



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 2 3 / 2 0 1 7

(Sección 2ª)

La Laguna, a 24 de enero de 2017.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Turismo, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio del acto presunto estimatorio, por silencio administrativo, recaído en expediente de dispensa de cumplimiento de alguna de las condiciones o requisitos mínimos previstos en la letra a) 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, modificado por Decreto 29/2013, de 31 de enero, solicitada por (...) el 26 de noviembre de 2015 para el Restaurante denominado (...), en Santa Cruz de La Palma (EXP. 466/2016 RO)\*.*

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

### I

1. El objeto del presente Dictamen es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de revisión de oficio del acto presunto estimatorio, por silencio administrativo, recaído en expediente de dispensa de cumplimiento de alguna de las condiciones o requisitos mínimos previstos en la letra a) 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, modificado por Decreto 29/2013, de 31 de enero, solicitada por (...) el 26 de noviembre de 2015 para el Restaurante denominado (...), en Santa Cruz de La Palma.

2. La preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo para emitirlo y la legitimación de la Sra. Consejera de Turismo, Cultura y Deportes para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D, b) y 12 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, en relación con el art. 106.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

---

\* Ponente: Sr. Belda Quintana.

(LPACAP), ley aplicable al caso por haberse iniciado el procedimiento de revisión de oficio tras su entrada en vigor, sin perjuicio de que se inició un primer procedimiento de revisión de oficio bajo la vigencia de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), cuya caducidad fue declarada posteriormente al haber transcurrido más de tres meses sin resolverse el mismo.

3. En la tramitación del expediente no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que impidan entrar en el fondo del asunto, habiéndose realizado las siguientes actuaciones:

- 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 del acto presunto recaído en el expediente de dispensa nº 2015/0911/284, al haber operado el silencio administrativo positivo, ya que:

«El día 3 de diciembre de 2015 tiene entrada en este Departamento solicitud de (...) para la concesión de la dispensa de los requisitos previstos en el apartado a) del artículo 8.2 del Decreto 90/2010 para el Restaurante (...), sin que se haya dictado y notificado hasta la fecha Resolución expresa por lo que ha operado el silencio administrativo en sentido positivo de acuerdo con lo previsto en el artículo 43.3 a) de la ley 30/1992. No obstante, según informe emitido el 14 de diciembre de 2015 se considera que el establecimiento cuenta con espacio suficiente para poder incorporar las piezas sanitarias requeridas y además no se aportan razones o impedimentos técnicos por los cuales no se pueda adaptar el local para la incorporación de las mismas, por lo que el acto presunto estimatorio incurre en vicio de nulidad previsto en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992 por haberse adquirido un derecho (la obtención de dispensa) careciéndose de los requisitos esenciales para su adquisición (los previstos en el artículo 17.1 del Decreto 90/2010)».

- Mediante Resolución número 133, de 22 de junio de 2016, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Turismo, Cultura y Deportes, se inicia procedimiento de revisión de oficio, de acto presunto estimatorio, por silencio administrativo, de la solicitud de dispensa del cumplimiento de las condiciones o requisitos mínimos previstos en la letra a) 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, instada por (...), para su establecimiento turístico de restauración, por incurrir la misma en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el art. 62.1.f) de la LRJAP-PAC. Asimismo, se acordó dar trámite de audiencia a la interesada, siendo notificada el 27 de junio de 2016.

- En trámite de audiencia, la interesada mediante escrito de 29 de junio de 2016, viene a poner de manifiesto:

«En fecha 05/02/16 presenté en el Servicio de Turismo del Cabildo Insular de La Palma escrito en el que hacía constar que la capacidad del restaurante sería de 50 plazas y no de 100 como había solicitado en mi dispensa. Octavo un documento acreditativo de inscripción en el Registro General de Turismo de la misma fecha, en el que figura la capacidad que le corresponde a mi establecimiento por el n° de aseos, es decir, 50 plazas».

Efectivamente, se adjunta a este escrito, copia de escrito de fecha 5 de febrero de 2016, presentado por la interesada ante el Cabildo Insular de La Palma, comunicando: «Que al no autorizarme la Consejería de Turismo del Gobierno de Canarias a modificar el n° de plazas de mi establecimiento pasando a 100, sino que su capacidad es la de 50 plazas, la distribución de las mismas será la siguiente: 20 en local, es decir 5 mesas con 4 sillas; en terraza serán 30 plazas, 7 mesas con 4 sillas y 1 mesa con 2 sillas».

