



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 12 de mayo de 2010.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Arucas en relación con la Propuesta de Resolución por la que se acuerda la *revisión de oficio dirigida a declarar la nulidad del Decreto nº 2050, de 3 de diciembre de 2009, del Concejal-Delegado de Ordenación Urbanística y Planeamiento, por el que se ordenó el cierre de un local por carecer de la preceptiva licencia de apertura (EXP. 244/2010 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Arucas es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio dirigido a declarar la nulidad del Decreto nº 2050, de 3 de diciembre de 2009, del Concejal-Delegado de Ordenación Urbanística y Planeamiento, por el que se ordenó el cierre de un local por carecer de la preceptiva licencia de apertura.

La legitimación del Alcalde-Presidente para solicitar el Dictamen, la preceptividad de su solicitud y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, del Consejo Consultivo, 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).

2. La revisión instada se fundamenta en el apartado b) del art. 62.1 LRJAP-PAC, al considerar la Administración actuante que el acto que se pretende declarar nulo ha sido dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia.

* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

II

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

1. Con fecha 21 de julio de 2009 A.A.H., actuando en representación de la entidad mercantil A.A.M., S.L. solicitó licencia municipal de apertura para actividades clasificadas respecto de un establecimiento dedicado a supermercado con el nombre comercial de A., a ubicar en C/ Los Caídos nº 20 de Santidad (Aruacas).

2. El 12 de agosto de 2009 tuvo entrada en el Registro de la Corporación escrito de denuncia firmado por S.Z.R. en el que pone de manifiesto que se encuentra en funcionamiento desde, al menos, el pasado mes de julio, un establecimiento dedicado a supermercado con el nombre y localización antes citados, sin la correspondiente licencia. Indica en este escrito que, desde que se inició la actividad, son continuas las molestias que padecen los vecinos, en especial los ruidos que producen los proveedores ocupando gran parte de la calle y calzada en las labores de carga y descarga y los producidos por las instalaciones industriales que dan servicio al establecimiento.

3. El 17 de agosto de 2009 el Concejal-Delegado, en uso de las atribuciones conferidas por Decreto nº 201, de 15 de febrero de 2008, dicta Providencia por la que se ordena la instrucción de los trámites correspondientes a fin de poner de manifiesto la realidad de los hechos denunciados y adoptar la resolución que corresponda respecto al cierre del establecimiento.

4. El 3 de diciembre de 2009, previa la tramitación oportuna, el Concejal-Delegado de Ordenación Urbanística y Planeamiento, en uso de la delegación conferida mediante Resolución de la Alcaldía nº 1656/2009, de 5 de octubre, dicta Decreto nº 2050 por el que se ordena el cierre de un local por carecer de la preceptiva licencia de apertura, en aplicación de lo previsto en el art. 54.2 de la Ley 1/1998, de 8 de enero, de Régimen Jurídico de los Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas (LEPAC).

III

1. En relación con el procedimiento de revisión de oficio constan las siguientes actuaciones:

El 19 de febrero de 2010 se dicta Providencia de la Alcaldía por la que se dispone que, por parte de la Secretaría, se emita informe relativo al procedimiento y

legislación aplicable para, en su caso, declarar la nulidad del acto administrativo anteriormente citado. Se fundamenta esta Providencia en que el Decreto del Concejal-Delegado pudiera ser nulo de pleno Derecho por haber sido dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia, de conformidad con el art. 62.1.b) LRJAP-PAC, tal y como puede interpretarse a raíz de las delegaciones del Alcalde en aquél acordadas mediante la antedicha Resolución nº 1656/2009.

El informe de Secretaría se emite con fecha 19 de febrero y en el mismo se concluye que, por los antecedentes del asunto, podría tratarse efectivamente de un acto nulo de pleno derecho, por lo que sería oportuno tramitar el expediente.

Consta seguidamente informe técnico en el que se propone el inicio del procedimiento de revisión de oficio al apreciar la concurrencia de la citada causa.

Mediante Decreto de la Alcaldía de 22 de febrero de 2010 se dispone el inicio del presente procedimiento, con otorgamiento de trámite de audiencia a los interesados y apertura de un periodo de información pública y posterior solicitud de Dictamen a este Consejo.

Durante el trámite de audiencia concedido presenta alegaciones la persona que había presentado la denuncia, en las que cuestiona el inicio de este procedimiento en el entendimiento de que lo procedente sería la revocación del acto.

Se solicita finalmente, sin más trámite, el Dictamen de este Consejo.

2. A la vista de las actuaciones practicadas procede formular las siguientes observaciones:

En el orden procedimental, debe tenerse presente que la tramitación del procedimiento comporta una serie ordenada de actuaciones que han de producirse en el momento oportuno. Por ello, no se ajusta a la legislación aplicable que, en el mismo acto, se acuerde el inicio del procedimiento, el otorgamiento del trámite de audiencia a los interesados y la solicitud de Dictamen a este Consejo. Por el contrario, una tramitación ajustada a la citada Ley 30/1992 exige que, iniciado el procedimiento, estando incorporados al expediente los informes técnicos y jurídicos que fundaron la correspondiente Resolución, se otorgue audiencia a los interesados; trámite éste que habrá de producirse inmediatamente antes de redactar la Propuesta de Resolución, a tenor de lo establecido en el art. 84 del texto legal citado.

Por su parte, la solicitud de Dictamen a este Consejo sólo procede una vez se haya elaborado la Propuesta de Resolución del procedimiento, con el contenido que

al efecto prevé el art. 89 LRJAP-PAC, constituyendo el objeto del pronunciamiento de este Organismo la adecuación jurídica de aquélla a la normativa que resulte de aplicación.

