

Crónica del desembarco y conquista del régimen de intervención de la Directiva de Servicios en el derecho urbanístico español

SERGIO MONTESERIN HEREDIA

Letrado consistorial del Ayuntamiento de Gavà (Barcelona)

- 1. El régimen de intervención administrativa afectado por el proceso de transformación del derecho administrativo**
- 2. La formación del nuevo régimen de intervención administrativa en España**
 - 2.1. Artículos 5 y 7 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre (Ley “Paraguas”)
 - 2.2. Las modificaciones legales introducidas por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre (Ley “Omnibus”)
 - 2.2.1. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
 - 2.2.2. La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local
- 3. El blindaje del derecho urbanístico ante el nuevo régimen de intervención administrativa**
 - 3.1. El derecho urbanístico excluido del ámbito de aplicación de la Directiva europea de Servicios
 - 3.2. El legislador urbanístico estatal corona a la licencia como el principal medio de intervención en materia urbanística
- 4. El desembarco del nuevo régimen de intervención administrativa en el derecho urbanístico**
 - 4.1. La innovadora Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios

Artículo recibido el 05/06/2015; aceptado el 08/06/2015.

- 4.2. El punto de inflexión de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado
- 4.3. El seguidismo de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local
- 4.4. La reiteración del legislador estatal sectorial con la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones
- 4.5. La aprobación desenfrenada de la normativa autonómica
- 5. La gran conquista del nuevo régimen de intervención administrativa en el derecho urbanístico: la primera ocupación y utilización de los edificios**
 - 5.1. La sustitución de la licencia por la declaración responsable o comunicación previa en algunas legislaciones urbanísticas autonómicas
 - 5.1.1. Canarias
 - 5.1.2. Cataluña
 - 5.1.3. Aragón
 - 5.1.4. Comunidad Valenciana
 - 5.1.5. Región de Murcia
 - 5.2. El paso atrás de Extremadura
 - 5.3. Crítica de la regulación autonómica y propuesta de supuestos de primera ocupación y utilización sujetos a licencia urbanística
 - 5.3.1. La primera ocupación y utilización parcial de los edificios
 - 5.3.2. La primera ocupación y utilización de los edificios y obras de urbanización
 - 5.3.3. La ocupación y utilización de edificios en situación asimilada a la de fuera de ordenación
 - 5.3.4. La primera ocupación de los edificios de vivienda de promoción libre

Resumen

El presente estudio pretende ofrecer un relato cronológico del proceso de aplicación del régimen de intervención administrativa gestado en materia de actividades de servicios en el derecho urbanístico español. Desde su resistencia inicial, a su desembarco y su ulterior aplicación sin matices tanto por el legislador estatal como autonómico. Todo ello se intenta abordar con rigor jurídico y haciendo especial hincapié en aquellos aspectos problemáticos no resueltos debidamente por el legislador, así como subrayando el nuevo conflicto constitucional de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas y la debilitación de la autonomía local que ha traído consigo la implantación de este nuevo régimen de intervención administrativa. Y se finaliza con una exposición y análisis de la normativa urbanística autonómica que ha pasado a sujetar la pri-

mera ocupación y utilización de los edificios a técnicas de intervención *ex post*, como paradigma del desenlace final de este proceso, si bien con una propuesta de aquellos supuestos que entiendo deberían estar sujetos al régimen de licencia en virtud de los principios de necesidad y proporcionalidad.

Palabras clave: *intervención administrativa; régimen de autorización; licencia; declaración responsable; comunicación previa; principios de necesidad y proporcionalidad; conflicto constitucional de competencias; primera ocupación y utilización de los edificios.*

Chronicle of the arrival and conquest of the Services Directive in the Spanish urban planning law

Abstract

This article is a chronicle of the process of implementation of the Services Directive in the Spanish urban planning law in which can be observed the initial resistance to the new administrative supervision mechanisms, their subsequent arrival and their final application without qualification by the State and the Autonomous Communities legislators. The article pursues to address these issues from a rigorous legal perspective and emphasizes the questions unresolved by the legislator. Moreover, the article points out the new conflict regarding the distribution of competences between the State and the Autonomous Communities, as well as the weakening of the autonomy of local governments that entail the new mechanisms provided by the Services Directive. As a paradigm of this process, the article studies the Autonomous Communities urban planning law which now subject to ex post control the first occupation and use of buildings and other facilities. The article also offers some proposals in order to subject some cases to the traditional ex ante control (urban licenses or authorization regimes) according to the principles of necessity and proportionality.

Keywords: administrative supervision; authorization regime; license; statement of responsibility; previous communication; principles of necessity and proportionality; constitutional conflict of competences; first occupation and use of building and facilities.

1

El régimen de intervención administrativa afectado por el proceso de transformación del derecho administrativo

En el siglo pasado la actividad de policía administrativa, en su vertiente de técnicas de intervención sobre la actividad de la ciudadanía, se caracterizó por estar presidida plácidamente por el régimen de autorización¹.

Sin embargo, con la entrada de este siglo, el régimen jurídico de las técnicas de intervención se ha visto en el epicentro del proceso de transformación al que ha estado sometido el derecho administrativo. Según CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR², esta transformación se debe a la concurrencia de diversos acontecimientos, como la europeización del derecho administrativo, que se ha traducido en una intensa reestructuración organizativa y de la actividad administrativa, y que ha colocado al legislador del Estado miembro como mero ejecutor de las decisiones adoptadas por los órganos comunitarios; pero también a la profunda recomposición de las relaciones sociedad-Estado³, en el sentido de que, si bien se está produciendo un proceso de disminución del protagonismo interventor del Estado, no por ello conlleva una restricción del ámbito de aplicación del derecho público, ya que allí donde se detecte la presencia del interés general se deberá seguir aplicando este⁴.

1. En relación con la construcción doctrinal del régimen de autorización me remito a GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, 13.^a ed., 2013, en especial pp. 140-142. Y por lo que se refiere a su definición y naturaleza jurídica: VILLAR PALASÍ, J. L. y VILLAR EZCURRA, J. L., *Principios de Derecho Administrativo*, Universidad Complutense, Madrid, 4.^a ed., 1999, en especial pp. 76-77.

2. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., “Reflexiones sobre las transformaciones actuales del derecho público, en especial del derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 193, 2014, pp. 11 a 44; en especial pp. 29 a 31. Si bien son varios los autores que se han referido a esta cuestión, entiendo interesante citar a PAREJO ALFONSO, L., *Transformación y ¿reforma? del derecho administrativo en España*, INAP, Madrid, 2012, en especial pp. 170 a 178.

3. Para MUÑOZ MACHADO, S., en *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Volumen IV: La actividad administrativa, Iustel, enero 2011, el nuevo orden de relaciones entre el Estado y la sociedad se basa en el binomio regulación-garantía, sobre el cual puede ordenarse la acción administrativa (pp. 491-492).

4. VELASCO CABALLERO, F., *Derecho público más derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2014. Sobre la distinción entre derecho administrativo y derecho público, señala que el primero “se dirige a identificar y sustantivar un sector concreto del ordenamiento, el que dirige la actividad de la Administración Pública”, mientras que el segundo “se toma como una cualidad de las normas o sectores regulados que tienen la Administración Pública como organización de cumplimiento”, o “una forma de regulación de la eficacia de las normas” (p. 106).

El resultado de la transformación en el régimen jurídico de las técnicas de intervención administrativa se visualiza en los siguientes dos procesos⁵: la autorregulación, y la Directiva de Servicios 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, conocida como Directiva de Servicios⁶.

No nos centraremos en la autorregulación, por apartarse del propósito de este estudio, pero sí brevemente en la Directiva de Servicios, porque, tras más de ocho años desde su aprobación, ya existe perspectiva suficiente para afirmar que su texto ha reconfigurado la técnica de la intervención administrativa, en el sentido de que solo se admite el establecimiento de autorizaciones en casos excepcionales, si bien la propia Directiva no indica a los Estados miembros qué técnicas de intervención han de emplearse en su sustitución, por lo que ha sido calificada como norma desreguladora.

Recordemos pues que a partir de la Directiva el régimen de autorización solo se podrá aplicar cuando concurren las siguientes condiciones: que no sea discriminatorio para el prestador de que se trate, que su necesidad venga justificada por una razón imperiosa de interés general⁷, y que el objetivo perseguido no se pueda conseguir mediante una medida menos restrictiva (proporcionalidad), porque un control “a posteriori” se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz (considerando 54 y artículo 9.1)⁸.

2

La formación del nuevo régimen de intervención administrativa en España

Con la correspondiente transposición de la Directiva de Servicios al derecho interno español se asientan las bases del nuevo régimen de intervención admi-

5. ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013. Además de estos dos procesos, el autor señala como otro ejemplo de gran flujo del Estado a la sociedad, en materia de actividad pública, la entrega al mercado y la exposición a la competencia entre operadores de los servicios públicos, en sus pp. 99 a 105.

6. Para conocer el proceso de elaboración de la Directiva me remito a JIMÉNEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al derecho interno*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2010, en especial su p. 38.

7. Definida en el artículo 4.8 de la misma Directiva de Servicios.

8. Sobre el régimen de intervención administrativa que prevé la Directiva me remito a QUADRA-SALCEDO JANINI, T. DE LA, “¿Quo Vadis, Bolkestein? ¿Armonización o mera desregularización de la prestación de servicios?”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007 (pp. 237 a 280); en especial sus pp. 272 y 273.

nistrativa, que recae especialmente en los siguientes preceptos jurídicos que se pasan a analizar.

