



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 1 9 / 2 0 1 7

(Sección 1ª)

La Laguna, a 4 de abril de 2017.

Dictamen solicitado por la Excmá. Sra. Consejera de Educación y Universidades del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de revisión de oficio de la Resolución n.º 1785, de 11 de julio de 2011, de la Dirección General de Centros e Infraestructura Educativa, por la que se aprueba el expediente presentado por (...) en el que se solicita la adecuación del Proyecto de Obra presentado para la apertura y puesta en funcionamiento de un centro privado de educación infantil de primer ciclo denominado (...), en Tamaraceite, Las Palmas de Gran Canaria (EXP. 82/2017 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado la Excmá. Sra. Consejera de Educación y Universidades, es la Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de revisión de oficio de la Resolución nº 1785, de 11 de julio de 2011, de la Dirección General de Centros e Infraestructura Educativa por la que se aprueba el expediente presentado por (...), en el que se solicita la adecuación del proyecto de obra presentado para la apertura y puesta en funcionamiento de un centro privado de educación infantil de primer ciclo denominado (...), en Tamaraceite, Las Palmas de Gran Canaria.

2. La legitimación de la Sra. Consejera para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y c) 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), ley

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

esta última aplicable en virtud de lo que dispone su disposición transitoria tercera, letra b).

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, letra g), 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.

4. En la tramitación del procedimiento se ha dado el preceptivo trámite de audiencia a la interesada, al que compareció presentando alegaciones, por lo que no se ha incurrido en irregularidades formales que obstan a un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

II

1. De la documentación obrante en el expediente remitido a este Consejo resulta, en lo sustancial, que:

- El 24 de enero de 2011, (...) presentó solicitud de adecuación del proyecto de obras a realizar en local sito en (...), Tamaraceite, Las Palmas de Gran Canaria, con la finalidad de obtener el pronunciamiento previo de la Consejería de Educación sobre la conformidad de la reforma de la construcción, los espacios y las instalaciones del centro, a los requisitos mínimos legalmente establecidos, a la vista del proyecto presentado, y obtener, posteriormente, la resolución definitiva tras acometer todas las obras que fueran necesarias en virtud de la valoración de la Consejería.

- Con esa primera solicitud se aporta, entre otra documentación, proyecto de obras, por lo que se solicitó informe a la Unidad Técnica de Construcciones de Las Palmas de Gran Canaria, que observa, en su informe de 23 de marzo de 2011, una serie de inadecuaciones. El 6 de abril de 2011 se presenta por el proyectista documentación complementaria requerida, así como determinadas aclaraciones o modificaciones.

- En fecha 8 de julio de 2011 se emite informe por la Unidad Técnica de Las Palmas, por la que se considera que la nueva documentación aportada complementa y reforma el proyecto inicialmente presentado, y se da cumplida solución a las cuestiones planteadas, por lo que no se aprecia inconveniente en que sobre el mismo

recaiga resolución favorable de adecuación a la normativa vigente, con el fin de crear y poner en funcionamiento un Centro Privado de Educación Infantil.

- Con fundamento en el informe de la Unidad Técnica se dicta la Resolución nº 1785, de 11 de julio de 2011, de la Dirección General de Centros e Infraestructura Educativa por la que se aprueba el expediente presentado por (...) en el que se solicita la adecuación del proyecto de obra presentado para la apertura y puesta en funcionamiento de un Centro Privado de Educación Infantil de primer ciclo denominado (...), en Tamaraceite, Las Palmas de Gran Canaria.

Dicha Resolución indica que el cumplimiento de la normativa legal en lo relativo al proyecto técnico corresponde al promotor y propietario de la edificación, recuerda que se debe cumplir con la normativa correspondiente sobre seguridad, higiene, sanidad, accesibilidad, entre otras obligaciones, así como las ordenanzas municipales en lo que le pudiera corresponder. Finalmente insta al interesado a solicitar la autorización definitiva para poder iniciar el funcionamiento, cuando se concluyan las obras, presentando certificación de final de obra, firmado por un técnico competente.

