



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 8 0 / 2 0 1 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 21 de septiembre de 2018.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Mogán en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio del Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local, en su sesión celebrada en fecha 15 de marzo de 2016, en virtud del cual se deniega la licencia de instalación de actividad clasificada para Bar-Restaurante, ubicada en el local (...) del Centro Comercial (...), a (...) (EXP. 343/2018 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 5 de julio de 2018, con registro de entrada en este Consejo Consultivo el 13 de julio de 2018, la Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Mogán interesa dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Canarias en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio del Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local, en su sesión celebrada en fecha 15/03/2016, en virtud del cual se deniega la licencia de instalación de actividad clasificada para Bar-Restaurante, ubicada en el local (...) del Centro Comercial (...) a (...).

2. La legitimación de la Alcaldesa-Presidenta para solicitar el dictamen, la competencia de este Consejo para emitirlo y su preceptividad, 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 con el art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), que permite a las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, previo dictamen favorable del órgano consultivo, declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o

* Ponente: Sra. de León Marrero.

que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el art. 47.1 LPACAP.

Además, de conformidad con lo previsto en la normativa aplicable (art. 106.1 LPACAP), es preciso que tal dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar la nulidad del acto si el dictamen no lo considera así.

3. Tal y como se manifestó con anterioridad, la ordenación de la revisión de oficio de las disposiciones y los actos nulos se contiene en el art. 106 LPACAP. Esta revisión de oficio procede contra actos nulos que incurran en alguna de las causas de nulidad del art. 47.1 LPACAP y que, además, sean firmes en vía administrativa, firmeza que se acredita en este caso.

4. La tramitación de este procedimiento fue iniciada a instancia de parte interesada, tras haberse presentado solicitud de revisión de oficio el 17 de julio de 2017 por (...), por lo que el procedimiento no está sometido al plazo de caducidad de seis meses establecido en el art. 106.5 LPACAP.

5. La Resolución que se pretende revisar es un acto firme que ha puesto fin a la vía administrativa, por lo que puede ser objeto de revisión de oficio con base en lo establecido en el art. 106.1 LPACAP.

II

1. Los antecedentes que han dado origen a este procedimiento de revisión de oficio son los siguientes:

- El 14 de diciembre de 2011 se solicita por (...) licencia de apertura de actividad clasificada para Bar-Restaurante, en local (...), planta baja del C.C. (...), TM de Mogán, al que acompaña Proyecto Técnico de apertura y acondicionamiento (obra menor) de local para la actividad de Bar Restaurante.

- El 19 de enero de 2012 se emite informe técnico desfavorable a la solicitud, al señalarse que el local objeto de la actuación solicitada incumple la ordenación del centro comercial en cuanto a su terraza y al cerramiento de la misma.

- Notificado ello al interesado el 15 de marzo de 2012, éste presenta documentación el 4 de abril de 2012, emitiéndose nuevo informe técnico el 20 de julio de 2012, que concluye la viabilidad de otorgamiento de la licencia de obras para las instalaciones que figuran en el proyecto, al entenderse que ha concurrido, como alegaba el interesado, prescripción urbanística respecto de la terraza y su techado, quedando ésta en situación de fuera de ordenación.

- El 14 de agosto de 2012, reiterado el 8 de abril de 2013, se requiere al interesado para que, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 20.1 de la Ley 7/2011, de 5 de abril, de Actividades Clasificadas y Espectáculos Públicos y otras medidas complementarias (LACEP), someta a información pública el expediente de referencia.

- El 27 de agosto de 2013 se presenta escrito ante el Ayuntamiento por una vecina del Centro Comercial (...) denunciando al propietario del local nº (...) por ruidos fuera del horario permitido, instando apertura del expediente sancionador.

- El 7 de octubre de 2013 se presenta escrito ante el Ayuntamiento por la presidenta de la Comunidad de Propietarios «Centro Comercial (...)», instando la realización de inspección en el local de (...), tras manifestar la existencia de «obras sin autorización expresa por parte de la Directiva a la que represento, y al parecer también la correspondiente licencia municipal al respecto (...), obras consistentes en cambio de plaquetas en terraza y zona común». Además de «puesta de música en vivo en dicho local, sin tener al parecer las correspondientes autorizaciones para ello».