2.1

Artículos 5 y 7 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre (Ley “Paraguas”)

Como es sabido, la incorporación de la Directiva europea de Servicios al derecho interno español se realizó mediante una ley horizontal⁹, en concreto la citada Ley 17/2009 (en adelante, “Ley Paraguas”). Pues bien, el nuevo régimen de intervención administrativa basado en el carácter excepcional de los regímenes de autorización se cristaliza en su artículo 5, en virtud del cual solo serán admisibles cuando estén motivados suficientemente por ley –con lo que su redactado va dirigido al legislador estatal y autonómico–, y concurran las siguientes circunstancias: a) no discriminación; b) necesidad, es decir, “que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general”, en concordancia con el artículo 9 de la Directiva; y c) proporcionalidad, en el sentido de que la autorización sea el instrumento más adecuado y no existan otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el objetivo que se persigue, en particular cuando un control posterior sea demasiado tarde para ser realmente eficaz y además no sea suficiente con una comunicación o declaración responsable¹⁰.

Y en segundo lugar mencionar el artículo 7, por disponer que el prestador del servicio, cuando realiza “una comunicación o una declaración responsable o el otorgamiento de una autorización”, podrá acceder a una actividad y

9. Apuntar que se planteó entre la doctrina la necesidad o no de acudir a instrumentos de armonización para transponer la Directiva al derecho interno español; entre sus partidarios, el Dictamen del Consejo de Estado núm. 99/2009, de 18 de marzo de 2009 (p. 29), y CHOLBI CACHÁ, F. A. y MERINO MOLINS, V., “Comentario crítico sobre la Directiva de Servicios y de las leyes 17 y 25/2009 en aplicación de la misma: especial incidencia en el ámbito de las licencias urbanísticas y de actividad”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 7, 2010, pp. 1035 a 1065, en especial su p. 1038. En una posición intermedia, bajo fórmulas de consenso y coordinación, GÍFREU FONT, J., “La impronta de la Directiva de Servicios y de la normativa de transposición interna estatal en las técnicas interventoras urbanísticas. Parada y fonda: la Ley de garantía de la unidad de mercado”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 98, enero-abril 2014, pp. 169-213, en especial su p. 210. Y contrario a ello, JIMÉNEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al derecho interno*, op. cit.; en especial, sus pp. 102 y 103.

10. En cuanto a este artículo 5, me remito al análisis que realiza sobre él PAREJO ALFONSO, L., “Las transformaciones en curso en la intervención administrativa de actividades: evolución, déficit y demandas regulatorias”, en AA. VV., *Autorizaciones y licencias, hoy. Un análisis sectorial tras la Directiva de Servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 21 a 39; en especial, su p. 24.

ejergerla por tiempo indefinido (artículo 7.1) y “en la totalidad del territorio español, incluso mediante el establecimiento de sucursales” (artículo 7.3). En relación con los establecimientos físicos, el artículo 7.3 en su párrafo tercero establecía, antes de su modificación –como luego se expondrá–, que podía exigirse autorización, comunicación o una declaración responsable cuando ello estuviera justificado por una razón imperiosa de interés general.

2.2

Las modificaciones legales introducidas por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre (Ley “Omnibus”)

Tras la aprobación de esta “Ley horizontal”, se pasó a transponer la Directiva europea de Servicios a la legislación sectorial estatal, mediante la citada Ley 25/2009, conocida como Ley “Omnibus”, si bien su alcance no se limitaba al libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, sino que tenía como fin trasladar el “nuevo” régimen de intervención administrativa a toda la normativa sectorial estatal mediante la modificación de las siguientes dos disposiciones legales.

2.2.1

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹¹

A pesar de que ya ha sido analizada por la doctrina, no podemos dejar de referirnos a la introducción del artículo 39 bis, cuyo contenido es aplicable a cualquier tipo de actividad y no solo a la de servicios, además de ir destinado directamente a las Administraciones Públicas que tienen que aplicar las técnicas de intervención. En concreto, se establece que las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas dirigidas a limitar el ejercicio de derechos individuales o colectivos

11. También se modificó el artículo 43 de la Ley 30/1992, con el fin de establecer que el silencio administrativo positivo pasara a ser la regla general para todo tipo de procedimiento administrativo terminado en un régimen de autorización, en concordancia con el artículo 13.4 de la Directiva y el artículo 6 de la Ley “Paraguas”, con lo que se admite el silencio desestimatorio como excepción “en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de derecho comunitario establezcan lo contrario”, y en determinados supuestos previstos en el propio artículo.

o a exigir el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán cumplir los siguientes requisitos: a) elegir la medida menos restrictiva; b) motivar su necesidad para la protección del “interés público”, concepto más amplio que el comunitario “razón imperiosa de interés general”; y c) justificar que el medio de intervención elegido es adecuado para alcanzar el “interés público”, sin producir diferencias de trato discriminatorias¹².

Por su parte, el artículo 71 bis se ocupa de definir y caracterizar la técnica de intervención *ex post* llamada a sustituir al régimen de autorización como regla general. Así, en su apartado 1 se define la declaración responsable, y en su apartado 2 se hace lo propio con la comunicación previa. Comparando entre ambas, parece deducirse que la declaración responsable debe utilizarse cuando el interesado manifieste ante la Administración que cumple con la normativa aplicable; es decir, se reserva para los supuestos donde pueden verse afectados intereses públicos o de terceros. Tal interpretación viene respaldada además por el hecho de que la comunicación previa pueda presentarse “dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad” (apartado 3, párrafo segundo).

Pero tal distinción desaparece cuando en ambas figuras se admite que sus efectos jurídicos puedan ser inmediatos, pero también diferidos desde su presentación (apartado 3). En caso de ser inmediatos, producirán todos sus efectos desde su presentación, en virtud de una presunción de legalidad *iuris tantum* del derecho o facultad que se solicita reconocer o ejercer ante la Administración Pública. Mientras que, en el supuesto de efectos diferidos, su eficacia quedará supeditada a la posibilidad de que la Administración Pública ejercite un leve control previo en un breve plazo, y en caso de que no se ejercite comenzarán a producir todos los efectos¹³. Así lo considera también LÓPEZ MENUDO¹⁴ cuando sostiene que se hace difícil diferenciar entre las dos

12. El principio de proporcionalidad recogido con carácter genérico en este artículo 39 bis de la Ley 30/1992 no es novedoso, porque ya se contenía en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955, en especial en su artículo 6.

13. BAÑO LEÓN, J. M.^a, “Declaración responsable y derechos de terceros. El lado oscuro de la llamada ‘better regulation’”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 167, octubre-diciembre 2014, pp. 23 a 44. Plantea que, si existe una similitud entre la técnica del silencio administrativo positivo y la declaración responsable demorada, no comprende por qué en la primera se produce un acto declarativo de derechos que la Administración debe respetar, y en cambio, en la segunda, la ley solo permite ejercer el derecho o iniciar la actividad, pero sin reconocimiento de derecho subjetivo, cuando ambos regímenes jurídicos deberían ser asimilables.

14. LÓPEZ MENUDO, F., “La transposición de la Directiva de Servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 14, julio-diciembre 2010, pp. 111 a 149; en especial, pp. 127 y 128.

figuras, por atribuirles las mismas funciones y los mismos efectos jurídicos, lo que ha causado una confusión generalizada y que sean ambas exigidas de forma indistinta e intercambiable en las posteriores leyes estatales y autonómicas.

Pero quizás la cuestión que ha suscitado más polémica doctrinal, y sobre la cual este artículo 71 bis guarda silencio, es cómo quedan garantizados los derechos procedimentales de los terceros interesados en estas técnicas de intervención *ex post*, habida cuenta de que se caracterizan por ser actos unilaterales del titular de la actividad frente a la Administración, sin que exista posibilidad de dar audiencia a aquellos mediante los trámites de información pública o vecinal que sí se realizaban en el procedimiento de autorización¹⁵. En un primer momento TÁBOAS BENTANACHS¹⁶ apuntó que en la práctica solo había dos vías posibles: acudir a los casos de inactividad del artículo 29.1 de la Ley jurisdiccional contencioso-administrativa o la denominada “provocación del acto” mediante solicitud al respecto y por transcurso del plazo supletorio para resolver y notificar. En relación con la primera vía, PALOMAR OLMEDA¹⁷ precisa que una posible impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa tiene un encaje complejo en la definición de actividad impugnabile, y que además “plantea problemas adicionales en relación con

15. Interesante citar que el artículo 34.2 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, advierte que las medidas de simplificación administrativa no pueden suponer limitación alguna de los derechos y garantías que la legislación vigente reconoce a los ciudadanos y a terceras personas interesadas en cualquier procedimiento administrativo. Por otra parte, esta falta de previsión de participación de terceros en las técnicas de intervención *ex post* sintoniza con la desaparición de lo social y la vuelta a una sociedad de los individuos más propia del siglo XIX, lo que permite afirmar que se produce una deconstrucción de un régimen del que la autorización fue en su momento resultado de una evolución, según reflexiona ESTEVE PARDO, J, en “La deconstrucción de las fórmulas de intervención administrativa: de la aplicación de la ley a la contractualización”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100 (ejemplar dedicado a: Homenaje Demetrio Loperena y Ramón Martín Mateo), mayo-diciembre 2014, pp. 1231 a 1239; en especial, p. 1236.

16. TÁBOAS BENTANACHS, M., “La proyección de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, en los ámbitos urbanístico y medioambiental”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 23, junio de 2010, pp. 61-77; en especial, p. 77.

