

En Logroño, a 14 de septiembre de 2018, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros, D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. José Luis Jiménez Losantos y D. Pedro Prusén de Blas, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**88/18**

Correspondiente a la consulta formulada por la Consejería de Desarrollo Económico e Innovación sobre la *Revisión de oficio de la Resolución núm. 387/2012, de 19 de noviembre, de la Directora General de Turismo, por la que se clasifican en la categoría de “1 llave” los “A.T. V.”, sitos en A. V. X, de Logroño (actualmente, “A.L.”), cuyo titular es la empresa “A.V. X, SL”.*

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Primero**

1. Por Resolución núm. 387/2012, de 19 de noviembre, la Directora General de Turismo procedió a clasificar, en la categoría de “1 llave”, e incorporar al Registro de Proveedores de Servicios Turísticos, con el núm. X los “A.T.V.”, sitos en A. V. X, de Logroño, los cuales constan de 1 apartamento y 3 estudios, con 8/10 plazas, siendo su titular la Sociedad mercantil A.V. X, SL, con CIF B-X.

2. Registrado de entrada el 25 de enero de 2016, D. J.S.R. presentó un escrito comunicando el inicio previo de actividad de 13 apartamentos con 30 plazas, acompañando memoria descriptiva de ampliación de apartamentos turísticos en A. V. X, de Logroño.

En la documentación gráfica (planos de los 13 apartamentos), que se aporta en dicha memoria, se comprueba que la superficie de los cuatro “A.T.V.”, clasificados en la categoría de “1 llave”, es inferior a la inicialmente indicada en la documentación aportada por el promotor y recogida en la memoria descriptiva de fecha 7 de septiembre de 2012,

que sirvió de base a la Resolución núm. 387/2012, de 19 de noviembre.

3. A partir de esta nueva documentación aportada respecto de los cuatro “A.T.V.” (actualmente “A.L.”), se suceden diversas actuaciones encaminadas a aclarar las medidas reales de la totalidad de los apartamentos, que incluyen visitas a las instalaciones para realizar mediciones *in situ*, comprobándose que las superficies de las habitaciones y demás estancias de los 4 “A.T.V.” no coinciden con la documentación aportada en la memoria de fecha 7 de septiembre de 2012, siendo claramente inferior a la exigida por la normativa turística.

4. Mediante escrito registrado de entrada el 15 de febrero de 2016, el referido representante de la mercantil “A.V. X, S.L.”, comunica el cambio de titular de la actividad “A.T.V.” en A.V., siendo el titular de la actividad la empresa “G.H. X, S.L.”, domiciliada en San Sebastián (D.P. 20014), C/. F.G.L. X), y encargado de su gestión el Administrador de la sociedad D. F.G.S.

### **Segundo**

El Director General de Cultura y Turismo, por Resolución de 8 de marzo de 2018, resuelve iniciar el procedimiento de revisión de oficio de la Resolución núm. 387/2012, de 19 de noviembre, de la Directora General de Turismo, por la que se procedió a clasificar en la categoría de “1 llave” y a incorporar, al Registro de Proveedores de Servicios Turísticos con el nº X, los “A.T.V. (actualmente “A.L.”), en A.V. X de Logroño, con un apartamento y 3 estudios, con 8/10 plazas, por ser un acto nulo de pleno Derecho según lo establecido en el artículo 47.1 f) de la ley 39/2015, de 1 de octubre.

### **Tercero**

En trámite de audiencia, formularon alegaciones los representantes de la mercantil “G.H. X, S.L.” y de la sociedad “A.V. X, S.L.”.

El Servicio de Turismo informa las alegaciones presentadas el 4 de junio de 2018 y propone su desestimación.

### **Cuarto**

El 15 de junio de 2018, el Ilmo. Sr. Secretario General Técnico de la Consejería emitió informe en el que concluye que la Resolución nº 387, de 19 de noviembre de 2012, es un acto nulo de pleno derecho según lo establecido en el artículo 47.1 f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento Administrativo Común de las

Administraciones Públicas, siendo aplicable su artículo 106.1, por lo que procede su revisión de oficio.

La Dirección General de los Servicios Jurídicos informa favorablemente la anterior Propuesta el siguiente 3 de julio.