- El 2 de septiembre de 2016 se emite Propuesta de Resolución por el órgano instructor del procedimiento, de nulidad de pleno derecho de acto presunto estimatorio, por silencio administrativo, recaído en el expediente de dispensa n° 2015/0911/284, por incurrir en la causa de nulidad de pleno del art. 62.1.f) LRJAP-PAC.

- Por medio de oficio emitido por la Secretaría General Técnica del Departamento con igual fecha, 2 de septiembre de 2016, fue solicitado informe del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, que es emitido el 14 de septiembre de 2016 siendo favorable a la citada Propuesta de Resolución, si bien se advierte que conforme al art. 102.5 de la citada LRJAP-PAC, el transcurso del plazo de tres meses desde el inicio del procedimiento de revisión sin haberse dictado resolución, producirá la caducidad del mismo.

- Mediante Resolución de la Secretaría General Técnica del Departamento, de 5 de octubre de 2016, registrada en el correspondiente libro de resoluciones el 6 de octubre 2016, número 207, vino a declararse la caducidad del procedimiento de revisión por haber transcurrido el plazo de tres meses, acordándose el inicio de un nuevo procedimiento de revisión de oficio con el mismo objeto y causa que el anterior. Si bien, en este momento resulta aplicable ya la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, incurriendo el acto presunto en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el

art. 47.1.f) de esta Ley (coincidente con el art. 62.1.f) LRJAP-PAC). Tal Resolución fue notificada a la interesada, el 19 de octubre de 2016, concediéndose trámite de audiencia, sin que conste la presentación de alegaciones.

## II

Constan como antecedentes del procedimiento que nos ocupa los siguientes:

- Mediante escrito presentado el 26 de noviembre de 2015 ante el Cabildo de La Palma, desde donde se remite a la Consejería de Turismo, Cultura y Deportes, con registro de entrada en ésta el 3 de diciembre de 2015, (...) solicita, respecto de la actividad turística de restauración, Restaurante (...), sito (...), Santa Cruz de La Palma, dispensa del requisito exigido en el apartado a) 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.

- El 14 de diciembre de 2015 fue emitido informe técnico por la Arquitecta del Servido de Ordenación Turística de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística de la Viceconsejería de Turismo, en el que se hizo constar que, a la vista de la solicitud de dispensa del requisito mínimo previsto en la letra a) del art. 8.2 del citado Decreto 90/2010, de 22 de julio, por el que se regula la actividad turística de restauración y los establecimientos donde se desarrolla, consistente en: *“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 la proporción siguiente: de 51 a 100 plazas: 2 lavabos + 2 inodoros para caballeros y 2 lavabos + 2 inodoros para señoras”,* el establecimiento *“se considera que cuenta con espacio suficiente para poder incorporar las piezas sanitarias requeridas y no se aportan razones o impedimentos técnicos por los cuales no se pueda adaptar el local para la incorporación de las piezas sanitarias”.*

- A la vista del citado informe técnico, el 16 de diciembre de 2015 se emite informe por parte de la titular del Servicio de Ordenación Turística de la referida Dirección General, de denegación de la dispensa solicitada en los términos del indicado informe técnico, confiriéndose a la interesada trámite de audiencia, mediante oficio del indicado Servicio de 17 de diciembre de 2015, pero sin que conste practicada la notificación del mismo.

- No consta en el expediente acto administrativo expreso emitido por órgano competente, recaído en el expediente 2015/0911/284, de resolución de la solicitud de dispensa.

### III

1. En la resolución de inicio de la revisión de oficio, se señala como causa de nulidad la recogida en el art. art. 47.1.f) de la LPACAP (coincidente con el art. 62.1.f) LRJAP-PAC), relativo al supuesto de actos que atribuyen facultades o derechos sin que concurran los requisitos esenciales para su adquisición.

