

SESIÓN DEL CURSO PARA EL ACCESO A LA PROFESIÓN DE ABOGADO.

Materia administrativa y contencioso-administrativa:

“16. Técnicas de intervención administrativa: autorizaciones, concesiones, declaración responsable y comunicación previa”.

Abril 2015, Universidad Autónoma de Barcelona.

I.-INTRODUCCIÓN Y MARCO TEÓRICO GENERAL.

II.-CUESTIONES, PROBLEMAS Y PREGUNTAS.

I.-INTRODUCCIÓN Y MARCO TEÓRICO GENERAL.

I.1.-Las características y medios de la actividad de policía, limitativa o de intervención son los siguientes:

a)La Administración restringe, configura o incide en los derechos de los particulares (otorgados previamente por el ordenamiento).

b)Estas limitaciones tienen como objetivo la salvaguardia del orden público en un sentido amplio. Por ejemplo, ESTEVE PARDO distingue entre seguridad, por un lado, y orden público económico, por otro. Estas finalidades otorgan a la actividad de intervención un carácter preventivo y de control (mucho más acusado en el primer caso).

c) Dentro de los medios de la actividad de intervención, distinguiremos las siguientes posibilidades:

.-Reglamentos administrativos.

.-Autorizaciones o licencias y, actualmente, declaración responsable y comunicación.

.-Órdenes individuales y otras técnicas muy variadas como la inscripción en registros, inspecciones administrativas y verificaciones y auditorías obligatorias pero evacuadas por sujetos privados, suministro permanente de información, etc.

I.3.-Los principios más relevantes, de base positiva o jurisprudencial, que se aplican a la actividad de limitación de derechos, son los siguientes:

a) Legalidad, sin perjuicio de la habilitación a la norma reglamentaria para establecer el complemento indispensable para la regulación legal.

b) Igualdad de trato (art. 84.2 LRBRL).

c) Necesidad, *favor libertatis* y proporcionalidad:

“Art. 39 bis 1 LRJPAC:

“1. Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias.”

II.-CUESTIONES, PROBLEMAS Y PREGUNTAS.

1.-El municipio X aprueba su plan general municipal de ordenación urbana y, una vez pasado el trámite de aprobación definitiva por la Comunidad Autónoma, se publica. Vuestro cliente es titular de un terreno en las afueras de la ciudad. Según os comenta, “aquello es un erial y nunca se movieron papeles”. En efecto, el terreno tenía una calificación de suelo urbanizable. Sin embargo, su primo, que es un gestor que “se ha puesto por su cuenta”, le indica que el Ayuntamiento “le ha bajado la edificabilidad, ya que antes podías hacer una casa o pequeño bloque con tres pisos de altura y seis viviendas y ahora te vas a quedar en una unifamiliar justita y con mucho espacio de patio”. Se confirma que el plan ha reducido la edificabilidad en esta zona. Dicho esto, indica la respuesta correcta (puede haber una o más de una):

a)La ordenación urbanística prevista en el plan genera un derecho a indemnización en caso de que se disminuyan las posibilidades edificatorias.

b) La ordenación urbanística prevista en el plan genera derecho a indemnización sólo en concretos supuestos previstos por la Ley, en los cuales se determina cuándo se han adquirido las diversas facultades urbanísticas.

c)La aprobación de un plan general de ordenación urbana implica automáticamente el nacimiento del derecho a indemnización en los propietarios para los que se prevé menor edificabilidad.

2.-Un municipio firma con usted un contrato de servicios de asesoramiento jurídico. El Alcalde os comenta que, si sale elegido en la

próxima legislatura, va a aprobar una ordenanza municipal en la que va a exigir licencia previa para los muchachos que van por la calle con jaulas de canarios, porque ya está harto del ruido y de la suciedad que generan (además de que, según él, dan mala imagen).

Un colega os envía la normativa vigente, que ha sido sometida en los últimos años a diversos cambios (no siempre sistemáticos). Una vez leída, identifica los tres conceptos fundamentales que permitirían al Alcalde promover la aprobación por el Pleno de la precitada ordenanza:

“I.- Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio:

.- Artículo 5 Regímenes de autorización:

La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurren las siguientes condiciones, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen.

a) No discriminación: que el régimen de autorización no resulte discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o de que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente o, por lo que se refiere a sociedades, por razón del lugar de ubicación del domicilio social;

b) Necesidad: *que el régimen de autorización esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente, o cuando la escasez de recursos naturales o la existencia de inequívocos impedimentos técnicos limiten el número de operadores económicos del mercado.*

[Letra b) del artículo 5 redactada por el número uno de la disposición final segunda de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado («B.O.E.» 10 diciembre). Vigencia: 11 diciembre 2013]

c) Proporcionalidad: *que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular cuando un control a posteriori se produjese demasiado tarde para ser*

realmente eficaz. Así, en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad.

