



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 1 6 / 2 0 1 9

(Sección 2ª)

La Laguna, a 6 de junio de 2019.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Presidencia, Justicia e Igualdad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio, a instancia de (...), en nombre y representación de la Asociación (...), de la autorización de instalación a la entidad mercantil (...) de salón recreativo y de juegos sito en la calle (...), esquina (...) de Las Palmas de Gran Canaria (EXP. 173/2019 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Presidencia, Justicia e Igualdad del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio de la autorización de instalación de un salón recreativo y de juegos sito en la calle (...), esquina (...), en el término municipal de Las Palmas de Gran Canaria.

2. La legitimación del Excmo. Sr. Consejero de Presidencia, Justicia e Igualdad del Gobierno de Canarias 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 con el art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) -aplicable porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor [DT tercera, b)]- texto legal 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

* Ponente: Sra. de León Marrero.

puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el art. 47.1 LPACAP.

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 es de tal sentido.

3. Como se dijo, 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.

4. En este concreto expediente, la revisión de oficio se fundamenta en un supuesto de nulidad de pleno derecho: acto presunto contra al ordenamiento jurídico por el que se adquiere un derecho careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición [art. 106 en relación con 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)]. En este expediente se aplican las causas de nulidad previstas en el art. 62.1 LRJAP-PAC, al ser las vigentes en el momento de dictarse el acto, en concreto la prevista en la letra f). El fundamento de la revisión de oficio se basa en que la autorización para la instalación de los salones recreativos obtenida por acto administrativo presunto no cumple las distancias preceptivas a los centros educativos de menores, incumpliendo por tanto un requisito esencial de la legislación de aplicación.

5. La tramitación de este procedimiento de revisión de oficio fue instada el 18 de mayo de 2017 por la asociación (...) a través de un escrito en el que pone de manifiesto que las autorizaciones de instalación de salones recreativos y de juegos sitios en la calle (...) y en la calle (...), esquina (...), ambos de la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, no cumplen con la zona de influencia en la que no podrán estar ubicados locales para la práctica de juego, por la previa existencia de un centro de enseñanza no universitaria o de atención de menores, aportando dos certificados topográficos suscritos por el ingeniero topógrafo (...), acompañados de planimetría que acredita el incumplimiento de la distancia preceptiva de 300 metros a los referidos centros docentes (distancia que en el municipio de Las Palmas de Gran Canaria es ampliada por el planeamiento urbanístico a 500 metros).

6. En cuanto al plazo de tramitación del expediente de revisión de oficio, el art. 106.5 de la LPACAP establece que en los procedimientos iniciados a instancia de parte, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio permite entender

desestimado el mismo por silencio administrativo, sin perjuicio de la obligación de la Administración de dictar resolución expresa y notificarla, sin que la resolución posterior quede vinculada al sentido del silencio administrativo producido (arts. 21 y 24 LPACAP). En este caso el expediente se inicia el 18 de mayo de 2017, por lo que el plazo de seis meses para su tramitación se habría incumplido, lo que no exime a la Administración de dictar resolución expresa sin vinculación al silencio desestimatorio producido.

7. En cuanto a la competencia del órgano para resolver la revisión de oficio, le corresponde al Consejero del Departamento, de conformidad con el art. 7 del Decreto 382/2015, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad, en relación con el art. 29.1 g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, que atribuye a los Consejeros la competencia para incoar y resolver los expedientes de revisión de oficio.

II

Los hechos relevantes para el presente dictamen, según resulta del expediente y recoge la Propuesta de Resolución, son los siguientes:

1. Con fecha 15 de diciembre de 2005, la entidad (...) solicita autorización para la instalación de un salón recreativo tipo «B» en la C/ (...) esquina (...), del término municipal de Las Palmas de Gran Canaria.

2. Con fecha de 27 de diciembre de 2005, la entidad solicitante aporta certificado suscrito por técnico municipal competente respecto de la distancia con otro salón recreativo en los términos previstos en el art. 76 del entonces vigente Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de la Comunidad Autónoma de Canarias (en adelante RMRA), aprobado por Decreto 162/2001, de 30 de julio.

