



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 1 9 / 2 0 2 0

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 15 de octubre de 2020.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad 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 (...), de la autorización de instalación a la entidad mercantil (...) de salón recreativo y de juegos sito en la calle (...) de Las Palmas de Gran Canaria (EXP. 376/2020 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por oficio de 10 de septiembre de 2020 del Excmo. Sr. Consejero de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad del Gobierno de Canarias (con entrada en este Consejo Consultivo el 15 de septiembre de 2020), 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 (...), en el término municipal de Las Palmas de Gran Canaria.

2. La legitimación del Excmo. Sr. Consejero de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad 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.

3. Resulta aplicable al presente expediente de revisión de oficio 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, 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

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo. En consecuencia, para que proceda la declaración de nulidad del acto que se revisa, el dictamen de este Consejo ha de ser favorable, no pudiendo declararse tal nulidad si, por el contrario, el dictamen fuera desfavorable.

Las causas de nulidad desde el punto de vista sustantivo han de ser apreciadas conforme a la legislación vigente al tiempo en que el acto fue dictado, en este caso el art. 62.1 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 sentido, el DCC 258/2020 señala:

«En los dos Dictámenes que este Consejo Consultivo ha emitido en relación con esta cuestión (DDCC 451/2019 y 73/2020) se ha tratado la cuestión relativa al Derecho procedimental aplicable, así como a la regulación sustantiva de las causas de nulidad, manifestándose en ambos que:

“3.1. Respecto al Derecho procedimental, y según se ha apuntado anteriormente, resultan de aplicación las previsiones normativas que, sobre tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, se contienen en la LPACAP (art. 106). Y todo ello al amparo de lo establecido en la ya mencionada Disposición Transitoria tercera, letra b, del referido texto legal.

En el presente supuesto, el procedimiento de revisión de oficio se insta mediante escrito presentado el día 6 de febrero de 2019, por lo que resulta de plena aplicación lo afirmado por este Consejo Consultivo en dictamen n.º 317/2017, de 20 de septiembre, al señalar que «la legislación procedimental aplicable es la contenida en la citada LPACAP, porque el presente procedimiento se inició después de su entrada en vigor» (apartado tercero del Fundamento I).

3.2. En lo que se refiere a la normativa aplicable a las causas de nulidad, se ha de traer a colación lo ya manifestado por este Consejo Consultivo en diversos dictámenes, al indicar que la determinación de las causas de nulidad debe hacerse con arreglo a la Ley vigente cuando se dictó el acto cuya revisión de oficio se pretende. Así, resulta especialmente ilustrativo lo expuesto, entre otros, en el Dictamen n.º 156/2017, de 11 de mayo, en cuyo Fundamento III, apartado primero, se expone lo siguiente:

“Antes de abordar el análisis de las causas de nulidad alegadas conviene recordar que un acto administrativo es inválido si se produce contraviniendo las normas preexistentes y vigentes que regulan su elaboración y predeterminan su contenido. De ahí que el parámetro para establecer su validez o invalidez esté constituido exclusivamente por las normas vigentes al tiempo de dictarse y no por las normas posteriores que las hayan derogado o desplazado su aplicación, porque es obvio que la Administración no está vinculada por normas derogadas ni por normas inexistentes en el momento de dictar el acto. Por

consiguiente, para apreciar si (la) OD 70/2004 incurre en causa de nulidad se debe atender al art. 62 y concordantes LRJAP-PAC, que estaba vigente a la fecha en que se dictó y no a los preceptos de la LPACAP, con independencia de que reproduzcan el contenido de aquéllos”.

Partiendo de lo señalado anteriormente, y teniendo en cuenta la fecha en que fue dictado el acto administrativo -2008- cuya revisión de oficio ahora se pretende -2019-, se ha de concluir que las causas de nulidad a las que se debe atender en nuestro análisis jurídico son las previstas en el art. 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), (norma que estaba vigente a la fecha en que fue dictado el acuerdo plenario de 29 de diciembre de 2008).

4. El art. 106.1 LPACAP contempla la revisión de oficio de los actos administrativos nulos, permitiendo a las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, previo dictamen favorable del órgano consultivo autonómico, declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el art. 47.1 LPACAP».

En todo caso, en cuanto a los supuestos de nulidad, existe plena identidad entre el art. 62.1 LRJAP-PAC y el vigente art. 47.1 LPACAP, por lo que la alusión a uno u otro precepto no va a modificar la conclusión final.

4. Como se ha señalado, 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. 62.1 LRJAP-PAC (art. 47.1 LPACAP) y que, además, sean firmes en vía administrativa.

En este concreto expediente, la revisión de oficio se fundamenta en un supuesto de nulidad de pleno derecho: acto presunto contrario 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. 47.1.f) LPACAP y art. 62.1.f) LRJAP-PAC], consistente en que la autorización para la instalación de salón recreativo obtenida por acto administrativo presunto, no cumple las distancias preceptivas a los centros educativos de menores, incumpliendo en consecuencia, 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 (...), por escrito en el que pone de manifiesto que las autorizaciones de instalación de los salones recreativos y de juegos sitos en la calle

(...)y en la calle (...), 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 centros de enseñanza no universitaria o de atención de menores, aportando dos certificados topográficos, suscritos por el ingeniero topógrafo (...), acompañados de planimetría, que acreditan 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, vía planeamiento urbanístico a 500 metros).