- El 15 de noviembre de 2013 se presenta nuevo escrito de denuncia por el propietario de otro local en el centro Comercial, al que aporta, entre otros documentos, denuncias de diversas fechas ante la Policía Local, realizadas por la Comunidad de Propietarios del Centro Comercial y recogida de firmas de los vecinos de calles anexas.

- Emitido informe jurídico el 30 de enero de 2014, mediante Decreto 395/2014, de 10 de febrero, del segundo Teniente de Alcalde, se declara la caducidad de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística en cuanto a la terraza y cerramiento del local y se requiere al interesado para la publicación de Edicto que se adjunta al decreto, a fin de continuar con el expediente de referencia, comunicando y advirtiendo a aquél de los límites y condiciones relativos al horario (dada la existencia de varias denuncias al respecto) y a la instalación de elemento externos. Se señala asimismo que los carteles, toldos y letreros serán objeto de procedimiento separado, lo que se notifica al interesado el 26 de febrero de 2014.

- Se publica edicto por el interesado en BOP de Las Palmas, nº 44, de 4 de abril de 2014.

- El 8 de octubre de 2015 se emite nuevo informe técnico a la vista del expediente. En el que se pone de manifiesto:

«- Se deberá justificar y cumplir con lo establecido en el DB SUA 9 Accesibilidad del Código Técnico de la Edificación, siéndole de aplicación dicha Normativa contrariamente a lo especificado en el Proyecto.

- Se deberá justificar y cumplir el Real Decreto 90/2010, de 22 de julio, por el que se regula la actividad turística de restauración y los establecimientos donde se desarrolla, y de manera más concreta su artículo 7: Condiciones mínimas, apartados b) zonas de servicios y c) aseos.

- No se contempla instalación de extracción de aire en los aseos.

- En el cálculo del aforo se deberá incluir las personas que ocupan la terraza.

- No se incluye el alumbrado de emergencia en el cálculo luminotécnico, ni la ubicación de las luminarias de emergencia en los planos.

- Se deberá justificar y cumplir con lo establecido en el apartado 7: Señalización de los medios de evacuación del DB SI 3 del Código Técnico de la Edificación.

- En el presupuesto no se contemplan los capítulos correspondientes a la instalación eléctrica y contra incendios».

- El 16 de octubre de 2015 se requiere al interesado otorgándole un plazo de quince días para aportar la documentación requerida y subsanar las deficiencias detectadas. Ello se le notifica el 23 de octubre de 2015, viniendo éste a aportar documentación el 7 de enero de 2016 (fuera de plazo). Sólo aporta «Proyecto incluyendo documentación gráfica, y copia del justificante del pago del último recibo del IBI».

- El 17 de febrero de 2016 se gira visita de inspección.

- El 26 de febrero de 2016 se emite nuevo informe técnico en el que se señala:

«1.- Girada visita de comprobación el día de fecha 17/02/2016, se observa lo siguiente:

- La distribución del Local no se ajusta, notablemente, a la distribución establecida en los planos del Proyecto y Anexo presentado, ocupando incluso otras dependencias (almacén, cuarto de máquinas y terraza) que no se reflejan en los planos.

- Existen dependencias sin alumbrado de emergencia.

- Se observan equipos de reproducción sonora (altavoces) situados en el exterior del Local, (se adjuntan fotos).

- Se han ocupado terrazas de las zonas comunes del Centro Comercial, no aportándose lo requerido en el Decreto n° 395/2014 mediante el cual se le declara la caducidad de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística infringida: "autorización de la comunidad de propietarios acompañada de los planos de planta y distribución firmados por técnico competente, justificativos de la viabilidad de instalar la terraza exterior y del cumplimiento de los recorridos legal y reglamentariamente necesarios para la evacuación del Centro Comercial en caso de incendio o infortunio similar" (se adjuntan fotos).

- Se observan equipos de nevera y asado de pollos en el exterior del local, incumpliendo lo requerido expresamente en Decreto n° 395/2014 mediante el cual se le declara la caducidad de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística infringida: "No podrá instalar máquina alguna que genere suciedad, calor, olores (...) tal como un asador de pollos o similar, instalación que deberá estar, en su caso, en el interior del local" (se adjuntan fotos).