3. Mediante requerimiento de fecha 13 de enero de 2006 (notificado cuatro días después) se insta a la mercantil solicitante a que aporte certificado municipal expresivo de la distancia existente entre el local donde se pretende instalar el salón recreativo y el centro docente más cercano [exigencia documental recogida en el art. 50.2 c) del RMRA].

4. Con fecha de 8 de febrero de 2006, la entidad (...) solicita la emisión de certificado acreditativo de la concesión (por silencio positivo) de la autorización de instalación interesada.

5. Mediante Resolución de la Dirección General de Administración Territorial y Gobernación de fecha 9 de febrero de 2006, se deniega de forma expresa la autorización de la instalación de un salón de juegos a ubicar en la calle (...) esquina (...), en Las Palmas de Gran Canaria, solicitada por la entidad (...).

6. Frente a dicha resolución, la aludida mercantil interpone, con fecha 6 de marzo de 2006, recurso de alzada. El recurso es desestimado mediante resolución del Viceconsejero de Administración Pública de fecha 22 de mayo de 2006. Frente a esta última resolución, la entidad de referencia interpone recurso contencioso administrativo, que es sustanciado a través del procedimiento ordinario nº 31/2007 seguido ante la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

7. En el marco del precitado procedimiento ordinario nº 31/2007, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias dicta Sentencia con fecha 17 de septiembre de 2012, en la que tras analizar los principales hechos concurrentes en el expediente, en su fundamento de derecho segundo afirma que:

«Tenemos pues que el transcurso del plazo para resolver la solicitud produjo por sí mismo un acto presunto de contenido positivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43.2 de la LPC. Ya hemos declarado que la doctrina jurisprudencial según la cual no se puede atribuir por silencio aquello que es ilegal otorgar expresamente, debe entenderse inaplicable en los supuestos regidos por la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/92, ya que ahora el artículo 43.2 de la citada LPC es sumamente claro al respecto: salvo que una norma con rango de ley o norma de Derecho comunitario europeo establezca lo contrario “los interesados podrán entender estimadas sus solicitudes en todos los casos”. Es decir, no importa ahora para excluir el silencio positivo la oposición frontal entre lo solicitado y el Derecho, que es, muy resumidamente, el contenido de la doctrina jurisprudencial de siempre, sino que sin norma con rango de ley o del Derecho Comunitario que expresamente excluya el silencio positivo en la materia sobre la que verse la solicitud, se producirá indefectiblemente un acto presunto positivo (en este mismo sentido, se ha pronunciado en un caso idéntico la Sala de lo Contencioso-Administrativo de las Palmas de Gran Canaria, sentencia de 21 de noviembre de 2008, rec. 462/2006)».

La resolución judicial de referencia, a la vista de lo expuesto anteriormente, dispone expresamente en su fallo:

«1º Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad (...), contra la Resolución de 22 de mayo del 2006, de la Viceconsejería de Administración Pública del Gobierno de Canarias, reconociendo el derecho de la entidad recurrente a la instalación de

un salón de juegos recreativos en la calle (...), esquina (...), local nº (...), de Las Palmas de Gran Canaria.

2º No hacer especial pronunciamiento en materia de costas».

Mediante Diligencia de Ordenación de fecha 31 de octubre de 2012 se comunica la firmeza de la precitada sentencia.

8. Con fecha 4 de noviembre de 2016, la Viceconsejería de Administraciones Públicas y Transparencia dicta resolución de ejecución de la mencionada sentencia. El fundamento de derecho tercero de dicha resolución, recuerda, de una parte, que del análisis del fundamento de derecho tercero de la sentencia de referencia, se desprende que la entidad mercantil (...) ha adquirido a través de un acto presunto positivo una autorización de instalación de un salón de juegos recreativos tipo «B» en la C/ (...), esquina (...), en Las Palmas de Gran Canaria, y de otra, que tal y como señalaba la exposición de motivos de la entonces vigente Ley 4/1999 que modifica la Ley 30/1992, «el silencio administrativo positivo produce un verdadero acto administrativo eficaz que la Administración Pública sólo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos en la Ley».