6. En cuanto a la competencia del órgano para resolver la revisión de oficio, 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.

7. En relación con el plazo de tramitación del expediente de revisión de oficio, el art. 106.5 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 24.3.b) LPACAP]. En este caso el expediente se inició 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.

II

Los hechos relevantes para el presente dictamen, según resulta del expediente administrativo 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/ (...), del término municipal de Las Palmas de Gran Canaria.

2. Con fecha 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 artículo 50.2.c) RMRA].

4. Con fecha 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 en la C/ (...), 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. Éste 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 n.º 31/2007 seguido ante la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

7. En el marco del precitado procedimiento ordinario n.º 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 D(...), 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 una 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/ (...), 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, *«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»*. En consecuencia, la citada resolución administrativa de 4 de noviembre de 2016 dispone, entre otros extremos:

«- Primero.- Revocar, en ejecución de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 17 de septiembre de 2012, tanto la Resolución de la Dirección General de Administración Territorial y Gobernación de fecha 9 de febrero de 2006 por la que se deniega expresamente a la entidad “(...)” la autorización de instalación de un salón de juegos a ubicar en la calle en la C/ (...) (Las Palmas de Gran Canaria), como la Resolución del Viceconsejero de Administración Pública de fecha 22 de mayo de 2006 por la que se desestima el Recurso de alzada interpuesto frente a la precitada Resolución denegatoria de 9 de febrero de 2006.

Segundo.- Autorizar a la entidad mercantil “(...)”, en ejecución de la aludida Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 17 de septiembre de 2012, la instalación de un salón de juegos recreativos tipo “B” a ubicar en la calle (...), en el término municipal de Las Palmas de Gran Canaria».

III

Las principales actuaciones del expediente de revisión de oficio son las siguientes:

1. Con fecha 18 de mayo de 2017, la (...), presenta un escrito en el que tras poner de manifiesto que las autorizaciones de instalación de los salones recreativos y de juegos sitos en C/ (...), y en la C/ (...), 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 4792 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 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En otras palabras, la Asociación (...) interesa que la Administración declare de oficio la nulidad de los actos administrativos que otorgan sendas autorizaciones de instalación de los salones citados.

Del análisis de la documentación aportada por (...) se desprenden los siguientes extremos:

a) El salón recreativo y de juegos ubicado en la C/ (...), se encuentra a 231,40 m. del Colegio (...) [sito en la C/ (...)], a 450,57 m. de Colegio (...) [sito en la C/ (...)], a 469,97 m. del parvulario (...) [C/ (...)] y a 474,05 m. del Colegio (...) [sito en la C/ (...)].

b) El salón recreativo y de juegos ubicado en la C/ (...), se encuentra a 204,57 y 237,98 m. del CEIP (...), [con frente a las calles (...)] y a 321,19 m. del CEIP (...) [sito en la C/ (...)].

2. 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 (...), y el segundo, en la 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 se 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 en la 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.

EEI (...) 175,83 ml.

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

3. 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/ (...) formulada por la (...), 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.

El objeto del presente expediente de revisión de oficio es declarar la nulidad tanto del apartado segundo de la parte dispositiva de la Resolución de la Viceconsejería de Administraciones Públicas y Transparencia, de fecha 4 de noviembre de 2016, por la que, en ejecución de sentencia, se autoriza expresamente la instalación del salón que nos ocupa, como del acto presunto positivo (del que trae causa) por el que se adquirió la autorización de instalación del referido salón.

2. Suspender la ejecución de la autorización de instalación del salón recreativo y de juegos sito en la C/ (...), 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 (...), 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».

4. Con fecha 17 de enero de 2018, la entidad mercantil (...) presenta en la oficina de correos un escrito de alegaciones frente a la precitada Orden del Consejero de Presidencia, Justicia e Igualdad de fecha 21 de diciembre de 2017.

Asimismo, el escrito de alegaciones propone la práctica de las siguientes pruebas:

- Informe de la Viceconsejería de Administraciones Públicas y Transparencia sobre la fecha en que se concedió autorización de instalación a 40 salones recreativos y de juegos (específicamente relacionados).

- Informe del Servicio Técnico de la Dirección General de Patrimonio y Contratación de medición de distancias entre los 40 salones mencionados y los eventuales centros de enseñanza que pudieran existir.

- Informe de la Viceconsejería de Administraciones Públicas y Transparencia en el que se precise si se ha iniciado expediente de revisión de oficio contra alguna de las autorizaciones de instalación de los 40 salones citados.

- Informe de la Viceconsejería de Administraciones Públicas y Transparencia en el que se haga constar que (...) no ha sido sancionada por permitir a menores de edad desarrollar en sus salones la actividad de juego y apuestas.

