



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 1 / 2 0 1 5

(Sección 2ª)

La Laguna, a 28 de enero de 2015.

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 B.P.C. contra la Resolución número 1381/2011, de 7 de marzo, del Teniente de Alcalde del Área de Urbanismo y Medio Ambiente, por la que se concedió al interesado licencia municipal de apertura inocua para comercio menor de productos alimenticios (EXP. 487/2014 RR)*.*

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 Arona, es la Propuesta de Resolución del recurso extraordinario de revisión, interpuesto por B.P.C., contra la Resolución nº 1381/2011, de 7 de marzo, del Teniente de Alcalde del Área de Urbanismo y Medio Ambiente, por la que se concedió al interesado licencia municipal de apertura inocua para comercio menor de productos alimenticios.

La legitimación del Alcalde para solicitar el Dictamen, su preceptividad y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los arts. 12.3 y 11.1.D.b) de la Ley de la Ley 5/2002, del Consejo Consultivo, en relación este último precepto con el artículo 119 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC-PAC).

2. La solicitud, presentada por el interesado el 4 de junio de 2013 sin identificación del recurso, ha sido correctamente calificada por la Administración como recurso extraordinario de revisión atendiendo a su verdadero carácter, ya que,

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

de acuerdo con su tenor literal, se dirige a lograr la *rectificación* del referido acto administrativo.

3. El recurso se ha interpuesto por persona legitimada para ello sin concretar la causa en que se fundamenta. No obstante, como expresa la Propuesta de Resolución, de su contenido se deduce que se pretende la aplicación de la causa primera de las previstas en el art. 118.1 LRJAP-PAC, al fundamentarse la revisión en error advertido en documentos obrantes en el expediente. Por consiguiente, se ha presentado dentro del plazo de cuatro años establecido en el art. 118.2 LRJAP-PAC para los recursos que se funden en aquella causa.

4. El acto recurrido es un acto firme en vía administrativa (art. 118.1 LRJAP-PAC).

5. Dispone el art. 118.1 LRJAP-PAC que el recurso ha de resolverse por el mismo órgano que dictó el acto recurrido. El acto contra el que se dirige el recurso ha sido dictado en este caso por el Teniente de Alcalde del Área de Urbanismo y Medio Ambiente, actuando por delegación de la Alcaldía. De conformidad con lo previsto en el art. 13.4 LRJAP-PAC, las resoluciones administrativas que se adopten por delegación se considerarán dictadas por el órgano delegante, sin que este pueda delegar la resolución de los recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso [art. 13.2.c) LRJAP-PAC]. Por consiguiente, su resolución le corresponde al Alcalde.

II

1. Los antecedentes relevantes para la emisión del Dictamen, que se acreditan en el expediente, son los siguientes:

- Con fecha 4 de septiembre de 2008, B.P.C. solicitó licencia de apertura inocua de comercio menor de productos alimenticios. Junto con su solicitud aportó, entre otra documentación, la correspondiente a la descripción del local, en la que se incluía en la relación de mobiliario y de maquinaria específica de la actividad con la referencia de estar destinados a las actividades de "minimarket" y "locutorio".

- El 8 de septiembre del mismo año se requiere al interesado a los efectos de la subsanación y mejora de su solicitud. Al no aportar la documentación requerida en el plazo concedido, mediante Resolución 5843/2008, de 2 de octubre, del Teniente Alcalde Delegado del Área de Urbanismo y Medio Ambiente, se le tiene por desistido y se ordena el archivo del expediente. Esta Resolución es notificada el siguiente día 27 del mismo mes y año.

- Con fecha de Registro de entrada de 16 de octubre de 2008, con anterioridad a la notificación de la citada Resolución, el interesado aporta, a efectos de la subsanación de su solicitud, certificado de seguridad estructural, fotos de la fachada en las que se aprecia el rótulo del establecimiento, denominado "Locutorio y Minimarket B." y los documentos acreditativos del abono de la tasa por la actividad de comercio menor de productos alimenticios y por la actividad de locutorio. En el certificado estructural aportado, se hace constar, entre otros aspectos, que se emite en relación con el local dedicado a "locutorio" y "minimarket" y que "se presentan dos zonas claramente diferenciadas mediante la colocación de estanterías para la mercancía del minimarket y de mesas y cabinas para la parte destinada a locutorio", concluyendo que el local cumple con las condiciones para ejercer ambas actividades.

- Con fecha 23 de octubre de 2008, se emite informe urbanístico con carácter favorable en el que se hace constar que el establecimiento cumple las condiciones de uso y localización, careciendo de licencia municipal de primera ocupación, si bien dicha carencia se suple con la presentación de certificado de seguridad y condiciones estructurales, así como que se ajusta en su totalidad a la legislación vigente de aplicación.