### **Antecedentes de la consulta**

#### **Primero**

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 13 de julio de 2018 y registrado de entrada en este Consejo el siguiente día 17, la Excm. Sra. Consejera de Desarrollo Económico e Innovación del Gobierno de La Rioja, remitió, al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

#### **Segundo**

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito de 17 de julio de 2018, firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 18 de julio de 2018, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

#### **Tercero**

Asumida la ponencia por el Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero**

#### **Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo**

El carácter preceptivo del dictamen del Consejo Consultivo en los casos de revisión de los actos administrativos resulta, con toda claridad, de lo dispuesto en el art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC'15), a cuyo tenor: *“las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán 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 artículo 47.1”*.

Esta norma, la LPAC'15, será aplicable, en general, al procedimiento administrativo de revisión de oficio, según su DT 3ª-b), al haberse iniciado después de su entrada en vigor, que se produjo el 2 de octubre de 2016 (DF 7ª).

Reiteran la necesidad del dictamen del Consejo Consultivo en estos casos nuestra Ley reguladora (Ley 3/2001, de 31 de mayo, art. 11.f) y el Reglamento que la desarrolla (aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero art. 12.2.f).

Por lo demás, como claramente se infiere del art. 106.1 LPAC'15, el dictamen del Consejo Consultivo en materia de revisión de actos administrativos es, además de preceptivo, habilitante de la ulterior decisión revisora de la Administración, que sólo puede declarar la nulidad del acto si dicho dictamen hubiere sido favorable, esto es, estimatorio de la nulidad denunciada.

## **Segundo**

### **Sobre la nulidad de pleno Derecho de la Resolución nº 387, de 19 de noviembre de 2012, de la Directora General de Turismo**

#### **1. El concepto de *requisito esencial*.**

El art. 47.1.f) LPAC'15 dispone que son nulos de pleno derecho *“los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”*.

**A)** La jurisprudencia y la doctrina han insistido, con reiteración, en la necesidad de interpretar restrictivamente los preceptos que tipifican las causas de nulidad de los actos administrativos. Y ello, porque la categoría jurídica de la *nulidad de pleno Derecho* es,

dentro de la teoría de la invalidez del acto administrativo, una excepción frente a la *anulabilidad*, que constituye, a su vez, la consecuencia prevista, como regla general, para los supuestos en que un acto administrativo contraviene el ordenamiento jurídico (art. 48.1 LPAC'15).

Así lo han señalado, entre otros muchos, el Dictamen del Consejo de Estado (DCE) 485/2012, de 24 de mayo, y los en él citados.

Por ese mismo carácter excepcional de la nulidad de pleno Derecho, en la aplicación del art. 47.1.f) LPAC'15 (y de su precedente, 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, LPAC'92) la jurisprudencia y la doctrina han trazado un concepto sumamente estricto de lo que debe entenderse por *requisitos esenciales* cuya ausencia determina la nulidad radical de los actos administrativos atributivos de derechos o facultades.

A pesar de la dificultad de establecer un criterio interpretativo general en una materia que, por su propia naturaleza, es esencialmente casuística, pueden señalarse, como orientaciones generales, que solamente son requisitos esenciales *“los auténticos presupuestos que explican y justifican la adquisición del derecho o facultad de que se trate”* (DCE 845/2013), o, en palabras del DCE 2.741/2010, los *“relativos a la estructura definitoria del acto”*.

Por otra parte, la calificación de un requisito como *esencial* ha de ceñirse *“al objeto, causa y fin del acto administrativo de que se trate”* (DCE 461/2009); añadiendo el DCE 485/2012 que *“la esencialidad presupone que ha de tratarse de un requisito que objetivamente el interesado no puede llegar a cumplir en ningún momento, por tratarse de un hecho acontecido invariable que elimina cualquier posibilidad de subsanación, y que no precisa, para constatar su carencia, de la interpretación de norma jurídica alguna”*.

En iguales términos, la Sala 3ª del Tribunal Supremo (TS) ha indicado que *“no todos los requisitos necesarios para ser titular de un derecho pueden reputarse ‘esenciales’: tan sólo los más significativos y, directa e indisolublemente, ligados a la naturaleza misma de aquél”* (STS 26-11-2008, R.Cas 1988/2006).

Esta misma idea la ha expresado el Consejo Consultivo de Canarias (Dictamen 585/2011) al señalar que la expresión *requisito esencial* de un acto administrativo debe reservarse a *“aquéllos que le son realmente inherentes y le otorgan su configuración propia, con lo que su ausencia afecta a la finalidad perseguida por la norma infringida, de modo que el acto en cuestión tiene efectos radicalmente contrarios a los queridos por dicha norma”*.

