



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 216/2013

(Pleno)

La Laguna, a 12 de junio de 2013.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el *Proyecto de Resolución de la Secretaría General de Presidencia del Gobierno por la que se resuelve el procedimiento de revisión de oficio nº 4/13, de la Resolución de la Viceconsejería de Turismo nº 1.444, de 12 de diciembre de 2012, recaída en el expediente D-TF-154-12 (EXP. 207/2013 RO)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno, es el *“Proyecto de Resolución de la Secretaría General de Presidencia del Gobierno por la que se resuelve el procedimiento de revisión de oficio nº 4/13, de la Resolución de la Viceconsejería de Turismo nº 1.444, de fecha de 12 de diciembre de 2012, recaída en el expediente D-TF-145-12”.*

2. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Excmo. Sr. Presidente del Gobierno como titular del Departamento competente en la materia para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D, b) y 16 de la Ley del Consejo Consultivo, en relación el primer precepto con el art. 102.1, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC.

3. En la tramitación del expediente no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que obsten un Dictamen de fondo.

\* PONENTE: Sr. Fajardo Spínola.

\* VOTO PARTICULAR: Sres. Millán Hernández y Belda Quintana.

## II

Los antecedentes, tal como resultan del expediente y recoge la Propuesta de Resolución son los siguientes:

1. El 14 de junio de 2012 A.P.C.G. presentó una solicitud fundada en el art. 17 del Decreto 90/2010, de 22 de julio, por el que se regula la actividad turística de restauración y los establecimientos donde se desarrolla (citado en adelante como Reglamento de Restauración o RR) para que se le dispensara de que el establecimiento cuya explotación se proponía iniciar cumpliera con los requisitos mínimos exigidos por el art. 7.a) 1 y c) RR (en su redacción anterior a su modificación por el Decreto 29/2013, de 31 de enero). Esta solicitud de dispensa la hacía coincidir la interesada con la declaración responsable de inicio de actividad (art. 17.2 RR), tal como se deduce del impreso al efecto cumplimentado.

2. El 12 de diciembre de 2012 la Viceconsejería de Turismo dictó la resolución nº 1.444 declarando estimada la solicitud de dispensa de los reseñados requisitos mínimos al Bar cafetería sito (...), El Médano, término municipal de Granadilla de Abona. Esta estimación se efectuaba en virtud del art. 43.1 LRJAP-PAC puesto que había transcurrido el plazo de dos meses fijado por el art. 17.4 RR para resolver expresamente sobre la solicitud de dispensa.

3. Por la Resolución nº 179, de 18 de marzo de 2013, de la Secretaría General se inició el procedimiento de revisión de oficio de la mencionada Resolución nº 1.444 de la Viceconsejería de Turismo por considerar que adolece del vicio de nulidad de pleno Derecho tipificado en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC. No figura en el expediente la acreditación de una delegación en la Secretaría General para iniciar la tramitación de esta revisión de oficio.

4. En trámite de audiencia la interesada alega que es improcedente la revisión de oficio de la Resolución nº 1.444 porque ha cesado en la actividad de explotación del quiosco de helados y refrescos en la Playa de El Cabezo y como prueba de ello aporta la Declaración ante la Agencia Tributaria de baja en el Censo de Empresarios, Profesionales y Retenedores por cese de la actividad con efectos desde el 31 de diciembre de 2012.

## III

La propuesta de resolución se dirige a declarar la nulidad de pleno Derecho de la Resolución nº 1.444 por considerar que incurre en la causa de nulidad del art. 62.1.f) LRJAP-PAC. La *ratio decidendi* de esa declaración es la siguiente:

*“Por cuanto antecede, debe concluirse que la declaración de dispensa contenida en la Resolución de la Viceconsejería de Turismo nº 1444, de fecha 12 de diciembre de 2012 es contraria a derecho al haberse adquirido para el referenciado Bar-Cafetería explotado turísticamente por A.P.C.G. una declaración de dispensa del cumplimiento de las condiciones mínimas previstas en los apartados a) 1, c) 1, e) 2, c) 3, c) 4, c) 5 y c) 6 del artículo 7 del Decreto 90/2010, de 22 de julio, careciendo de los requisitos esenciales para su obtención. La Resolución incurre, por tanto, en la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.f) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común por haberse adquirido un derecho -la obtención de la dispensa- por acto que vulnera el Ordenamiento Jurídico, careciendo la interesada de los requisitos esenciales previstos en la norma aplicable al efecto.*

