



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 254/2016

(Sección 2ª)

La Laguna, a 5 de septiembre de 2016.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Arona en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio de la Resolución nº 5462/2001, de la Alcaldía-Presidencia, por la que se concedió licencia municipal de actividad clasificada nº (...) para un establecimiento dedicado a la actividad de Restaurante de Dos Tenedores, sito en (...), del término municipal de Arona, y, por lo tanto, de la Resolución nº 1790/2003, por la que se autorizó su puesta en funcionamiento (EXP. 245/2016 RO)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Alcalde del Ayuntamiento de Arona el 27 de junio de 2016, con fecha de entrada en este Consejo Consultivo el 14 de julio de 2016, es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de revisión de oficio de la Resolución nº 5462/2001, de la Alcaldía-Presidencia, por la que se concedió licencia municipal de actividad clasificada nº (...) para un establecimiento dedicado a la actividad de restaurante de dos tenedores, sito en (...), del t.m. de Arona, y, en consecuencia, de la Resolución nº 1790/03, por la que se autorizó su puesta en funcionamiento. Dicha licencia se transmitió a la entidad G., S.L., y, posteriormente, a la mercantil M.H., S.L.

2. La legitimación del Alcalde para solicitar el dictamen, la competencia de este Consejo para emitirlo y su preceptividad, 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 y 2, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de

* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

II

Los antecedentes que han dado origen a este procedimiento de revisión de oficio, tal y como constan en la propia Propuesta de Resolución, son los siguientes:

- Con fecha 24 de enero de 1996, P.J.D.R. presenta solicitud de licencia de apertura para ejercer la actividad de restaurante de dos tenedores, que fue denegada por Resolución de la Alcaldía-Presidencia, de 11 de diciembre de 1996, por cuanto «no cumple con las condiciones de uso y localización previstas por el planeamiento».

- El 20 de octubre de 2000, P.J.D.R. presenta nueva solicitud de licencia de apertura para un restaurante de dos tenedores sin que hayan variado las condiciones y circunstancias que determinaron su anterior denegación. El 3 de noviembre de 2000, por el Servicio de Urbanismo se emite informe desfavorable a la concesión de la licencia instada, toda vez que el establecimiento incumplía las condiciones de uso y localización previstas por el planeamiento vigente, al ubicarse en suelo clasificado por el Plan General de Ordenación Urbana de Arona como no urbanizable, zona 17, suelo no urbanizable de interés agrícola, tipo B.

Se emite informe jurídico el 13 de noviembre, por el que se propone inadmitir la instancia presentada por el interesado debido a los motivos expuestos.

- A pesar de aquellos informes, el 17 de julio de 2001 se dicta Resolución nº 5462/2001, por la Alcaldía-Presidencia, por la que se concede licencia municipal de apertura de establecimiento sito en (...), para la actividad de restaurante dos tenedores calificada como molesta por la producción de ruidos y vibraciones, así como por la emisión de humos y olores (grupo 2), condicionando su puesta en funcionamiento al cumplimiento de una serie de requisitos. Con fecha 11 de marzo de 2003, se dicta Resolución nº 1790/03, por la que se autoriza la puesta en funcionamiento de la licencia antes citada.

- Con fecha 14 de abril de 2003, la entidad mercantil G., S.L. solicita cambio de titularidad de la licencia nº (...), constanding la conformidad del titular anterior.

Se emite nuevo informe por la Oficina Técnica municipal, en fecha 23 de mayo de 2003, en el que se indica que el local no se ajusta en su totalidad a la legislación

vigente de aplicación y en consecuencia deberá calificarse la solicitud con carácter desfavorable.

Asimismo, el 23 de junio de 2003 se emite nuevo informe urbanístico, en el que se hace constar lo siguiente:

«(...) se mantienen las condiciones urbanísticas que determinaron el carácter desfavorable del informe urbanístico emitido por esta O.T.M. con fecha 03/11/00 (...).

Que NO cumple con las condiciones de uso y localización previstas por el Planeamiento vigente.

Que la instalación objeto de informe se localiza en un suelo calificado por el PGOU como suelo no urbanizable, zona 17 de interés agrícola. Tipo B), debiéndose tramitar primeramente la calificación territorial de conformidad a lo establecido en la ley.

Consecuentemente, y a la vista de lo hasta aquí expuesto, esta O.T.M. emite el presente informe con carácter DESFAVORABLE, es todo cuanto tengo que informar».

- El 29 de marzo de 2010, la entidad M.H., S.L. presenta nueva solicitud de cambio de titularidad de la licencia municipal de apertura nº (...).

