

Dictamen Núm. 118/2022

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 26 de mayo de 2022, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 10 de marzo de 2022 -registrada de entrada el día 16 del mismo mes-, examina el expediente relativo al recurso extraordinario de revisión interpuesto por frente a la resolución por la que se denegó a la interesada la explotación de una vivienda de uso turístico.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 9 de marzo de 2021 un abogado, en nombre y representación de la interesada, presenta en el Registro Electrónico un “recurso de reposición” frente a la resolución “firme” de la Consejera de Cultura, Política Llingüística y Turismo de 15 de octubre de 2019, por la que se deniega “la autorización como vivienda de uso turístico” de un inmueble de su titularidad.

Según refiere, el 15 de octubre de 2019 la Consejera de Cultura, Política Llingüística y Turismo denegó a la interesada la “autorización” que había solicitado para vivienda de uso turístico amparándose en la denegación de la

licencia de apertura resuelta por el Ayuntamiento de Llanes el día 13 de agosto de 2019.

Señala que recurrida la denegación municipal, el día 8 de febrero de 2021 el Ayuntamiento de Llanes “resuelve estimar el recurso de reposición formulado (...), revocar las resoluciones” municipales recurridas, “tomar razón de la comunicación de actividad de vivienda de uso turístico de la vivienda” y “declarar concluido el procedimiento de control posterior incoado para verificar el cumplimiento de la legalidad vigente de la actividad”.

Invoca la aplicación del artículo 125.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, e identifica como documento de valor esencial para la resolución del asunto la resolución estimatoria del recurso de reposición, que adjunta a su escrito.

2. Con fecha 26 de abril de 2021, el representante de la interesada presenta un escrito en el Registro Electrónico en el que advierte del error cometido en la calificación del recurso presentado, que ha de ser la correspondiente a un recurso extraordinario de revisión, como puede deducirse de su “estructura y fundamentación jurídica”.

3. Durante la instrucción del procedimiento se incorporan a las actuaciones los siguientes documentos: a) Escritura de poder general para pleitos conferido por la recurrente en favor de varios procuradores y abogados, entre ellos, el actuante. b) Declaración responsable de cumplimiento de la normativa turística e inicio de actividad, presentada ante la Consejería competente el 10 de abril de 2019 junto con otra documentación complementaria. c) Requerimientos efectuados a la solicitante para que aporte la licencia municipal definitiva de actividad y la cédula de habitabilidad. d) Solicitud de cédula de habitabilidad ante la Dirección General de Vivienda. e) Resolución del Concejal Delegado de Urbanismo del Ayuntamiento de Llanes de 14 de agosto de 2019, por la que se deniega a la interesada la licencia de apertura para vivienda de uso turístico en

Llanes, considerando que la comunidad de propietarios ha acordado “prohibir las viviendas vacacionales en la comunidad, no admitiéndose las viviendas de uso turístico”. f) Resolución de la Consejera de Cultura, Política Llingüística y Turismo de 15 de octubre de 2019, por la que se deniega la autorización como vivienda de uso turístico y se cancela la inscripción en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas, al entender que se carece del requisito establecido en el Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de Viviendas Vacacionales y de Uso Turístico, relativo al “cumplimiento de la normativa municipal aplicable en el lugar donde radique la vivienda”, toda vez que el Ayuntamiento ha denegado la licencia de apertura para la actividad. g) Resolución del Alcalde del Ayuntamiento de Llanes de 8 de febrero de 2021, por la que se estima el recurso de reposición formulado por la interesada frente a la resolución denegatoria de la licencia municipal de apertura. La estimación del recurso se fundamenta en un “error en la tramitación del (...) procedimiento, puesto que la solicitud (...) de licencia de apertura (...) no debió ser tramitada tal como la misma interesada solicitó, es decir, como licencia de apertura por modificación de uso del inmueble, sino como una declaración responsable al no existir un cambio de uso”, tal como manifiesta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, y teniendo en cuenta que la solicitud fue presentada en fecha 12 de abril de 2019 no sería de aplicación el acuerdo de la comunidad de propietarios adoptado en mayo”, al no poder “aplicarse con carácter retroactivo”. h) Escrito presentado ante la Consejería instructora el 2 de diciembre de 2021 en relación con la ausencia en el expediente de la “cédula de habitabilidad de segunda ocupación”. En él se indica que en la escritura de compraventa aportada el 19 de noviembre de 2021 se puede comprobar que la vivienda “fue adquirida en primera transmisión, por lo que no procede la emisión de cédula de habitabilidad de segunda ocupación, quedando justificada dicha habitabilidad con la `licencia de primer uso y de ocupación´”. Adjunta copia del acuerdo de concesión de la citada licencia a la interesada y del certificado final de obra del edificio a efectos de “reabrir el expediente de VUT”.