- Con fecha 26 de enero de 2012, la promotora del centro presenta escrito por el que solicita la autorización definitiva, aportando recreación virtual y otra documentación, pero no el certificado de final de obra, que es requerido desde el 3 de febrero de 2012. A este respecto, con fecha 3 de febrero de 2013, se contacta con la propietaria para indicarle que entre la documentación presentada no consta el preceptivo certificado de final de obra. Esta petición se reitera con fecha 9 de diciembre de 2013, con la indicación expresa de que para proceder a la autorización del centro, y por tanto poder iniciar su funcionamiento, cuando se concluyan las obras deberá presentar certificación de final de obra firmada por técnico competente, tal y como se informó en su momento.

- El 21 de enero de 2014 la solicitante presenta ante esta Consejería certificación de final de obra y, una vez hecha la correspondiente comprobación, el 10 de marzo de 2014, se emite informe por el Arquitecto Jefe de la Unidad Técnica en el que se señala que «una vez comprobado que la obra ejecutada se corresponde con el proyecto presentado y su posterior reformado, se concluye que el centro privado de educación infantil cumple con el artículo 11, Requisitos de espacios e instalaciones, del Decreto 201/2008, de 30 de septiembre, por el que se establecen

los contenidos educativos y los requisitos de los centros que imparten el primer ciclo de educación infantil en la Comunidad Autónoma de Canarias».

- En la tramitación del expediente en esta Consejería se advierte que el espacio que en el proyecto se identifica como patio de juego es un espacio cubierto, techado y dentro del edificio, por lo que con fecha 28 de noviembre de 2014, siguiendo instrucciones del Director General, se solicita informe al Servicio de Régimen Jurídico relativo a cómo procede la tramitación del expediente dado que surge, por una parte, la duda de si legalmente se puede considerar patio de juego el espacio de juego identificado como tal en el proyecto ejecutado, de acuerdo con la Resolución de fecha 12 de julio de 2011, y, por otra parte, la incidencia que ha de tener el hecho de que, según la propia documentación del Ayuntamiento, fue otorgada la licencia de apertura y funcionamiento para el ejercicio de la actividad. Con fecha 22 de diciembre de 2014, el Servicio de Régimen Jurídico indica, entre otros aspectos, que se debe concretar la cuestión controvertida, completar la documentación y que la consideración de patio de juego o no del espacio identificado como tal en el proyecto ejecutado tiene carácter técnico y no jurídico. Este escrito se traslada el 13 de enero de 2015 a la Unidad Técnica de Construcciones para su conocimiento y para que pueda hacer la correspondiente valoración técnica.

- La Unidad Técnica de Las Palmas de Gran Canaria emite informe el 6 de abril de 2015 en los siguientes términos:

«El objeto de este informe tiene que ver con lo que se considera o como se define el concepto patio. La definición más común es la de espacio descubierto cenitalmente, exterior a un edificio en el interior del mismo, al que dan algunas estancias.

Por tanto un *patio* es aquella parte de una construcción o inmueble, adscrito o vinculado al mismo, que carece de techo y que por lo general se destina al uso y disfrute al aire libre, de los habitantes o los usuarios del edificio o de un equipamiento de cualquier tipo.

En cualquier caso, la característica más importante de un patio, atendiendo a las diferentes definiciones existentes, tratados de construcción y normativas de habitabilidad, es que se trata de una zona sin techar, un espacio descubierto cenitalmente en la mayoría de su superficie.

En lo que se refiere al proyecto objeto del presente Informe, consultada la documentación aportada, se observa que el espacio que viene grafiado y denominado como Patio de Recreo no es realmente un Patio, sino una habitación más del local en planta baja, con las mismas características del resto de las aulas en cuanto a que está delimitado superiormente una parte del forjado correspondiente a la planta primera, y cerrado verticalmente por parámetros de obra. La iluminación y ventilación, de la estancia antes

señalada, al igual que el resto de estancias del equipamiento, se hace a través de huecos cerrados con carpintería metálica».