III

La tramitación del procedimiento de revisión de oficio se ha realizado adecuadamente, habiéndose iniciado el mismo, a la vista del informe técnico de la Sección de Actividades, de 11 de mayo de 2016, mediante Resolución nº 3769/2016, de 6 de junio de 2016, del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Arona, respecto de la Resolución de la Alcaldía Presidencia nº 5462/01 y Resolución nº 1790/03, concediéndose plazo de audiencia de 10 días hábiles a la entidad interesada para formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que se estimen pertinentes. Tales alegaciones se presentan el 25 de junio de 2016.

El 27 de junio de 2016, se emite Propuesta de Resolución por la que se determina la nulidad de pleno derecho conforme al art. 62.1.f) LRJAP-PAC de la Resolución nº 5462/2001, de la Alcaldía-Presidencia, por la que se concedió licencia municipal de actividad clasificada nº (...) para un establecimiento dedicado a la actividad de restaurante de dos tenedores, sito en (...), del T.M. de Arona, y, consecuentemente de la Resolución nº 1790/03, por la que se autorizó la puesta en funcionamiento, la cual se transmitió a G., S.L., y, posteriormente, a M.H., S.L.

IV

1. En cuanto al fondo del asunto, como se ha señalado, fundamenta la Propuesta de Resolución la revisión de oficio en la causa de nulidad establecida en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC, que señala que «los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: f) Los actos expresos o presuntos contrarios al Ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición».

En tal sentido, la referida Propuesta contiene un razonamiento en el que se da adecuada respuesta a las alegaciones formuladas por la interesada, en los términos que siguen:

«-En primer lugar, alega lo siguiente: “Que en el año 2011 se aprueba nuevo Plan General de Ordenación para el Municipio de Arona, cuya ordenación pormenorizada de la zona donde se ubica el local y actividad, con licencia municipal de apertura nº (...). (...), y la parcela donde se ubica el local es residencial mixto, estando éste en planta baja de la edificación. Teniendo en cuenta, el tiempo que estuvo vigente dicho Plan General y la clasificación del suelo y usos pormenorizados del mismo, según planos de ordenación, y que no existe iniciación alguna, por parte del Ayuntamiento, de expediente de sanción, ni comunicación al interesado de anulación de licencia municipal, se entiende como consolidado dicho título concedido en el año 2011”.

En cuanto a la consolidación alegada, no procede, puesto que como bien establece el Decreto Legislativo 1/2000, en su artículo 44 *bis*:

“1. Las instalaciones, construcciones, edificaciones, usos y actividades existentes que al tiempo de la entrada en vigor de una nueva disposición legal o reglamentaria, incluyendo un nuevo instrumento de ordenación, que resultasen disconformes con la nueva regulación sobrevenida, quedarán desde la entrada en vigor de la nueva regulación, en alguna de las siguientes situaciones legales:

a) Situación legal de consolidación. Se aplicará esta situación a todas las instalaciones, construcciones y edificaciones, así como a los usos y actividades preexistentes que se hubieren erigido o iniciado con arreglo a los títulos y autorizaciones administrativas exigibles, en su caso, en el momento de su implantación, y que por motivos de legalidad sobrevenida, entre los que se considerarán la alteración de los parámetros urbanísticos básicos de uso o edificabilidad, resultasen disconformes, aunque no necesariamente incompatibles con las nuevas determinaciones de aplicación.

A tales efectos, se entenderá que las instalaciones, construcciones, edificaciones, usos y actividades se han consolidado cuando su establecimiento estuviera legitimado por todos los

títulos y las autorizaciones administrativas exigibles para su implantación con anterioridad a la entrada en vigor de las nuevas determinaciones.

De la misma manera, se entenderá que la nueva regulación resulta necesariamente incompatible, de imposible coexistencia, cuando su aplicación conlleve necesariamente la obtención del suelo en que se ubica la instalación, construcción y edificación, para su destino público o requiera de una actuación pública que impida la utilización de las instalaciones, construcciones y edificaciones que queden en situación de consolidación”.

En el caso que nos ocupa, la licencia municipal de apertura nº (...), se otorgó en el momento en que se encontraba en vigor el PGOU del año 1992, mismo PGOU que se encuentra en vigor actualmente. Que en el transcurso del tiempo desde que se concedió la licencia hasta la actualidad se haya aprobado un PGOU, correspondiente al año 2011, no significa que exista consolidación posible, por cuanto que la consolidación consiste en que en el momento en el que se concedió la licencia municipal, ésta se hubiera otorgado conforme a la legalidad de dicho momento, y que a causa de motivos de legalidad sobrevenida resultasen disconformes con la nueva ordenación. Pero en este caso, ni en el momento de conceder la licencia ésta se encontraba conforme a la ordenación vigente, ni en el momento actual se encuentra conforme a la ordenación, puesto que el PGOU en el momento de la concesión y actualmente es el mismo, siendo por lo tanto que sigue siendo contrario al planeamiento, por encontrarse el local en suelo clasificado por el Plan General de Ordenación Urbana de Arona como no urbanizable, zona 17, suelo no urbanizable de interés agrícola, Tipo B.

