



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N   4 3 8 / 2 0 1 6

### (Sección 1ª)

La Laguna, a 27 de diciembre de 2016.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Consejera de Turismo, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias en relación con la ***Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio nº 6/2016, de la Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias nº 776, de fecha 3 de diciembre de 2015, recaída en el expediente de dispensa nº 2015/0911/243 (EXP. 430/2016 RO)\*.***

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

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Consejera de Turismo, Cultura y Deportes, 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 6/16, de la Resolución de la Viceconsejería de Turismo nº 776, de fecha 3 de diciembre de 2015, recaída en el expediente de dispensa número 2015/0911/243».

2. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación de la citada Consejera como titular del Departamento competente en la materia para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 16 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 106.1, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), de aplicación conforme señala la disposición transitoria tercera, b, al haberse iniciado en fecha 5 de octubre de 2016, esto es, tras la entrada en vigor de la citada Ley.

---

\* Ponente: Sr. Brito González.

## II

1. Los antecedentes más destacados, tal como resulta del expediente remitido a este Consejo y recoge la Propuesta de Resolución son los siguientes:

- El 30 de julio de 2015, el interesado, M.H.G., presenta en la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística de la Viceconsejería de Turismo, solicitud de dispensa de los requisitos exigidos en los apartados a) y b) del art. 8.2 del Decreto 90/2010, de 22 de julio, por el que se regula la actividad turística de restauración y los establecimientos donde se desarrolla (RATR), para que se le dispensara de que el establecimiento cuya explotación se proponía iniciar cumpliera con tales requisitos. Esta solicitud de dispensa la hacía coincidir el interesado con la declaración responsable de inicio de actividad (art. 17.2 RATR).

- El 5 de noviembre de 2015, se emite informe técnico desfavorable a la dispensa solicitada.

- El 2 de diciembre de 2015, se emite informe-propuesta de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística en el que, si bien se muestra conformidad con el informe técnico desfavorable a la concesión de la dispensa solicitada, sin embargo, al haber expirado el plazo de dos meses para resolver la solicitud de dispensa el 30 de septiembre de 2015 sin que se hubiera dictado resolución expresa, de acuerdo con el art. 17.4 RATR, el sentido del silencio administrativo ha de ser estimatorio.

- El 3 de diciembre de 2015, por Resolución del Viceconsejero de Turismo del Gobierno de Canarias núm. 776, de fecha 3 de diciembre de 2015, se estima, por silencio administrativo al haber transcurrido el plazo máximo para dictar y notificar la Resolución, la solicitud de dispensa del cumplimiento de las condiciones o requisitos mínimos previstos en las letras a) y b) del art. 8.2 RATR, instada por el interesado para el Restaurante sito en (...), relativas a «disponer de aseos en perfecto estado de funcionamiento, limpieza y salubridad, para señoras y caballeros, con agua corriente, que dispongan como mínimo de lavabos e inodoros en proporción siguiente: hasta 50 plazas: 1 lavabo + 1 inodoro para caballeros y 1 lavabo + 1 inodoro para señoras» y a «contar, además, con un aseo para el personal, independiente de los de las personas usuarias de los establecimientos que disponga, como mínimo, de lavabo e inodoro».

- El 6 de mayo de 2016 se emite informe por el Servicio de Ordenación Turística de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística, Viceconsejería de Turismo, instando la revisión de oficio de la citada Resolución núm. 776, de fecha 3

de diciembre de 2015, de estimación por silencio administrativo de la dispensa solicitada, por incurrir en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el art. 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

- Mediante la Resolución nº 129, de 15 de junio de 2016, de la citada Secretaría General se inició el procedimiento de revisión de oficio núm. 2/2016, de la mencionada Resolución núm. 776. Asimismo, se acordó dar trámite de audiencia al interesado por plazo de diez días sin que el interesado haya presentado alegaciones ni documentos o justificantes que se pudieran estimar pertinentes.