5. Con fecha 18 de enero de 2018, tanto la (...) como la entidad mercantil «(...)» presentan sendos escritos de alegaciones en los que muestran su conformidad con los hechos y fundamentos de derecho consignados en el acto notificado.

6. Con fecha 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 (...), respecto a la autorización de instalación de un salón recreativo y de juegos sito en la C/ (...), en Las Palmas de Gran Canaria.

La consideración jurídica segunda de la referenciada resolución 3323/2018 señala que:

«“SEGUNDA.- La presente resolución (acto del instructor que se limita a denegar unas pruebas propuestas por la entidad interesada) tiene la consideración de acto de trámite no susceptible de impugnación autónoma. Con carácter general, la oposición a los actos de trámite podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento (artículo 112.1 de la LPACAP); no obstante, podrá interponerse recurso de alzada y potestativo de reposición contra los actos de trámite cualificados, esto es, frente aquellos que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, produzcan indefensión o perjuicios irreparables a derechos e intereses legítimos, circunstancias estas últimas, que no concurren en esta resolución de rechazo de las pruebas propuestas. En este sentido, se pronuncia el fundamento de derecho quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012 (RJ\2012\4281)”.

En consecuencia, el apartado segundo de la parte dispositiva de la mencionada resolución dispone y advierte que:

“- Segundo.- Notificar la presente resolución a la entidad mercantil ‘(...)’, haciéndole saber que frente a la misma no cabe recurso administrativo alguno por tratarse de un acto de mero trámite”».

7. Con fecha 22 de mayo de 2018, la entidad mercantil (...) presenta en la oficina de correos un 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.

8. 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 (acto del instructor que se limita a denegar unas pruebas propuestas por la entidad recurrente).

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

10. Con fecha 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/ (...), en el término municipal de Las Palmas de Gran Canaria.

11. Mediante dictamen de este Consejo Consultivo de Canarias 216/2019, de 6 de junio, se dispone retrotraer el procedimiento para otorgar un segundo trámite de audiencia a todos los interesados, formular nueva propuesta de resolución y recabar nuevo dictamen del Consejo Consultivo. En cumplimiento del referido dictamen se confiere un trámite de audiencia a las entidades interesadas.

12. Con fecha 16 de septiembre de 2019, la entidad mercantil «(...)» presenta escrito de alegaciones en el que, entre otras consideraciones hace suyas las

alegaciones formuladas por la (...) en su escrito de 18 de mayo de 2017 y se ratifica en el contenido de su escrito de alegaciones presentado el 18 de enero de 2018.

13. Con fecha 19 de septiembre de 2019, la entidad mercantil (...) presenta un nuevo escrito de alegaciones.

14. Con fecha 11 de noviembre de 2019 se solicita informe a la Dirección General de Centros, Infraestructura y Promoción Educativa de la Consejería de Educación, Universidades, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias, en relación a los centros docentes CIPFP (...) [sito en la calle (...), Las Palmas de Gran Canaria] y CPFP (...) [ubicado en la (...), de dicha capital] interesando, entre otros extremos, la fecha de construcción de cada inmueble, la fecha de su primera inscripción en el Registro Especial de Centros Docentes de la Comunidad Autónoma de Canarias (en adelante, RECDCAC), y las diferentes autorizaciones otorgadas a dichos inmuebles en su condición de centros docentes.

Mediante informe de la responsable del Servicio de Administración de Centros de fecha 22 de noviembre de 2019, tras responder que no se dispone de los datos referidos tanto a la fecha de construcción como a la fecha de primera inscripción en el RECDCAC de los inmuebles que albergan los indicados centros docentes, adjuntan las diferentes autorizaciones otorgadas a los mismos a partir de su primera inscripción. Así respecto al centro CIPFP (...), se aportan 13 órdenes que evidencian, entre otros extremos, su puesta en funcionamiento a partir del 9 de junio de 2010. En relación al centro CPFP (...), se aportan dos órdenes que avalan su actividad a partir de a partir del 23 de abril de 2015.

15. Con fecha 26 de agosto de 2020, la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias emite un segundo informe preceptivo que estima conforme a derecho la revisión de oficio tramitada.

16. Se formula propuesta de resolución del Viceconsejero de Administraciones Públicas y Transparencia en la que se dispone la declaración de nulidad de la autorización de instalación de salón recreativo y de juegos sito en la calle (...), en el término municipal de las Palmas de Gran Canaria, a la que, finalmente, se da forma de Borrador de Orden del Consejero del Departamento

IV

1. Con carácter previo, ha de examinarse si, en la tramitación del expediente, se ha cumplido con el procedimiento. Conforme a lo previsto en el capítulo I del título V de la LPACAP 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.
- la necesidad del dictamen del Consejo Consultivo favorable a la declaración de nulidad.
- el trámite de audiencia.

Trataremos la prueba, los informes preceptivos, el trámite de audiencia y el plazo y sus consecuencias, ya que el resto de las cuestiones ya han sido abordadas en el presente dictamen.