17. PALOMAR OLMEDA, A., “El nuevo marco para el ejercicio de las actividades económicas. Títulos habilitantes y competencias”, en PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R. (dirs.), *El nuevo marco de ejercicio de las actividades económicas*, Thomson Reuters Aranzadi, 1.ª ed., 2014, pp. 29 a 83; en especial, sus pp. 82 y 83. También se ha pronunciado sobre esta cuestión BAÑO LEÓN, J. M.^a, “Declaración responsable y derechos de terceros. El lado oscuro de la llamada ‘better regulation’”, *op. cit.*, pp. 41 a 43. Y también FONT I LLOVET, T. y PEÑALVER I CABRÉ, A., “La incidencia de la Directiva de Servicios en los entes locales”, en el monográfico “Los retos de la Directiva de Servicios”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011, que apuntaron, como otra posible solución para tener en cuenta a los terceros, el articular medios de participación de forma previa a la presentación de la comunicación, en su p. 18.

los plazos de impugnación ante la inexistencia de una certeza o evidencia como es el acto matriz”. Ante esta situación, propone que para hacer viable la impugnación de terceros hay que provocar una notificación formal mediante la intimación a la Administración de una certificación de si el titular de la actividad presentó la declaración, a fin de que la respuesta administrativa habilite plazos procedimentales o procesales.

Puede anticiparse que esta problemática tampoco es afrontada en el Proyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹⁸, con lo que una posible solución que se propone sería obligar a los ayuntamientos a dictar una resolución administrativa, la denominada coloquialmente “toma de conocimiento”, a efectos de acordar que la declaración responsable o comunicación presentada es conforme a derecho tras la correspondiente verificación técnica de la documentación, con la ulterior obligación de publicarla por vía electrónica¹⁹ en un apartado específico dedicado a tales fines, que vendría a asimilarse al perfil del contratante regulado en el artículo 53 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, a efectos de permitir el acceso público, la participación y la puesta en conocimiento, para facilitar su impugnación en caso de vulneración de derechos e intereses legítimos. Además entiendo que esta “toma de conocimiento” sería beneficiosa también para el promotor de la actividad, en el sentido de que le permitiría obtener la certeza jurídica de que lo comunicado o declarado se ajusta a derecho, tras pasar el filtro de los servicios técnicos municipales.

Por último, reseñar que se prevén gravosas consecuencias jurídicas en caso de que exista una trascendente “inexactitud, falsedad u omisión” en sus contenidos (apartado 4), y se conmina a las Administraciones Públicas a que publiquen sus modelos y faciliten el acceso para su utilización por la ciudadanía (apartado 5).

18. Este Proyecto de Ley ha sido publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales en fecha 18 de mayo de 2015, y no se prevé nada sobre la garantía de los derechos procedimentales de terceros que puedan resultar afectados con la presentación de declaración responsable o comunicación, según se desprende de su artículo 8: “Nuevos interesados en el procedimiento”, y su artículo 69: “Declaración responsable y comunicación”. En relación con este último precepto, sorprende el redactado de su apartado 3, al eliminar la referencia de que: “producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente”, que sí se contiene en el vigente artículo 71 bis, aunque no por ello entiendo que los efectos diferidos tras su presentación vayan a pasar a estar prohibidos.

19. Partidario de dar publicidad también a las comunicaciones previas y declaraciones responsables, a efectos de permitir la participación de posibles terceros afectados, es GALÁN I GALÁN, A., en su ponencia “Actividades comunicadas: régimen de responsabilidad y protección de terceros”, en la *Jornada sobre la intervención administrativa ante la comunicación previa y la declaración responsable*, celebrada en fecha 14 de abril de 2015 y organizada por la Escuela de Administración Pública de Cataluña.

2.2.2

La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local

Los medios de intervención locales sobre la actividad de los ciudadanos regulados en esta Ley han sido modificados hasta en tres ocasiones en tan solo cuatro años²⁰. La primera consistió en dar una nueva redacción al artículo 84, en el sentido de delimitar el ejercicio de la técnica de licencia y actos de control preventivo al marco jurídico previsto en la Ley “Paraguas” (letra b); esto es, su necesidad vendrá justificada por “razones imperiosas de interés general” (en su redacción primitiva) y con respecto al principio de proporcionalidad, solo siendo posible establecerse mediante ley con la consiguiente reducción del principio de autonomía local, al quedar vetada la vía de la ordenanza.

Además se introduce una nueva letra c) a este artículo 84, a efectos de otorgar a las entidades locales dos medios más para intervenir la actividad de los ciudadanos: la comunicación previa o declaración responsable en el sentido del citado artículo 71 bis de la Ley 30/1992. Y se añade una letra d) para prever que el sometimiento a control posterior al inicio de la actividad pasa a ser considerado como medio de intervención local.

Por último, el apartado 2 del artículo 84 también fue modificado a efectos de exigir que la actividad de intervención local sea conforme a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue, es decir, conforme a los principios de la Directiva europea de Servicios y las leyes de transposición al derecho interno.

20. La primera modificación fue realizada por esta Ley “Omnibus”, luego una segunda por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y una tercera –y de momento última– por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

3

El blindaje del derecho urbanístico ante el nuevo régimen de intervención administrativa

3.1

El derecho urbanístico excluido del ámbito de aplicación de la Directiva europea de Servicios

Esta reconfiguración del régimen de intervención administrativa en materia de actividades de servicios, para luego afectar también a cualquier actividad de los ciudadanos con la introducción del citado artículo 39 bis de la Ley 30/1992 y de un nuevo artículo 84 bis de la citada Ley 7/1985²¹, en un primer momento pareció no repercutir en las técnicas de intervención del derecho urbanístico. Ello se debió a que el considerando 9 de la Directiva europea de Servicios establece que no es aplicable, entre otras, a “las normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas de construcción”, a pesar de que tal exclusión no se reflejó en el artículo 2.2 relativo a las actividades no aplicables, y que además la “protección del medio ambiente y el entorno urbano” se enumera como una “razón imperiosa de interés general” en el artículo 4.8, si bien referido a la planificación urbana y rural²².

Como contrapunto a este considerando 9 de la Directiva, su Manual de Transposición elaborado por las Comunidades Europeas en el año 2007 establecía que tal exclusión no podía admitirse sin antes analizar si esas normas

21. El artículo 84 bis fue introducido por la citada Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, con la finalidad de extender el nuevo régimen de autorización a cualquier tipo de actividad en el caso de las entidades locales, a diferencia de la Administración estatal y autonómica, a la que en esos momentos era de aplicación el citado artículo 39 bis de la Ley 30/1992, siendo tan solo común para las tres Administraciones Públicas el régimen de intervención de las actividades de servicios. Además, con este artículo 84 bis era la primera vez que el legislador estatal abandonaba el concepto comunitario de “razones imperiosas de interés general” por concretas y reducidas razones de interés general, que justificaban la necesidad de exigencia del régimen de autorización.

22. Sobre ello afirmaron RENYER I ALIMBAU, J., FONT I MONCLÚS, J. A., SABATÉ I VIDAL, J. M. y TORRES I NIERGA, J. (coord.), en *La Directiva de serveis i els ens locals de Catalunya. Criteris per a l'adaptació de la normativa local a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de desembre, relativa als serveis en el mercat interior*, Catèdra Enric Prat de la Riba d'Estudis Jurídics Locals, Universitat Autònoma de Barcelona, Associació Catalana de Municipis, septiembre 2010, que cualquier requisito previsto en la normativa de planeamiento que imponga restricciones cuantitativas o territoriales, y que no esté expresamente justificado en las razones imperiosas de interés general descritas (o que sean discriminatorios o desproporcionados), queda afectado por la Directiva de Servicios y por la Ley 17/2009 (véase la p. 57).

urbanísticas regulaban aspectos propios de las actividades de servicios, ya que en caso afirmativo sí que estarían dentro del ámbito de aplicación de la citada Directiva²³.

Así las cosas, y ante el silencio de las leyes de transposición de esta Directiva europea al derecho interno español, lo cierto es que inicialmente el legislador sectorial estatal no extendió el régimen de intervención emergente en materia de actividades de servicios al urbanismo²⁴, pese a que también surgieron voces autorizadas partidarias de incluir el urbanismo dentro del ámbito de aplicación de la Directiva²⁵.

3.2

El legislador urbanístico estatal corona a la licencia como el principal medio de intervención en materia urbanística

En plena discusión doctrinal de si el urbanismo estaba incluido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, el legislador estatal quiso zanjarla con una nueva modificación legal, con el objetivo de encumbrar a la licencia como el principal medio de intervención en el derecho urbanístico.

En este sentido, entiendo que no fue casual que, tras catorce años sin regular qué actos urbanísticos debían estar sujetos a previa licencia, para ser exactos desde que fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 61/1997, de 20 de marzo de 1997²⁶, se decidiera aprobar el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público

23. Véase la p. 13 del citado Manual de Transposición.

24. A nivel de jurisprudencia, interesa citar la Sentencia núm. 303/2011, de 17 de febrero de 2011, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a (ponente: Ilma. Sra. Dña. Sara González de Lara Mingo), por llegar a esta misma conclusión en su FJ 11 *in fine*.

25. VIDA FERNÁNDEZ, J., “Materias excluidas de la Ley 17/2009: Derecho Penal, Derecho Laboral, Urbanismo, Medio Ambiente y Derechos culturales y lingüísticos”, en QUADRA SALCEDO, T. de la (dir.), *La ordenación de las actividades de servicios: Comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, Aranzadi, enero 2010, afirmaba lo siguiente: “Lo que sucede es que la LLAASE [refiriéndose a la Ley ‘Paraguas’] no tiene por objeto establecer un nuevo orden urbanístico [...], pero puede afectar a la exigencia de los mismos cuando se exigen de forma directa, inmediata y decisiva para la prestación de una actividad de servicios. Por lo tanto se puede afirmar que la materia urbanística no está incluida en el objeto de la LLAASE pero se encuentra dentro de su ámbito de incidencia”.