- El 2 de septiembre de 2016, se emite Propuesta de Resolución por el órgano instructor del procedimiento, de nulidad de pleno derecho de la indicada Resolución del Viceconsejero de Turismo nº 776, de fecha 3 de diciembre de 2015, por incurrir en la causa de nulidad de pleno derecho del art. 62.1.f) LRJAP-PAC.

- En la misma fecha se solicita informe del Servicio Jurídico, de acuerdo con el art. 20.e) del Decreto 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias. Por lo que en fecha 14 de septiembre es emitido con carácter favorable de la citada Propuesta de Resolución, sin embargo, indica la caducidad del mismo al haber transcurrido tres meses desde que se inició el procedimiento de revisión de oficio, de conformidad con el art. 102.5 LRJAP-PAC.

- En consecuencia, mediante Resolución nº 206 de 5 de octubre de 2016, de la citada Secretaría General Técnica, vigente ya la LPACAP, se declara la caducidad del procedimiento de revisión de oficio nº 2/2016, y se acuerda el inicio de un nuevo procedimiento de revisión de oficio, seguido con el nº 6/2016, de la Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias nº 776, de 3 de diciembre de 2015, por incurrir en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el art. 47.1.f) LPACAP. Asimismo, tal Resolución fue notificada al interesado concediéndose el trámite de vista y audiencia del expediente por un plazo de diez días, sin que se haya formulado alegación alguna al respecto.

**2.** En la tramitación del expediente no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que obstan un Dictamen de fondo.

### III

1. La Propuesta de Resolución se dirige a declarar la nulidad de pleno Derecho de la Resolución de la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias núm. 776, de fecha 3 de diciembre de 2015, recaída en el expediente de dispensa nº 2015/0911/243, por la que se estima, por silencio administrativo, la solicitud de dispensa del cumplimiento de las condiciones o requisitos mínimos previstos en las letras a) y b) del art. 8.2 RATR por incurrir en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el art. 47.1,f) LPACAP.

Se fundamenta esta Propuesta de Resolución en que «(...) el requisito constitutivo de la estructura definitoria del acto de dispensa, determinante para la concesión de la misma (...) no se encuentra comprendido en ninguno de los supuestos contemplados en el art. 17 del citado Decreto 90/2010 (...) y aún siendo la valoración técnica desfavorable se vino a producir el nacimiento de un derecho a favor de M.H.G., la dispensa de los requisitos contemplados en las letras a) y b) del apartado 2 del art. 8 del citado Decreto 90/2010 (...) por el transcurso de plazo de dos meses computados desde la fecha de presentación de su solicitud sin haberse emitido resolución expresa dictada y notificada, con la salvedad de que, aún habiéndose solicitado la dispensa del requisito contemplado en la letra a) apartado 2 del art. 8 (...), no procedía la solicitud de la dispensa del indicado requisito a la vista del informe técnico de fecha 5 de noviembre de 2015 en el que se hace constar que, a la vista de la solicitud de dispensa del requisito mínimo previsto en la letra a) del art. 8.2 (...) “de la lectura de la documentación técnica aportada se desprende que el establecimiento cuenta con un aforo total de 47 personas y el mismo dispone de dos aseos dotados de inodoro y lavabo cada uno de ellos, con lo cual se considera que no procede la solicitud de dispensa de la presente condición”. Por lo que el único derecho que se entiende adquirido por el interesado es el de la dispensa del requisito contemplado en la letra b) del apartado 2 del art. 8 (...) consistente en contar, además, con un aseo para el personal, independiente de los de las personas usuarias de los establecimiento que disponga, como mínimo, de lavabo e inodoro (...)».

2. En cuanto a la normativa aplicable, 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. Concretamente, el art. 50 LOT, sobre la actividad de restauración, 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 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 variar la proporción de inodoros y de lavabos en función del número de plazas del local.

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 RATR, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantenerlos durante el tiempo que desarrolle la actividad. A su vez, el art. 17 RATR permite que la Administración autonómica dispense la observancia de las condiciones mínimas previstas en el apartado 2 de las letras a) y b) del art. 8 RATR.