2. Ciertamente, como tantas veces se ha señalado por este Consejo Consultivo, ha de advertirse, ante todo, que la revisión de oficio es un recurso extraordinario contra actos firmes en vía administrativa, en cuya aplicación se ha de ser riguroso por implicar un conflicto entre dos principios generales del derecho: el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. Por ello, debe ceñirse la revisión de oficio a las causas tasadas del art. 47.1.f) LPACAP, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva, sin que sea ésta una vía de impugnación de actos anulables.

En este sentido, en el caso que nos ocupa, 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. 47.1 LPACAP 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.

Así pues, 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 de discernirse 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.

Así, en este caso, la interesada adquirió el derecho por un acto presunto, consistente en la obtención de dispensa, careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición, a tenor de lo dispuesto en el art. 17.1 del Decreto 90/2010, de 22 de julio, por el que se regula la actividad turística de restauración y los

establecimientos donde se desarrolla, modificado por el Decreto 29/2013, de 31 de enero, el órgano competente, que establece:

«(...) se podrá dispensar con carácter excepcional y de manera justificada, el cumplimiento de las condiciones o requisitos mínimos previstos en los apanados 2.a) y b) del artículo 8 de este decreto, que se encuentren en alguno de estos dos supuestos:

a) Cuando los establecimientos se ubiquen en locales o inmuebles que por su distribución o falta de espacio, no puedan adaptarse a las citadas condiciones o requisitos mínimos.

b) Cuando los establecimientos se ubiquen en locales o inmuebles, en los cuales, por razones o impedimentos técnicos, no sea posible ejecutar obras para adecuarlos a las citadas condiciones o requisitos mínimos.

En ambos supuestos, se deberán valorar conjuntamente tanto las instalaciones, como los servicios o mejoras introducidos, con la finalidad de compensar las posibles deficiencias o incumplimiento».

En el caso que nos ocupa, (...) solicitó, el 26 de noviembre de 2015 (ante el Cabildo de La Palma, que remite el escrito de solicitud a la Consejería competente el 3 de diciembre de 2015), respecto de la actividad turística de restauración, Restaurante (...), sito (...), Santa Cruz de La Palma, dispensa del requisito exigido en la letra a) del apartado 2 del art. 8 del Decreto 90/2010, de 22 de julio, por el que se regula la actividad turística de restauración y los establecimientos donde se desarrolla, en el cual se regulan las condiciones y requisitos mínimos de seguridad y protección medioambiental, así como de los servicios higiénicos, que deben cumplir los establecimientos de restauración. Entre éstos se exige, en la letra a) del apartado 2, del citado art. 8 que «Los establecimientos de restauración deberán contar con aseos en perfecto estado de funcionamiento, limpieza y salubridad para señoras y caballeros, con agua corriente, que disponga como mínimo de lavabos e inodoros, en las proporciones siguientes (...)».

Entre las proporciones reguladas en el referido art. 8.2.a), la dispensa solicitada por (...) vino a ser la correspondiente al número de plazas que oscila entre 51 a 100, respecto de las cuales se exigen: 2 lavabos + 2 inodoros para caballeros y 2 lavabos + 2 inodoros para señoras.

Pues bien, el 14 de diciembre de 2015 se emitió informe técnico por la Arquitecta del Servicio de Ordenación Turística de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística de la Viceconsejería de Turismo, haciendo constar que no se cumplía con uno de los requisitos esenciales para la dispensa, pues «se considera que cuenta con espacio suficiente para poder incorporar las piezas

sanitarias requeridas» y «no se aportan razones o impedimentos técnicos por los cuales no se pueda adaptar el local para la incorporación de las piezas sanitarias», lo que se acogió por el informe de 16 de diciembre de 2015 de la titular del Servicio de Ordenación Turística de la referida Dirección General, de denegación de la dispensa solicitada en los términos del indicado informe técnico.