4. El día 26 de enero de 2022, la Jefa del Servicio de Calidad e Innovación de la Consejería instructora suscribe un informe propuesta relativo a la estimación del recurso extraordinario de revisión formulado al considerar que la interesada ha presentado, dentro del plazo de tres meses, un documento de valor esencial para la resolución del asunto, de aparición posterior, que evidencia el error de la resolución recurrida, como es la Resolución del Concejal Delegado de Urbanismo del Ayuntamiento de Llanes estimatoria del recurso de reposición interpuesto frente a la resolución denegatoria de la licencia de actividad.

Asimismo, destaca que la aportación de la licencia municipal concedida a la propietaria como “primera ocupante” acredita la habitabilidad declarada y, por tanto, “el cumplimiento del resto de requisitos exigidos por la normativa de aplicación”.

5. En este estado de tramitación, mediante escrito de 10 de marzo de 2022, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al recurso extraordinario de revisión interpuesto frente a la Resolución de la Consejera de Cultura, Política Llingüística y Turismo, de 15 de octubre de 2019, denegatoria de una autorización turística, adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra m), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra m), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Resulta indudable la legitimación activa de la recurrente, dada su condición de interesada en el procedimiento que culmina con la Resolución de la Consejera de Cultura, Política Llingüística y Turismo de 15 de octubre de 2019, que es objeto del recurso extraordinario de revisión formulado. Asimismo, puede actuar por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

La Administración del Principado de Asturias está pasivamente legitimada en cuanto autora del acto recurrido.

TERCERA.- El recurso extraordinario de revisión se ha interpuesto contra un acto consentido y, por tanto, firme en vía administrativa y ante el órgano competente, esto es, el mismo que dictó el acto objeto del recurso extraordinario de revisión, todo ello en los términos de lo dispuesto en el artículo 125.1 de la LPAC.

Respecto al plazo de presentación del recurso, y atendiendo a la circunstancia concurrente -la aparición de "documentos de valor esencial para la resolución del asunto"-, el artículo 125.2 de la LPAC establece que, en tal caso, el recurso se interpondrá dentro del plazo de "tres meses a contar desde el conocimiento de los documentos". En el caso examinado, el documento de valor esencial que evidenciaría el error de la resolución recurrida es la Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Llanes de 8 de febrero de 2021, por la que se estima el recurso de reposición planteado por la interesada frente a la resolución denegatoria de la licencia de apertura, siendo claro que entre la fecha de notificación de la resolución a aquella -que en este caso no consta- y el día 9 de marzo de 2021, en que se presenta el recurso extraordinario de revisión, no ha transcurrido el plazo de tres meses legalmente determinado, por lo que debemos concluir que ha sido formulado en plazo.