9. Con fecha de 18 de mayo de 2017, la asociación (...) presenta un escrito en el que tras poner de manifiesto que las autorizaciones de instalación de los salones recreativos y de juegos sitios en C/ (...), y en la C/ (...), esquina (...), ambos en la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, no cumplen con la zona de influencia en la que no podrán estar ubicados locales para la práctica de juego por la previa existencia de un centro de enseñanza no universitaria o de atención a menores, aporta dos certificados topográficos (suscritos, con fecha 18 de mayo de 2017, por el ingeniero topógrafo (...), colegiado n.º (...) del Colegio Oficial de Ingeniería Geomática y Topográfica) acompañados de la correspondiente planimetría y solicita la iniciación, contra los antedichos salones, de los oportunos expedientes de extinción de las autorizaciones de instalación de los mismos, habida cuenta del incumplimiento de uno de los requisitos esenciales para su concesión, esto es, el incumplimiento de las distancias mínimas a los centros de enseñanza más próximos, de conformidad con lo previsto en el art. 47 LPACAP.

La asociación AJAC interesa que la Administración declare de oficio la nulidad de los actos administrativos que otorgan sendas autorizaciones de instalación de los salones citados.

10. Mediante informe de fecha 18 de diciembre de 2017, del servicio técnico de la Dirección General de Patrimonio y Contratación de la Consejería de Hacienda del Gobierno de Canarias, se ponen de manifiesto las siguientes consideraciones:

«- Que esa Dirección General ha recibido escrito de la Viceconsejería de Administraciones Públicas e Igualdad, por el que se solicita Informe Técnico relativo a la medición de distancias a centros de enseñanza de dos locales destinados a uso recreativo y de juego, sitios, el primero, en el (...) de la Calle (...), y el segundo, en la Calle (...) esquina a Calle (...); en Las Palmas de Gran Canaria.

La determinación de las distancias de separación que ha de cumplirse entre los salones destinados a la práctica de juego y los centros de enseñanza, viene regulada por el Decreto 134/2006, 3 de octubre, donde se establece que dichas limitaciones habrán de estar acordes a los instrumentos de planeamiento urbanístico y ordenanzas municipales de aplicación, siendo, al menos, de 300 metros.

A este respecto, cabe informar que en las normas de Ordenación Pormenorizada del PGOU de Las Palmas de Gran Canaria, en su artículo 2.6.8 establece que la referida distancia será como mínimo de 500 metros.

- A tales efectos, se ha procedido a la extracción de planos a escala 1:2000 del Visor GRAFCAN, para los referidos emplazamientos, que se adjuntan en el presente Informe, señalándose en los mismos dos círculos concéntricos de 300 y 500 metros de radio.

- Analizada la documentación gráfica, se determinan las siguientes distancias:

Local en la Calle (...):

CPEIPS (...) 232,74 ml.

CPEIPS (...)..... 462,36 ml.

CPEIPS (...)..... 415,20 ml.

Local Calle (...) esquina Calle (...):

CPEI (...) 437,73 ml.

CEIP (...)..... 225,92 ml.

CEIP (...)..... 339,99 ml.

CPFP (...) 202,73 ml.

CPE (...)..... 244,43 ml.

CPFP (...) 212,14 ml.

EEl (...)..... 175,83 ml.

En consecuencia, se determina que en ambos casos [Local Calle (...) y Local Calle (...) esquina a Calle (...)]; se contraviene lo establecido en la normativa de aplicación».