26. Recordar que en su Sentencia núm. 61/1997 el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 242.2 del texto refundido de la Ley de suelo de 1992, por aprobarse con eficacia supletoria cuando las comunidades autónomas tienen competencia exclusiva en materia de urbanismo [FJ 12.c)].

y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, en cuyo artículo 23 se establecía qué actos urbanísticos quedaban sujetos a licencia urbanística, y consecuentemente blindados ante cualquier intento de verse sometidos a técnicas de intervención *ex post*.

No obstante, este artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2011 tuvo poco recorrido, ya que fue derogado por el apartado sexto de la disposición derogatoria única de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, si bien, con la modificación del apartado 8 del artículo 9 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo, volvía a reproducirse su contenido en parecidos términos, salvo la no inclusión de la primera ocupación y utilización de los edificios, como luego veremos.

Así, el vigente artículo 9.7 establece que: “Todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo”. Mientras que el apartado 8 del artículo 9 enumera toda una serie de actos urbanísticos que a criterio del legislador estatal deben estar sujetos a previa licencia²⁷. Por tanto, con la nueva redacción del artículo 9, el legislador estatal pretendió ofrecer al régimen de autorización un último refugio en el derecho urbanístico, cuya entrada parecía vedada para la comunicación previa o declaración responsable; y, dado su carácter básico, el legislador urbanístico autonómico se veía obligado a respetarlo.

Por otra parte, este artículo 9.8 prevé también el silencio administrativo negativo en caso de vencimiento del plazo fijado para otorgar la autorización previa²⁸.

27. De su lectura veo discutible que sea el legislador estatal quien establezca la sujeción a licencia de: “a) Movimientos de tierras, explanaciones”, habida cuenta de que no es propiamente un acto de edificación, con lo que resulta difícil argumentar que la determinación de su régimen de intervención le corresponde a efectos de garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos de la propiedad urbana, para emplear los mismos términos que el Tribunal Constitucional, sino a las comunidades autónomas.

28. Sobre el silencio administrativo negativo en materia de urbanismo, reseñar que ya se preveía en el derogado artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2011, y que el mismo ha generado mucha polémica entre la doctrina, al contradecir la regla general del silencio positivo recogida tanto en el artículo 6 de la Ley “Paraguas” como en el artículo 43 de la Ley 30/1992, además de contradecir también el silencio positivo establecido en algunas leyes urbanísticas autonómicas, como por ejemplo el artículo 154.5 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid.

4

El desembarco del nuevo régimen de intervención administrativa en el derecho urbanístico

Finalmente, esta resistencia inicial a considerar que el urbanismo estaba incluido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva se ha visto vencida por el desembarco del nuevo régimen de intervención administrativa, mediante una aprobación de sucesivas disposiciones legales que ha liderado el legislador estatal en aras de intentar garantizar un marco legal común homogéneo, pero que ha traído consigo el planteamiento de nuevos conflictos competenciales –como desde un primer momento advirtió la doctrina²⁹–, y al cual nos iremos refiriendo en pequeñas pinceladas.

En efecto, es a finales de 2012 cuando el legislador estatal comienza a aplicar de forma explícita el nuevo régimen de intervención administrativa al urbanismo, en el convencimiento de que, para una eficaz reducción de trabas administrativas para el establecimiento y ejercicio de actividades de servicios, se requería también una sustitución de la licencia por la comunicación previa o declaración responsable en las obras y actos urbanísticos, relacionados con las instalaciones, infraestructuras o locales donde se fueran a ejercer tales actividades³⁰. Con este fin, el legislador estatal aprobó toda una serie de disposiciones legales, siendo quizás las más significativas las que a continuación se pasan a analizar.

29. Sobre este nuevo conflicto competencial, GIFREU FONT, J., en “La impronta de la Directiva de Servicios y de la normativa de transposición interna estatal en las técnicas interventoras urbanísticas. Parada y fonda: la Ley de garantía de la unidad de mercado”, *op. cit.*, sostiene que: “El conjunto de normas de carácter básico que ha dictado el Estado en su estrategia anticrisis y de recuperación de la economía tienen un común denominador: la imposición de una concreta técnica de intervención urbanística en diversos supuestos en ejercicio de unos mismos títulos competenciales (art. 149.1.1.º, 13.º y 18.º CE) con desconocimiento de las competencias urbanísticas de las comunidades autónomas. La modulación de las competencias autonómicas y la tendencia a la recentralización son características comunes de este cuerpo normativo y son vistas como un mal necesario al objeto de establecer un entorno económico que favorezca el emprendimiento, la expansión empresarial y la inversión” (pp. 209 a 211).

30. QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. DE LA, en “Corporaciones locales y defensa del interés general en la intervención en actividades y servicios”, *Anuario de Derecho Municipal 2012*, Madrid, 2013 (pp. 63 a 99), entiende que ello no se deducía de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni de la propia Directiva de Servicios (pp. 67 a 70).

4.1

La innovadora Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios

La Ley 12/2012 constituye legislación básica estatal, y su importancia radica en que es la primera Ley sectorial de actividades que extiende el régimen de inexigibilidad de las licencias al ámbito de las obras, como se reconoce ya en su Preámbulo: “afecta también a todas las obras ligadas al acondicionamiento de estos locales que no requieran de la redacción de un proyecto de obra de conformidad con la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”.

En efecto, en su Título I se prevén toda una serie de medidas aplicables para las actividades comerciales y minoristas y para la prestación de los servicios enunciados en el anexo I, siempre que se ejerciten en establecimientos permanentes y cuya superficie útil de exposición y venta al público no sea superior a 300 m², según establecía su artículo 2.1³¹. Pues bien, la medida más importante, a nuestros efectos, se observa en el artículo 3.3, por contener la inexigibilidad de licencia para la realización de las obras ligadas al acondicionamiento de los locales para desempeñar la actividad comercial, cuando no requieran de la redacción de un proyecto de obra de conformidad con el artículo 2.2 de la citada Ley de Ordenación de la Edificación, con la salvedad de las obras de edificación, que en todo caso estarán sujetas a licencia previa (artículo 3.4). Téngase en cuenta que BELTRÁN AGUIRRE³² apunta que su aprobación correspondería adoptarla a las comunidades autónomas, por carecer de título de competencia el Estado, ya que no se está regulando el régimen jurídico, sino qué técnica de intervención debe elegirse.

Las licencias, tanto de instalación como de funcionamiento, apertura, obras, o cualquier otra similar o análoga para este tipo de actividades, cuando concurren los citados requisitos previstos legalmente, pasan a ser sustituidas por la presentación de declaraciones responsables o comunicaciones

31. Este límite fijado en el artículo 2.1 ha sido modificado hasta en dos ocasiones: primero por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en el sentido de fijarlo hasta los 500 m², a la vez que se ampliaba el número de actividades previstas en el anexo de la Ley; y después por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que deja ese límite, a fecha de hoy, en 750 m².

32. BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “La incidencia en el ámbito urbanístico de las nuevas técnicas de intervención administrativa. La Ley 12/2012, de 26 de diciembre”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, julio 2013, en su p. 11 (en su formato electrónico).

previas, reguladas en el citado artículo 71 bis de la Ley 30/1992 (artículo 4 Ley 12/2012)³³.

Por otra parte, destacar que la *disposición adicional tercera*, bajo el título: “Instalaciones de redes públicas de comunicaciones electrónicas”, establece que las disposiciones contenidas en el Título I de esta Ley –se insiste: entre ellas, la inexigibilidad de licencias– son aplicables a “las estaciones o instalaciones radioeléctricas utilizadas para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público”. Si bien se contempla la siguiente excepción: “que concurren las circunstancias referidas en el artículo 2.2 de esta Ley, ocupen una superficie superior a 300 metros cuadrados, computándose a tal efecto toda la superficie incluida dentro del vallado de la estación o instalación o, tratándose de instalaciones de nueva construcción, tengan impacto en espacios naturales protegidos”.

4.2

El punto de inflexión de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado

Por razones de espacio no se hará un análisis pormenorizado del articulado de esta Ley, por lo que solo nos detendremos en examinar las decisivas modificaciones que se introducen en el régimen de intervención administrativa.

Con este propósito se pasa a realizar toda una serie de comentarios relevantes desde un punto de vista jurídico, empezando por su Preámbulo, en el cual se justifica la necesidad de aprobar esta disposición legal en base a que “la fragmentación subsiste en el mercado español”³⁴, y para evitarlo se pretende materializar la unidad de mercado dentro del territorio español. Con este fin, el artículo 20 “positiviza” el principio de eficacia en todo el territorio

33. Conviene puntualizar que a esta Ley 12/2012 se le ha introducido un nuevo Título III: “Régimen sancionador por incumplimiento de las medidas para el inicio y ejercicio de la actividad comercial y de determinados servicios”, mediante la disposición final quinta de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.

34. Contrario a esta consideración del legislador estatal es MUÑOZ MACHADO, S., “Prólogo”, en ALONSO MAS, M.^a J. (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 29 a 42, al sostener que: “no puede decirse seriamente que no exista unidad de mercado económica en el Estado español y que su mercado esté fragmentado en tantas piezas como comunidades autónomas. [...] estas regulaciones múltiples no implican rupturas de unidad de mercado sino que son la simple consecuencia de una manera de entender constitucionalmente la organización del Estado, que habilita a las entidades territoriales para producir una legislación que, por razón de la diversidad de su origen, es lógico que también sea parcialmente heterogénea” (p. 35).

nacional, salvo las autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas vinculadas a una concreta instalación o infraestructura física.