- En fecha 1 de junio de 2015 se remite informe del Jefe de Servicio de la Unidad Técnica de Construcciones de Las Palmas aclarando el concepto patio de juego, añadiendo al Informe de 6 de abril el siguiente texto:

«Se emite Informe Técnico en marzo de 2014, referido a la obra ejecutada en el cual se señalaba que la misma coincidía con el proyecto presentado en su momento para solicitar su adecuación a la normativa en vigor, y referidos más concretamente al artículo 11 del Decreto 201/2008, de 30 de septiembre. No obstante, en lo que se refiere al "patio" de dicha instalación, se observa que el mismo no es susceptible de ser considerado como tal».

- En fecha 3 de junio de 2015 se remite petición de informe facultativo al Servicio de Régimen Jurídico de la Consejería de Educación y Universidades a fin de que se pronuncie sobre las posibilidades de resolución del expediente, que emite informe en fecha 22 de junio, por el que se informa, en resumen, lo siguiente:

«Debe resolverse de forma expresa la solicitud de autorización del centro, aunque se haya producido el silencio administrativo negativo.

Aunque se trate de dos procedimientos diferentes, uno, el que concluye con la aprobación del proyecto de obra, es decir, con la Resolución de 11 de julio de 2011, y el otro, el que concluirá con la desestimación de la autorización definitiva, por lo que aunque están íntimamente ligados, la desestimación no conlleva necesariamente la anulación de la resolución del proyecto.

No se pronuncia sobre el supuesto que, entienden hipotético, de una posible reclamación patrimonial contra la Administración, cómo debe entenderse el hecho de que el Ayuntamiento hubiera procedido a conceder la licencia de apertura, previamente a la concesión de la licencia sectorial».

- A la vista de los informes técnicos se remite comunicación a la interesada el 10 de septiembre de 2015, por la que se le concede audiencia a fin de que aporte la documentación o alegaciones que entienda oportunas en relación a dichos informes técnicos.

- En fecha 3 de mayo de 2016 la interesada formula las alegaciones, acompañadas por informe técnico sobre el concepto de «patio de juegos» del autor del proyecto básico y de ejecución de la obra, y que en conclusión señala en cuanto al concepto de patio:

- El patio cubierto no está prohibido por ninguna Ordenanza.

- Los tratados de construcción recogen varios tipos de patios, entre otros los patios cubiertos.

- Las normas de habitabilidad son de aplicación a las viviendas.

- El patio de juego dispone de adecuadas condiciones formales y funcionales para su finalidad, en concreto, óptimas condiciones de iluminación y ventilación.

- Durante el proceso de tramitación del proyecto básico nunca se señaló por parte de la Unidad Técnica de la Consejería deficiencia alguna en relación al patio. Las deficiencias u observaciones señaladas por la Consejería, fueron subsanadas a su debido tiempo y forma, en el documento del proyecto de ejecución.

- La obra se ejecutó según proyecto de ejecución y al amparo de licencia municipal.

- La instalación tiene el certificado final de obra y licencia de primera ocupación.

- De dichas alegaciones se le dio traslado a la Unidad Técnica de Las Palmas, el 9 de mayo de 2016, informando el 27 de junio de 2016 que el Plan General de Las Palmas de Gran Canaria, en su normativa, artículo 6.7.3.Patios indica y define que se entiende por tal a «todo espacio no edificado delimitado por fachadas interiores y/o por linderos laterales (...)» y continúa el citado informe de la Unidad Técnica concluyendo que aunque posteriormente sea cubierto, en primer lugar debe ser patio, y que los ejemplos contenidos en las alegaciones son de otras zonas de España a las que no se le aplicaría la normativa de Canarias, y por ello no entra a valorar las condiciones de habitabilidad o si ese espacio tiene una función diferente a otras estancias de la instalación. Por tanto, entiende que lo que se plantea en las alegaciones justifica un concepto, el «patio cubierto», que nada tiene que ver con lo que se propone y materializa en la instalación objeto de este expediente, con relación a otras normativas autonómicas.