## IV

**1.** En el procedimiento de revisión de oficio regulado en los arts. 106 y ss. LPACAP, la potestad de revisión de oficio supone una facultad excepcional que se otorga a la Administración para revisar los actos administrativos que pudieran adolecer de vicios especialmente graves que pudieran generar la declaración de nulidad de los mismos.

El carácter restrictivo con el que se debe afrontar la figura de la revisión de oficio de una determinada actuación administrativa implica que sólo procede declarar la nulidad cuando resulte acreditada de forma indubitada la concurrencia de alguna de las causas taxativas de nulidad previstas en el art. 47.1 LPACAP.

**2.** Conforme a lo expuesto procede examinar si la Resolución nº 776, de 3 de diciembre de 2015 incurre en la causa de nulidad consistente en atribuir un derecho a una persona sin que concurran los requisitos esenciales para su adquisición [art. 47.1, f) LPACAP].

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. 48 LPACAP). La Administración, cuando estos actos anublen son declarativos de derechos, puede pretender su anulación judicial si concurren los requisitos del art. 107 LPACAP. Únicamente si el acto declarativo de derechos incurre en alguno de los graves vicios tipificados en el art. 47.1 LPACAP, la Administración podrá declarar nulo por sí misma a través del procedimiento de revisión de oficio (art. 106.1 LPACAP).

El art. 47.1,f) LPACAP no considera suficiente la carencia de cualquier requisito, sino que exige que éste ha de ser esencial. Con esta exigencia 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 acorde con el resto de los supuestos de nulidad del art. 47.1 LPACAP, 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. 48.1 LPACAP).

El texto del art. 47.1,f) LPACAP 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. 47.1 LPACAP 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. 47.1,f) LPACAP 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.

Así, sobre la causa de nulidad alegada, en nuestro Dictamen 160/2011 señalamos que:

«La apreciación de la causa de nulidad prevista en el citado artículo requiere, como ha señalado este Consejo (Dictámenes 96/1999, 66/2006, 158/2007, 469/2010, entre otros) así como el Consejo de Estado (Dictámenes 2.133/96, 6/97, 1.494/97, 1.195/98, 3.491/99, 2.347/2000, 2.817/2000, 1.381/2001, entre otros), no sólo que se produzca un acto atributivo de derechos que se adquieren en virtud del mismo y que dicho acto sea contrario al ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales para su adquisición. Por lo tanto y en relación con esta última condición, no bastará con que el acto incumpla cualquiera de los requisitos previstos en la normativa de aplicación, aunque los mismos se exijan para la validez del acto que determina la adquisición del derecho, sino que resulta preciso distinguir entre “requisitos necesarios” y “requisitos esenciales”, de tal forma que no todos los que puedan ser considerados como necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merecen el calificativo de “esenciales” (DDCE 2.454/94, 5.577 y 5.796/97, 1.530/02, 741/04, entre otros), que sólo revestirán tal carácter cuando constituyan los presupuestos inherentes a la estructura definitoria del acto (DCE 351/96, 5.796/97 y 2.347/2000, entre otros).

Se ha abundado además en estos Dictámenes en la consideración de que se ha de efectuar una interpretación restrictiva de este supuesto de nulidad. En efecto, el concepto de requisitos esenciales que constituye el núcleo de esta causa de nulidad debe restringirse a aquellas condiciones que constituyen presupuesto indispensable para la adquisición del derecho o facultad de que se trate, pues cualquier otra exégesis más amplia acabaría por desnaturalizar el carácter radical del motivo anulatorio en cuestión, en la medida en que permitiría incluir en su ratio cualquier infracción normativa, vaciando así de contenido un gran número de supuestos de simple anulabilidad a tenor del art. 63.2 de la LRJAP-PAC. Ello supondría un grave riesgo para la seguridad jurídica, teniendo en cuenta las diversas consecuencias que llevan aparejadas una y otra categorías de invalidez, dado que permanecerían claudicantes, en virtud de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, situaciones jurídicas cuya revisión no debe admitirse más allá del plazo cuatrienal que dispone el art. 103 LRJAP-PAC para la revisión de actos anulables (DCE nº 1.393/98). Sólo podrán considerarse esenciales aquellos requisitos cuya concurrencia sea imprescindible para la configuración del derecho en cuestión. Tales condiciones han de venir definidas de manera conforme a la Ley y su infracción afectar de modo grave tanto a la estructura esencial del acto administrativo como al precepto legal vulnerado (DCE nº 842/96)».