**B)** Por nuestra parte y en la misma línea, hemos perfilado esta doctrina, sosteniendo en diversos dictámenes: i) que hay que reconocer la dificultad de establecer un criterio interpretativo general en una materia que, por su propia naturaleza, es esencialmente casuística (D.44/17); y ii) que no todos los requisitos para la adquisición de una facultad o derecho merecen la calificación de *esenciales*, pues, como ha señalado el Consejo de Estado (DCE 3491/99), una interpretación amplia de los mismos comportaría fácilmente una desnaturalización de las causas legales de invalidez, por cuanto la carencia de uno de ellos determinaría la nulidad de pleno Derecho, vaciando de contenido no pocos supuestos de simple anulabilidad, lo que representaría un grave peligro para la seguridad jurídica (D.96/10, D.40/11, D.44/11 y D.44/17).

Por tanto, en nuestro criterio, la *esencialidad* de los requisitos debe: i) referirse al sujeto que realiza o al objeto sobre el que recae la actividad; ii) ser incontrovertible; iii) afectar a un acto que determine el nacimiento de un derecho o una facultad en el sujeto, como sucede en los nombramientos y las concesiones, o que posibilite la efectividad de uno que el sujeto ya tenía, como ocurre en el caso de las autorizaciones; y iv) quedar reservada para los requisitos más básicos y significativos que estén, directa e indisolublemente, ligados a la naturaleza misma del derecho o facultad adquiridos, como son los que determinan, en sentido estricto, la adquisición del derecho o facultad de que se trate (D.96/10, D.40/11, D.44/11 y D.44/17, entre otros).

Esta doctrina conlleva: i) que el art. 47.1.f) LPAC'15 (como antes el art. 62.1.f) LPAC'92) debe ser objeto de una interpretación *estricta*, para evitar una interpretación extensiva y amplia de los requisitos esenciales (D.40/11, D.44/11 y D.44/17, entre otros); y ii) que debe distinguirse entre requisitos *esenciales* y meramente *necesarios*, pues sólo los primeros pueden fundar una declaración de nulidad de pleno Derecho (D.96/10, D.40/11 y D.44/11).

## **2. Normativa aplicable al supuesto de hecho de la Resolución cuya revisión se propone.**

Por razón de su fecha, resulta aplicable el Reglamento de Turismo de La Rioja, aprobado por Decreto 14/2011, de 4 de marzo, en desarrollo de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja.

Este Reglamento ha sido sustituido por el aprobado por Decreto 10/2017, de 17 de marzo, cuya Disposición Transitoria Única dispone que *“los requisitos establecidos en este Reglamento en relación a las superficies o dimensiones de las diferentes estancias y elementos de los elementos no serán de aplicación a las empresas que ya estuvieran inscritas en el Registro de Proveedores de Servicios Turísticos antes de la entrada en*

*vigor del mismo o hubieran efectuado la comunicación de inicio de la actividad a la que se refiere el artículo 9 del presente Reglamento”.*

Es evidente, por tanto, la aplicabilidad de la normativa anterior a cuyo amparo se clasificaron en la categoría de “1 llave” y se incorporaron, al Registro de Proveedores de Servicios Turísticos con el núm. X, los “A.T.V.”, en A.V. X, de Logroño (1 apartamento y 3 estudios)

El artículo 79 del Reglamento aplicable establece las superficies mínimas de los apartamentos y estudios que, en lo referente a los objeto de clasificación en la Resolución cuya revisión se pretende, eran de 33 m<sup>2</sup> en un caso y 35 m<sup>2</sup> en los otros tres. Se trata de superficies totales que incluyen las de sus respectivos baños, que es de 4 m<sup>2</sup>.

### **3. Aplicación al presente caso de la normativa expuesta.**

En el plano inicial y memoria del año 2012, que sirvió de base a la Resolución de clasificación e inscripción, las superficies eran sensiblemente superiores a las mínimas exigidas: 40,29 m<sup>2</sup>, 41,72 m<sup>2</sup>, 36,97 m<sup>2</sup> y 37,08 m<sup>2</sup>.