En lo que al procedimiento se refiere, el artículo 125 de la LPAC no prevé un cauce específico a seguir en esta clase de recursos. Por ello, debemos acudir a las normas comunes recogidas en la sección 1.ª del capítulo II del título V de la citada norma, relativa a los “Principios generales”; regulación que habrá de completarse con lo establecido con carácter general en el título IV de la LPAC bajo la rúbrica “De las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común”. Las citadas normas se han cumplido en este caso y, particularmente en lo que se refiere al trámite de audiencia, hemos de señalar que la Instructora del procedimiento se ha limitado a la elaboración de una propuesta de resolución en los términos de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 82 de la LPAC, en relación con lo señalado en el apartado 3 del artículo 118 de la misma Ley, al considerar, acertadamente, que en la resolución del recurso no habrían de tenerse en cuenta nuevos hechos o documentos que pudieran ser desconocidos para la interesada.

Ahora bien, advertimos que no se ha remitido a la recurrente la comunicación establecida en el artículo 21.4 de la LPAC, relativa al plazo máximo para la resolución del procedimiento y la notificación del acto que ponga fin al mismo.

La competencia para resolver el recurso extraordinario de revisión corresponde al mismo órgano que dictó el acto recurrido, como ya hemos indicado, debiendo pronunciarse este, a tenor de lo establecido en el artículo 126.2 de la LPAC, no solo sobre la procedencia del recurso, sino también, en su caso, sobre la cuestión de fondo resuelta por el acto recurrido.

Por último, el plazo máximo para la resolución del procedimiento y la notificación es de tres meses, transcurrido el cual el recurso “se entenderá desestimado”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 126.3 de la LPAC. Excedido ya dicho plazo no podrá la Administración aprobar y notificar en tiempo la correspondiente resolución; no obstante, subsiste la obligación de dictar resolución expresa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la referida Ley, la cual se adoptará, según se señala en el mismo, sin vinculación alguna al sentido del silencio.

CUARTA.- En cuanto al fondo de la cuestión planteada, tal y como hemos manifestado en ocasiones anteriores (por todas, Dictamen Núm. 235/2019), debemos recordar que el recurso extraordinario de revisión constituye una vía excepcional que procede exclusivamente en los supuestos y por los motivos tasados previstos en el artículo 125, apartado 1, de la LPAC, cuya interpretación debe ser estricta para evitar que se convierta, *de facto*, en una vía ordinaria de impugnación de los actos administrativos una vez transcurridos los plazos legalmente establecidos para la interposición de los recursos administrativos ordinarios. En este sentido, es constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 16 de febrero de 2005 -ECLI:ES:TS:2005:942-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) al reafirmar el carácter excepcional del recurso extraordinario de revisión, lo que determina la necesidad de una interpretación rigurosa de los motivos invocados, en aras de no contravenir el principio de seguridad jurídica dejando en suspenso *sine die* la firmeza de los actos administrativos.

En el presente supuesto, la circunstancia invocada por el órgano instructor al calificar el escrito como recurso extraordinario de revisión es la reseñada en el artículo 125.1, letra b), de la LPAC, a cuyo tenor procederá la interposición del mismo cuando “aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida”.

A fin de delimitar el alcance o contenido de la decisión administrativa impugnada, ha de partirse de la singularidad del régimen de declaración responsable. En efecto, la Ley del Principado de Asturias 10/2010, de 17 de diciembre, de Tercera Modificación de la Ley del Principado de Asturias 7/2001, de 22 de junio, de Turismo, adapta la normativa autonómica de rango legal a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, y a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de Modificación de Diversas Leyes para su Adaptación a la Ley sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio. En este sentido, se sustituye la

autorización previa al inicio de actividad por un instrumento más ágil -la declaración responsable- que, no obstante, preserva la necesaria intervención de la Administración en garantía de la legalidad y de los intereses de terceros.