**3.** En el presente caso el interesado solicitó la dispensa de la condición de que el restaurante tuviera aseos en perfecto estado de funcionamiento, limpieza y salubridad, para señoras y caballeros, con agua corriente, que dispongan como mínimo de lavabos e inodoros, en las proporciones siguientes: hasta 50 plazas: 2 lavabos + 1 inodoro para caballeros y 1 lavabo + 1 inodoro para señoras; también la dispensa referida solo a restaurantes que deberán contar además, con un aseo para el personal, independiente de los de las personas usuarias de los establecimientos, que disponga, como mínimo, de lavabo e inodoro [art. 8.2.a) y b) RATR], dispensa que obtuvo por silencio administrativo positivo por el transcurso del tiempo para resolver expresamente, como la Resolución nº 776 vino a confirmar.

No obstante, de acuerdo con la Propuesta de Resolución, en el presente caso en relación con la dispensa solicitada del art. 8.2, a) RATR, el interesado cumplía con la condición mínima referida al contar el establecimiento con un aforo de 47 personas y disponer de dos aseos, uno de señoras y otro de caballeros, dotados de inodoro y lavabo cada uno de ellos, por lo que, evidentemente, no procedía por ello la solicitud de dispensa de la letra a) apartado 2 del art. 8 RATR ni, consecuentemente, su estimación por silencio.

En consecuencia, la nulidad que se pretende en la Propuesta de Resolución sometida a Dictamen se ceñiría exclusivamente a la amparada en el art. 8.2, b) RATR, requisito concerniente al aseo del personal del establecimiento, independiente de las personas usuarias de los establecimientos, que disponga, como mínimo, de lavabo e inodoro.

**4.** Tal como señalamos en el Dictamen 216/2013, de 12 de junio, sobre un asunto sobre la misma materia, 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 «por su distribución o falta de espacio, no puedan adaptarse a las citadas condiciones o requisitos mínimos; por razones o impedimentos técnicos, no sea posible ejecutar obras para adecuarlos a las citadas condiciones o requisitos mínimos. En ambos supuestos, se deberá valorar conjuntamente tanto las instalaciones, como los servicios o mejoras introducidos, con la finalidad de compensar las posibles deficiencias o incumplimientos» (art. 17.1 RATR), es obvio que no son requisitos realmente inherentes que le otorguen su configuración propia al desarrollo de la actividad. Su ausencia, por tanto, 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.

5. Sin embargo, el informe del Servicio de la Dirección General de Promoción Turística considera que la Resolución 776/2015 incurre en la causa de nulidad señalada por haberse adquirido un derecho (la obtención de dispensa) careciéndose de los requisitos esenciales para su adquisición (los previstos en el art. 17.1 RATR). La anterior consideración, que en modo alguno desvirtúa lo señalado por este Consejo en el apartado anterior, obvia que el citado artículo habla de «supuestos» (no requisitos) en los que se pueden dispensar las «condiciones o requisitos mínimos» previstos en el art. 8.2, a) y b). Lo importante es que no estamos ante un requisito esencial, que es el que realmente justificaría la procedencia de la nulidad instada por la Administración a través del procedimiento de revisión de oficio.

## CONCLUSIÓN

La Resolución nº 776, de 3 de diciembre de 2015, de la Viceconsejería de Turismo, no incurre en el supuesto de nulidad del artículo 47.1,f) LPACAP, por lo que se dictamina desfavorablemente la declaración de nulidad del Acuerdo.