*Procede, pues, con base a lo expuesto, la declaración de nulidad de la Resolución de la Viceconsejería de Turismo nº 1444, de fecha 12 de diciembre de 2012, recaída en el expediente D-TF-145-12, al encontrarse el mentado acto administrativo, objeto de revisión, incurso en la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 62.1.1) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Sin que las alegaciones formuladas y documental aportada por A.P.C.G. desvirtúen la procedencia de sustanciar el procedimiento en cuestión para enervar la eficacia y excluir del mundo jurídico la mentada Resolución de la Viceconsejería de Turismo nº 1.444, de fecha 12 de diciembre de 2012, habida cuenta que la interesada no acredita, el cese definitivo de la actividad en el establecimientos BAR-CAFETERÍA sito (...), El Médano, en el término municipal de Granadilla de Abona, isla de Tenerife, en los términos exigibles en el artículo 16.1 del Decreto 90/2010, de 22 de julio, modificado por el Decreto 29/2013, de 31 de enero, que obliga a los titulares de la explotación del establecimiento de restauración a comunicar, mediante el correspondiente modelo normalizado, el cese definitivo de la actividad al Cabildo Insular correspondiente, en un plazo máximo de treinta días siguientes al mismo, haciendo entrega además, del libro de inspección y de las hojas de reclamaciones del establecimiento. Deber de comunicación del cese de actividad turística que no acredita la interesada haber cumplimentado ante el Cabildo Insular de Tenerife, según establece la normativa turística de aplicación”.*

## IV

1. Conforme a los arts. 13 y 24 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias (LOT) para el establecimiento y ejercicio de actividades turísticas sólo se exige la comunicación previa, salvo que los reglamentos específicos de cada sector requieran para el inicio de la actividad una declaración responsable. El art. 50 LOT remite a un reglamento la determinación de los requisitos para el ejercicio de las actividades de restauración y de las condiciones mínimas que deben cumplir sus establecimientos. Ese reglamento es el aprobado por el mencionado Decreto 90/2010 y que se ha venido citando como RR. Su art. 14, al amparo de la habilitación de los arts. 13 y 24 LOT, exige la presentación de una declaración responsable

Este decreto, como se señaló, fue modificado por el Decreto 29/2013, de 31 de enero. Entre esas modificaciones se incluía la de las condiciones mínimas, antes contenidas en el art. 7 y ahora en el art. 8, en el sentido de eliminar la exigencia de una salida independiente de la principal para la retirada de la basura y de variar la proporción de inodoros y de lavabos en función del número de plazas del local. Como el acto que se pretende revisar fue dictado antes de la entrada en vigor del Decreto 29/2013, para enjuiciar su validez habrá que atenerse a la redacción original del RR, bajo cuya vigencia se dictó; porque la validez de un acto es su conformidad a las normas que predeterminan su contenido, que son las vigentes en el momento en que se dictó. Por esta razón los preceptos del RR de aplicación son los anteriores a la modificación y se citarán según su antigua numeración.

Su art. 14, como se indicó, establece que los titulares de los establecimientos de restauración antes del inicio de la actividad deben formular una declaración responsable manifestando que cumplen con los requisitos del RR, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantenerlos durante el tiempo que desarrolle la actividad.

La Administración insular comprobará en visita de inspección el cumplimiento de los requisitos; si observare algún incumplimiento, concederá plazo para su subsanación; y si no se procediere a ella, ordenará el cese de la actividad.

El art. 17 permite que la Administración autonómica dispense la observancia de algunas de las condiciones mínimas previstas en el art. 7 RR (actualmente, art. 8).