Además se extienden los principios de la Ley “Paraguas” a todos los sectores de la economía, como se proclama en su Preámbulo: “Así, esta Ley se aplicará también a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios [...] y a la circulación de productos”. Tal propósito se concreta en el artículo 2, que, bajo el título “Ámbito de aplicación”, es inequívoco: “Esta Ley será de aplicación al acceso a actividades económicas [...]”, sin distinciones.

Mención especial merece el hecho de que la Ley acentúa el papel residual del régimen de autorización y además extiende su aplicación al urbanismo sin matices, de ahí que se afirme que esta Ley representa un punto de inflexión dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Ya en su Preámbulo se afirma que: “La autorización es el medio de intervención que más limita el acceso a una actividad económica y su ejercicio” (apartado II)³⁵. Y bajo esta premisa, el artículo 5.1 contiene la exigencia de que cualquier limitación al acceso a una actividad económica o a su ejercicio deberá motivarse en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general. Por su parte, el apartado 2 modula el principio de proporcionalidad, al exigirse que el medio de intervención elegido sea el menos restrictivo para la actividad económica.

Pero la Ley también se ocupa de regular cómo deben aplicarse estos principios de necesidad y proporcionalidad en el régimen de autorización, mediante su artículo 17.1, al disponer que podrá exigirse autorización siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad, y además venga motivada suficientemente su aplicación por ley. Por tanto, este precepto va destinado tanto al legislador estatal, si bien como simple ley ordinaria, como al autonómico, al que le resulta de obligado cumplimiento por tratarse de un precepto básico. En cualquier caso, no se permite que una norma con rango inferior a la ley establezca un régimen de autorización, salvo que previamente se exija por norma comunitaria o tratado internacional, con lo que la Administración local deberá esperar la previa habilitación legal para establecerlo.

A continuación el artículo 17.1, en su letra a), aplica estos principios de necesidad y proporcionalidad respecto a los operadores económicos, con lo

35. La regulación de los medios de intervención en esta Ley ha sido estudiada por SOSPEDRA NAVAS, F. J., “La Ley de garantía de la unidad de mercado: Urbanismo”, en ALONSO MAS, M.^a J. (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, op. cit., pp. 499 a 536.

que extiende la aplicación restrictiva del régimen de autorización a cualquier actividad económica³⁶.

Pero a los efectos de nuestro trabajo debemos centrarnos en la letra b) del artículo 17.1, al incidir directamente en la materia de urbanismo, en concreto en la exigencia de autorización cuando se deban ejecutar obras de “instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas”. De su redactado deducimos que ya no se prevé ningún límite objetivo que garantice su sujeción a licencia, como sí lo hacía el artículo 3.4 de la Ley 12/2012, lo que no deja de sorprender si se tiene en cuenta que aquí no se refiere a locales de una determinada superficie, sino a todo tipo de instalaciones e infraestructuras físicas. En efecto, con este artículo 17.1.b) ya solo se podrá exigir régimen de autorización cuando las obras sean “susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico”, con el remate final, que estas razones no queden a resguardo con alguna técnica de intervención *ex post*.

Así pues, vemos cómo se abandona la expresión “razón imperiosa de interés general” empleada por la Directiva de Servicios y por la Ley “Paraguas”, incluso por el artículo 5 de la Ley de garantía de la unidad de mercado, porque con este artículo 17 los principios de necesidad y proporcionalidad que permiten aplicar el régimen de autorización se circunscriben solo a las razones de interés general transcritas en el párrafo anterior, que si bien no son las mismas, siguen el criterio introducido por la citada Ley de economía sostenible cuando introduce el artículo 84 bis de la Ley 7/1985, con lo que se equiparan en cierta medida los regímenes de intervención estatal, autonómico y local.

En definitiva, parece obvio que con este artículo 17.1.b) se intenta resquebrajar el blindaje de la licencia urbanística para las obras de construcción de “instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas”.

Por otra parte, la disposición final segunda de esta misma Ley modifica la Ley “Paraguas”, en concreto sus artículos 5 y 7.3, en el sentido de que el régimen de autorización administrativa ya no está justificado en el concepto amplio de “razón imperiosa de interés general”, sino en las mismas razones del citado artículo 17.1.

36. Téngase en cuenta que el artículo 22.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales ya había sido modificado por el Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, con el fin de permitir la aplicación del régimen de intervención de la Ley “Paraguas” a la apertura de establecimientos industriales y mercantiles.

En relación con la presentación de una declaración responsable para las “instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas”, el artículo 17.2 establece que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para exigir su presentación cuando: “en la normativa se exija el cumplimiento de requisitos justificados por alguna razón imperiosa de interés general y sean proporcionados”; consecuentemente, con clara vocación de ser el medio de intervención a emplear con carácter general. Primero porque ya no es preceptivo que se exija en una norma con rango de ley, y segundo porque se recupera el criterio de que su necesidad venga justificada en “alguna razón imperiosa de interés general”.

Por su parte, en el artículo 17.3 se regula la exigencia de la comunicación cuando las autoridades competentes necesiten conocer, por alguna razón imperiosa de interés general, el número de instalaciones o infraestructuras físicas en el mercado, siguiendo así el papel secundario que parece atribuirle el artículo 71 bis de la Ley 30/1992. Y por último el artículo 17, en su apartado 4, recuerda que una vez aplicado el principio de necesidad y proporcionalidad solo podrá elegirse un único medio de intervención en virtud de la minimización de las cargas administrativas.

Por último debemos referirnos a que este artículo 17 ha ocasionado un nuevo conflicto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. Sobre ello ALONSO MAS sostiene que tal regulación es constitucional, ya que, al “acotar las razones por las que se puede exigir un régimen de autorización [...] contribuye a garantizar dicha igualdad en todo el territorio nacional; en la medida en que impide que en unas comunidades autónomas unas determinadas razones imperiosas de interés general justifiquen un régimen de autorización y no así en otras”; y tal razonamiento –prosigue la autora– encuentra amparo en “el art. 149.1.1 CE cuya finalidad consiste en establecer unas condiciones básicas que garanticen en todo el territorio nacional la igualdad en el ejercicio de la libertad de empresa”³⁷.

Sin embargo, las dudas sobre su constitucionalidad ya surgieron desde el mismo Dictamen núm. 631/2013 del Consejo de Estado, de fecha 26 de junio de 2013, dictado sobre el Anteproyecto de esta Ley, en concreto en el Voto particular del consejero permanente D. Enrique Alonso García, por considerar que este artículo 17.1 atentaba muy gravemente contra la autonomía constitucional de las comunidades autónomas. Y lo cierto es que tal tesis ha sido

37. ALONSO MAS, M.^a J., “El nuevo régimen de los instrumentos de intervención de las entidades locales y la unidad de mercado”, en DOMINGO ZABALLOS, M. J. (coord.), *Reforma del régimen local: la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: veintitrés estudios*, Aranzadi, 2014, pp. 439 a 476.

la premonición de la interposición de dos recursos de inconstitucionalidad³⁸, uno promovido por el Parlamento de Cataluña (núm. 1397-2014) y el otro por el Consejo de Gobierno de Andalucía (núm. 1454-2014), ambos admitidos a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional en su Providencia de 8 de abril de 2014³⁹.

4.3

El seguidismo de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local

Como la aplicación del régimen de intervención administrativa depende en última instancia de los ayuntamientos, el legislador estatal quiso reflejar en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, mediante la modificación introducida por esta Ley 27/2013, el nuevo criterio que justificara el régimen de autorización en las obras e instalaciones físicas para el ejercicio de actividades económicas que imponía la citada Ley de garantía de la unidad de mercado.

Con este objetivo se añade un nuevo apartado 2 al artículo 84 bis, a efectos de disponer que solo será exigible autorización cuando lo establezca

38. Véase el Dictamen del *Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya* núm. 5/2014, de fecha 14 de febrero de 2014, en especial su FJ II (p. 45). También véase el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía núm. 193/2014, de 19 de marzo de 2014, en especial su FJ III, punto 3. De la lectura de los dictámenes autonómicos, en base a los cuales se han interpuesto los citados recursos de inconstitucionalidad, se llega a la conclusión de que el conflicto principal reside en que con la entrada en vigor de la Ley estatal de garantía de la unidad de mercado se constriñen severamente las opciones de empleo de los medios de intervención en materia económica, limitando la autorización a supuestos tasados que no concuerdan con el principio de necesidad y proporcionalidad que la Directiva europea de Servicios y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea identifican con una razón imperiosa de interés general, definida de forma abierta y amplia en el artículo 4.8 en la misma Directiva. Es decir, razones imperiosas de interés general que conforme a la Directiva de Servicios justificarían un régimen de autorización, con la Ley de garantía de la unidad de mercado no lo harían.

