



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 0 4 / 2 0 1 7

(Sección 2ª)

La Laguna, a 30 de marzo 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 9/2016, de acto presunto estimatorio por silencio administrativo, recaído en el expediente de dispensa nº 2015/0911/224 (EXP. 70/2017 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado preceptivamente por la Consejera de Turismo, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio al objeto de declarar la nulidad del acto presunto estimatorio, por silencio administrativo, recaído en el expediente nº 2015/0911/224, de dispensa del cumplimiento de las condiciones o requisitos mínimos previstos en la letra 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 el Decreto 29/2013, de 31 de enero.

La legitimación de la Consejera para solicitar el Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo 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. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), ya que el presente procedimiento se ha iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

Además, de conformidad con lo previsto en este precepto, es preciso que tal Dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar de lo contrario; es decir, ha de entender conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, procediendo tal declaración al incurrir el acto sometido a revisión en la causa alegada por la Administración, que la justifica suficientemente.

2. La nulidad instada se fundamenta en el apartado f) del art. 47.1 LPACAP, al considerar la Administración actuante que se trata de un acto presunto contrario al ordenamiento jurídico por el que el interesado ha adquiridos derechos careciendo de los requisitos esenciales para que tal adquisición se produjera.

II

1. Son antecedentes de interés en este procedimiento los siguientes:

- El 1 de octubre de 2015, (...) formula, ante la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística de la Viceconsejería de Turismo, solicitud de dispensa del requisito exigido en el apartado 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 (...), en el término municipal del Puerto de La Cruz.

En este escrito la interesada solicita en concreto la dispensa de «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 siguiente proporción: Hasta 50 plazas: 1 lavabo + 1 inodoro para caballeros y 1 lavabo + 1 inodoro para señoras».

- Con fecha 9 de octubre de 2015, se requiere a la interesada para que proceda a la subsanación de su solicitud, mediante la aportación del número de plazas en el interior del local, la memoria justificativa de las razones o impedimentos técnicos que motivan la solicitud de dispensa, con indicación de los supuestos en los que se encuentra el establecimiento, de conformidad con lo establecido en el art. 17 del Decreto 90/2010, el plano de distribución del establecimiento, señalando los diferentes espacios y amueblamiento real del mismo y, por último, la copia de su DNI.

La interesada aporta la documentación solicitada en el plazo concedido al efecto. Por lo que se refiere a la memoria exigida, indica que el local «solamente posee mesas en el exterior por no disponer de espacio en el interior, ya que el

espacio del interior está ocupado por cocina, baños y almacén, no quedando espacio disponible para hacer un vestuario».

- El 1 de diciembre de 2015 se emite informe técnico, en el que, a tenor de los escritos presentados por la interesada, se entiende que la dispensa solicitada se refiere a la exigencia prevista en el art. 8.2.b) del Decreto 90/2010 de contar con un aseo para el personal, independiente del de las personas usuarias del establecimiento, que disponga, como mínimo, de lavabo e inodoro.

En este informe, tras analizar la documentación presentada, se concluye que la justificación aportada no es suficiente, dado que el local cuenta con un espacio de almacén que podría adecuarse para la incorporación del aseo del personal requerido y no se aportan razones o impedimentos técnicos por los cuales no se pueda adaptar el local para la incorporación del citado aseo, todo ello en aplicación de lo previsto en los apartados a) y b) del art. 17 del Decreto 90/2010.

- Mediante Resolución del Viceconsejero de Turismo de 3 de diciembre de 2015 y previo informe jurídico al respecto, se deniega la dispensa solicitada por la interesada, con base en los argumentos ya sostenidos en los informes técnicos y jurídicos emitidos.

Esta Resolución no fue notificada a la interesada, ya que los diversos intentos resultaron infructuosos. Consta en el expediente informe de un servicio de mensajería de fecha 13 de enero de 2016 según el cual el envío se intentó entregar el 4 de diciembre de 2015 a las 10:39 horas a la dirección indicada y estaba cerrado por vacaciones hasta el día 15, por lo que acudieron nuevamente el día 16 del mismo mes y continuaba cerrado, pasando en varias ocasiones y seguía cerrado, por lo que devolvieron el envío a origen.