11. Mediante Orden del Consejero de Presidencia, Justicia e Igualdad n.º 256/2017, de 21 de diciembre de 2017 se dispone:

«- 1. Admitir a trámite la solicitud de inicio del expediente de revisión de oficio de la autorización de instalación del salón recreativo y de juegos sito en la C/ (...), esquina (...) formulada por la ASOCIACIÓN (...), habida cuenta del incumplimiento de uno de los requisitos esenciales para su concesión, cual es la zona de influencia de centros de enseñanza y de atención a menores en la que no podrán ubicarse establecimientos para la práctica del juego (...).

2. Suspender la ejecución de la autorización de instalación del salón recreativo y de juegos sito en la C/ (...), esquina (...), habida cuenta de los perjuicios de difícil reparación que la implantación de dicho establecimiento podrá generar sobre los menores de edad que diariamente acuden a los siete centros de enseñanza relacionados en el informe emitido con fecha 18 de diciembre de 2017 por el Servicio Técnico de la Dirección General de Patrimonio y Contratación de la Consejería de Hacienda del Gobierno de Canarias.

3. Notificar la presente Orden a la entidad mercantil (...), a la ASOCIACIÓN (...), y a la entidad (...), confiriéndoles un trámite de audiencia por plazo de quince días para que puedan, en su caso, formular las alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes».

12. Con fecha de 17 de enero de 2018, la entidad mercantil (...) presenta escrito de alegaciones frente a la precitada Orden del Consejero de Presidencia, Justicia e Igualdad de fecha 21 de diciembre de 2017, solicitando también la práctica de prueba.

13. Con fecha 18 de enero de 2018, tanto la «asociación (...)» como la entidad mercantil (...) presentan sendos escritos de alegaciones en los que, sustancialmente, se manifiestan conformes con las actuaciones de la Administración autonómica.

14. Con fecha de 16 de mayo de 2018, la Viceconsejería de Administraciones Públicas y Transparencia dicta la resolución n.º 3322/2018, en virtud de la cual se rechazan, por resultar improcedentes unas e innecesaria otra, las pruebas propuestas por la entidad mercantil (...) en el seno de las alegaciones formuladas frente a la Orden del Consejero de Presidencia, Justicia e Igualdad n.º 256/2017, de 21 de diciembre, por la que se admite a trámite la solicitud de revisión de oficio, promovida por la asociación (...), respecto a la autorización de instalación de un

salón recreativo y de juegos sito en la C/ (...), esquina (...) en Las Palmas de Gran Canaria.

15. Con fecha de 22 de mayo de 2018, la entidad mercantil (...) presenta escrito en el que solicita que se tenga por promovida la nulidad de actuaciones en el expediente de revisión de oficio iniciado en virtud de la Orden n.º 256/2017 de esta Consejería, habida cuenta de los vicios de nulidad de pleno derecho en que incurre la resolución n.º 3323/2018, de 16 de mayo, de la Viceconsejería de Administraciones Públicas y Transparencia, por cuanto, sin tener competencia material para ello y ocasionándole indefensión, deniega la totalidad de las pruebas propuestas.

16. Mediante Orden n.º 258/2018, de 3 de diciembre, se inadmite el recurso de alzada (escrito presentado por la entidad(...) con fecha 22 de mayo de 2018 en el que se interesa que se tenga por promovida la nulidad de actuaciones) formulado frente a la resolución de la Viceconsejería de Administraciones Públicas y Transparencia n.º 3323/2018, de fecha 16 de mayo.

17. Con fecha de 11 de abril de 2019, la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias emite informe preceptivo que estima conforme a derecho la revisión de oficio tramitada.

18. Con fecha de 23 de abril de 2019 se dicta borrador de Orden del Excmo. Sr. Consejero de Presidencia, Justicia e Igualdad por la que se declara la nulidad de pleno derecho de una autorización de instalación de salón recreativo y de juegos sito en la C/ (...), esquina (...), en el término municipal de Las Palmas de Gran Canaria.