- En fecha 12 de julio de 2016 se traslada al Excmo. Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria el informe técnico de la Unidad Técnica de Construcciones de la Consejería de Educación y Universidades por el que se concluye que en el espacio denominado «patio de recreo» o «patio de juegos», no es un patio en sentido técnico, por lo que falta ese espacio para cumplir con los requisitos previstos en la norma específica en la materia.

Como quiera que esa Administración concedió la licencia de apertura y funcionamiento al centro infantil se le traslada a fin de que facilite información

sobre el espacio «patio» o cualquier otra información con incidencia en la tramitación del presente procedimiento.

El Ayuntamiento informa exclusivamente sobre los antecedentes de la licencia urbanística de obra mayor (Expte. 630/2011) para cambio de uso comercial a uso educativo y el acondicionamiento del local en cuya tramitación se incorporó, en su momento, al procedimiento, el informe previo de la Unidad Técnica de Construcciones de 23 de marzo de 2011, así como de la resolución de 11 de julio de 2011 de la Dirección General de Centros e Infraestructura Educativa.

- El 3 de octubre de 2016 se eleva memoria de la Dirección General de Centros e Infraestructura Educativa por la que se propone iniciar el expediente de nulidad de la Resolución número 1785, de 11 de julio de 2011, de la Dirección General de Centros e Infraestructura Educativa por la que se aprueba el expediente presentado por (...) en el que se solicita la adecuación del proyecto de obra presentado para la apertura y puesta en funcionamiento de un centro privado de educación infantil de primer ciclo denominado (...), en Tamaraceite, Las Palmas de Gran Canaria.

- El 31 de octubre de 2016 se dicta Orden de la Consejera de Educación y Universidades por la que se inicia del expediente de revisión de oficio de la nulidad de la Resolución núm. 1785, de 11 de julio de 2011, y se ordena la notificación de dicha Orden a la interesada, concediéndole trámite de audiencia a fin de que pueda presentar las alegaciones y documentación que entienda oportunas con carácter previo al traslado de la Resolución del inicio del expediente de revisión de oficio a los Servicios Jurídicos para que emitan el preceptivo informe previsto en el artículo 19.5 de Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

- Dicha Orden es notificada a la interesada, concediéndole trámite de audiencia para que pueda presentar alegaciones o documentación, lo que hace mediante escrito de 3 de noviembre de 2016, por el que manifiesta su disconformidad con la resolución notificada, al entender que «se está exigiendo para el centro de Educación Infantil un “patio de juegos” (...) que reúna unas características que no están definidas en aquellas normas, sino en un criterio técnico particular de la Unidad Técnica que atendiendo a las diferentes definiciones existentes, tratados de construcción y normativas de habitabilidad, para así justificar que lo que la Unidad Técnica entiende por “patio de recreo” es una zona sin techar, un espacio descubierto cenitalmente en la mayoría de su superficie, ignorando que, atendiendo

a diferentes opiniones técnicas y según el tratado de construcción que se escoja, los patios pueden ser cubiertos o descubiertos. En el caso del centro infantil de la docente el patio que se proyectó cumple con los requisitos básicos que define la Ordenanza Sectorial que le es de aplicación, ya que dispone de una superficie útil de 60,93 m². La Orden de 3 de febrero de 2009, en su artículo 4, establece una superficie que no puede ser inferior a 50 metros cuadrados. Y ni en la Orden ni en el Decreto del que trae causa, el 201/2008, de 30 de septiembre, se especifica que el patio de juegos deba ser descubierta. De hecho entre los defectos advertidos al inicial proyecto técnico nada se decía de este particular, lo que significaba que no había problema alguno en relación con la disposición del patio de juegos.