Además de lo expuesto, el PGOU del año 2011, en el que se basa el interesado en las alegaciones para entender que se ha consolidado, fue declarado nulo por Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Sentencia confirmada por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 2 de septiembre de 2015.

Por otro lado, alega el interesado el artículo 106 de la Ley 30/92, sobre los límites de la Revisión, según el cual, “las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

En este caso, no se entiende que sea de aplicación ninguno de los límites expuestos en dicho artículo, puesto que no se entiende que haya transcurrido plazo suficiente como para entender que éste actúe en contra de la revisión. De hecho, la cuestión de nulidad que se plantea no es de nuevo conocimiento en este momento, por cuanto desde el primer momento que se inició el procedimiento para la solicitud de licencia todos los informes han sido contrarios a dicha concesión, siendo de conocimiento de los interesados en cada momento que el local donde se desarrolla la actividad se encontraba clasificado como no urbanizable, zona 17, suelo no urbanizable de interés agrícola, Tipo B.

Por tanto, el transcurso del tiempo desde la concesión de la licencia hasta la actualidad no es obstáculo para proceder a la revisión de oficio.

Así bien, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2006, el significado institucional del precepto en cuestión lo aclara el Tribunal Supremo (...), al subrayar que “la revisión de los actos administrativos firmes se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta como consolidada no pueda ser alterada en el futuro. El problema que se presenta en estos supuestos es satisfacer dos intereses que son difícilmente conciliables, y la solución no puede ser otra que entender que dichos fines no tienen un valor absoluto”.

En diversos dictámenes se ha expuesto que para que el transcurso del tiempo pueda operar como límite a la revisión de oficio es necesario que vaya acompañado de otros factores o circunstancias, entre los que destaca la ausencia de manifestaciones anteriores de la Administración sobre la validez del acto impugnado posteriormente o el mantenimiento de un criterio contrario por parte de la Administración. Este criterio ha sido reconocido por la jurisprudencia, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección 7ª, de 27 de diciembre de 2006. En el caso que nos ocupa, los informes técnicos y jurídicos, desde el inicio en el año 2000, han sido desfavorables y se comunicaron en su momento a los interesados, expresando que existían motivos para denegar desde el principio la licencia municipal, pero, pese a ellos, por Decreto de la Alcaldía se decidió conceder obviando todos estos informes en contra.

Además diversos Consejos Jurídicos Consultivos han expresado: “Resulta obvio que cuando la Administración ejercite la potestad de revisión de sus propios actos no sea para infringir las leyes sino para ajustarse a ellas, anulando el acto sujeto a revisión con el fin de acomodarlo al Ordenamiento jurídico”. La Comisión, entre otros, en el dictamen 382/09, se refiere a la declaración de nulidad como instrumento para depurar el Ordenamiento jurídico infringido. La exigencia de la sujeción de la actuación de la Administración al principio de legalidad impide las intervenciones administrativas contrarias al Ordenamiento jurídico”».

2. Expuesto lo que antecede, es indudable que la licencia está viciada de nulidad en atención a lo dispuesto en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC, puesto que, tal y como señala la Propuesta de Resolución, la concesión de las licencias que ahora se revisan se produjo en contra de las determinaciones del planeamiento y a pesar de los numerosos informes contrarios a dicho otorgamiento.

Por lo tanto, las resoluciones revisadas de oficio constituyen actos expresos contrarios al Ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos de apertura y funcionamiento de la actividad de restaurante para las que se

otorgaron las licencias, cuando se carece de los requisitos esenciales para su adquisición, que son los establecidos en las normas del planeamiento vigentes en el momento del otorgamiento de las licencias.

En este sentido, se ha de recordar, ante todo, como tantas veces se ha insistido por este Consejo Consultivo, que para la aplicación de la causa de nulidad prevista en el apartado f) del art. 62.1 LRJAP-PAC se requiere que el interesado haya adquirido, en virtud del acto administrativo firme y antijurídico, facultades o derechos sin tener los requisitos que la norma vulnerada establece para su adquisición con carácter esencial. A este respecto, no basta que se produzca un acto atributivo de derechos que se adquieran en virtud del mismo y que dicho acto sea contrario al Ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos *esenciales* para su adquisición, no cualesquiera de los requisitos previstos en la normativa de aplicación, aunque los mismos sean necesarios para la adquisición del derecho.

Por ello, habrá que discernir entre requisitos necesarios y requisitos esenciales, de forma que sólo serán esenciales aquellos que constituyan presupuestos ineludibles de la estructura definitoria del acto, irreconocible sin ellos, o bien, que han de cumplirse inexorablemente para que alcance su fin la norma vulnerada.