En su desarrollo, el Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de Viviendas Vacacionales y Viviendas de Uso Turístico, establece que “la presentación de la citada declaración faculta para el inicio de la actividad del servicio de alojamiento turístico desde ese mismo día” -artículo 29.3-, si bien las viviendas “deberán cumplir las prescripciones contenidas en la normativa de turismo, las correspondientes ordenanzas municipales y el resto de las normas sectoriales” -artículo 2-, y sus explotadores quedan obligados a “Acreditar que el destino de la vivienda vacacional o de uso turístico no esté prohibido por la ordenación urbanística de la zona donde se encuentre o por los estatutos de la comunidad de propietarios debidamente inscritos en el Registro de la propiedad en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal. En el caso de existir esta última prohibición deberá acreditarse la existencia de autorización expresa, por escrito de la misma” -artículo 27.b)-. A tal fin, el artículo 30.2 del referido Decreto prevé que “en la declaración ha de constar que se dispone de la siguiente documentación: (...) c) acreditación del cumplimiento de la normativa (...) del municipio donde radique la vivienda (...), e) cédula de habitabilidad (...) y, g) en caso de prohibición en los estatutos de la comunidad de propietarios, autorización expresa por escrito de la misma para ejercer la actividad./ La documentación indicada podrá ser requerida por la Administración turística a las empresas, las cuales deberán proporcionarla de forma inmediata”.

Respecto a la acreditación del cumplimiento de la normativa municipal, conviene aclarar que la actividad de alojamiento turístico puede iniciarse con la presentación de la declaración responsable ante la Comunidad Autónoma, sin que las normas locales puedan imponer un régimen de autorización previa, salvo que justifiquen una necesidad imperiosa de interés general y articulen para ello unos trámites “claros e inequívocos”, preservando además la proporcionalidad y no discriminación de la medida -artículos 9 y 6 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre-. Esa exigencia resulta difícilmente admisible en el caso examinado,

visto que la ley reserva al ejecutivo autonómico la declaración de zonas turísticas saturadas con las limitaciones consiguientes -artículo 19 de la Ley del Principado de Asturias 7/2001, de 22 de junio, de Turismo-, “sin que pueda invocarse la genérica potestad de licencias urbanísticas en un Ayuntamiento concreto para romper la unidad de mercado, la unidad turística y la unidad en exigencias de seguridad y salubridad en este ámbito tan singular, que por su finalidad de alojamiento turístico desborda los confines de un municipio concreto y rompe la unidad de servicio al turista en el ámbito autonómico” (Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 3 de Oviedo de 16 de abril de 2018 -ECLI:ES:JCA:2018:113-, Sección 3.ª). Esta misma sentencia razona que “nos encontramos ante una materia en que la propia legislación es ciertamente prolija (...), lo que unido a la pasividad de determinadas Administraciones a regular la materia en el ejercicio de sus competencias (...) traslada al administrado una notable incertidumbre jurídica”, como sucede singularmente en el municipio de Llanes, carente incluso de planeamiento urbanístico. En el caso examinado, consta que la recurrente presentó una declaración responsable y recibió un requerimiento de “subsanción de solicitud” por el que la Consejería la instaba a la “acreditación del cumplimiento de la normativa (...) del municipio donde radique la vivienda: declaración responsable o licencia municipal definitiva de actividad”, precisando que “en caso de aportar declaración responsable deberá remitir a este Servicio la Resolución o Acta de Conformidad del Ayuntamiento, así como la notificación de la misma, tan pronto como disponga de ella”. A raíz de ese requerimiento, la interesada solo aporta los justificantes de la solicitud de licencia al Ayuntamiento -uno de ellos previo a la declaración responsable y el otro con registro de entrada dos días después-, pero ha de subrayarse que no procedía el requerimiento “de subsanción” ni se determinaba con nitidez la documentación que debía aportarse. En rigor, la normativa aplicable no exige aportar documento alguno junto a la declaración responsable, que se limita a hacer constar que se dispone de esa documentación, la cual “podrá ser requerida por la Administración turística a las empresas, las cuales deberán

proporcionarla de manera inmediata” -artículo 30.2 *in fine* del Decreto 48/2016, de 10 de agosto-.