Y, relativo a la habitabilidad del patio de juegos, se cumple estrictamente la normativa sectorial de aplicación, de condiciones que deben cumplir los Centros de Educación Infantil, especialmente en lo que a las adecuadas condiciones de iluminación y ventilación se refiere, hasta el punto que la superficie de iluminación y ventilación del patio de juegos de (...) son excelentes porque son muy superiores a la exigida por la habitabilidad, además de adecuadas condiciones formales y funcionales para su finalidad.

En resumen, el patio cubierto no está prohibido por ninguna normativa técnica».

2. Ante dichas alegaciones, la Propuesta de Orden entiende que la interesada mantiene que en las normas de educación no se hace una referencia expresa a que el patio de un centro infantil deba ser descubierta y, si bien es cierto que ni en el Decreto 201/2008, de 30 de septiembre, ni en la Orden de 3 de febrero de 2009, el patio está definido, no es menos cierto que precisamente al no estar definido debe acudir a las normas genéricas en materia de urbanismo que sí lo definen, por lo que se debe atender al plan general de ordenación urbana, como instrumento básico de ordenación integral del territorio a través del cual se definen los elementos fundamentales del sistema de planeamiento urbanístico o planificación urbana del municipio en cuestión, esto es, el Plan General de Las Palmas de Gran Canaria, que en su normativa, art. 6.7.3.Patios, define lo que debe entenderse por patio. Es decir, el patio que se exige en la norma educativa es el patio conceptualizado por la norma urbanística, a la que remite el propio art. 11 del citado Decreto, cuando prevé que los centros deberán reunir los requisitos de espacios, instalaciones, mobiliario y demás condiciones establecidas en la normativa correspondiente sobre seguridad, higiene, sanidad y accesibilidad, entre otras, así como las ordenanzas municipales en

lo que les corresponda y teniendo en cuenta las características del alumnado al que atienden.

Con base en lo anterior, la Propuesta de Orden fundamenta su pretensión anulatoria en los siguientes argumentos:

- La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, establece en su art. 14.7 que las Administraciones educativas regularán los requisitos que hayan de cumplir los centros que impartan dicho ciclo, relativos, en todo caso, y entre otros, a las instalaciones.

- El Decreto 201/2008, de 30 de septiembre, por el que se establecen los contenidos educativos y los requisitos de los centros que imparten el primer ciclo de Educación Infantil en la Comunidad Autónoma de Canarias, en su art. 11.1, establece los requisitos de los espacios e instalaciones de estos centros, estableciendo que deben cumplir determinadas especificaciones básicas, entre las que se encuentra contar con un «Patio de juegos de uso exclusivo del centro, en el que cada niño disponga de 2 metros cuadrados para su uso y disfrute durante su utilización simultánea, siendo en todo caso la superficie mínima de 75 metros cuadrados».

- La Orden de 3 de febrero de 2009, por la que se establece la adecuación de los requisitos para la creación o autorización de centros que imparten el primer ciclo de Educación Infantil en la Comunidad Autónoma de Canarias, así como la determinación del régimen transitorio regulados en el Decreto 201/2008, de 30 de septiembre, en su art. 4 prevé la posibilidad de que puedan crearse o autorizarse, respectivamente, escuelas infantiles o centros privados de educación infantil en una zona urbana consolidada, ubicados en entornos laborales o directamente en empresas, o en entornos rurales, siempre que cumplan con los requisitos de espacios e instalaciones previstos en el Decreto 201/2008, de 30 de septiembre, o en caso contrario, de no poder cumplirse con los citados requisitos del Decreto, deberán cumplir con entre otras especificaciones, con un patio de recreo con dos metros cuadrados por alumno y no inferior a 50 metros cuadrados.

El Plan General de Las Palmas de Gran Canaria, en su normativa, art. 6.7.3.Patios indica y define que se entiende por tal, a «todo espacio no edificado delimitado por fachadas interiores y/o por linderos laterales».

- En virtud del art. 47.1.1) de la Ley 39/2005, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, son nulos de

pleno derecho los actos de las Administraciones públicas 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, son nulos de pleno derecho.