Transcurrido el plazo legalmente establecido para la resolución del expediente, sin haberse dictado y notificado resolución expresa, se entendió conferido el derecho a la dispensa solicitada, por silencio positivo, de acuerdo con lo previsto en el art. 43.3 a) LRJAP-PAC, contra el cual ahora se insta revisión de oficio, pues, presentada la solicitud ante la Consejería el 3 de diciembre de 2015 (no obstante, habría de entenderse la fecha de inicio de la presentación en cualquier registro público, así, la fecha del *dies a quo* sería el 26 de noviembre de 2015, pues en tal fecha se presentó ante el Cabildo), se entendió estimada el 3 de febrero de 2016, por silencio administrativo, ya que el apartado 4 del art. 17 del Decreto 90/2010, de 22 de julio, establece que: «Se entenderá estimada la solicitud, si dicha resolución no fuera dictada y notificada en el plazo máximo de dos meses computados desde que la solicitud hubiese tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación», estimación que dio lugar al acto presunto por el que la interesada adquirió una dispensa sin reunir los requisitos para ello.

Ciertamente, dado lo antes señalado, y a la vista de los informes en los que se constata el incumplimiento de los requisitos esenciales establecidos en el art. 17.1 del Decreto 90/2010, que exceptúa excepcionalmente el cumplimiento de las condiciones o requisitos mínimos establecidos con carácter general en el art. 8.2 a) y b) del citado Decreto cuando se cumplan determinados supuestos, en los que no incurre el local de la interesada, no debió aquélla adquirir por silencio la dispensa, suponiendo tal adquisición un acto nulo ex art. 47.1.f) LPACAP.

Ahora bien, debe aclararse que nos hallamos ante un procedimiento, el de revisión de oficio, puramente depuratorio del sistema sin eficacia real alguna, pues, tal y como se ha señalado en los antecedentes del expediente, antes de haberse iniciado el presente procedimiento, el 5 de febrero de 2016, se había presentado escrito por la interesada ante el Cabildo Insular de La Palma, adjuntado en las alegaciones del presente expediente, comunicando la modificación del número de plazas del establecimiento, pasando de 100 a 50, inscribiéndose dicha modificación consistente en una reducción de plazas en el Registro General Turístico, lo que

vendrá a determinar que para establecimientos de hasta 50 plazas, los servicios higiénicos exigidos sean los de: 1 lavabo + 1 inodoro para caballeros y 1 lavabo + 1 inodoro para señoras.

Así pues, si bien a la fecha de la producción del acto estimatorio presunto, 3 de febrero de 2016 (o 26 de enero de 2016) el establecimiento contaba con una capacidad de 100 plazas, de ahí que la dispensa lo fuera para 2 lavabos + 2 inodoros para caballeros y 2 lavabos + 2 inodoros para señoras, obteniéndose dicha dispensa sin que se diera ninguno de los requisitos contemplados en las letras a) y b) del apartado 1 del art. 17 del Decreto 90/2010, es lo cierto que a la fecha de inicio del procedimiento de revisión de oficio decae su sentido, pues el establecimiento, al no superar las 50 plazas no requiere del requisito cuya dispensa se pretendía.

Así, se justifica como depurativo del sistema el presente procedimiento, concluyendo a tal efecto la Propuesta de Resolución que:

«aun cuando la capacidad del establecimiento se ha reducido, en el momento de solicitar la dispensa y concederse la misma por silencio administrativo, eran exigidos unos servicios higiénicos acordes con la capacidad del alojamiento y, cuya dispensa, se obtuvo pese a no darse ninguno de los supuestos contemplados en el ya señalado apartado 1 del artículo 17 del Decreto 90/2010, de 22 de julio, para la concesión de dispensa.

Conforme a lo expuesto se propone que por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Turismo, Cultura y Deportes se dicte Resolución por la que se declare la nulidad de pleno derecho del acto presunto estimatorio recaído en el expediente de dispensa número 2015/0911/284, de la solicitud de dispensa del cumplimiento de las condiciones o requisitos mínimos previstos en la letra a) del artículo 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, instada por (...), para el Restaurante denominado (...), sito (...), Santa Cruz de La Palma, por incurrir en la causas de nulidad de pleno derecho prevista en el art. 47.1.f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas».

Por todo ello, se considera que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.

## C O N C L U S I Ó N

Se dictamina favorablemente la declaración de nulidad del acto presunto estimatorio, por silencio administrativo, recaído en expediente de dispensa de cumplimiento de alguna de las condiciones o requisitos mínimos previstos en la letra

a) del art. 8.2 del Decreto 90/2010, de 22 de julio, solicitada por (...) para el Restaurante denominado (...), situado en Santa Cruz de La Palma.