



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 6 / 2 0 1 7

(Sección 1ª)

La Laguna, a 26 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 Orden resolutoria del procedimiento de revisión de oficio nº 8/2016, de la Resolución de la Viceconsejería de Turismo, de fecha 3 de diciembre de 2015, recaída en el expediente de dispensa nº 2015/0911/244 (EXP. 465/2016 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado la Sra. Consejera de Turismo, Cultura y Deportes, es la Propuesta de Resolución por la que se resuelve el Procedimiento de Revisión de Oficio de la Resolución de la Viceconsejería de Turismo de 3 de diciembre de 2015, recaída en el expediente de dispensa nº 2015/0911/244.

2. La legitimación de la Consejera para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los artículos 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. 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

De conformidad con lo previsto en ese precepto y en garantía de los principios de legalidad y seguridad jurídica, se precisa que el dictamen de este Consejo sea favorable a la declaración pretendida.

3. El art. 29 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, dispone que corresponde a los Consejeros incoar y resolver los expedientes de revisión de oficio de los actos del propio Departamento [apartado g)]. Sin embargo, de conformidad con lo establecido en la

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

Orden de 7 de septiembre de 2015, de la Consejería de Turismo, Cultura y Deportes, se delega en la Secretaría General Técnica del Departamento la competencia para iniciar y resolver los procedimientos de revisión de oficio.

4. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades que impidan un dictamen sobre el fondo.

II

De la documentación obrante en el expediente remitido a este Consejo resulta que:

- Mediante solicitud formulada por (...), dirigida a la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística de la Viceconsejería de Turismo, vino a solicitarse, respecto de la actividad turística de restauración, dispensa del requisito exigido 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, para el restaurante denominado (...), sito en (...).

- Con fecha 30 de noviembre de 2015, se emite informe del Servicio de Ordenación Turística de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística, en el que tras exponer en síntesis que habiendo sido presentada solicitud de dispensa con fecha 3 de agosto de 2015, el plazo máximo para la resolución y notificación de la solicitud de dispensa expiró el 3 de octubre de 2015, sin que por este Departamento se hubiera dictado resolución expresa, así como que, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 42.1 y 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, debe dictarse resolución expresa.

- Por Resolución del Viceconsejero de Turismo del Gobierno de Canaria de 3 de diciembre de 2015, registrada en el correspondiente libro de resoluciones el 4 de diciembre de 2015, con el número 780, 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 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, instada por (...), 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 la proporción siguiente: de 51 a 100 plazas: 2 lavabos + 2 inodoros para caballeros y 2 lavabos + 2

inodoros para señoras», y 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, al haber transcurrido el plazo máximo previsto para dictar y notificar la Resolución.

- Con fecha 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 de 3 de diciembre de 2015, registrada en el correspondiente libro de resoluciones el 4 de diciembre de 2015, con el número 780, 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.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, referida a que son nulos de pleno derecho: «Los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido». Informe en el que se hace constar que si bien la solicitud de dispensa es de 3 de agosto de 2015, sin embargo, por causas ajenas a este Servicio la solicitud entró en el mismo fuera del plazo de los dos meses previstos para dictar y notificar la resolución, ésta se dictó al margen del procedimiento establecido, por lo que en este caso la Resolución incurre en la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al dictarse prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. El expediente fue remitido por la titular de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística, de la Viceconsejería de Turismo, a esta Secretaría General Técnica, mediante oficio de fecha 26 de mayo de 2016, solicitando la instrucción del correspondiente procedimiento de revisión de oficio.

- Mediante Resolución número 130, de fecha 16 de junio de 2016, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Turismo, Cultura y Deportes, se inicia el procedimiento de revisión de oficio nº 3/2016 de la Resolución de la Viceconsejería de Turismo de fecha 3 de diciembre de 2015, registrada en el correspondiente libro de resoluciones con fecha 4 de diciembre de 2015, número 780, recaída en el expediente de dispensa nº 2015/0911/244, de estimación, por silencio administrativo, de la solicitud de dispensa del cumplimiento de las condiciones o requisitos mínimos previstos en las letras 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, instada por (...), para su establecimiento turístico de restauración, por incurrir la misma en las causas de

nulidad de pleno derecho prevista en el art. 62.1.e) y f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Asimismo, se acordó dar trámite de audiencia a la interesada por plazo de diez días a partir del día siguiente a aquel en que tuviera lugar la notificación de la citada Resolución, que fue notificada el 18 de diciembre de 2016, como así queda acreditado en el correspondiente acuse de recibo que obra en el expediente sin que se hubiesen formulado alegaciones y presentado documentos y justificaciones que se pudieran estimar pertinentes.