39. Sobre este conflicto de competencias, VELASCO CABALLERO, F., “Títulos competenciales y garantía constitucional de autonomía local en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (coord.), *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 1.ª ed., 2014, pp. 75-136, sostiene que, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Cataluña: “El juicio de constitucionalidad es más simple. Consiste en valorar –únicamente– si cada norma estatal impugnada es o no reconducible a la competencia básica estatal, sin más precisiones. [...] se ha producido una mutación en la metodología de enjuiciamiento: si un precepto estatal es materialmente calificable como básico ya no hace falta atender a si en alguna comunidad autónoma (ni siquiera la recurrente) esa regulación afecta a una competencia exclusiva autonómica. [...] en mi opinión, banaliza la posición jurídica de los estatutos de autonomía” (p. 81).

una ley que “defina sus requisitos esenciales”, y además “las mismas sean susceptibles de generar daños sobre el medioambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud públicas y el patrimonio histórico”, con el remate final “y resulte proporcionado”. En este mismo artículo se concreta la aplicación del principio de proporcionalidad, mediante una serie de criterios que sirven para determinar y evaluar si concurre un riesgo en las instalaciones que justifique su sujeción a un régimen de autorización. En concreto son: “a) La potencia eléctrica o energética de la instalación; b) La capacidad o aforo de la instalación; c) La contaminación acústica; d) La composición de las aguas residuales que emita la instalación y su capacidad de depuración; e) La existencia de materiales inflamables o contaminantes; f) Las instalaciones que afecten a bienes declarados integrantes del patrimonio histórico”⁴⁰.

Así pues, que solo sea posible exigir autorización previa por ley estatal o autonómica, reabre la polémica de si se produce un menoscabo a la autonomía local por quedar vedada la utilización de la ordenanza municipal, además de una posible reproducción del enfrentamiento entre la competencia exclusiva del Estado del artículo 149.1.18 de la Constitución y las razones de interés general que, conforme a la Directiva de Servicios, permitirían exigir régimen de autorización y sean atribuidas a las comunidades autónomas como competencia exclusiva sectorial, pero que, en cambio, no están recogidas en este artículo 84 bis⁴¹.

40. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “Liberalización y simplificación administrativa”, en FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A. (dirs.), *Anuario del Gobierno Local 2013. ¿Un nuevo gobierno local en España? La reforma de la Administración local en la Ley 27/2013*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Institut de Dret Públic, Barcelona, junio 2014, pp. 151 a 201, considera que estos criterios van dirigidos a la potestad normativa local a la hora de establecer la autorización cuando se lo permita el legislador sectorial (p. 178).

41. NOGUEIRA LÓPEZ, A., “El régimen de intervención local en las actividades privadas”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (coord.), *La reforma de 2013 del régimen local español*, op. cit., pp. 341 a 363, es favorable a que la legislación sectorial autonómica pueda someter a autorización local instalaciones o infraestructuras, para garantizar otro tipo de intereses generales que enumera la Directiva de Servicios y que entren dentro del ámbito competencial autonómico, ya que de lo contrario considera que se vulnera el orden constitucional de reparto de competencias (p. 354). No obstante, PÉREZ GARCÍA, M. L., en “La aplicación diferenciada o asimétrica de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local en las distintas comunidades y ciudades autónomas (y en dos municipios: Madrid y Barcelona)”, *Revista Gabilex* (Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha), Número Extraordinario con motivo de las XXVII Jornadas de Letrados de las Comunidades Autónomas (en homenaje a D. Luis Ortega), mayo 2015, apunta que: “Aunque parte de la doctrina entendió que las nuevas normas estatutarias lógicamente debían delimitar la comprensión amplia y uniforme de la competencia estatal sobre ‘bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas’, en su proyección específica sobre el régimen local, la más reciente jurisprudencia constitucional parece decantarse porque en materia local solo caben competencias autonómicas de desarrollo”, y cita como ejemplo la STC 161/2013, de 26 de septiembre. Por mi parte añadir que el artículo 84 bis ha sido impugnado por el Gobierno de Canarias ante el Tribunal

4.4

La reiteración del legislador estatal sectorial con la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones

Como si no fuera suficiente con que el legislador estatal estableciera que el nuevo régimen de intervención administrativa es aplicable a cualquier actividad económica, lo cierto es que este desuso del régimen de autorización se vuelve a reiterar en la normativa sectorial de las telecomunicaciones. Así se remarca con vehemencia en el Preámbulo de la Ley 9/2014: “Con el mismo objetivo de facilitar el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, se procede a una simplificación administrativa, eliminando licencias y autorizaciones por parte de la administración de las telecomunicaciones para determinadas categorías de instalaciones que hacen uso del espectro” (apartado III).

Esta purgación de la autorización se concreta en el artículo 34.6, en su párrafo primero, al establecer que rige la inexigibilidad de licencia previa de instalaciones, de funcionamiento o de actividad, pero también la de obras, cuando concurra el supuesto previsto en la citada disposición adicional tercera de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre.

Tampoco en dominio privado será exigible la obtención de ninguna licencia, siempre y cuando la Administración haya aprobado un plan de despliegue o instalación de red de comunicaciones electrónicas presentado por el operador, en el que se contemplen dichas infraestructuras o estaciones en virtud del artículo 34.6, párrafo segundo⁴².

Constitucional, que acordó admitir el recurso de inconstitucionalidad número 2043-2014 mediante providencia de 27 de mayo de 2014, si bien el Consejo Consultivo de Canarias acordó, en su Dictamen 172/2014 de 8 de mayo de 2014, que tal precepto jurídico era constitucional en base al razonamiento de que: “la supresión de licencias u otro medio de control preventivo para el ejercicio de actividades previstas en el nuevo artículo 84 bis puede incardinarse dentro de las bases del régimen local, en tanto que referido a las competencias locales. [...] Fundamentado en el art. 149.1.18.^a CE, el mismo título competencial ampara la nueva regulación del art. 84 bis LBRL, por lo que el precepto no merece reproche de inconstitucionalidad” (p. 46).

42. Tal precepto jurídico ha sido impugnado por la Generalitat de Cataluña mediante recurso de inconstitucionalidad núm. 709-2015, siendo de especial interés citar el Dictamen 22/2014, de 3 de noviembre, del Consell de Garanties Estatutàries, sobre la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, por concluir que vulnera las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y de urbanismo previstas en el artículo 149.1 y 5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña [FJ Segundo B), pp. 29-30].

4.5

La aprobación desenfundada de la normativa autonómica

El régimen de comunicación previa o declaración responsable ya se aplicaba como medio de intervención en el derecho urbanístico autonómico⁴³, pero en los últimos años se ha visto una intensificación de la simplificación de procedimientos en este, en forma de sucesivas y nutridas disposiciones autonómicas⁴⁴.

En efecto, y siguiendo la estela del legislador estatal, se ha reducido el ámbito de aplicación del régimen de autorización en el derecho urbanístico autonómico, y en muchas ocasiones se ha realizado a través de normas jurídicas no urbanísticas que tenían por objetivo transponer la Directiva al territorio autonómico, en una demostración clara de lo lejos que queda ya la consideración de que el urbanismo no forma parte de su ámbito de aplicación.

Por citar unos ejemplos, en Andalucía se aprobó el Decreto 327/2012, de 10 de julio, por el que se modifican diversos decretos para su adaptación a la normativa estatal de transposición de la Directiva de Servicios, y, entre ellos, se modificaba el Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía. O en el País Vasco se aprobó la Ley 7/2012, de 23 de abril, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, modificándose por ejemplo diversos artículos de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo.

En el caso de Aragón se aprobó la Ley 4/2013, que modificaba la Ley 3/2009 de Urbanismo, y que contenía las siguientes reveladoras palabras en el primer párrafo de su Preámbulo: “Por último, se advierte la necesidad de adaptar la Ley de Urbanismo de Aragón a la regulación derivada del cam-

43. Sobre la regulación de la comunicación previa o declaración responsable en las legislaciones urbanísticas autonómicas, citar de entre todas ellas, por ejemplo, las siguientes: Cataluña: artículo 96 del Decreto 179/1995 y artículo 187.4.d) del texto refundido de la Ley de urbanismo; Madrid: artículo 156 de la Ley 9/2001 del suelo; País Vasco: artículo 207.5 de la Ley 2/2006 del suelo y urbanismo; Baleares: artículo 136.2 de la Ley 2/2014 de ordenación y uso del suelo; o Valencia: artículo 214 de la Ley 5/2014, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje.

44. VAQUER CABALLERÍA, M., “Las licencias de obras”, en AA. VV., *Autorizaciones y licencias, hoy. Un análisis sectorial tras la Directiva de Servicios*, op. cit., pp. 43-88, pone de manifiesto que “ninguna de estas reformas es genuinamente innovadora de nuestro ordenamiento. El principio de proporcionalidad ya se expresaba de forma preclara en el artículo 6.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 y la comunicación previa sustituye desde hace años a la autorización administrativa para algunas obras menores en varias comunidades autónomas” (p. 54).

biente panorama normativo estatal y la necesidad de incorporar el espíritu de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, recogiendo la normativa vigente en materia de licencias urbanísticas e incorporando la figura de la declaración responsable y de la comunicación previa”.

O por último, en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, se aprobó la Ley 7/2014, de 12 de septiembre, de Medidas sobre Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbana, y sobre Sostenibilidad, Coordinación y Simplificación en Materia de Urbanismo, en cuya Exposición de Motivos se afirma que: “En sintonía con la evolución general de las técnicas de control administrativo en el contexto europeo, la licencia como tal se reserva para los actos de uso del suelo más relevantes, regulándose para los demás el régimen de declaración responsable, lógicamente más sencillo, sin perjuicio de permitir la reacción del ayuntamiento ante eventuales incumplimientos de la normativa” (apartado VIII).