La Resolución nº 1785, de 11 de julio de 2011, de la Dirección General de Centros e Infraestructura Educativa, por la que se aprueba el expediente presentado por (...), en el que se solicita la adecuación del proyecto de obra presentado para la apertura y puesta en funcionamiento de un centro privado de educación infantil de primer ciclo, está viciada de nulidad pues, en virtud de dicha Resolución se reconoce la adecuación de las instalaciones a los requisitos mínimos legalmente exigidos a la vista del proyecto, y para una vez ejecutadas dichas obras autorizar la creación y apertura como centro privado de educación infantil de primer ciclo, cuando lo cierto es que en el proyecto de obra, el espacio rotulado como «patio de juego», no puede considerarse un auténtico patio, a la luz de la normativa de aplicación expuesta en los informes de la Unidad Técnica de Construcción, por lo que las instalaciones del centro a las que se les reconoció esa cualidad, realmente no están adaptadas a la normativa sectorial que exige un patio de juego.

La citada Resolución constituye un acto expreso de la Administración por el que se reconoce a la interesada el derecho a obtener posteriormente la autorización de apertura y puesta en funcionamiento de un centro privado de educación infantil de primer ciclo si ejecuta las obras como en el proyecto de obras presentado, cuando realmente el proyecto de obra presentado, y las posteriores obras ejecutadas de conformidad al proyecto, han creado un centro que carece de un elemento esencial para su autorización y consideración como centro privado de educación infantil, cual es la existencia de un patio de juegos en las instalaciones del centro.

Para la aplicación de la causa de nulidad prevista en el apartado f) del art. 47.1 de la Ley 39/2015, 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.

Con esa exigencia de elemento esencial, el art. 47.1. f) de la Ley 39/2015, impide que se califique de nulo a cualquier acto administrativo que contradiga el Ordenamiento jurídico; sólo aquel que atribuya un derecho a una persona que carece manifiesta y flagrantemente 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, 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 esta, los dictados prescindiendo de todo el procedimiento legal o con violación de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de órganos colegiados).

Por ello habrá de distinguirse 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 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. Esa distinción se hace necesaria para no lesionar el principio constitucional de seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 de la Constitución, dado que en cualquier momento, es decir, sin limitación de plazo alguno, se puede proceder a la revisión de los actos nulos. Debe reservarse entonces, la expresión «requisitos esenciales» para aquellos vicios de legalidad en que el acto incurre, 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.

En los expedientes en los que se presenta previamente un proyecto de obras para su inspección, dentro de un procedimiento de creación de un centro infantil, como en las presentes actuaciones, es requisito esencial la comprobación de que en ese proyecto de obra presentado todos los espacios e instalaciones descritas se adecuan a la norma, siendo ésta la finalidad única de la inspección anticipada de la obra proyectada, adelantando de esta manera el pronunciamiento de conformidad a la normativa, para la posterior autorización, por lo que constituye un presupuesto ineludible de la estructura del acto administrativo que lo define, la propia

comprobación de la adecuación a la normativa, siendo lo cierto que por la Resolución cuestionada se resolvió la adecuación de las instalaciones, de ejecutarse las obras como en el proyecto de obra, a la norma sin contener todos y cada uno de los espacios previstos en la norma sectorial para los centros de educación infantil de primer ciclo.

Así, la Resolución cuestionada resuelve la adecuación de las instalaciones a la norma sin contener todos y cada uno de los espacios previstos en la norma sectorial para los centros de educación infantil de primer ciclo, de tal manera que el objetivo único e imprescindible de esa resolución inicial que es la comprobación de los requisitos queda frustrada al desconocer que uno de los espacios que la norma de aplicación entiende como imprescindible no existen en el proyecto de obra, como se concluye del tenor literal del art. 4.b) de la Orden de 3 de febrero de 2009 que establece:

«Deberán cumplir con los requisitos generales de espacios e instalaciones establecidos en el artículo 11 del Decreto 201/2008, de 30 de septiembre. No obstante, de no poder cumplirse con los citados requisitos del Decreto, deberán cumplir con las siguientes especificaciones (...)\», entre ellas: «Patio de recreo con dos metros cuadrados por alumno y no inferior a 50 metros cuadrados».