- Con fecha 6 de mayo de 2016 se emite informe jurídico en el que se propone la revisión de oficio de determinados expedientes de dispensa del cumplimiento de las condiciones o requisitos mínimos previstos en los apartados a) y b) del art. 8.2 del Decreto 90/2010, en los que aquéllas se habían obtenido por silencio administrativo, entre ellos el que ahora nos ocupa y fundamentado en las razones a las que ya se ha aludido anteriormente.

- Mediante Resolución de la Secretaría General Técnica de la citada Consejería de acuerdo el inicio del procedimiento de revisión de oficio del acto estimatorio presunto recaído en el expediente de dispensa nº 2015/0911/224 por incurrir en la

causa de nulidad prevista en el art. 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), si bien con fecha 26 de octubre de 2016 se declaró su caducidad, al haber transcurrido el plazo de tres meses desde su inicio sin que se hubiera dictado resolución (art. 102.5 LRJAP-PAC).

2. Mediante Resolución de 26 de octubre de 2016 se acuerda por la Secretaría General Técnica el inicio de un nuevo procedimiento de revisión de oficio del acto estimatorio presunto recaído en el expediente de dispensa nº 2015/0911/224, al estimar que concurre la causa de nulidad contemplada en el art. 47.1.f) LPACAP. En este mismo acto se dispuso el otorgamiento del trámite de audiencia a la interesada.

En el expediente consta acreditada la imposibilidad de notificación de esta Resolución a la interesada, a pesar de haberse correctamente intentado en los términos dispuestos en los arts. 42.2 y 44 LPACAP.

Se ha elaborado finalmente la Propuesta de Resolución del presente procedimiento, en la que se mantiene la nulidad del acto estimatorio presunto por aplicación del art. 47.1.f) LPACAP, que ha sido informada favorablemente por los Servicios Jurídicos.

3. De conformidad con lo dispuesto en el art. 106.5 LPACAP, la resolución definitiva deberá dictarse antes del transcurso del plazo de seis meses desde el inicio del procedimiento, a efectos de evitar la caducidad del mismo.

III

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, la Administración entiende que el acto es nulo de pleno Derecho, en aplicación de la causa prevista en el art. 47.1.f) LPACAP, al estimar que se trata de un acto presunto contrario al ordenamiento jurídico por el que la interesada ha adquirido derechos careciendo de los requisitos esenciales para que tal adquisición se produjera.

Tal conclusión se fundamenta en la circunstancia de que a través del acto presunto se ha otorgado a la interesada una dispensa para disponer de aseos para el personal, sin concurrir las razones técnicas que justificarían su concesión, conforme dispone el art. 17 del Decreto 90/2010, de 22 de julio. Se sostiene por ello en la Propuesta Resolución que el requisito constitutivo de la estructura del acto de dispensa, determinante para la concesión de la misma, no se encuentra comprendido en ninguno de los supuestos contemplados en el mencionado artículo.

2. Con carácter previo al análisis de la adecuación a Derecho de la Propuesta de Resolución conviene recordar que la revisión de oficio de los actos administrativos constituye un cauce excepcional y de carácter limitado, ya que comporta que, sin mediar una decisión jurisdiccional, la Administración pueda volver sobre sus propios actos, dejándolos sin efecto. Por ello ha de ser necesariamente objeto de una interpretación restrictiva.

Ha de advertirse en este sentido, como tantas veces se ha señalado por este Consejo Consultivo y por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la revisión de oficio supone el ejercicio de una facultad exorbitante por parte de la Administración para expulsar del ordenamiento jurídico actos firmes en vía administrativa que adolecen de vicios especialmente graves, 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. De aquí que no cualquier vicio jurídico permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ella solo es posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva (Dictámenes de este Consejo 438 y 446/2016, de 27 de diciembre, 23/2017, de 24 de enero, 43/2017, de 8 de febrero, 79/2017, de 15 de marzo, entre los más recientes, que reiteran anteriores pronunciamientos de este Organismo en el mismo sentido).