En este contexto, la resolución autonómica impugnada ordena el cese de la actividad ante la constancia de una decisión municipal denegatoria de la “licencia de actividad” y no por la ligera demora en su solicitud por la recurrente. Se observa la paradoja de que al interesar un justificante del “cumplimiento de la normativa municipal” -cuando efectivamente se cumplía- la solicitante obtiene una resolución desfavorable fundada erróneamente en el incumplimiento de una disposición autonómica -el artículo 30.1.k) del Decreto 48/2016, de 10 de agosto, que señala que “si la vivienda se ubica en un edificio sometido a régimen de propiedad horizontal” es necesaria una “declaración de que los estatutos de la comunidad de propietarios no prohíben ese uso o, si existiera tal prohibición, declaración de existencia de autorización expresa por escrito de la misma”-, y la resolución impugnada se basa también -confusamente- en el incumplimiento de la “normativa municipal”. El equívoco se disipa y aclara a la vista de la resolución del Ayuntamiento estimatoria del recurso de reposición deducido frente a la denegación de la “licencia de actividad”, en la que se razona adecuadamente que la interesada no precisaba de ninguna licencia, que contaba ya con cédula de habitabilidad al no haber cambio de uso y que el acuerdo de la comunidad de vecinos no era obstativo por ser posterior a la presentación de la declaración responsable.

A los efectos de calificar estos hechos en la causa revisora relativa a la aparición de “documentos de valor esencial para la resolución del asunto” que revelen el error en la decisión cuestionada, se advierte, como ha señalado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 24 de junio de 2008 -ECLI:ES:TS:2008:3631- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) y hemos puesto de manifiesto en el Dictamen Núm. 237/2019, que el error debe apreciarse cuando el documento aportado hace “aflorar la realidad de una situación que ya era la existente al tiempo de dictarse esa resolución”, y que el “valor esencial” del documento se asimila a “una importancia decisiva para la resolución”. En el supuesto planteado, la resolución atacada descansa en el

incumplimiento que el Ayuntamiento improcedentemente traslada en un primer momento, del que parece deducirse -al denegarse la "licencia de actividad"- una contravención de las normas municipales, aunque la resolución del Consistorio se funda en la oposición de la comunidad de vecinos que resulta ser posterior a la solicitud presentada. Despejado el error, y admitido por el Ayuntamiento que la interesada no incumplía ninguna norma local ni quedaba afectada por el acuerdo de la comunidad de vecinos, la resolución estimatoria del recurso de reposición "hace aflorar la realidad de una situación que ya era la existente" al tiempo de dictarse la decisión ahora impugnada, y evidencia el error cometido en esta.

Aunque en sede del recurso extraordinario de revisión se relegan aquellos errores que requieren de una argumentación jurídica, debe repararse en que no estamos ante un supuesto en el que la recurrente tuviera a su disposición un cauce ordinario de recurso que abandonara o desatendiera. El recurso de reposición frente a la resolución que ahora impugna estaba condenado al fracaso en tanto subsistiera el acuerdo municipal expresivo de la denegación de la "licencia de apertura", advirtiéndose que el régimen de recursos administrativos ha de interpretarse bajo un criterio de coherencia que no cierre la articulación y el examen de fondo de una pretensión legítima que se deduce puntualmente cuando se depura la resolución municipal obstativa.

Este Consejo advierte, no obstante, que la Administración pudo acudir a la potestad de revocación de actos que le confiere el artículo 109.1 de la LPAC, toda vez que se trata de plasmar la efectividad de una decisión sobrevenida que deja de manifiesto la oportunidad y legalidad de purgar la orden de cese que impide el normal desenvolvimiento de la actividad amparada por la declaración responsable. En supuestos análogos se admite por los Tribunales la revocación, que responde adecuadamente al principio de eficacia establecido en el artículo 103 de la Constitución (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de septiembre de 2017 -ECLI:ES:TSJM:2017:10149-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª).

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede estimar el recurso extraordinario de revisión interpuesto por frente a la Resolución de la Consejera de Cultura, Política Llingüística y Turismo, de 15 de octubre de 2019, por la que se denegó a la interesada la explotación de una vivienda de uso turístico.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.