- Con fecha 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 de fecha 3 de diciembre de 2015, registrada en el correspondiente libro de resoluciones con fecha 4 de diciembre de 2015, número 780, por incurrir en las causas de nulidad de pleno del art. 62.1.e) y f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

- Mediante Resolución de la Secretaria General Técnica del Departamento, de fecha 5 de octubre de 2016, vino a declararse la caducidad del procedimiento de revisión de oficio aludido, por haber transcurrido el plazo de tres meses, acordándose el inicio de un nuevo procedimiento de revisión de oficio, el nº 8/2016, de la Resolución de la Viceconsejería de Turismo de fecha 3 de diciembre de 2015, 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 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, modificado por Decreto 29/2013, de 31 de enero, instada por (...), para el Restaurante(...), sito en (...), por incurrir en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Resolución que fue notificada a la interesada, con fecha 29 de octubre de 2016, concediéndose trámite de audiencia por un plazo de diez, sin que conste la formulación de alegaciones.

III

1. La Propuesta de Resolución que se nos somete esgrime como causa de nulidad la prevista en el art. 47.1, apartado e) LPACAP: «Los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido», aunque en el seno del procedimiento originario, posteriormente declarado caduco, también se invocaba

la causa 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», causa finalmente desechada porque, según informa el Servicio Jurídico, la ausencia del informe técnico impide constatar si la obtención de la dispensa es contraria al ordenamiento jurídico.

Habiendo presentado la interesada su solicitud el día 3 de agosto de 2015, se entendió estimada el 3 de octubre de 2015, por silencio administrativo, toda vez 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». Ello determinó que por Resolución de la Viceconsejería de Turismo, de 3 de diciembre de 2015, se estimara, por silencio administrativo, la dispensa solicitada.

Argumenta la Administración revisora que «la propia dicción del art. 47.1.e) LPACAP hace suponer que no puede ser acogido dentro del supuesto de nulidad mencionado cualquier incumplimiento de las formas procedimentales necesarias para la creación del acto, sino exclusivamente aquéllos en los que se haya obviado total y absolutamente el procedimiento previsto para su aprobación. De este modo lo vino entendiendo tradicionalmente el Tribunal Supremo, quien en su Sentencia de 21 de octubre de 1980 afirmaba que, para una recta aplicación de la nulidad establecida en dicho artículo, “el empleo de los adverbios allí reflejados -total y absolutamente- recalcan la necesidad de que se haya prescindido por entero de un modo manifiesto y terminante del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo, es decir, para que se dé esta nulidad de pleno derecho es imprescindible, no la infracción de alguno o algunos de los trámites, sino la falta total del procedimiento para dictar el acto”». No obstante, continúa la Propuesta de Resolución señalando que «aunque una primera reflexión sobre lo expuesto parece conducir a referir el vicio de nulidad citado a aquellos supuestos en que se dicta el acto de plano y sin procedimiento alguno, la jurisprudencia ha abandonado esta posición restrictiva huyendo de la estricta literalidad del precepto y adoptando una postura más matizada, al entender que entran dentro del ámbito de aplicación de la causa de nulidad aludida los supuestos en que se han omitido trámites esenciales del mismo (entre otras sentencias, valga por toda la de 15 de junio de 1994)».

Del análisis del expediente de dispensa nº 2015/0911/244, la Propuesta de Resolución constata que, presentada la solicitud de dispensa sin que se sustanciara la instrucción del procedimiento consistente tanto en la emisión de informe técnico que se pronunciase sobre si se daban o no los supuestos contemplados en los apartados a) y b) del art. 17.1 del citado Decreto 90/2010, de 22 de julio, como en el preceptivo trámite de audiencia a la interesada para formular alegaciones y presentar los documentos estimados convenientes, la Resolución objeto de la revisión de oficio incurre en vicio de nulidad al haberse dictado prescindiendo del procedimiento establecido [art. 47.1, e) LPACAP].