En el presente supuesto, el sometimiento de la apertura y funcionamiento del restaurante a las licencias, y de éstas, a su vez, a la ley, es el requisito más elemental y esencial requerido para el otorgamiento de aquéllas, lo que no ha ocurrido en este caso.

Constan en el expediente que se nos remite numerosos informes, emitidos tanto con ocasión de la solicitud de licencia de apertura y funcionamiento, como de las posteriores transmisiones de la titularidad de la misma, que ponen de manifiesto que el establecimiento incumplía las condiciones de uso y localización previstas por el planeamiento vigente al ubicarse en suelo clasificado por el Plan General de Ordenación Urbana de Arona como no urbanizable, zona 17, suelo no urbanizable de interés agrícola, tipo B.

Asimismo, el parámetro de legalidad que debe ser tomado en consideración es el existente en el momento de la concesión de la licencia, esto es, el PGOU de 1992, no el de 2011, amén de que aquél fue anulado por sentencia.

3. Por otra parte, tampoco es aplicable el límite del art. 106 LRJAP-PAC a las facultades revisoras de la Administración.

Debe recordarse a tal efecto que estos límites deben interpretarse restrictivamente, a fin de impedir que se conviertan en un «portillo de escape a las consecuencias de la nulidad» (STS de 23 de enero de 2009 y DCE 245/2010, de 12 de mayo), lo que obliga a ponderar caso por caso su aplicación. En el presente, no cabe duda de que no procede la aplicación de los mismos, pues a lo largo de los procedimientos de la concesión de licencia de apertura, funcionamiento y cambios de titularidad no solo nos encontramos con reiterados informes desfavorables, pese a los cuales se otorgó licencia de apertura y funcionamiento contraria al planeamiento, sino que, además, tanto mediante informe de 18 de enero de 2004, como mediante informe de 29 de abril de 2010, se propuso la procedencia del inicio de expediente de revisión de oficio que ahora se tramita.

Esta clara disconformidad por parte de la Administración da cuenta de la ausencia de fundamento para la aplicación del art. 106 LRJAP-PAC, que es la protección de la seguridad jurídica frente a la legalidad. Pero es que, además y a mayor abundamiento, constan en el año 2000 alegaciones de vecinos afectados por los ruidos y malos olores derivados del restaurante, por lo que, en todo caso, la revisión instada beneficia ahora a terceros de buena fe.

El art. 106 LRJAP-PAC establece límites a la facultad revisora de la Administración. En tal sentido, el Tribunal Supremo ha señalado, desde su Sentencia de 7 de junio de 1982 (en relación con el art. 106, antes 112), que «(...) al anular un acto administrativo declarativo de derechos, o favorable, entran en conflicto los principios básicos de todo Ordenamiento Jurídico, el de seguridad jurídica y el de legalidad, exigiendo el primero que se ponga un límite a las facultades de revisión de oficio y consiguientes impugnaciones de actos o disposiciones administrativas amparadas por la presunción de legitimidad y cuando se llega a este límite hay que dar eficacia y consagrar la situación existente, principio de seguridad que tiene un valor sustantivo y puede ser alegado y opuesto por las partes litigantes y estimado incluso de oficio puede ser motivo de desestimación de la demanda (...)».

Así pues, como se ha argumentado, en el presente caso la revisión de oficio no conculca la confianza legítima ni la buena fe, por lo que prevalece la protección de la legalidad.

No obstante, tal y como se señala en el informe de 29 de abril de 2010, en el que ya se proponía la revisión de oficio hoy instada, debe contemplarse asimismo el eventual derecho indemnizatorio que proceda, pues si bien la interesada era conocedora de los informes desfavorables, lo cierto es que en todo caso se otorgaron

las licencias a su favor; y resulta ahora que es esta misma Administración la que procede a su anulación por las mismas causas que se habían esgrimido en los informes previos, justamente para que no se concedieran.

C O N C L U S I Ó N

De acuerdo con la argumentación que se expone en el Fundamento IV, este Consejo Consultivo dictamina favorablemente la Propuesta de Resolución por la que se declara la nulidad de la Resolución nº 5462/2001, de la Alcaldía-Presidencia, por la que se concedió licencia municipal de actividad clasificada nº (...) para un establecimiento dedicado a la actividad de restaurante de dos tenedores, sito en (...), del T.M. de Arona, y, consecuentemente, de la Resolución nº 1790/03, por la que se autorizó su puesta en funcionamiento (licencia que fue transmitida a la mercantil G., S.L., y, con posterioridad, a la entidad M.H., S.L.), culminatoria del expediente de revisión de oficio sometido a nuestra consideración.