Se ha insistido en estos Dictámenes que la aplicación de esta doctrina conlleva una interpretación restrictiva de la causa de nulidad invocada en el presente caso, contenida como se ha dicho en el apartado f) del art. 47 LPACAP, de tal forma que su apreciación 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 (Dictamen de este Consejo 182/2016, de 3 de junio, con cita de los Dictámenes 374/2012, de 31 de julio, 291/2013, de 4 de septiembre, 220/2015, de 11 de junio, 352/2015, de 1 de octubre y 26/2016, de 22 de enero, así como los anteriormente señalados).

Por tanto, el art. 47.1.f) LPACAP no considera que basta la carencia de cualquier requisito, sino que exige que éste ha de ser esencial. Con esta exigencia el art. 47.f) LPACAP 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 concorde con el resto de los supuestos de nulidad del citado artículo, 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 LPACAP).

El texto del art. 47.1.f) LPACAP nos lleva pues 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 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.

3. Así, en este caso, la interesada adquirió el derecho por un acto presunto, al haber transcurrido el plazo de dos meses, computado desde que la solicitud tuvo entrada en el registro del órgano competente para su tramitación, sin que fuere dictada y notificada su resolución (art. 17.4 del Decreto 90/2010). En virtud de este

acto, la interesada obtuvo la dispensa del requisito previsto en el art. 8.2.b) del mismo Decreto 90/2010, de contar con un aseo para el personal, independiente del de las personas usuarias del establecimiento, que dispusiera, como mínimo, de lavabo e inodoro.

El art. 8 del mencionado Decreto regula las condiciones y requisitos mínimos de los establecimientos de restauración en lo que atañe a la seguridad y protección medioambiental, así como a sus servicios higiénicos.

Por lo que a éstos se refiere, el apartado 2 de este precepto exige que los establecimientos cuenten con 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 que se detallan, en función del aforo o capacidad del local [apartado a)], en tanto que su letra b) exige que cuenten 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.

A su vez, el art. 17 de este mismo Decreto 90/2010, relativo a las dispensas, dispone en su apartado 1:

«1. La persona titular de la Viceconsejería de Turismo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias podrá dispensar, con carácter excepcional y de manera justificada, el cumplimiento de las condiciones o requisitos mínimos previstos en los apartados 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 incumplimientos.

2. La dispensa deberá solicitarse con carácter previo a la comunicación de inicio de la actividad, haciendo constar las razones técnicas o argumentos que motivan su solicitud, así como, en su caso, los servicios o mejoras a introducir, aportando la documentación que lo justifique. No obstante, el titular de la explotación del establecimiento podrá solicitar la dispensa en el momento de comunicar dicha iniciación, haciendo constar en la declaración

responsable la oportuna salvedad y asumiendo las consecuencias que podrían derivarse de la posible denegación de aquella solicitud.

3. Previa sustanciación de la fase de instrucción, se dictará resolución».

Por último, su Disposición Transitoria Única, relativa al plazo para cumplir con las adaptaciones técnicas, dispone:

«Los establecimientos autorizados y aquellos cuyos explotadores hubieran comunicado e iniciado alguna actividad de restauración con anterioridad al 31 de julio de 2010, deberán adaptarse a lo dispuesto en el apartado 1.d) del artículo 8, con anterioridad al día 31 de julio de 2013.

No obstante, sin perjuicio de lo previsto en la normativa higiénico-sanitaria, los establecimientos a que hace referencia el punto anterior, siempre que continúen explotándose por el mismo titular, estarán exentos del cumplimiento de las condiciones y requisitos mínimos establecidos en los apartados a) y b) del punto 2 del artículo 8 del presente Decreto».