Con esta resolución que ahora se revisa se le otorga una facultad a la interesada cuando ejecute las obras de conformidad con el proyecto ya valorado como idóneo por la Administración educativa, la facultad de que se le conceda el reconocimiento de centro educativo de primer ciclo de Educación Infantil, careciendo de uno de los elementos que la norma educativa exige como requisito mínimo de los espacios e instalaciones, cual es el patio. De esta manera la finalidad prevista en la norma que se le atribuye a la Resolución que se pretende revisar, no es otra que determinar el cumplimiento de los requisitos de los espacios e instalaciones a la norma educativa, esto es, al Decreto 201/2008, y a la Orden de 3 de febrero de 2009, y al dictarse resolviendo la adecuación de los espacios a las normas educativas y normas urbanísticas en contra de lo dispuesto precisamente en esas normas se desvirtúa la finalidad única y esencial de la Resolución, otorgando una facultad a la interesada, un derecho a un reconocimiento posterior sin reunir los requisitos mínimos al haberse desnaturalizado el objetivo de la Resolución.

Así las cosas, de mantenerse esa resolución administrativa, y como quiera que a la interesada se le ha reconocido la adecuación a norma del proyecto de obras, ejecutadas las obras en el sentido resuelto, en consecuencia, se le debería autorizar

la apertura y puesta en funcionamiento del centro, en contra de lo previsto en la norma sectorial que prevé que todos los centros de educación infantil de primer ciclo tengan un patio de juegos.

3. En resumidas cuentas, la Propuesta de Orden pretende la revisión de oficio de la Resolución cuestionada por entender que incurre en la causa de nulidad prevista en la letra f) del apartado 1 del art. 47 LPACAP al conferirse a la interesada el derecho a seguir el procedimiento de autorización de un centro infantil careciendo de un requisito esencial para adquirirlo (que el centro tiene un patio techado en vez de abierto).

III

1. La Propuesta de Resolución esgrime, pues, como casusa de nulidad la prevista en el art. 47.1, f) LPACAP, en virtud del cual son nulos de pleno derechos los actos expresos o presuntos de las Administraciones Públicas contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

En el presente caso, como acertadamente advierte el Informe de los Servicios Jurídicos, nos encontramos ante un acto de trámite cualificado -que decide indirectamente el fondo del asunto al reconocer que el proyecto de obra se adecuaba a las exigencias legales para poder ser autorizada para la apertura de un centro de educación infantil-, que no fue recurrido en plazo, por lo que, al no ser de gravamen ni desfavorable, es susceptible de ser revisado de oficio si concurriese alguna de las causas previstas en el art. 47.1 LPACAP.

2. Sin embargo, este Consejo no puede compartir la fundamentación que lleva a la Propuesta de Orden a resolver anular la Resolución cuestionada pues no se aprecia la concurrencia de la causa esgrimida para la presente revisión de oficio.

Este Consejo, siguiendo una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo -que la propia Propuesta de Orden intenta, sin éxito, razonar que se da en el presente caso-, ha mantenido (ver por todos el reciente DCCC 79/2017) 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 (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).

Por ello habrá de 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».