2. En primer lugar, debe señalarse que la Propuesta de Resolución plantea la declaración de nulidad del acto expreso posterior (Resolución del Viceconsejero de Turismo del Gobierno de Canaria de 3 de diciembre de 2015) por la que se declara adquirida por silencio administrativo la solicitada dispensa. No obstante, la dispensa así otorgada proviene del acto presunto original, no de aquel otro posterior que lo declara. Siendo esto, en puridad ha debido plantearse, también, la revisión de oficio respecto del acto presunto, pues la declaración de nulidad sólo del acto posterior no afectará al carácter estimatorio del acto presunto, que seguiría en tal caso amparando jurídicamente la dispensa solicitada, pues ésta produce efecto desde la fecha en la que se obtuvo por silencio administrativo (art. 43 LRJAP-PAC, hoy art. 24 LPACAP). En cualquier caso, hecha esta advertencia procede continuar la argumentación jurídica de esta consulta.

3. Este Consejo no puede coincidir, por diversas razones, con la Propuesta de Resolución en cuanto a la concurrencia de la causa de nulidad invocada [47.1.e) LPACAP].

Hemos de traer a colación, para argumentar nuestra postura, la reiterada jurisprudencia del TS, recopilada en la reciente Sentencia de 18 diciembre 2015 en la que establece el régimen de la revisión de oficio de los actos presuntos estimatorios en los siguientes términos:

«La sentencia de esta misma Sala y Sección de 27 de abril de 2007 analiza la adquisición de derechos por silencio positivo de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999, rechazando la posibilidad de resoluciones expresas tardías en sentido denegatorio cuando el silencio positivo ya se ha producido, y resaltando la necesidad de acudir al procedimiento de revisión de oficio previsto en la misma Ley si se entiende que el acto adquirido por silencio es contrario a Derecho.

Comienza señalando la sentencia, acerca de esta cuestión, que en la legislación vigente sobre procedimiento administrativo, el silencio positivo da lugar a un verdadero acto administrativo estimatorio.

Cierto es -continúa la sentencia su argumentación- que aun partiendo de esta caracterización del silencio positivo como auténtico acto administrativo, la misma Ley ha querido poner remedio a las consecuencias potencialmente lesivas para el principio de legalidad a que conduce esta caracterización jurídica del silencio, y por eso su art. 62.1.f) establece que los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho cuando se trate de "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". Ahora bien, puntualiza la sentencia, este precepto que se acaba de transcribir "no puede ser interpretado y aplicado prescindiendo de lo dispuesto por el art. 43.4.a)" de la misma Ley, reformado por la Ley 4/1999, donde se establece que "en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo". Esta específica previsión legal, coherente con la naturaleza del silencio positivo como acto administrativo declarativo de derechos, implica que si la Administración considera que el acto administrativo así adquirido es nulo, por aplicación del propio art. 62.1.f) (esto es, por carecer el adquirente del derecho de los requisitos esenciales para su adquisición), no podrá dictar una resolución expresa tardía denegatoria del derecho, posibilidad vedada por el art. 43.4.a), sino que habrá de acudir al procedimiento de revisión de oficio contemplado en el art. 102.1, de la tan citada Ley 30/1992. La interpretación contraria, es decir, la consistente en que el acto adquirido por silencio positivo puede ser directamente desplazado por un acto expreso posterior en los casos del art. 62.1.f), es no sólo contraria a la naturaleza del silencio positivo plasmada en la misma Ley, sino también a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima que la propia Ley también recoge, sin olvidar que siempre queda en manos de la Administración evitar los efectos distorsionadores de la adquisición de derechos cuando no se cumplen las condiciones para ello, mediante el simple expediente de resolver los procedimientos en plazo.

(...)

En definitiva, y con carácter general, hemos mantenido que, en todo caso, los efectos que comporta la vía del silencio positivo, tienen como límite lo establecido en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, que dispone la nulidad de pleno derecho para 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».

4. Aplicando este criterio jurisprudencial al presente caso habría que concluir que procedería si acaso acudir a la causa de nulidad prevista en el apartado f) del

art. 47.1 LPACAP (antes 62.1 LRJAP-PAC), y no a la de la letra e) de este artículo. No obstante, tal vía alternativa difícilmente permitiría tampoco alcanzar en este procedimiento de revisión de oficio la declaración de la nulidad, «por la ausencia de los requisitos esenciales» para la adquisición del derecho, pues no cabe calificar de esencial un requisito que eventualmente puede ser objeto de dispensa.

Efectivamente, como ya afirmamos en nuestro anterior Dictamen 216/2013, de 12 de junio (FJ III.4): «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».