- El 18 de septiembre de 2009, se emite informe técnico por la Sección de Ingeniería con carácter desfavorable al advertir determinadas deficiencias técnicas en la visita al local, proponiendo un plazo de tres meses para su subsanación. En este informe se hace constar asimismo que "la actividad que se desarrolla en el local es el comercio menor de productos alimenticios y locutorio".

- El 13 de octubre de 2009, se requiere al interesado para que subsane las deficiencias técnicas advertidas.

- Mediante Resolución nº 2011/2010, de 8 de abril, se estima el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución la Resolución 5843/2008, de 2 de octubre, teniendo en cuenta la documentación posteriormente presentada y en virtud del principio de economía procesal, al tiempo que se le requiere para subsanar las deficiencias técnicas advertidas por los técnicos municipales.

En esta Resolución expresamente se hace constar que se ha solicitado licencia de apertura para "comercio menor de productos alimenticios y locutorio".

- Con fechas 14 y 22 de diciembre de 2010, el interesado presenta diversa documentación a los efectos de subsanación, al propio tiempo que solicita se gire

nueva visita de inspección por los técnicos municipales. En su escrito asimismo hace constar que ya se había abonado la tasa correspondiente a la actividad de locutorio.

Tras esta visita se emite nuevo informe por la Sección de Ingeniería el 10 de enero de 2011, con carácter favorable, en el que se concluye que no se detectaron deficiencias en cuanto a las condiciones de seguridad, salubridad y comodidad del local.

- Finalmente, mediante Resolución nº 1381/2011, de 7 de marzo, del Teniente de Alcalde del Área de Urbanismo y Medio Ambiente, se concede al interesado licencia municipal nº 3/2011 de apertura inocua para comercio menor de productos alimenticios.

Esta Resolución es notificada el 22 de mayo de 2011.

2. Con estos antecedentes, el 4 de junio de 2013 el interesado presenta escrito en el que solicita que se rectifique la resolución por la que se concedió la licencia de apertura de referencia al no hacerse constar en la misma la actividad de "locutorio" que fue solicitada en el mismo momento con abono de la tasa correspondiente.

Consta seguidamente en el expediente la emisión de informe urbanístico en el que se hace constar que respecto de la actividad de "locutorio" también solicitada la parcela cumple las condiciones de uso y de localización establecidas en el planeamiento en el momento de la solicitud.

Por último, se ha elaborado la Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen que se estima el recurso interpuesto al acreditarse que se omitió el pronunciamiento relativo a la habilitación para desarrollar la actividad, también solicitada, de "locutorio". Asimismo, se concede la licencia municipal de apertura inocua nº 3/2011 para comercio menor de productos alimenticios y locutorio.

III

1. El recurso de revisión es expresamente adjetivado como extraordinario por el art. 118.1 LRJAP-PAC, porque, en primer lugar, cabe únicamente contra actos administrativos firmes por no ser impugnables en vía administrativa por los recursos administrativos ordinarios; y, en segundo lugar, porque, a diferencia de éstos, que pueden fundarse en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico (arts. 62 y 63 LRJAP-PAC), el recurso de revisión se ha fundamentar exclusivamente en las causas tasadas del art. 118.1 LRJAP-PAC. Esta naturaleza extraordinaria y la limitación rigurosa de sus supuestos imponen la interpretación restrictiva de estos últimos, ya

que se trata de destruir la firmeza de un acto administrativo (SSTS de 17 de julio de 1981, 9 de octubre de 1984, 6 de julio y 26 de septiembre de 1988, 16 de marzo de 2004, entre otras). De ahí que por medio de él no puedan suscitarse cuestiones propias de los recursos ordinarios, y que cuando se funde en las dos primeras causas del art. 118.1 LRJAP-PAC (error de hecho que resulta de un documento que obra en el expediente o que aparezca) debe tratarse de un hecho, cosa o suceso, esto es, una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación; que ese error de hecho sea manifiesto, evidente e indiscutible y que se refiera a los presupuestos fácticos determinantes de la decisión administrativa, es decir, a la fundamentación fáctica de la *ratio decidendi*.

Por ello, queda excluido del ámbito de este recurso todo aquello que se refiera a cuestiones jurídicas, apreciación de la trascendencia o alcance de los hechos indubitados, valoración de las pruebas, interpretación de normas o calificaciones que puedan establecerse. No es posible aplicar la técnica del error de hecho a cuestiones jurídicas, aunque los hipotéticos errores jurídicos sean manifiestos y patentes. En definitiva, el recurso extraordinario de revisión incide en el plano de lo meramente fáctico sin traer a colación en ningún momento el tema del Derecho aplicable (SSTS de 5 de diciembre de 1977, 4 de abril de 1979, 17 de junio de 1981, 28 de septiembre de 1984, 20 de marzo de 1985, 6 de abril de 1988, 16 de julio de 1992, 16 de enero de 1995, 30 de enero de 1996, 9 de junio de 1999 y 9 de octubre de 2007, entre otras).