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. Una vez retrotraído el expediente en virtud del DCC 216/2019 para otorgar trámite de audiencia a las partes interesadas, se emite nuevo informe de la Viceconsejería del Servicio Jurídico de fecha 26 de agosto de 2020 que estima, tras el examen del expediente de revisión de oficio, que la actuación administrativa es conforme a Derecho.

En cuanto a la audiencia, 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.

Por DCC 216/2019, 6 de junio, se ordenó retrotraer el procedimiento para dar trámite de audiencia a las partes interesadas, lo que nos exige analizar si las nuevas alegaciones de las partes han tenido la debida respuesta de la Administración en su propuesta de resolución.

Con fecha 16 de septiembre de 2019, la entidad mercantil «(...)» presenta escrito de alegaciones en el que, entre otras consideraciones hace suyas las alegaciones formuladas por la (...) en su escrito de 18 de mayo de 2017 y se ratifica en el contenido de su escrito de alegaciones presentado el 18 de enero de 2018.

Con fecha 19 de septiembre de 2019, la entidad mercantil (...) presenta un nuevo escrito de alegaciones, todas ellas debidamente contestadas en la Propuesta de Resolución.

En todo caso, respecto a las citadas alegaciones, como quiera que la mercantil propone la recusación de dos Consejeros de este Consejo Consultivo, conviene advertir que ninguno de ellos ha participado en el debate y decisión de este Dictamen, por lo que resulta innecesaria cualquier justificación al respecto.

En cuanto a la alegación relativa a la existencia de un cambio normativo retroactivo favorable de una norma restrictiva de derechos, cual es la introducción de un nuevo apartado 7 en el art. 11 de la Ley 8/2010, de 15 de julio, de los Juegos y Apuestas, a través de la modificación operada por la disposición final vigésima de la Ley 7/2018, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2019, hay que advertir que dicho apartado, tras reiterar la regulación de la zona de influencia en la que no podrán ubicarse establecimientos para la práctica del juego por la previa existencia de un centros de enseñanza o un centro permanente de atención a menores, añade un inciso nuevo en el que precisa que se consideran centros de enseñanza y de atención a menores los que figuren inscritos como tales en los registros oficiales de la Administración sectorial correspondiente y cuyos usuarios potenciales tengan una edad comprendida entre los 12 y los 17 años. Se sostiene que tras la nueva regulación, las escuelas infantiles (antiguas guarderías), los centros de educación infantil y los centros de educación primaria no se tendrán en cuenta a la hora de delimitar la referenciada zona de influencia.

Esta alegación no puede prosperar porque conforme al art. 2.3 del Código Civil las leyes no tendrán efecto retroactivo si no lo establecen expresamente. La disposición final vigésima de la Ley 7/2018, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la comunidad Autónoma de Canarias para 2019 no dispone expresamente su carácter retroactivo.

A mayor abundamiento, la nueva norma legal introduce como principal novedad que los usuarios potenciales de los centros de enseñanza y de atención a menores tengan una edad comprendida entre los 12 y los 17 años. Los arts. 12.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante, LOE) y 29.2 de la Ley 6/2014, de 25 de julio, Canaria de Educación no Universitaria (en adelante, LCENU), determinan que la etapa de educación infantil atiende a niños desde el nacimiento

hasta los seis años de edad. Por su parte, los arts. 16.1 LOE y 30.1 LCENU señalan que la etapa de educación primaria comprende seis cursos académicos, que se seguirán ordinariamente entre los seis y los doce años de edad. La educación secundaria obligatoria comprende cuatro cursos académicos, que se seguirán ordinariamente entre los doce y los dieciséis años de edad (arts. 22.1 LOE y 31.1 LCENU). El bachillerato comprende dos cursos (arts. 32.3 LOE y 32.1 LCENU) que se seguirán habitualmente entre los dieciséis y los dieciocho años de edad. Por su parte, la formación profesional comprende ciclos de formación profesional básica, de grado medio y de grado superior, arrancando el primero de esos ciclos con alumnos que tengan cumplidos quince años o que los cumplan durante el año natural en curso (arts. 39.3 y 41.1 LOE).

De la lectura de los anteriores preceptos se desprende que, a excepción de los centros de educación infantil, los centros docentes que imparten educación primaria, secundaria, bachillerato o formación profesional albergan usuarios potenciales con edades comprendidas entre los 12 y los 17 años de edad, y por ende, deberán tenerse en cuenta, a efectos de analizar la zona de influencia en la que no podrán ubicarse establecimientos para la práctica del juego por la previa existencia de un centro de enseñanza o un centro permanente de atención a menores. Por tanto, dos centros de enseñanza [CEIP (...) y CEIP (...)] que imparte educación primaria se ven afectados por la prohibición de instalar establecimientos de juego en su zona de influencia

Por último, el plazo para resolver este procedimiento de revisión de oficio es de seis meses desde su inicio. En este caso, al iniciarse el procedimiento a instancia de parte, el transcurso del plazo para resolver supone la desestimación por silencio administrativo de la solicitud, a diferencia de los procedimientos de revisión de oficio que se inician de oficio, en los que el transcurso del plazo máximo para resolver produce la caducidad (art. 106.5 LPACAP).