2. El derecho a desarrollar la actividad de restauración es conferido directamente por la ley sin más condición que la presentación ante la Administración

de la declaración responsable (arts. 13 y 24 LOT y 14.1 RR en relación con el art. 13.2.a) y 50 LOT, preceptos autonómicos todos que a su vez están en relación con la normativa básica contenida en el art. 71 bis LRJAP-PAC y en los arts. 3.9 y 7 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de Libre Acceso a las Actividades de Servicio y su Ejercicio (LLAASE).

En este caso no hay un acto administrativo por el que la Administración, tras comprobar que se cumplen los requisitos, autoriza a desarrollar la actividad; sino una declaración de voluntad del particular que lo legitima para el ejercicio del derecho. Por esta razón, si la Administración comprueba que la actividad se realiza sin observar las condiciones debidas puede ordenar su paralización (art. 71 bis.4 LRJAP-PAC, art. 14.4 RR), sin necesidad de seguir, por imposible, un procedimiento de revocación o suspensión de una previa autorización, puesto que ésta no existe. Dado que el derecho a desarrollar la actividad con los requisitos legales lo concede directamente la Ley sin más condición que la presentación de la declaración responsable, la dispensa por la Administración de algunos de esos requisitos acompaña a la actividad mientras ésta se despliegue. El presupuesto de esa dispensa es la realización de la actividad previa presentación de una declaración responsable, y no tiene más efectos jurídicos que permitir su desarrollo sin el cumplimiento de determinados requisitos.

3. A partir de tales antecedentes procede examinar si la Resolución nº 1.444, de 12 de diciembre de 2012 incurre en la causa de nulidad consistente en atribuir un derecho a una persona sin que concurren los requisitos esenciales para su adquisición [art. 62.1.f) LRJAP-PAC].

Sobre qué ha de entenderse por requisitos esenciales en numerosos Dictámenes este Consejo ha sostenido que la regla general en nuestro Derecho es que son anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (art. 63 LRJAP-PAC). La Administración, cuando estos actos anulables son declarativos de derechos, puede pretender su anulación judicial si concurren los requisitos del art. 103 LRJAP-PAC. Únicamente si el acto declarativo de derechos firme incurre en alguno de los graves vicios tipificados en el art. 62.1 LRJAP-PAC, la Administración podrá declarar nulo por sí misma a través del procedimiento de revisión de oficio (102.1 LRJAP-PAC). Entre esos vicios graves el art. 62.1.f) LRJAP-PAC incluye aquellos actos que atribuyen facultades o derechos sin que concurren los requisitos esenciales para su adquisición.

Tal precepto no considera que basta la carencia de cualquier requisito, sino que exige que éste ha de ser esencial. Con esta exigencia el art. 62.1.f) LRJAP-PAC impide que se califique de nulo a cualquier acto administrativo que contradiga el ordenamiento jurídico, sino sólo a aquel que atribuya un derecho a una persona que carece manifiestamente y con palmaria evidencia de todo presupuesto para el reconocimiento de ese derecho. Esta interpretación es concorde con el resto de los supuestos de nulidad del art. 62.1 LRJAP-PAC, que sólo contemplan los actos que adolecen de los más graves vicios formales o sustanciales (los que lesionen Derechos Fundamentales, los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, los de contenido imposible, los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, los dictados prescindiendo de todo el procedimiento legal o con violación de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de órganos colegiados). En los demás casos la calificación que corresponde al acto administrativo contrario a la ley es la de acto anulable (art. 63.1 LRJAP-PAC).

El texto del art. 62.1.f) LRJAP-PAC nos lleva a distinguir entre "*requisitos esenciales*" y "*requisitos necesarios*". Si dentro de los primeros se incluyera cualquier condición necesaria para la validez del acto declarativo de derechos, entonces entraría en la categoría de nulidad radical del art. 62.1 LRJAP-PAC todo supuesto de ilegalidad de un acto declarativo de derechos, en la medida en que dicha ilegalidad se funda siempre en la ausencia de una de las condiciones o requisitos establecidos por el Ordenamiento jurídico.