De ahí que para analizar la procedencia de la estimación o desestimación de un recurso de revisión fundado en la primera causa del art. 118.1 LRJAP-PAC se deba distinguir claramente entre *error de hecho* y *error de Derecho*. Esta distinción parte de la constatación de que todo acto administrativo descansa sobre la representación y apreciación de unos hechos concretos a los que subsume en el supuesto de hecho configurado abstractamente por una norma jurídica a fin de anudar a aquellos los efectos jurídicos queridos por ésta. Son dos cosas distintas los hechos y su representación y apreciación; los primeros son realidades físicas, los segundos, fenómenos subjetivos. Cuando la representación y apreciación de los hechos contenida en el acto administrativo coincide con la realidad y sea exacta, no incurre el acto en error de hecho. Este vicio surge cuando la representación y apreciación de los hechos no coincide con la realidad de los mismos. Error de hecho es, en definitiva, la inexacta representación de una realidad fáctica.

En cambio, el error de Derecho consiste en la incorrecta aplicación de normas jurídicas a los hechos. Estos se han representado y apreciado congruentemente con la realidad, pero se les ha subsumido en el supuesto de hecho descrito por una norma al que no eran reconducibles. La norma se les ha aplicado indebidamente, porque se ha errado al comprender su supuesto de hecho o determinar sus consecuencias.

En definitiva, error de hecho es "aquel que verse sobre un hecho, cosa o suceso, es decir, algo que se refiere a una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación" (STS de 6 de abril de 1988, por todas), quedando excluido de su ámbito "todo aquello que se refiera a cuestiones jurídicas, apreciación de la trascendencia o alcance de los hechos indubitados, valoración de las pruebas e interpretación de las disposiciones legales y calificaciones que puedan establecerse" (SSTS de 6 de febrero de 1975, 28 de septiembre de 1984 y 4 de octubre de 1993).

El tenor del art. 118.1.1ª LRJAP-PAC no permite fundar el recurso de revisión en cuestiones relativas a interpretación, determinación o aplicación indebida de normas, porque, de no ser así, se desnaturalizaría su carácter de recurso extraordinario para devenir una suerte de recurso ordinario que permitiría suscitar o replantear cuestiones que pudieron examinarse con plenitud a través de los recursos ordinarios procedentes, una vez transcurridos el plazo para su interposición con la consiguiente mengua de la seguridad jurídica.

Como ha señalado la STS de 9 de octubre de 2007, el recurso de revisión está concebido para remediar errores sobre los presupuestos fácticos y, desde luego, no puede promoverse como consecuencia únicamente de un *error iuris*.

2. La aplicación de esta doctrina al presente caso lleva a la conclusión de que, efectivamente, nos encontramos ante un error en los presupuestos fácticos determinantes de la resolución.

En este sentido, la resolución fue dictada sin tener en cuenta que la solicitud del interesado se refería no sólo al comercio de "productos alimentos" sino también a la actividad de "locutorio", presentando diversa documentación técnica en la que expresamente se abarcaban ambas actividades (certificado de seguridad estructural, certificado de adaptación de la instalación eléctrica y memoria técnica).

Asimismo el interesado abonó, tal como consta en el expediente, la correspondiente tasa referida a la actividad de "locutorio" y en el informe de la Sección de Ingeniería, obrante igualmente en el expediente, se señaló que la

actividad que se desarrolla en el local en el local es el comercio menor de “productos alimenticios y locutorio” .

Finalmente, la resolución por la que se estimó el recurso de reposición interpuesto contra la declaración de desistimiento y archivo del expediente hizo constar ambas actividades, requiriendo al interesado, entre otros, el abono de la correspondiente tasa, a pesar de que esta ya había sido satisfecha.

No puede, sin embargo, fundamentar la estimación del recurso el informe urbanístico emitido con ocasión de la tramitación de este recurso, dado que no tiene el carácter de documento ya obrante en el expediente, como exige la causa primera del art. 118.1 LRJAP-PAC. No obstante, ello no impide entender que se ha producido el señalado error, puesto que ya sí consta en el expediente inicialmente instruido un informe urbanístico que acredita el uso comercial de la parcela, del que el nuevo informe no es más que una reiteración.

3. La documentación obrante en el expediente tramitado para el otorgamiento de la licencia permite pues concluir que la Administración incurrió en error de hecho al omitir en la licencia otorgada la habilitación para el ejercicio de la actividad de “locutorio”, al haberse tramitado el expediente en relación con ambas actividades, tal como resulta de los propios documentos incorporados al expediente.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, estimatoria del recurso de revisión planteado, se considera conforme a Derecho.