2. En cuanto al análisis de la existencia de causa de nulidad de pleno derecho, debemos traer a colación el dictamen del Consejo Consultivo de Canarias n.º 351/2017, de 10 de octubre de 2017, en relación con la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho, que recoge la doctrina aplicable al caso:

«1. Según la jurisprudencia del TS (ver por todas la sentencia de 14 abril 2010), la potestad de revisión de oficio, reconocida en general a la Administración por los arts. 106 y ss LPACAP, supone una facultad excepcional que se le otorga para revisar los actos administrativos sin acudir a los Tribunales y sin tan siquiera esperar a su impugnación por los interesados. Prevista para vicios especialmente graves provocadores de la nulidad o

anulabilidad de los actos, constituye, en definitiva, una manifestación extrema de la autotutela administrativa.

Ahora bien (y por lo que más adelante se dirá), continúa el Alto Tribunal, habida cuenta de la especial configuración de dicha potestad administrativa existen importantes límites o condicionantes a la misma. El primero de ellos reside en los motivos que legitiman para acudir a esta vía revisoria. Dichos motivos, expresados en general en la LPACAP, constituyen verdaderas causas tasadas, con enumeración exhaustiva, y cuya especial gravedad, en definitiva, fundamenta esa potestad excepcional, como, asimismo, tanto el Consejo de Estado como la jurisprudencia del Tribunal Supremo han venido entendiendo de manera constante y reiterada (por todas SSTs de 30 de marzo de 1982, 17 de octubre de 2000 y 12 de marzo de 2002)».

Hemos de analizar en este caso, si el incumplimiento de la distancia preceptiva de 300 metros de los locales destinados a juego de los centros docentes (distancia que en el municipio de Las Palmas de Gran Canaria es ampliada, vía planeamiento urbanístico a 500 metros), es o no un supuesto de nulidad de pleno derecho:

De los supuestos enumerados en el art. 47.1 LPACAP y 62.1 LRJAP-PAC, la situación de hecho planteada en este caso podría encuadrarse en el siguiente:

«f) Actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición».

A la vista de este apartado, hemos de determinar si el incumplimiento de las distancias entre locales de juego y los centros docentes de menores, es o no un requisito esencial de las autorizaciones de instalación, apertura y funcionamiento de un salón recreativo y de juego.

Para resolver esta cuestión nos remitimos al dictamen de este Consejo Consultivo n.º 83/2016, de 17 de marzo, en el que señalábamos:

«En cuanto a la aplicación de la causa de nulidad prevista en el apartado f) del art. 62.1 LRJAP-PAC, este Consejo viene señalando (DCC 376/2011), en línea con lo aducido al respecto por el Consejo de Estado y la jurisprudencia, que “se requiere que el interesado haya adquirido en virtud de acto administrativo firme y antijurídico, facultades o derechos sin tener los requisitos, de carácter esencial, que la norma vulnerada establece para su adquisición”; añadiendo que “la apreciación de esta causa de nulidad exige, como ha señalado reiteradamente este Organismo, no solo que se produzca un acto atributivo de derechos que se adquieren en virtud del mismo y que dicho acto sea contrario al Ordenamiento Jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales al efecto. Por

consiguiente, no bastará con que el acto incumpla cualesquiera de los requisitos previstos en la normativa de aplicación, aunque los mismos se exijan para la adecuación al mismo, sino que resulta preciso distinguir entre `requisitos necesarios` y `requisitos esenciales` para adquirir derechos, pues no todos los necesarios son esenciales. En este sentido, lo serán cuando constituyan presupuestos ineludibles de la estructura definitoria del acto o derecho, irreconocible sin ellos, o bien, que han de cumplirse inexorablemente para que alcance su fin la norma vulnerada”.

3. Efectivamente, las citadas exigencias concurren en el presente caso, pues la autorización otorgada mediante la Resolución señalada constituye un acto nulo de pleno derecho al tratarse de un acto expreso por el que (...) adquiere el derecho de instalación, apertura y funcionamiento del salón recreativo de su titularidad, sito en (...), del municipio de Las Palmas de Gran Canaria, careciendo del requisito esencial de no encontrarse ubicado en la zona de influencia de centros de enseñanza establecida en el Decreto 96/1998, vigente en el momento de su otorgamiento; distancia que se ha mantenido inalterada en la actual normativa y que se conforma como presupuesto ineludible para obtener el derecho reconocido por la norma vulnerada.

Así, el Decreto 96/1998 en su artículo único, que modificó la disposición adicional única del Decreto 56/1986, estableció como zona de influencia para los salones recreativos “(...) la comprendida en un radio de acción de 300 metros en línea recta, medida sobre plano, partiendo desde el centro de la fachada principal del establecimiento de enseñanza hasta el centro de la fachada principal del local propuesto para la práctica del juego”.

