de equidad tampoco procedería la declaración de nulidad de la integridad de la licencia.

D. Finalmente, el 17 de agosto 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] tras el pertinente informe jurídico y otorgado 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 en ella además se da respuesta a las alegaciones formuladas por la entidad interesada durante el trámite de audiencia concedido.

## 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 instalación 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 además al contenido y fallo de la Sentencia objeto de ejecución. Igualmente, mediante Auto de 24 de junio de 2009, del mismo Juzgado, se declaró la conformidad a Derecho de la Resolución de 31 de marzo de 2009, que estableció la necesidad de proceder a la tramitación de los procedimientos de revisión de oficio de las licencias de los locales con carácter previo al cierre de la Galería Comercial.

Por otra parte, ha desestimado también el primero de los Autos 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, con el objeto de restablecer el orden jurídico perturbado, la declaración de nulidad de las licencias de apertura de los locales afectados, para lo que resulta necesario la tramitación del correspondiente procedimiento de revisión de oficio de cada una de ellas, pues tal nulidad no puede ser declarada sin trámites por la Administración, sino que requiere la tramitación del correspondiente procedimiento aunque se trate de una consecuencia obligada de la ejecución de la Sentencia.

En este sentido, la ejecución de la Sentencia conlleva, como también se ha determinado en la citada Resolución de 27 de enero de 2009, el cese de la actividad de la Galería comercial y a estos efectos constituye un presupuesto necesario la previa declaración de nulidad de las licencias de apertura de los locales ubicados en la misma. Por ello, aunque la Sentencia no haya declarado expresamente esta nulidad, resulta consecuencia necesaria de su ejecución y corresponde a la Administración llevarla a cabo a través del procedimiento de revisión de oficio. En este sentido, la decisión adoptada por la Administración de iniciar la revisión de

oficio de las licencias en su día concedidas no implica que se estén resolviendo cuestiones no decididas por la Sentencia ni que se estén contradiciendo los términos del fallo, por cuanto tal decisión administrativa no puede ser considerada, como señala la STS de 22 de noviembre de 2007 en un supuesto de similares características, como extralimitadora del contenido del fallo de la Sentencia que se ejecuta. Se trata, al contrario, de una implícita consecuencia del citado contenido anulatorio jurisdiccional, así como un aspecto complementario del mismo. La ejecución de la Sentencia, que ha eliminado el presupuesto esencial de las licencias concedidas, abarca pues -como también señala la citada Sentencia- la obligación de activar el instrumento de revisión de oficio de los actos nulos, sin que la aparente legalidad de las licencias pudiera quedar blindada o aislada en el marco de nulidad producido como consecuencia de una decisión jurisdiccional.

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

A estos efectos, debe tenerse en cuenta que la licencia de instalación 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. Por ello, como ha señalado la STS de 22 de noviembre de 2007, citada en el expediente, la licencia de apertura concedida carece de su presupuesto jurídico habilitante, lo cual comporta su nulidad de pleno derecho. Esta nulidad resulta reconducible precisamente a la causa establecida en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC, pues de la nulidad de las citadas licencias se deriva que por el interesado se ha adquirido un derecho careciendo de un requisito que puede ser calificado sin dificultad como esencial en tanto que constituye un presupuesto necesario y habilitante para el posterior otorgamiento de la licencia de apertura. Carece por ello de fundamento la alegación del interesado en el sentido de que no se justifica suficientemente en el expediente la revisión de oficio tramitada al estimar que la declaración de nulidad de la licencia de apertura de la ampliación del Centro Comercial A., no conlleva sobrevenidamente la de las subsiguientes licencias de apertura de los locales allí ubicados. Se olvida en este argumento que las licencias que se concedan en relación con estos ha de ajustarse en todo caso a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, que en el caso que nos ocupa

exige la previa obtención de las licencias que permitan el posterior otorgamiento de la de apertura y cuya vulneración resulta esencial al constituir, como señala el Tribunal Supremo, su presupuesto habilitante.

Por otra parte, tampoco impide la declaración de nulidad la circunstancia de que una parte del local se encuentre ubicada en el edificio originario, pues como el propio interesado reconoce se rige por el principio de unidad de explotación.

Tampoco supone la declaración de nulidad vulneración del principio de 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.

## C O N C L U S I Ó N

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