En definitiva, el art. 62.1.f) LRJAP-PAC debe ser interpretado restrictivamente, porque la equiparación de requisito esencial a cualquier requisito necesario aniquila la distinción legal de causas de nulidad y de anulabilidad y el sistema legal de recursos con interposición sometida a plazo. Por todas estas razones debe reservarse la expresión "*requisitos esenciales*" para aquellos vicios jurídicos en que el acto carece, no de cualquier requisito legal, sino de aquellos que le son realmente inherentes y le otorgan su configuración propia, con lo que su ausencia afecta a la finalidad perseguida por la norma infringida; de modo que el acto en cuestión tiene efectos radicalmente contrarios a los queridos por dicha norma.

4. En el presente caso la interesada solicitó la dispensa de la condición de que el quiosco tuviera una salida independiente de la principal y de los requisitos respecto a los aseos, dispensa que obtuvo por silencio administrativo positivo por el transcurso

del tiempo para resolver expresamente, como la Resolución nº 1.444 vino a confirmar.

El requisito de la salida independiente de la puerta principal para la retirada de basuras del local, lo mismo que los requisitos concernientes a los aseos, pueden ser objeto de dispensa, tal como contempla el art. 17 RR. Unos requisitos que se pueden dispensar carecen del carácter de esenciales para el desarrollo de la actividad. Si el propio ordenamiento contempla que la Administración puede discrecionalmente eximir de su cumplimiento con base en criterios tan laxos como "*cuando lo aconsejen razones técnicas, las características del establecimiento, el entorno o la capacidad del mismo, siempre que la valoración conjunta de sus instalaciones, servicios y mejoras que pueda introducir, así lo aconseje*" (art. 17.1 RR), es obvio que no son requisitos realmente inherentes que le otorguen su configuración propia al desarrollo de la actividad. Su ausencia no afecta a la finalidad perseguida por la norma, de modo que sus efectos también se producirán cuando medió la dispensa. Un requisito esencial no puede ser objeto de dispensa, pues de tener tal condición el desarrollo de la actividad sin su concurrencia necesariamente produciría la disconformidad a Derecho de ésta.

## CONCLUSIÓN

La Resolución nº 1.444, de 12 de diciembre de 2012, del Viceconsejero de Turismo, no incurre en el supuesto del artículo 62.1.f de la LRJAP-PAC, por lo que este nuestro Dictamen no es favorable a la declaración de nulidad que plantea la Propuesta de Resolución.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. PRESIDENTE DON CARLOS MILLÁN HERNÁNDEZ, AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. CONSEJERO DON ALFREDO BELDA QUINTANA, AL DICTAMEN Nº 216/2013, SOBRE EL PROYECTO DE RESOLUCIÓN DE LA SECRETARÍA GENERAL DE PRESIDENCIA DEL GOBIERNO POR LA QUE SE RESUELVE EL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE OFICIO Nº 4/13, DE LA RESOLUCIÓN DE LA VICECONSEJERÍA DE TURISMO Nº 1.444, DE 12 DE DICIEMBRE DE 2012, RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE D-TF-154-12 (EXP. 207/2013 RO).**

Lamento disentir del parecer mayoritario del Pleno del Consejo Consultivo y expreso el presente Voto Particular.

Considero que procede la declaración de nulidad pretendida en el expediente de revisión de oficio por las razones que sucintamente expongo a continuación.

El art. 50 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Turismo de Canarias. Actividad de restauración, dispone que “reglamentariamente, el Gobierno de Canarias, establecerá los requisitos para el ejercicio de las actividades de restauración, así como las condiciones mínimas que deben cumplir los establecimientos en los que se desarrollan”. Y el Decreto 90/2010, de 22 de julio (antes de su modificación por el Decreto 29/2013, de 31 de enero), que regula la actividad turística de restauración y los establecimientos donde se desarrolla, establece en el art. 7 las condiciones mínimas que deben reunir los citados establecimientos y que se distribuyen en 3 apartados: a) requisitos generales (salida independiente de la principal para la retirada de basura del local; contar con personal que hable español); b) respecto a la zona de servicios (sistema de extracción de humos, zona de almacenamiento, contenedores específicos de recibos, electrodomésticos al menos de calificación energética B o equivalente, etc.); y c) acerca de los aseos (disponer de aseos independientes, con agua corriente, lavabos, inodoros, accesorios -dosificador de jabón, toallas de un solo uso, dispensador de papel higiénico-, etc.).