5

La gran conquista del nuevo régimen de intervención administrativa en el derecho urbanístico: la primera ocupación y utilización de los edificios

5.1

La sustitución de la licencia por la declaración responsable o comunicación previa en algunas legislaciones urbanísticas autonómicas

Si en algún trámite urbanístico se ha hecho notar la imposición del nuevo régimen de intervención gestado en materia de actividades de servicios, ha sido en la primera ocupación y utilización de los edificios. Tradicionalmente ha estado sujeto a licencia en base a los importantes efectos prácticos que se derivan de su obtención, porque con ella se puede ocupar y utilizar un edificio de nueva construcción, además de permitir la inscripción de las escrituras públicas de declaración de obras nuevas terminadas en el Registro de la Propiedad, así como realizar la contratación definitiva de los servicios de agua, electricidad, gas y demás⁴⁵.

45. Un estudio exhaustivo de la primera ocupación y utilización de las edificaciones en: CANO MURCIA, A., *Manual de licencias de ocupación y primera utilización. Comentarios, legislación, jurisprudencia y formularios*, El Consultor de los Ayuntamientos (LA LEY), Madrid, 1.ª ed., abril 2012.

No obstante, en algunas legislaciones urbanísticas autonómicas han sustituido la licencia por las técnicas de control *ex post*, por lo que si hasta ahora habíamos atribuido al legislador estatal el liderazgo de la simplificación de procedimientos, aun a riesgo –como hemos visto– de invadir competencias autonómicas, en este caso han sido algunas comunidades autónomas las que han tomado la iniciativa. Así, ya son cinco las que han establecido por ley que la primera ocupación y utilización de los edificios pase a estar sujeta a una técnica de intervención *ex post*, siendo admitido también por el legislador urbanístico estatal con la reforma de los artículos 9 y 20 del texto refundido de la Ley de suelo por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas⁴⁶.

Pero pasemos a analizar, por orden cronológico de modificación, la regulación de estas comunidades autónomas que aplican una técnica de intervención *ex post*⁴⁷.

5.1.1 Canarias

- Régimen de intervención: declaración responsable.
- Modificación legal introducida por: Ley 7/2011, de 5 de abril, de actividades clasificadas y espectáculos públicos y otras medidas administrativas complementarias, que introduce el artículo 166 bis en el Decreto Legislativo 1/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias.
- Eficacia: inmediata.
- Documentación a presentar: el “certificado de finalización de obra firmado por técnico competente, en el que se acredite la adecuación de la actividad o instalación al proyecto presentado conforme a la normativa urbanística, ordenanzas municipales, a la legislación sectorial aplicable

46. Este artículo 9, en su apartado 9, admite que la primera ocupación o utilización de las edificaciones pueda estar sujeta a un régimen de comunicación previa o declaración responsable, y elimina cualquier obstáculo legal para que la normativa autonómica pueda establecerlo. Por su parte, el artículo 20.1.b) establece que la presentación de la comunicación previa o declaración responsable será título suficiente para inscribir las escrituras de declaración de obra nueva terminada en el Registro de la Propiedad, además de reconocer que aquellas puedan tener efectos diferidos.

47. Un estudio más detallado de las legislaciones urbanísticas autonómicas que sujetan la primera ocupación y utilización de los edificios a un régimen de intervención *ex post* se realiza en mi artículo: “El nuevo régimen de intervención administrativa de la primera ocupación y utilización de los edificios; de previa licencia a comunicación previa o declaración responsable”, *Revista Práctica Urbanística*, núm. 129, julio 2014, La Ley, pp. 12 a 28.

[...]”. En relación con las viviendas, este certificado final de obras también deberá reflejar: “la adecuación de las condiciones de habitabilidad establecidas para el proyecto edificatorio en el informe técnico previsto en el artículo 166.5 de este texto refundido, según se establezca reglamentariamente”.

5.1.2 Cataluña

- Régimen de intervención: comunicación previa según artículo 187.5 del Decreto Legislativo 1/2010 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo⁴⁸, excepto para la primera ocupación parcial, que está sujeta a licencia en virtud del posterior Decreto 64/2014, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística (artículo 5.2 en relación con el artículo 71.2.b).
- Modificación legal introducida por: Ley 3/2012, de 22 de febrero, que introduce un nuevo artículo 187.5 en el citado Decreto legislativo 1/2010 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo, que se complementa con las novedades introducidas por el citado Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística.
- Eficacia: si bien en un primer momento era inmediata según el texto refundido de la Ley de urbanismo, el artículo 75.2 del posterior Reglamento establece que tendrá eficacia diferida, esto es, cuando haya transcurrido un mes desde su presentación.
- Documentación a presentar: se debe adjuntar “certificación del facultativo director”, y acreditar “la fecha de finalización de las obras y de que estas se han efectuado de acuerdo con el proyecto aprobado o con las modificaciones posteriores y las condiciones impuestas, y que la edificación está en condiciones de ser utilizada”.

Sobre que haya sido una disposición reglamentaria la que haya modificado sustancialmente el régimen de comunicación previa regulado por el texto refundido de la Ley, en el sentido de exigir licencia en la primera ocupación parcial y de que sus efectos pasen a ser diferidos, considero

48. Resaltar que este precepto jurídico estuvo casi un año suspendido con motivo de que el Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 6777-2012, promovido por el Gobierno central, y que luego fue levantada la suspensión por el propio Tribunal Constitucional, mediante Auto de 19 de noviembre de 2013, tras la derogación del artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2011 por la citada Ley de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

que se incurre en un vicio de nulidad, por cuanto el régimen de autorización solo puede establecerse por una norma con rango de ley.

5.1.3 **Aragón**

- Régimen de intervención: declaración responsable.
- Modificación legal introducida por: Ley 4/2013, de 23 de mayo, que modificó el artículo 231 de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón, si bien tal disposición legal ha sido derogada por el Decreto Legislativo 1/2014, de 8 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, pasándose a regular, en idénticos términos, en su artículo 227.2.d).
- Eficacia: inmediata.
- Documentación a presentar: la prevista para cualquier declaración responsable urbanística según artículo 227.3 del citado Decreto Legislativo 1/2014.

5.1.4 **Comunidad Valenciana**

- Régimen de intervención: declaración responsable.
- Modificación legal introducida por: Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana, en su artículo 214.d).
- Eficacia: inmediata.
- Documentación a presentar: la prevista para cualquier declaración responsable urbanística según artículo 222.2 de la citada Ley 5/2014.

5.1.5 **Región de Murcia**

- Régimen de intervención: declaración responsable.
- Modificación legal introducida por: Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia, en su artículo 264.2.c).
- Eficacia: inmediata.

- Documentación a presentar: la prevista para cualquier declaración responsable urbanística según artículo 264.4 de la citada Ley 13/2015.

5.2

El paso atrás de Extremadura

Mediante la Ley 12/2010, de 16 de noviembre, de impulso al nacimiento y consolidación de empresas en la Comunidad Autónoma de Extremadura, se modificó la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de dicha Comunidad Autónoma, en concreto su artículo 172.g), para pasar a sujetar la primera ocupación a comunicación previa con efectos diferidos, habida cuenta de que para ocupar o utilizar la edificación se tenía que esperar 15 días desde su presentación.

Pero recientemente se ha aprobado la Ley 10/2015, de 8 de abril, que vuelve a modificar la citada Ley 15/2001, con el fin de dejar de sujetarla al régimen de comunicación previa en ese artículo 172, además de darle una nueva redacción al artículo 184.1.a) a efectos de someterla a la licencia de usos y actividades, sin que en ningún momento se justifique tal decisión por parte del legislador autonómico extremeño⁴⁹.

En suma, vemos cómo, en menos de cinco años, hasta en dos ocasiones se ha modificado el régimen de intervención administrativa de la primera ocupación y utilización de los edificios, en un claro ejercicio de penelopismo legislativo que acaba desincentivando hasta al ayuntamiento más entusiasta en la aplicación de cualquier novedad legislativa.

5.3

Crítica de la regulación autonómica y propuesta de supuestos de primera ocupación y utilización sujetos a licencia urbanística

De la exposición de esta normativa urbanística autonómica debe concluirse que se ha obtenido una simplificación de procedimientos, porque el promotor ya puede ocupar y utilizar el edificio una vez presentada la documentación sin

⁴⁹. En el apartado 2 de la Exposición de Motivos se señala que esta modificación se realiza para evitar contradicciones con la normativa estatal y evitar innecesarios trámites burocráticos previos, cuando precisamente con la primera ocupación se hace todo lo contrario, porque la Ley urbanística estatal ya prevé que pueda estar sujeta a comunicación previa, además de dejar de aplicar la simplificación de procedimientos.

tener que esperar la autorización municipal expresa, salvo en Cataluña, donde sus efectos son diferidos.

Pero, bajo mi criterio, es censurable que a un trámite urbanístico con tanta trascendencia en la práctica se le modifique su régimen de intervención sin afrontar la problemática de la viabilidad de impugnación por parte de terceros, cuando en este caso concurren intereses heterogéneos⁵⁰, o también sin especificar la documentación concreta que se debe adjuntar con la presentación de la comunicación previa o declaración responsable, siendo al final cada ayuntamiento quien lo decida de forma discrecional, llegándose a la paradójica conclusión de que ni en el ámbito territorial de una misma comunidad autónoma queda armonizado y uniformizado este concreto procedimiento urbanístico.

Así pues, una cosa es afirmar –y lo suscribo– que parece razonable que en determinados casos la primera ocupación y utilización esté sujeta a una técnica de intervención *ex post*, por entender que queda garantizado el cumplimiento de la legalidad urbanística por el control previo del ayuntamiento en el otorgamiento de la licencia de obras, sobre todo si además viene avalado por un certificado final de obra expedido por el técnico competente. Y otra bien distinta es que la normativa autonómica la sujete a una técnica de intervención *ex post* sin aplicar ni modular los principios de necesidad y proporcionalidad, o dicho en otros términos, sin analizar si los intereses públicos y privados concurrentes en cada caso quedan suficientemente protegidos, o si es el instrumento más adecuado por resultar eficaz un control posterior.