- Se observan carteles, letreros y toldos de pared, no encontrándose en la aplicación informática Gescal, expediente mediante el cual se otorga la licencia de obra menor o legalización de las mismas, incumpliendo lo establecido expresamente en el Decreto n° 395/2014 mediante el cual se le declara la caducidad de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística infringida.

CONCLUSIÓN

Por motivo de todo lo anterior, se informa DESFAVORABLE el otorgamiento de la Licencia solicitada, sin perjuicio de que el interesado proceda al inicio de un nuevo expediente de tramitación con proyecto técnico que se ajuste la realidad del Local y a la actividad que se desarrolla en el mismo de Bar Restaurante con música».

- En virtud de aquel informe, con fecha 2 de marzo de 2016 se emite informe jurídico-propuesta de resolución proponiendo la denegación de la licencia de instalación.

- Mediante Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 15 de marzo de 2016, se deniega la licencia de instalación de actividad clasificada para Bar-Restaurante, ubicada en el local (...) del Centro Comercial (...), lo que se notificó al interesado el 14 de abril de 2016.

- El 17 de julio de 2017 se presenta por el interesado solicitud de revisión de oficio del referido acuerdo, solicitando:

«A) Se declare nulo de pleno derecho el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 15 de marzo de 2016, asunto n° 4.1, al concurrir las causas de nulidad del art. 47.1.a), b) y e) de la LPACAP, al haberse causado indefensión, estar basado en un informe técnico emitido

por un ingeniero municipal sin competencia para girar visitas de comprobación por carecer de la condición de funcionario, y, sobre todo, por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido; declarando, en su lugar, la obtención de la licencia de instalación de la actividad clasificada de bar-restaurante y de la licencia urbanística de obra menor por silencio administrativo, con reconocimiento de todos los efectos que le son propios.

B) Suspensión de la ejecución del Acuerdo cuya revisión de oficio se solicita

C) Se incorporen al expediente certificaciones sobre los siguientes aspectos:

- Vinculación laboral del empleado público (...), ingeniero municipal adscrito a la Sección de Aperturas del Servicio de Urbanismo, y resolución de adscripción a la Sección de Aperturas.

- El tipo de procedimiento que el Ayuntamiento incoó, instruyó y resolvió a razón de la solicitud presentada en la oficina registral el día 14/12/2011, con indicación de los preceptos que los regulan».

III

La tramitación del procedimiento de revisión de oficio se ha realizado adecuadamente, habiéndose evacuado los siguientes trámites:

- Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 3 de abril de 2018, se inicia procedimiento de revisión de oficio, concediendo trámite de audiencia al interesado. De ello recibe aquél notificación el 12 de abril de 2018, sin que presentara alegaciones.

- El 25 de junio de 2018 se emite informe Propuesta de Resolución que es sometida a dictamen de este Consejo.

IV

1. La Propuesta de Resolución desestima la solicitud de revisión de oficio instada por el interesado al entender que no concurren las causas de nulidad alegadas por aquél, tras refutar cada una de las alegaciones hechas en su escrito de solicitud.

2. Pues bien, se comparte plenamente la argumentación que lleva a la Administración a desestimar la solicitud de revisión de oficio del Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local, en su sesión celebrada en fecha 15/03/2016, en virtud del cual se deniega la licencia de instalación de actividad clasificada para Bar-Restaurante, ubicada en el local (...) del Centro Comercial (...) a (...).

Ante todo, debemos recordar que, como tantas veces se ha señalado por este Consejo Consultivo y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, 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. Por ello, debe ceñirse la revisión de oficio a las causas graves y tasadas del art. 47.1 LPACAP, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva, sin que sea ésta una vía de impugnación de actos anulables.

3. Sentado lo anterior, nos hallamos con que, en el presente caso se han invocado como causas de nulidad las del art. 47.1.a), b) y e) LPACAP, según las cuales son nulos los actos administrativos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, y los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

A tal efecto fundamenta el interesado su solicitud, en síntesis, en lo siguiente:

- No haberse considerado la obtención de las licencias solicitadas por silencio administrativo.

- Haberse girado visita de comprobación de la actividad (instrumento de intervención posterior o de control) con carácter previo al otorgamiento de la licencia de instalación.