5. A mayor abundamiento, la Propuesta de Resolución ni siquiera ha constatado que la dispensa otorgada por silencio administrativo sea contraria a Derecho, aludiendo únicamente a la omisión de dos trámites: la emisión del informe técnico sobre si se daban o no los supuestos contemplados en los apartados a) y b) del artículo 17.1 del citado Decreto 90/2010, de 22 de julio, y el preceptivo trámite de audiencia a la interesada.

Además, cabe argumentar que, en palabras del Tribunal Supremo, «(...) los vicios de forma adquieren relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de garantías. La indefensión es así un concepto material que no surge de la misma omisión de cualquier trámite. De la omisión procedimental ha de derivarse para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir, una limitación de los medios de alegación, de prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses» (STS de 11 de noviembre de 2003).

Como dijimos en el reciente DCCC 422/2016, el art. 62.1, e) LRJAP-PAC [hoy 47.1 e) LPACAP] configura como una causa de nulidad la de que los actos sean dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Como las causas de nulidad radical o absoluta de los actos administrativos son tasadas, tienen carácter excepcional y han de interpretarse de forma estricta, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es especialmente restrictiva en cuanto a la aplicación de esa causa de nulidad, ya que el empleo por la Ley de los dos adverbios «total y absolutamente» impone que los defectos formales necesarios para aplicar esta causa de nulidad radical deben ser de tal dimensión que supongan que se haya prescindido de modo completo y absoluto del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de sus trámites. La omisión de algún trámite se equipara a la omisión total del procedimiento cuando tiene la naturaleza de esencial en los supuestos en que haya causado indefensión material al interesado (para lo cual habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió por la omisión del trámite). También se equipara a la omisión total si los trámites incumplidos, de haberse observado, habrían determinado un acto de contenido distinto. Consúltense al respecto las SSTS de 23 febrero de 2016; de 26 enero de 2016; de 24 enero de 2014; de 27 junio de 2012 y de 25 abril de 2002.

En este caso, ni se produce indefensión, pues el acto presunto es favorable a la interesada, ni se sabe si, de haberse emitido el informe omitido en el seno de ese procedimiento de dispensa, se hubiera alcanzado un acto de contenido distinto porque la Administración, como denuncia el informe del Servicio Jurídico, ni siquiera ha verificado si la obtención de la dispensa es contraria al ordenamiento jurídico.

A lo sumo, siguiendo la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (SSTS de 16 julio de 2001, 2 julio de 2002, de 16 febrero 2005, de 25 octubre de 2005, de 25 enero de 2006 y de 5 enero de 2007) -que expresamente subsumió en ese supuesto la omisión del trámite de justificación de la necesidad de la una permuta de un bien inmueble patrimonial municipal- la omisión de ese informe puede ser calificada como un defecto de forma de los contemplados en el art. 63.2. LRJAP-PAC (ahora, art. 48.2 LPACAP) que determina su anulabilidad, por lo que, como ya expresábamos en el aludido DCCC 422/2016 al abordar un defecto de forma en materia urbanística, no puede subsumirse en la causa de nulidad tipificada en el primer inciso del art. 62.1,e) LRJAP-PAC [ahora en el primer inciso del art. 47.1,e) LPACAP].

6. En definitiva, no es posible que los actos presuntos estimatorios incurran en nulidad por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido porque, por una parte, al ser actos presuntos no se han dictado (no son actos expresos) y, por otra, porque por propia definición los actos presuntos carecen de procedimiento, por lo que poder anularlos por esta causa, al desplazar el efecto estimatorio querido por la ley, resulta contrario no sólo a la naturaleza del silencio positivo plasmada en la misma Ley, sino también a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

7. En conclusión, la Propuesta de Resolución, que pretende la declaración de nulidad de la Resolución de la Viceconsejería de Turismo de fecha 3 de diciembre de 2015, por la que se estima, por silencio administrativo, la solicitud de dispensa nº 2015/0911/244, no es conforme a Derecho, por lo que no se dictamina favorablemente la revisión de oficio tramitada por la Administración, al no concurrir la causa alegada de haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido prevista en la letra e) del art. 47.1 LPACAP, tal como se ha razonado en el Fundamento III de este Dictamen.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se considera no conforme a Derecho, por lo que se emite dictamen no favorable a la revisión de oficio tramitada por la Administración.