4. De la regulación reglamentaria resulta pues que el requisito de contar con un aseo para el personal puede ser objeto de dispensa, que habrá de ser solicitada por el titular de la actividad en los términos previstos en el apartado 2 del art. 17, si bien el propio Decreto declara exentos del cumplimiento de las condiciones y requisitos mínimos establecidos en los apartados a) y b) del punto 2 del art. 8 a aquellos establecimientos con autorización de apertura o comunicación de inicio presentada antes del 31 de julio de 2010.

En el presente caso, la interesada en su solicitud, efectuada en el modelo normalizado puesto a disposición por la Administración, consignó en el apartado relativo a los datos del establecimiento, que se trata de uno de los establecimientos a los que se refiere la Disposición Transitoria única en su segundo párrafo, esto es, con autorización de apertura o comunicación de inicio presentada antes del 31 de julio de 2010.

Sobre esta cuestión nada dice la Propuesta de Resolución pues en este caso es la norma la que declara directamente la exención, no necesitando por tanto de concesión de dispensa, siempre que continuase explotándose por el mismo titular. De darse estas condiciones, el acto no podría ser considerado nulo. Por ello, se requiere un expreso pronunciamiento sobre esta cuestión en la Propuesta de Resolución, justificando, en su caso, la inaplicación al caso de los previstos en la Disposición Transitoria única del Decreto 90/2010.

5. La Propuesta de Resolución entiende que en este caso concurre la aludida causa de nulidad debido a la ausencia de los elementos esenciales que constituyen la estructura definitoria del acto de dispensa.

En efecto, procede concluir, en el mismo sentido que la Propuesta de Resolución, que el acto estimatorio presunto que ahora nos ocupa incurre en la aludida causa de nulidad contemplada en el art. 47.1.f) LPACAP. La posibilidad de dispensa de los requisitos mínimos previstos en el art. 8.2, a) y b) del Decreto 90/2010 se fundamenta en el art. 17 de la misma norma en las dos circunstancias ya señaladas: que los establecimientos estén ubicados en locales o inmuebles que por su distribución o falta de espacio no puedan adaptarse a las citadas condiciones o requisitos mínimos [apartado 1.a)] o que 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 [apartado 1.b)].

Resulta además que el propio art. 17.1 expresamente establece que el otorgamiento de esta dispensa tiene carácter *excepcional* y habrá de otorgarse *de manera justificada*, lo que evidencia la necesidad de su aplicación restrictiva.

En este caso, el informe técnico emitido durante la tramitación del expediente en el que recayó el acto presunto estimatorio, en cuanto a la primera condición, expone que el local dispone de un almacén donde podría ubicarse el aseo del personal y, en cuanto a la segunda, que no se aportan razones o impedimentos técnicos por los cuales no se pueda adaptar el local para la incorporación del citado aseo.

Puede entonces sostenerse que no concurrían los requisitos exigidos por la norma para el otorgamiento de tal dispensa, consistentes en definitiva en la imposibilidad física de contar con el aseo para el personal por falta de espacio o por la existencia de impedimentos técnicos, debidamente justificados, que hagan imposible la ejecución de obras. Son éstos los elementos que amparan la dispensa y que por tanto conforman su estructura, ya que de no concurrir alguno de los previstos no sería posible su concesión, ostentando además esta dispensa carácter excepcional.

En este sentido nos hemos pronunciado en nuestro reciente Dictamen 23/2017, de 24 de enero, en el que hemos señalado que:

«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».

En definitiva, el Decreto 90/2010 contempla la posibilidad de dispensa de determinados requisitos para los establecimientos de restauración, sometida al cumplimiento de determinadas condiciones que revisten carácter esencial para la estructura definitoria del acto. Por ello, el acto estimatorio presunto recaído se considera nulo de pleno Derecho en aplicación de la causa esgrimida por la Administración.

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina favorablemente la declaración de nulidad del acto presunto estimatorio recaído en el expediente nº 2015/0911/224, de dispensa del cumplimiento de las condiciones o requisitos mínimos previstos en la letra 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 el Decreto 29/2013, de 31 de enero.