El art. 17 relativo a las “dispensas” atribuye al titular competente en materia turística la facultad de dispensar con carácter excepcional y de manera justificada, el cumplimiento de alguna de las condiciones mínimas previstas en el mencionado art. 7, cuando lo aconsejen razones técnicas, las características del establecimiento, el entorno o capacidad del mismo, siempre que la valoración conjunta de sus instalaciones, servicios y mejoras que pueda introducir, así lo aconseje.

El apartado 4 del art. 17 dispone que “se entenderá estimada la solicitud, si dicha resolución no fuera dictada y notificada en el plazo máximo de dos meses (...)”.

La solicitud de la interesada de dispensa se realiza, al mismo tiempo que el inicio de la actividad de restauración y se refiere tanto a los aspectos generales (disponer de salida independiente de la principal para la retirada de las basuras del local) como a la zona de servicios (respecto a la que señala la interesada no saber si las neveras son de la calificación energética requerida) y, fundamentalmente, respecto a los “aseos” para los que solicita una dispensa total de las 6 condiciones que se recogen en este apartado, al carecer el establecimiento de aseos, agua corriente, lavabos, etc.

La dispensa obtenida por silencio administrativo se refiere a un establecimiento de restauración con clasificación “a) restaurantes” o “b) bares-cafeterías” (art. 5 RD 90/2010) no excluido, por lo tanto, de su ámbito de aplicación (art. 3 RD 90/2010).



Por silencio administrativo la Administración estima la solicitud de la dispensa del cumplimiento de las condiciones mínimas previstas en los apartados a.1, c.2, c.3, c.4, c.5 y c.6 del art. 7.

Se pretende revisar, por lo tanto, el acto administrativo por el que la Administración concede por silencio positivo la dispensa general obtenida por la interesada que no debe equipararse con el derecho de ésta a desarrollar la actividad de restauración derivada de su declaración responsable.

Para el Dictamen aprobado por mayoría los requisitos que se pueden dispensar carecen del carácter de esencial para el desarrollo de la actividad, olvidando que el objeto de la revisión *no son algunos de los requisitos susceptibles de dispensa sino una dispensa general obtenida por silencio administrativo sin reunir ninguna de las condiciones mínimas exigidas* [apartado b) relativo a los aseos].

Y si bien es cierto que no basta la falta de cualquier requisito para configurar un supuesto de nulidad absoluta -y que este Consejo Consultivo ha señalado en numerosas ocasiones que los vicios de nulidad radical recogidos en el Ordenamiento jurídico deben ser objeto de una interpretación estricta (para evitar una vis expansiva desnaturalizando el régimen de invalidez de los actos administrativos)-, sin embargo el acto objeto de la presente revisión no sólo es contrario al Ordenamiento jurídico, sino que además se obtiene no con carácter excepcional y de manera justificada sobre alguna de las condiciones exigidas jurídicamente, y recae sobre el incumplimiento absoluto y total de unos requisitos referidos al apartado c) (falta de aseos) materia que al proyectarse con la sanidad e higiene en garantía de los usuarios entraña una cualificación especial que conlleva un vicio no subsanable y, por lo tanto, susceptible de haberlo encuadrado dentro de la nulidad radical, del art. 62.1.f) de la LRJAP-PAC, al constituir los aseos un presupuesto indispensable para el ejercicio de la actividad de restauración y, en suma, para la adquisición de un derecho o facultad exigido por la ley, que afecta de modo grave a la estructura esencial del acto administrativo y a las condiciones indispensables para desarrollar una actividad directamente relacionada con los servicios de comida con carácter no ocasional sino permanente.

Por todo ello, se debería haber estimado que procedía la revisión de oficio, anulando la resolución administrativa por la que se acordó por silencio administrativo dispensar todos los requisitos mínimos requeridos en el apartado b) para la actividad turística de restauración y en el apartado a).1.