III

Debemos examinar si, en la tramitación del expediente se ha cumplido con el procedimiento. Conforme a lo previsto en el capítulo I del título V LPACAP en relación con el título IV relativo a las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común, las cuestiones fundamentales a analizar en el procedimiento son las siguientes:

- Competencia del órgano que resuelve
- Plazo para la tramitación
- Consecuencias del incumplimiento del plazo de tramitación en un procedimiento de revisión de oficio iniciado a instancia de parte
- Prueba

-Informes preceptivos

-Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo favorable a la declaración de nulidad

-Trámite de audiencia.

Analizadas ya el resto de las cuestiones, quedan por abordar el trámite de prueba, los informes preceptivos y el trámite de audiencia:

En cuanto a la denegación por la Administración de la prueba solicitada por (...) en orden a acreditar que existen otros salones de juego que incumplen las distancias mínimas con los centros docentes, resulta conforme a derecho. No existe un derecho ilimitado a la práctica de prueba. La prueba debe ser pertinente en la medida en que recaiga sobre hechos relevantes para el dictado de la resolución que deba recaer. En este caso, la prueba de este extremo no puede alterar la resolución final, ya que la Administración queda vinculada por el principio de legalidad. La igualdad siempre vincula dentro del principio de legalidad, por lo que esta cuestión no es relevante en el presente procedimiento, sin perjuicio de la obligación de la Administración de comprobar los hechos denunciados y proceder en consecuencia conforme a la legalidad.

Señala la STS de 14 de julio de 2009: «En definitiva, el derecho a la práctica de la prueba, integrado en el más amplio derecho de defensa, no se configura en nuestro ordenamiento como un derecho absoluto a la práctica de cualquier medio de prueba, y sí, como un derecho a obtener y practicar las pruebas que en cada caso procedan, y al respecto conviene recordar que el artículo 60 de la Ley de la Jurisdicción , dispone, que el proceso se recibirá a prueba cuando exista disconformidad en los hechos y estos fueran de trascendencia a juicio del órgano jurisdiccional, para la resolución del pleito, de lo que obviamente se infiere que es el órgano jurisdiccional, el que tiene potestad para admitir o denegar cualquier medio de prueba, cuando los hechos que con el mismo se traten de acreditar no tengan trascendencia para la resolución del pleito. En este sentido, dispone el artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable supletoriamente al proceso contencioso-administrativo de conformidad con lo dispuesto por la disposición final primera de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que no se admitirá ninguna prueba impertinente, es decir, que no guarde relación con lo que sea objeto del proceso, o inútil, es decir, que no pueda contribuir a esclarecer los hechos controvertidos, según reglas y criterios razonables y seguros».

En cuanto a los informes preceptivos, consta el informe de la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias, informe que tiene dicho carácter, de

conformidad con el art. 20 e) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de los Servicios Jurídicos del Gobierno de la Comunidad Autónoma.

El art. 82 LPACAP señala que instruidos los procedimientos e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, para lo que tendrán en cuenta las limitaciones previstas en su caso por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno. La audiencia será anterior a la solicitud de informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico o la solicitud de dictamen al Consejo Consultivo.

Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

En este caso existe más de un interesado, ya que el procedimiento se inicia a instancia de la asociación (...), y por otra parte, figura como interesado (...) que es la entidad beneficiaria de la autorización de instalación del salón recreativo obtenida por silencio administrativo positivo. Por tanto, existen alegaciones y pruebas de distintas partes. Por todo ello, al no darse las condiciones legales para que proceda la excepción al trámite de audiencia, se deberá cumplir con dicho trámite.

Por las consideraciones anteriores se deberá retrotraer el procedimiento para dar trámite de audiencia a todos los interesados, se formulará nueva propuesta de resolución y se recabará el dictamen del Consejo Consultivo.

C O N C L U S I Ó N

El borrador de Orden del Consejero de Presidencia, Justicia e Igualdad del Gobierno de Canarias, no se ajusta a Derecho, debiendo retrotraer el procedimiento para otorgar trámite de audiencia a todos los interesados, formular nueva propuesta de resolución y recabar el dictamen del Consejo Consultivo.