Deben ser, por tanto, atendidas las alegaciones y documentos aportados desde su primer escrito de denuncia por (...), principalmente la certificación topográfica suscrita por ingeniero técnico topógrafo colegiado, de fecha 18 de enero de 2006, que acredita que las dos fachadas del referido salón recreativo y de juegos se encuentran, respectivamente, a 280,01 metros lineales y 259,51 metros lineales de distancia del Instituto de Bachillerato (...).

Ello pone de manifiesto que se ha concedido a (...), por medio de la Resolución que ahora se revisa, un derecho, la autorización de instalación, apertura y funcionamiento de un establecimiento, careciendo de un requisito esencial, que es el de cumplir con la distancia mínima que debe existir entre salones recreativos y centros docentes y/o de atención a menores, exigida por el Decreto 96/1998 (y también por el Decreto 134/2006, que lo sustituye), estableciendo ambas normas sectoriales la distancia mínima de 300 metros en la que se prohíbe la instalación de salones recreativos por su proximidad a los centros de enseñanza. Medición que debe realizarse en línea recta sobre plano (y así se acredita efectivamente con la certificación aportada al expediente), tomando como puntos de referencia la fachada principal del centro de enseñanza más próximo respecto a la fachada del salón recreativo cuestionado».

El Decreto 134/2006, de 3 de octubre, por el que se determina la zona de influencia de centros de enseñanza y de atención de menores en la que no podrán ubicarse establecimientos para la práctica del juego dispone que *«dicha zona de influencia vendrá determinada por lo establecido en cada término municipal, en los planes de ordenación urbana y ordenanzas técnicas de edificación, en cuanto regulen los emplazamientos de establecimientos de juego. En todo caso, se señala que la referida zona de influencia será como mínimo:*

a) Para los salones recreativos, la comprendida en un radio de acción de 300 metros en línea recta, medida sobre plano, partiendo desde el centro de la fachada principal del establecimiento de enseñanza no universitaria o de atención a menores hasta el centro de la fachada principal del local propuesto para la práctica del juego.

b) Para los salones recreativos instalados en centros comerciales, casinos de juego y salas de bingo y para los bares, cafeterías o similares que no tengan por actividad principal la práctica de juego, la comprendida en un radio de acción de 50 metros en línea recta, medida sobre plano, partiendo desde el centro de la fachada principal del centro de enseñanza no universitaria o de atención a menores, hasta el centro de la fachada principal del local propuesto para la práctica del juego o del bar, cafetería o similar, donde previamente existiera un centro de enseñanza no universitaria o de atención a menores.

Se entiende por centros de enseñanza no universitaria y de atención a menores los comprendidos como tales en su legislación específica. Igualmente se entenderá por centros comerciales los que así vengán determinados por la ley que regule la actividad comercial en Canarias».

El referido Decreto fue declarado conforme a Derecho por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en sentencia nº 384/2008, de 22 de diciembre (JUR 2009\114698), confirmada por sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2012 (RJ 2012\4363).

Vistas las consideraciones que anteceden, podemos concluir que el incumplimiento de las distancias preceptivas entre los centros recreativos o de juego y los centros docentes se configura como un requisito esencial, y por tanto, como un supuesto de nulidad de pleno derecho del art. 62.1.f LRJAP-PAC [art. 47.1 f) LPACAP], que legitima la utilización del procedimiento de revisión de oficio, para la depuración del ordenamiento jurídico.

3. Debemos también referirnos a la idoneidad del procedimiento de revisión de oficio para revisar un acto presunto estimatorio confirmado por sentencia firme, esto es, a los límites derivados del principio de cosa juzgada:

La sentencia del TSJC de 17 de septiembre de 2012, reconoce a (...) la autorización para la instalación de un salón de juegos recreativos en el inmueble de la C/ (...) de Las Palmas de Gran Canaria por silencio administrativo positivo. Por resolución de 4 de noviembre de 2016 la Viceconsejería de Administraciones Públicas y Transparencia dicta una resolución de ejecución de la mencionada sentencia.

Se plantea por ello si es posible revisar de oficio el acto presunto estimatorio reconocido por sentencia firme, y si ello es compatible con el principio de tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución Española, en su vertiente de ejecución en sus propios términos de las sentencias firmes y si respeta el principio de cosa juzgada establecido en el art. 222 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Esta cuestión ha sido abordada por diversos dictámenes de este Consejo Consultivo, como por ejemplo los DCC 71/2012 y DCC 35/2014. En ellos señalamos:

«9. El procedimiento de revisión de oficio se dirige contra los actos presuntos que no están protegidos por el efecto de cosa juzgada de dichas Sentencias, porque éstas no se pronunciaron sobre su legalidad.

Como ya expresamos en nuestro Dictamen 10/2000: la sentencia judicial se “sitúa en la postura de aceptar el silencio positivo, con la única salvedad de que el citado silencio no cubre en ningún caso los supuestos merecedores de la calificación de nulidad de pleno derecho, ya que el automatismo de aplicación del silencio administrativo debe ceder ante la comprobación de vicios esenciales. Lo contrario supondría en determinados casos, como el que se dictamina, alcanzar un resultado contrario a la “ratio legis” de la normativa de fondo aplicable al caso concreto.