Cuando, en el año 2016, el precitado representante de la Sociedad titular de los “A.T.V.” y también Arquitecto autor de los proyectos, comunicó el inicio previo de actividad de 13 apartamentos, resultantes de la ampliación de los de A.V. X con los del inmueble contiguo en C. S.G. X, en la documentación gráfica (planos de los 13 apartamentos), que se aporta con la memoria de enero de dicho año, se comprueba que las superficies de los cuatro “A.T.V.”, clasificados en la categoría de “1 llave” e inscritos en el Registro de Proveedores de Servicios Turísticos con el número X, es inferior a la inicialmente indicada en la documentación aportada por el promotor y recogida en la memoria descriptiva de 7 de septiembre de 2012.

Precisamente, al apreciar la diferencia en la propia documentación aportada por el citado Arquitecto, se inician actuaciones encaminadas a aclarar las medidas reales de los apartamentos, que incluyen visitas a las instalaciones para realizar mediciones *in situ*. De la medición real, resulta, en tres de los apartamentos, una diferencia aún mayor.

Teniendo en cuenta que, al amparo del art. 13 del Reglamento de Turismo, el citado Arquitecto solicitó dispensa de la superficie de los baños, solicitud implícitamente estimada al dictar la Resolución objeto de la presente revisión de oficio puesto que, en el plano inicial de esos tres apartamentos, la superficie de los baños era inferior a 4 m<sup>2</sup>, estudiamos la diferencia acreditada en los salones/cocina de los mismos. En dos de ellos, la medición real es de 25,4 m<sup>2</sup>, frente al mínimo de 31 m<sup>2</sup> exigido por el Reglamento, lo

que supone un 19,35 % menos; en el tercero, la real es de 16 m<sup>2</sup> frente al mínimo de 19 m<sup>2</sup> requeridos por el Reglamento, que implica un desfase o desviación del 15,79 %.

Con arreglo a los parámetros interpretativos descritos en el apartado 1 de este Fundamento de Derecho, no parece discutible que el requisito de cumplir con las superficies fijadas como “*mínimas*” por el art. 79 del Decreto 14/2011, de 4 de marzo, deba reputarse *esencial* para tener el derecho a ser clasificados los apartamentos con la categoría de “1 llave” e incorporados al Registro de Proveedores de Servicios Turísticos (con el número 65), en tanto en cuanto, como decíamos, *explica y justifica la adquisición del derecho* o, si se prefiere, se trata de requisito con cuya concurrencia el legislador quiere asegurar el cumplimiento de los fines perseguidos por una norma y la tutela de los intereses que con ella se protegen o promueven. Interés tutelado que, en el presente caso, no es otro que el de la calidad de los servicios y establecimientos turísticos, finalidad que persigue la normativa cuya infracción haría peligrar, indudablemente, su consecución.

Las diferencias en las superficies de tres de los apartamentos son de tal importancia que impiden tomar en consideración la alegación de que se trata de un error, aun cuando sería intranscendente, a efectos de la revisión, si hay o no premeditación en la diferencia entre los datos aportados y la realidad comprobada. Tampoco puede tenerse en cuenta la alegada dispensa de superficies solicitada por el promotor inicial, pues resulta evidente que tal dispensa se solicitó y concedió respecto de la superficie de los baños, no del resto de las estancias.

Es de destacar que, en el presente caso, no se trata de una pérdida sobrevenida de las condiciones necesarias para obtener una calificación turística determinada (que pudiera determinar la reconsideración de la categoría conferida al amparo del art. 11.2 del Decreto 10/2017, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Turismo), sino de una inexistencia originaria de los requisitos exigidos para obtener dicha calificación (que, por tanto, determina la revisión del acto administrativo correspondiente al amparo del art. 47.1, f) LPAC'15).

En efecto, a la vista del expediente remitido, hay que concluir que los apartamentos de la Calle Viana 20 de Logroño no cumplen la superficie mínima del Decreto 14/2011, de 4 de marzo, que es un requisito esencial para clasificar en la categoría de “1 llave” los meritados apartamentos, por lo que la Resolución de 19 de noviembre de 2012, que otorgó tal clasificación, debe considerarse nula de pleno Derecho, de acuerdo con el art. 47.1.f) LPAC'15.

## **CONCLUSIONES**

### **Única**

Procede la revisión de la Resolución nº 387, de 19 de noviembre de 2012, de la Dirección general de Turismo, la causa de nulidad de pleno Derecho comprendida en el apartado f) del artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC'15).

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

**EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO**

Joaquín Espert y Pérez-Caballero