- No haberse notificado las deficiencias detectadas por el ingeniero municipal tras haber girado visita a la actividad en febrero de 2016, a fin de poder subsanarlas, causándosele indefensión.

- No ostentar la condición de funcionario el ingeniero municipal que giró la visita y emitió el informe jurídico que sirvió de base a la propuesta de resolución y fundamentó el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local para denegar las licencias, ya concedidas por silencio administrativo.

4. Pues bien, debe responderse a las alegaciones efectuadas por el interesado, como acertadamente hace la Propuesta de Resolución, en virtud de los argumentos que a continuación se exponen:

1.- Por un lado, no es posible considerar que se hayan adquirido por silencio las licencias solicitadas, pues resulta de aplicación, respecto de la licencia de instalación de la actividad clasificada, lo establecido en el párrafo segundo del art. 7.2 de la LACEP, según el cual «la no presentación de la declaración responsable determinará la desestimación de la licencia de actividad solicitada y la imposibilidad de su obtención por silencio administrativo positivo (...)», no constado en el expediente, lo que se reconoce por el propio interesado, que se haya presentado dicha declaración responsable.

Asimismo, es de aplicación subsidiaria el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo (vigente en la fecha en que se dictó la resolución) que establece en su art. 166.6, que «En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias urbanísticas en contra de la ordenación de los recursos naturales, territorial, urbanística o sectorial aplicables», criterio igualmente contemplado en el art. 345 de la actual Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias. La licencia de «instalación», que fue denegada mediante Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada en fecha 15/03/2016, incurría en contradicción con la normativa sectorial aplicable, tal como en dicho Acuerdo se expuso.

A mayor abundamiento, como se señala en la Propuesta de Resolución, en ningún momento el interesado solicitó el correspondiente certificado acreditativo del silencio producido, ni alegó su existencia, para hacerlo valer ante la Administración, según se establecía en el art. 43.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de Las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, vigente en aquel momento, ni presentó en su virtud recurso alguno, pudiendo hacerlo, contra el citado Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del día 15/03/2016, de «denegación» de la citada licencia de instalación, deviniendo firme dicho Acuerdo.

2.- En relación con el hecho de que la denegación de licencia se base en un informe técnico emitido por un ingeniero municipal sin competencia para girar visitas de comprobación por carecer de la condición de funcionario, señala la Administración, lo que se comparte en este informe:

«cabe informar que dicho Ingeniero Municipal es el único ingeniero superior de administración especial, grupo A1, de este Ayuntamiento de Mogán, y que, además, se encuentra adscrito a la Sección de Aperturas y Sanciones (Servicio de Urbanismo)

de este Ayuntamiento, tal como ha sido designado mediante Decreto nº 2.063/2015, de 7 de julio.

En cualquier caso, como también se ha expuesto, el informe técnico emitido en fecha 08/10/2015, lo ha sido en el marco del artículo 21 de la LACEP, que trata sobre el "informe de calificación", en virtud del cual se realiza un enjuiciamiento objetivo de los criterios previstos en el apartado 1 de este artículo (se examina el proyecto presentado, la garantía y eficacia de los sistemas correctores propuestos y su grado de seguridad), siendo vinculante para el órgano competente para resolver, tal como se establece en su apartado 4º. Y con el informe técnico emitido en fecha 26/02/2016, se aportan pruebas fotográficas acreditativas de la veracidad de los hechos. Y la visita girada por el técnico, y el informe que se emite en consecuencia, no se encuentran expresamente prohibidos por la LACEP, sirviendo de motivación para la adopción de la resolución que proceda. No se emiten en un procedimiento de inspección, posterior al otorgamiento de la correspondiente licencia, sino que se emiten en el marco de la realización de funciones de verificación y control imparcial de los distintos requisitos exigidos para el otorgamiento, en su caso, de la correspondiente licencia de instalación de la actividad clasificada (Disposición adicional sexta, apartado 2, de la LACEP).