Porque si el legislador autonómico hubiese realizado esta tarea previa antes de decidir el medio de intervención a aplicar, comprobaría que pueden existir supuestos de primera ocupación y utilización en que quede justificada su sujeción a licencia por concurrir razones imperiosas de interés general que no quedan a resguardo en un medio de intervención *ex post*; en concreto, se proponen los siguientes.

50. Es frecuente que la impugnación en sede jurisdiccional de una licencia de primera ocupación sea promovida por el comprador o por terceros que se consideran perjudicados en su concesión, con lo que el ayuntamiento y el promotor pueden concurrir como partes codemandadas [Sentencia núm. 890/2013, de 26 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a (ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Ramírez Sineiro)]. Además, no se olvide que en materia urbanística existe el reconocimiento de la acción pública regulada en el artículo 48 del texto refundido de la Ley de suelo.

5.3.1

La primera ocupación y utilización parcial de los edificios

Ciertamente no en todas las legislaciones urbanísticas autonómicas se reconoce la posibilidad de conceder una primera ocupación y utilización parcial de un edificio⁵¹. Pero en caso de admitirse entendería proporcionado que se exigiera la obtención de una licencia, antes de ocupar o utilizar parcialmente una parte del edificio cuando la obra del mismo aún no está finalizada, porque previamente resulta necesario, en términos empleados por la jurisprudencia, controlar si esa parte del edificio “reúne las condiciones idóneas de seguridad y salubridad y si puede habilitarse para el uso que se destina”.

Y esto es precisamente lo que hace el citado artículo 5.2 del Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística de Cataluña, someter la primera ocupación y utilización parcial del edificio a previa licencia, con independencia –como ya se ha dicho– de considerar incorrecta la utilización de la vía reglamentaria.

5.3.2

La primera ocupación y utilización de los edificios y obras de urbanización

La normativa urbanística ha venido admitiendo que con la primera ocupación del edificio, de forma simultánea, el promotor entregue la total ejecución de las obras de urbanización que afectan a ese edificio⁵². Y que en caso de que las obras de urbanización estuvieran inacabadas o incorrectamente ejecutadas no se concedería la primera ocupación y utilización de los edificios, según reiterada jurisprudencia⁵³.

Por tal motivo, en este caso considero que la primera ocupación debería estar sujeta a un régimen de autorización, puesto que antes de ocupar o utilizar

51. Así lo pone de manifiesto CANO MURCIA, A., en *Manual de licencias de ocupación y primera utilización...*, *op. cit.*, al afirmar que en varias comunidades autónomas no se admite la primera ocupación y utilización parcial de los edificios (pp. 48 y 49).

52. El artículo 41.2 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, ya establecía que: “No se permitirá la ocupación de los edificios hasta que no esté realizada totalmente la urbanización que afecte a dichos edificios y estén en condiciones de funcionamiento los suministros de agua y energía eléctrica y las redes de alcantarillado”.

53. Por todas ellas se cita la Sentencia de 25 de noviembre de 1997 dictada por el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª (ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Vicente Garzón Herrero), en especial su FJ Cuarto.

la edificación se requiere que los servicios técnicos municipales comprueben que el edificio tiene los servicios urbanísticos necesarios o que se han hecho las correspondientes obras de urbanización de uso generalizado (por ejemplo aceras), porque en caso de no ejercerse este control previo existe un riesgo probable de incurrir en responsabilidad patrimonial municipal.

5.3.3

La ocupación y utilización de edificios en situación asimilada a la de fuera de ordenación

La primera ocupación suele tener por objeto comprobar la adecuación de la obra ejecutada al proyecto para el que fue concedida la licencia municipal de obras o edificación, con lo que se presupone la ejecución de obras antes de solicitarla o comunicarla según a qué régimen de intervención administrativa esté sujeta. No obstante, pueden haber casos en que se solicite o comunique la ocupación y utilización del edificio sin que previamente haya sido necesario ejecutar obras, como reconoce el artículo 13.1.d) del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, o también el artículo 33.3 de la Ley 3/2004, de 30 de junio, de Ordenación y Fomento de la Calidad de la Edificación, de la Comunidad Valenciana.

En efecto, para la jurisprudencia tal supuesto se caracteriza por edificios que en su momento se construyeron de forma ilegal en relación con el planeamiento urbanístico vigente, pero que no pueden ser objeto de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, o sea demolidos, por cuanto la infracción ya ha prescrito, no impidiéndose su ocupación o utilización por parte de su propietario, si bien solo podrá realizar las obras de reparaciones estrictamente necesarias⁵⁴.

Así pues, como en este caso debe existir un trabajo previo de verificación consistente en constatar que contra esa edificación ilegal ha prescrito cualquier acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, y además que la misma pueda ser ocupada o utilizada, entiendo necesaria y proporcionada su sujeción a previa licencia.

54. Así lo considera también SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. F., “La concesión de licencias de ocupación o utilización para las edificaciones en régimen asimilado al de fuera de ordenación en Andalucía”, en *Trabajos de Evaluación de la Revista Digital del Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (CEMCI)*, núm. 20, julio a septiembre de 2013, pp. 1-28; en especial, p. 21.

5.3.4

La primera ocupación de los edificios de vivienda de promoción libre

A la vista del vigente marco jurídico que se ha expuesto a lo largo de este trabajo, parece razonable que la ley urbanística autonómica establezca que la primera utilización de los edificios destinados al ejercicio de una actividad quede sujeta al régimen de una técnica de intervención *ex post*. En cambio, para los edificios destinados a vivienda, entiendo que su primera ocupación debería estar sometida al régimen de autorización, sobre todo cuando en algunas comunidades autónomas ya ha sido suprimida la cédula de habitabilidad⁵⁵.

En este sentido, entiendo que existen razones imperiosas de interés general que sustentan el anterior razonamiento, en concreto la salud pública, que justifica que antes de ocupar la vivienda sea necesario comprobar que reúne las mínimas condiciones de salubridad e higiene, porque un control posterior sería ineficaz, por resultar muy complicado subsanar cualquier irregularidad una vez ocupado el edificio. Sin olvidar que en este caso es frecuente que los derechos e intereses de terceros se puedan ver afectados, ya que muchas pretensiones de resolución de compra de viviendas son instadas por compradores en base a que el promotor no ha obtenido la licencia de primera ocupación⁵⁶, siendo esta cuestión –como hemos visto– no resuelta por las técnicas de intervención *ex post*. Otra cosa bien distinta, y rebatible jurídicamente, es que se recurra la licencia de primera ocupación de viviendas para alegar la invalidez de la predecesora norma urbanística o licencia de obras⁵⁷.

Sin embargo, en las viviendas de protección oficial parecería suficiente una comunicación previa al ayuntamiento, o directamente proceder a su su-

55. Caso de Canarias (artículo 172.2 del citado Decreto Legislativo 1/2010) o Aragón (disposición final primera del Decreto 60/2009, de 14 de abril).

56. Sobre esta cuestión me remito a SÁEZ-SANTURTÚN, J., “Licencia de primera ocupación y resolución de la compra”, en la sección Práctica Jurídica de la *Revista Bimestral del Ilustre Colegio Notarial de Madrid: El Notario del Siglo XXI*, núm. 52, publicado el 17 de diciembre de 2013. Se puede consultar en el siguiente link: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-52/practica-juridica/3613-licencia-de-primera-ocupacion-y-resolucion-de-la-compra>. Última consulta: 4 de junio de 2015.

57. Esto mismo ocurre en la Comunidad de Madrid, donde se están recurriendo numerosas licencias de primera ocupación como consecuencia de la nulidad del Plan General de Ordenación Urbana de 1997 en virtud, en última instancia, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2012. Sobre ello me remito a GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J. A., “Los recursos contra las licencias de primera ocupación”, en RECUERDA GIRELA, M. Á., (dir.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo. Anuario 2015*, Civitas, 2015, pp. 625 a 632; en especial, su p. 631.

presión –como sostiene BELTRÁN AGUIRRE⁵⁸–, por cuanto en estos casos existe un intenso control administrativo concretado en la calificación provisional y definitiva, siendo la función de esta última comprobar que las obras ejecutadas se ajustan a la licencia de obras y a la calificación provisional. Por tal motivo, exigir también la licencia de primera ocupación podría ser una duplicidad y una carga administrativa innecesaria para el promotor, si bien así se exige en determinadas normativas autonómicas, como en el caso de Andalucía⁵⁹.

58. BELTRÁN AGUIRRE, J. L., en “Intervención administrativa en la edificación y uso del suelo en Navarra: propuesta de incorporación de los nuevos modos de de control ulterior”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 57, enero-junio 2014, pp. 53 a 105, sostiene que no tiene sentido mantener la primera ocupación en las promociones de viviendas de protección oficial, ya que considera que es suficiente con la cédula de calificación definitiva. Pero también es partidario de suprimir, con carácter general, la licencia de primera ocupación por la cédula de habitabilidad (pp. 90 y 91). Conviene añadir que la Ley Foral 5/2015, de 5 de marzo, de medidas para favorecer el urbanismo sostenible, la renovación urbana y la actividad urbanística en Navarra, que modifica la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, sigue sujetando la primera ocupación a licencia de conformidad con su artículo 189.2.h).

59. En concreto, el artículo 34.2 *in fine* del Decreto 149/2006, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas Protegidas de la Comunidad Autónoma de Andalucía y se desarrollan determinadas disposiciones de la Ley 13/2005.