En suma, la sentencia (...) declara el efecto estimatorio del silencio sin otro requisito que el transcurso del plazo, cualquiera que fuesen las circunstancias de fondo o los requisitos previos, en virtud de una aprobación automática y formal, cuyo único impedimento para alcanzar tal estimación automática sería los supuestos en que el acto expreso no se hubiera podido pronunciar por razones de competencia y procedimiento, presupuestos básicos de todo acto, permitiendo que frente a cualquier otro vicio pueda la Administración promover la revisión de oficio de lo alcanzado por silencio positivo, sin que por lo expuesto se altere el contenido y el acatamiento de las resoluciones judiciales”.

Del mismo modo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo declara en su Sentencia de 30 de junio de 2003 (RJ 2003\6020):

“El principio o eficacia de cosa juzgada material -que es de lo que se trata- se produce cuando la cuestión o asunto suscitado en un proceso ha sido definitivamente enjuiciado y resuelto en otro anterior por la resolución judicial en él recaída. Tal manifestación de la

cosa juzgada, que consagraba el artículo 1252 del CC y ahora el artículo 222 de la LECiv/2000 atiende de manera especial a la seguridad jurídica, evitando que la discusión jurídica se prolongue indefinidamente mediante la iniciación de nuevos procesos sobre lo que ha sido ya definido o determinado por la Jurisdicción, y, al mismo tiempo, que se produzcan resoluciones o sentencias contradictorias.

La cosa juzgada material produce una doble vinculación: de una parte, negativa o excluyente, obligando al órgano judicial a declarar inadmisibile el proceso cuando advierte que el objeto de éste coincide o es jurídicamente idéntico a lo resuelto en sentencia firme en un proceso anterior; y, de otra, positiva o prejudicial, por la que, si el segundo proceso es sólo parcialmente idéntico a lo decidido en el primero, la decisión de aquél no podrá, sin embargo, contradecir lo definitivamente resuelto en éste. Dicho en otros términos, el órgano judicial del proceso posterior, en el caso de que formen parte de su “thema decidendi” cuestiones ya decididas en sentencia firme anterior deberá atenerse al contenido de dicha sentencia, sin contradecir lo dispuesto en ella, sino tomándola como punto de partida.

En su vertiente negativa, la excepción de cosa juzgada tenía su expresa consagración en el artículo 82.d) LJCA –art. 69.d) LJCA– dando lugar a la declaración de inadmisibilidad del recurso Contencioso-Administrativo. Y, en una jurisprudencia que por reiterada excusa la cita concreta de los pronunciamientos de esta Sala que la conforman, se ha configurado dicha causa de inadmisión en torno a la comprobación de la identidad de las pretensiones: de la que fue objeto del proceso decidido por sentencia firme y de la que lo es del nuevo proceso en que se hace valer la causa de inadmisión. Así han de contrastarse los tres elementos: a) identidad subjetiva de las partes y de la calidad en que actúan; b) causa de pedir, «causa petendi», o fundamento de la pretensión; y c) «petitum» o conclusión a la que se llega según los hechos alegados y su encuadramiento en el supuesto abstracto de la norma jurídica invocada. Ello, sin perjuicio de las peculiaridades que en el proceso contencioso-administrativo derivan del objeto de la pretensión y que hace que sea un específico elemento identificador de la cosa juzgada el acto administrativo (la actuación de la Administración) o la disposición objeto de las pretensiones impugnatorias. O, dicho en otros términos, si en el posterior proceso la “res de qua agitar” es un acto (actuación) o una disposición diferente del que se enjuició en la resolución judicial firme anterior, ya no puede darse el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, salvo que el acto (actuación) o la disposición objeto del segundo proceso sean meras repeticiones del que se juzgó en el primero.

Así esta Sala ha señalado: “la cosa juzgada tiene matices muy específicos en el proceso Contencioso-Administrativo, donde basta que el acto impugnado sea histórico y formalmente distinto que el revisado en el proceso anterior para que deba desecharse la existencia de la cosa juzgada, pues en el segundo proceso se trata de revisar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo nunca examinado antes, sin perjuicio de que entrando en el fondo del

asunto, es decir, ya no por razones de cosa juzgada, se haya de llegar a la misma solución antecedente” (SSTS de 10 noviembre 1982 [RJ 1982, 7252]; cfr., así mismo, SSTS de 28 enero 1985 [RJ 1985, 886], 30 de octubre 1985 [RJ 1985, 4873] y 23 de marzo 1987 [RJ 1987, 3798] 15 de marzo de 1999 [RJ 1999, 4236], 5 de febrero [RJ 2001, 735] y 17 de diciembre de 2001 [RJ 2002, 9043] y 23 de septiembre de 2002 [RJ 2002, 9235], entre otras). Y además, claro está, la apreciación de la excepción de cosa juzgada exige que se trate no sólo del mismo acto, disposición o actuación material sino también de la misma pretensión u otra sustancialmente idéntica a la que fue objeto del proceso anterior (SSTS, Sala 4.ª, de 22 mayo 1980 [RJ 1980, 2824]). Si en el proceso posterior sobre el mismo acto, disposición o actuación cambian la “causa petendi” o el “petitum” de la pretensión examinada y decidida en la resolución judicial firme anterior tampoco operará en su función negativa la cosa juzgada».