Y, tras la emisión de estos informes técnicos, con fecha 02/03/2016, se emitió informe jurídico-propuesta de resolución por Técnico de Administración General, funcionario también adscrito a la Sección de Aperturas y Sanciones (Servicio de Urbanismo) de este Ayuntamiento, donde se viene a dar validez a los hechos relatados por el Ingeniero Municipal en su informe (al cual se adjuntó pruebas fotográficas de tales hechos). Posteriormente, la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 15/03/2016, adoptó Acuerdo (asunto 4.1), en virtud del cual se deniega la licencia de instalación de actividad clasificada, y contra este Acuerdo, que fue notificado a la parte interesada en fecha 14/04/2016 (Reg. Salida nº 1799, de fecha 04/04/2016), no consta que por el interesado se haya interpuesto recurso alguno, deviniendo firme en vía administrativa.

A mayor abundamiento, ya en el propio Decreto 86/2013, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de actividades clasificadas y espectáculos públicos, que desarrolla la Ley 7/2011, se distingue, por un lado, las actividades de comprobación (Sección 1ª, Capítulo II, Título III), que tienen por objeto la verificación y cumplimiento de los requisitos formales y técnicos previstos en la

normativa aplicable, pudiendo realizarse por personal técnico acreditado (caso del ingeniero superior que ha emitido los informe técnicos municipales, ahora cuestionados por el interesado), de las actividades propias de una inspección (Sección 2a, Capítulo II, Título III), que deben realizarse, en este último caso, por personal funcionario debidamente acreditado y técnicamente cualificado».

3.- En relación con la alegada indefensión del interesado, por falta de notificación de las deficiencias detectadas por el ingeniero municipal tras haber girado visita a la actividad en febrero de 2016, a fin de poder subsanarlas, debe recordarse al interesado lo siguiente:

Ya, desde el 20 de octubre de 2015 se requirió al interesado a subsanar deficiencias detectadas y puestas de manifiesto en el informe técnico de 8 de octubre de 2015, subsanación que no se produjo sino parcialmente en escrito, por otra parte extemporáneo, presentado el 7 de enero de 2016. Únicamente aporta «Proyecto incluyendo documentación gráfica, y copia del justificante del pago del último recibo de IBI».

Así, no puede alegarse indefensión del interesado, pues no se produce vulneración del art. 24 CE, cuando no se impida al interesado ejercer sus derechos de defensa, es decir, cuando se «impide el cumplimiento de su finalidad, tendente a comunicar la Resolución en términos que permitan mantener las alegaciones o formular los recursos establecidos en el Ordenamiento jurídico frente a dicha Resolución» (STC 155/1989).

A tal efecto se aclara, con justificación en el fundamento jurídico 3º de la STC 62/1998 (RTC 1998\62), que «la estimación de un recurso de amparo por la existencia de infracciones de las normas procesales no resulta simplemente de la apreciación de la eventual vulneración del derecho por la existencia de un defecto procesal más o menos grave, sino que es necesario acreditar la efectiva concurrencia de un estado de indefensión material o real» (STC 126/1991, fundamento jurídico 5º STC290/1993, fundamento jurídico 4º). Para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, se ha de situar al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, siendo necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (STC 149/1998 [RTC 1998\149], fundamento jurídico 3º), con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los interesados afectados (SSTC 155/1988 [RTC 1988\155], fundamento jurídico 4º, y 112/1989 [RTC 1989\112], fundamento jurídico 29º).

Nada de ello ha concurrido en este caso, pues el requerimiento de subsanación, con puesta de manifiesto del informe en el que se funda, constituye un verdadero trámite de audiencia al interesado, previo a la denegación de licencia.

4.- Con respecto a la alegación relativa a la concurrencia de la causa de nulidad consistente en haberse dictado el acto prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, debe decirse, una vez desestimada la alegación relativa a la previa adquisición de la licencia por silencio positivo, que, se ha seguido el régimen de intervención previa aplicable a las actividades clasificadas previsto en el Título I de la LACEP (de las licencias de la actividad clasificada), cuyo procedimiento viene regulado en los arts. 17 a 23. Así, constan, como se deriva de los antecedentes expuestos, tras la solicitud del interesado y su admisión a trámite, el enjuiciamiento previo del proyecto en los informes técnicos recabados, información pública, informe de calificación, trámite de audiencia y resolución, todo lo cual concurre en el procedimiento tramitado.

5. Por todo lo expuesto entendemos que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, procediendo la desestimación de la solicitud de revisión de oficio instada por el interesado.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se ajusta a Derecho.