3. En el presente caso la Propuesta de Orden confunde la norma sustantiva con la procedimental a la hora de determinar los requisitos esenciales que debe reunir, en este caso, el centro, para poder autorizar su apertura. En efecto, la Propuesta de Orden intenta razonar esa falta del requisito esencial en el incumplimiento del art. 4.b) de la Orden de 3 de febrero de 2009, en tanto que la Resolución que se pretende revisar no cumple con su objetivo (lo denomina requisito esencial) de comprobar que el proyecto de obra presentado por la interesada cuenta con todos los espacios e instalaciones descritas se adecuan a la norma, cuando el requisito esencial no ha de ser predicable del acto a revisar sino de quien adquiere el derecho, en este caso, el centro infantil. Es decir, el verdadero centro de la cuestión está en determinar, de acuerdo con la doctrina aludida, no si la Resolución es contraria a Derecho o no, sino si el centro carece o no de los requisitos esenciales para poder ser autorizado. Más en concreto, el fondo del asunto se centra en determinar si es un requisito esencial que el patio con que debe contar el centro ha de ser necesariamente cubierto o, como alega la interesada, no hay ninguna norma que exija que el patio de juegos tenga que ser descubierto, por lo que se está exigiendo un patio de juegos con unas características que no están definidas en aquellas normas, sino que es un criterio técnico particular de la Unidad Técnica.

Expuestos en esos términos la cuestión a dilucidar, la respuesta se revela con cierta claridad, pues si la diferencia entre requisitos necesarios y requisitos esenciales radica en 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”

parece evidente que carece de toda relevancia que ese patio sea cubierto o no, pues lo verdaderamente esencial es si cumple con las medidas exigidas y con su finalidad funcional, en concreto, óptimas condiciones de iluminación, ventilación y destino del mismo (juego y esparcimiento de los niños), como sin duda acontece en este caso.

El presupuesto ineludible de la estructura definitoria del acto es que el proyecto de obra contempla un patio de juegos con unas dimensiones determinadas (más de los 50 metro cuadrados exigibles) y con óptimas condiciones de iluminación y ventilación, no pudiendo afirmar siquiera que haya una auténtica vulneración de la norma que establece las condiciones que ha de cumplir el centro infantil, pues existe un patio con las condiciones que la norma exige.

Si la norma hubiera requerido como esencial el requisito de tener techo del espacio dedicado a recreo así lo habría indicado expresamente, y no lo hace. No cabe calificar de esencial aquel requisito o característica del patio que no hubiere sido expresamente señalado por la norma aplicable.

4. Pero a mayor abundamiento, aludir a unas normas urbanísticas municipales (por tanto sólo exigibles en un determinado municipio) para fundamentar el carácter esencial del requisito de la necesidad de que el patio sea cubierto es contradictorio pues, por su propia naturaleza, los requisitos esenciales han de ser predicables de cualquier centro infantil que se quiera abrir en cualquier lugar de la Comunidad Autónoma de Canarias, por lo que la exigencia de un patio cubierto, para ser considerado como tal requisito esencial, debe venir necesariamente contemplado en la norma sectorial, no urbanística municipal, que los regula. Dicho en otros términos, un requisito esencial no puede ser diferente en función del término municipal en el que se pretenda abrir. A lo sumo podría ser un requisito necesario, pero en ningún caso esencial.

5. La consecuencia lógica de lo expuesto ha de ser necesariamente negar que sea un requisito esencial que un centro infantil deba contar un patio de juegos descubierto, por lo que no procede la revisión de la Resolución que aprobó que el proyecto de obra contemplara que el patio fuera descubierto, al no concurrir la causa de nulidad alegada prevista en el art. 47.1, f) LPACAP.

En conclusión, la Propuesta de Orden que pretende declarar la nulidad de la Resolución nº 1785, de 11 de julio de 2011, de la Dirección General de Centros e Infraestructura Educativa por la que se aprueba el expediente presentado por (...), en el que se solicita la adecuación del proyecto de obra presentado para la apertura

y puesta en funcionamiento de un centro privado de educación infantil de primer ciclo denominado (...) no es conforme a Derecho, por lo que no se dictamina favorablemente su revisión de oficio.

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina desfavorablemente la revisión de oficio de la Resolución nº 1785, de 11 de julio de 2011, de la Dirección General de Centros e Infraestructura Educativa por la que se aprueba el expediente presentado por (...), al no concurrir causa de nulidad de pleno Derecho.