Precisamente, en este caso el procedimiento revisor no se ha culminado con una apropiada Propuesta de Resolución que presente el contenido que exige el art. 89.3 LRJAP-PAC, en la que se contengan los antecedentes pertinentes y los fundamentos jurídicos que sustenten la nulidad pretendida.

En este orden de cosas, ha de advertirse que esta exigencia no solo es formalmente adecuada, sino imprescindible para recabar el pronunciamiento de este Organismo, dado que no se trata de un órgano asesor que informe a la Administración acerca de la decisión que resulta procedente adoptar. Así, su función es un control previo y técnico de adecuación jurídica de la decisión que pretende adoptar la Administración y que ha de contenerse en la Propuesta de Resolución que culmine el procedimiento, pronunciándose entonces si, estando jurídicamente fundada o no, tal Propuesta es o no conforme a Derecho. Al respecto se recuerda que, pretendiéndose la declaración de nulidad, solo puede adoptarse si el Dictamen es favorable.

Por otro lado, los informes obrantes en el expediente o el Decreto de la Alcaldía de inicio del procedimiento no contienen pronunciamiento alguno acerca del órgano competente para declarar la nulidad del acto.

Al respecto se observa que, ante la ausencia de expresa previsión legal en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, este Organismo, siguiendo jurisprudencia constante al respecto, mantiene reiteradamente que esta competencia reside en el Pleno de la Corporación, por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 110.1 de dicha Ley 7/1985, referido a la nulidad de pleno derecho de los actos de gestión tributaria, independientemente de cuál haya sido el órgano municipal que lo haya dictado (SSTS de 3 de junio de 1985 y 2 de febrero de 1987). El acto que ponga fin al presente procedimiento ha de ser dictado en consecuencia por el Pleno de la Corporación.

Finalmente, a los efectos oportunos procede señalar que, con la pretensión de evitar que el procedimiento tramitado caduque, no cabe suspender el plazo de caducidad del procedimiento previsto en el art. 102.5 LRJAP-PAC cuando se inicia de oficio, particularmente en base a lo previsto en el art. 42.5.c) de esa Ley, que no es de aplicación, ni tampoco ampliarse el plazo de resolución del mismo, de acuerdo con el apartado 6 de ese precepto o, aun menos, del art. 49 de la propia Ley, que tampoco lo son, como ha expuesto reiterada y razonadamente este Organismo en

Dictámenes emitidos en la materia, a disposición de la Administración actuante al estar publicados; aunque, se recuerda también, quepa iniciar otra revisión con idéntico fin y similar o distinta causa, sin perjuicio de la aplicación del art. 106 de la Ley, en su caso.

IV

En cualquier caso y pese a los defectos procedimentales a los que se ha hecho referencia en el Fundamento anterior, siendo determinante la ausencia de una Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento propiamente dicho, cabe indicar que la nulidad pretendida no resulta suficientemente fundada, pues no basta al respecto la mera cita del precepto que se considera de aplicación al caso, debiendo justificarse suficientemente que el acto afectado incurre precisamente en la causa alegada al cumplirse los presupuestos determinantes de la misma.

En este sentido, es imprescindible argumentar la concurrencia de los requisitos que exige el art. 62.1.b) LRJAP-PAC, según el cual son nulos de pleno Derecho los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. Así, para que esta causa de nulidad pueda ser apreciada se exige no sólo incompetencia material, sino que el acto objeto de revisión haya sido dictado por órgano *manifiestamente* incompetente.

En efecto, la jurisprudencia sostiene al respecto que la incompetencia como vicio de nulidad radical no puede ser cualquiera, sino que ha de ser manifiesta, como dice la norma aplicable; lo que supone que no precisa de ningún esfuerzo interpretativo o argumental para detectarla. Esto es, no basta que el órgano que haya dictado el acto pueda ser incompetente, sino que, de forma clara y notoria, ha de carecer de toda competencia respecto de una determinada materia, siendo ello tan evidente que no es necesaria una especial actividad intelectual para su comprobación (SSTS de 25 de enero, 12 de noviembre y 15 de diciembre de 1980; 28 de enero de 1981; 18 y 25 de octubre de 1982 ;18 de octubre de 1983; 23 de marzo de 1984; 24 de abril de 1985; 12 de junio de 1985; 20 de febrero de 1990; 30 de octubre y 10 de noviembre de 1992, 14 de noviembre de 2000, 23 de noviembre de 2001, 21 de mayo de 2002, 7 de octubre de 2003, entre otras).

Esta interpretación resulta, por lo demás, plenamente coherente con el carácter restrictivo de la revisión de oficio, en tanto que constituye un cauce de utilización excepcional y de carácter limitado, ya que comporta que, sin mediar una decisión

jurisdiccional, la Administración pueda volver sobre sus propios actos, dejándolos sin efectos. De ahí que no cualquier vicio jurídico permite ejercer sin más la facultad revisora.

Por las razones expresadas en la fundamentación de este Dictamen, la facultad revisora sólo es posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado uno de los vicios de nulidad de pleno derecho legalmente previstos, cual aquí es la incompetencia manifiesta, de modo que, de lo contrario, la revisión no debe prosperar, no procediendo declarar la nulidad pretendida.

C O N C L U S I O N E S

1. No procede efectuar pronunciamiento de fondo al no formularse Propuesta de Resolución propiamente dicha del procedimiento revisor tramitado.

2. La revisión iniciada de oficio, como es el caso, caduca a los tres meses de acordado el inicio sin haberse dictado su resolución, sin caber suspender el plazo de resolución o ampliarlo en orden a evitar la caducidad.

3. Se efectúan otras observaciones relevantes al caso en el Fundamento IV.