Vistas las consideraciones anteriores, podemos afirmar que la sentencia reconoce un acto presunto estimatorio por el transcurso del plazo para resolver (arts. 42 y 43 de la entonces vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), sin analizar la legalidad intrínseca de lo concedido por el acto presunto. El acto presunto obtenido por silencio administrativo es nulo del pleno derecho por otorgar derechos careciendo de un requisito esencial establecido por la normativa de aplicación, esto es, la distancia entre los salones recreativos y los centros docentes de menores establecida por el Decreto 134/2006, de 3 de octubre [art. 47.1.f) LPACAP, antes 62.1.f) LRJAP-PAC]. Esa nulidad de pleno derecho permite utilizar el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos del art. 106 LPACAP (antes 102 de la LRJAP-PAC) para depurar el ordenamiento jurídico ante un grave vicio que determina la invalidez del acto presunto obtenido por silencio administrativo positivo.

En conclusión, la utilización en este caso del procedimiento de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho, no es incompatible con el principio de cosa juzgada, ni con el derecho a la ejecución de las sentencias firmes por los siguientes motivos:

La sentencia que reconoce el acto presunto a favor de (...) para la instalación de un salón recreativo y de juegos en la C/ (...), en Las Palmas de Gran Canaria, no analiza la legalidad intrínseca del acto, sino tan solo el transcurso del plazo máximo que la Administración tenía para resolver.

El art. 106 LPACAP permite la utilización de procedimiento de revisión de oficio de actos nulos, en los supuestos del art. 47 LPACAP y el apartado f) del art. 47.1 LPACAP se refiere a los actos presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los

que se adquirieran derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición, que es el supuesto que aquí se analiza.

Las propias sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 21 de marzo de 2013 y 29 de mayo de 2017 reconocen la posibilidad de llevar a cabo la revisión de oficio.

Son distintos los objetos de los dos procedimientos, en un caso estamos ante un procedimiento para la autorización de la instalación de un salón de juegos a ubicar en la C/ (...), a la entidad (...) en la que se obtiene la autorización por sentencia firme, por el transcurso del plazo máximo para resolver, sin que el Tribunal entre a analizar la legalidad intrínseca de lo pedido. En el otro caso, estamos ante un procedimiento de revisión de oficio solicitado por la (...) al entender que el acto presunto obtenido por silencio administrativo confirmado por sentencia es nulo de pleno derecho, por incumplimiento de un requisito esencial exigido por la normativa de aplicación. No coincide sujeto, objeto ni pretensión, por lo que no puede entenderse aplicable el principio de cosa juzgada material del art. 222 LEC, ni el incumplimiento de la ejecución de las sentencias en sus propios términos del art. 24 de la Constitución Española.

Por último, el argumento de la entidad beneficiaria de la autorización para la instalación del salón recreativo obtenida por silencio positivo, relativo a que hay otros centros recreativos que incumplen las distancias con los centros de enseñanza, ha sido debidamente apreciado por la propuesta de resolución en el sentido de que el principio de igualdad sólo vincula dentro de la legalidad. Por tanto, las alegaciones de la interesada no son relevantes para el presente procedimiento, sin perjuicio de que los hechos que denuncia deban ser considerados y comprobados por la Administración, actuando siempre de igual manera sin discriminación alguna, cuando aprecie que pueda haber otras autorizaciones en situaciones de incumplimiento de requisitos esenciales establecidos por la normativa.

Y por otra parte, la Administración no ha generado confianza legítima en el beneficiario de la autorización: La Administración en su momento requirió a (...) para que aportara certificado municipal expresivo de las distancias entre el local en que se pretendía instalar el salón recreativo y el centro docente más cercano, denegando expresamente la autorización, acto expreso que fue revocado por sentencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa por la existencia de un acto presunto positivo por el transcurso del plazo máximo para resolver. Luego, la Administración no

reconoció por sus propios actos que el acto fuera conforme a Derecho. El reconocimiento por la Administración del derecho de la entidad interesada a la instalación del salón recreativo se realiza como acto debido, en ejecución de sentencia, por la existencia de un acto presunto positivo derivado del transcurso de los plazos máximos para resolver, no por el examen de la legalidad intrínseca del acto administrativo.

Así pues, analizado el acto cuya revisión se propone, procede determinar que se cumplen los requisitos para que sea declarada de oficio su nulidad.

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina favorablemente la declaración de nulidad de la autorización de instalación de un salón recreativo y de juegos sito en la C/ (...), en el término municipal de Las Palmas de Gran Canaria, por lo que la Propuesta de Resolución, en forma de Borrador de Orden del Consejero de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad del Gobierno de Canarias, se ajusta a Derecho.