.-El art. 3.11: define de la misma Ley: define “razón imperiosa de interés general”:

- *“11. «Razón imperiosa de interés general»: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes [sic]: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.”*

II.-LRBRL:

““Artículo 84

1. Las Entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios:

- a) Ordenanzas y bandos.
- b) Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. No obstante, cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se estará a lo dispuesto en la misma.
- c) Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- d) Sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma.
- e) Órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo.

2. La actividad de intervención de las Entidades locales se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue.

3. Las licencias o autorizaciones otorgadas por otras Administraciones Públicas no eximen a sus titulares de obtener las correspondientes licencias de las Entidades

locales, respetándose en todo caso lo dispuesto en las correspondientes leyes sectoriales.”

[Artículo 84 redactado por el número dos del artículo 1 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio («B.O.E.» 23 diciembre). Vigencia: 27 diciembre 2009]

Artículo 84 bis

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo.

No obstante, podrá exigirse una licencia u otro medio de control preventivo respecto a aquellas actividades económicas:

- a) Cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.
- b) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado.

2. Las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas solo se someterán a un régimen de autorización cuando lo establezca una Ley que defina sus requisitos esenciales y las mismas sean susceptibles de generar daños sobre el medioambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud públicas y el patrimonio histórico y resulte proporcionado. La evaluación de este riesgo se determinará en función de las características de las instalaciones, entre las que estarán las siguientes:

- 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.

3. En caso de existencia de licencias o autorizaciones concurrentes entre una Entidad Local y otra Administración, la Entidad Local deberá motivar expresamente en la justificación de la necesidad de la autorización o licencia el interés general concreto que se pretende proteger y que éste no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente. “

[Artículo 84 bis redactado por el número veinte del artículo primero de la Ley 27/2013, 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local («B.O.E.» 30 diciembre). Vigencia: 31 diciembre 2013.]

Artículo 84 ter

“Cuando el ejercicio de actividades no precise autorización habilitante y previa, las Entidades locales deberán establecer y planificar los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de la misma por los interesados previstos en la legislación sectorial.”

[Artículo 84 ter introducido por el apartado dos del artículo 41 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible («B.O.E.» 5 marzo). Vigencia: 6 marzo 2011 “]

3.-El Sr. López ha oído hablar de que “si pasan tres meses y no te dicen nada, ya es como si te dieran el permiso”. Confiado en esta información, solicita licencia de armas y, a los tres meses, considera que ya puede usar -para pegar tiros en el bosque a un blanco de cartón- una pequeña pistola que le compró a su amigo Torrente. Sin embargo, un guardia urbano que paseaba con su novia por la zona, le llama la atención y le denuncia por falta de autorización. Indica la información legal más útil para el caso:

- a) El Sr. López no tendrá ningún problema porque, de acuerdo con el art. 43.1 de la LRJPAC, debe entender estimada la solicitud por silencio administrativo.
- b) Le pides al Sr. López un plazo de tiempo para consultar el art. 26 y el anexo del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público 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, ya que en ellos se concreta el sentido y el plazo previsto para un

largo listado de procedimientos administrativos (entre los que podría estar el permiso de armas).

- c) Le comentas que el plazo del silencio es de seis meses, de acuerdo con el art. 42.2. de la LRJPAC.
-

4.-La excepcional producción de piñas de un bosque de titularidad municipal y la incapacidad gestora de los servicios locales (se trata de un municipio cuyo censo de habitantes apenas supera las mil personas) aconsejan la convocatoria pública para el otorgamiento de una concesión demanial que permita a su titular ocupar la zona y, si lo considera rentable, explotar el negocio de producción de piñas o de otros comestibles que genera el lugar (espárragos, fresas silvestres, etc.). Un vecino del lugar –el Sr. Moriaco- obtiene la concesión y empieza a estudiar posibles salidas productivas. Sin embargo, un domingo aparece por allí otro vecino que afirma que, en una vieja cabaña del bosque (ahora cerrada), él prestaba un servicio de restauración para cazadores (embutidos, cervezas, pan..) que, hace ya muchos años, llevaba a cabo el ayuntamiento hasta que se le concedió. Afirma que es un servicio que se presta cinco meses al año (durante la temporada de caza del jabalí) y que, por esta razón, la cabaña estaba cerrada.

Parece que la solución está clara pero el Sr. Moriaco quiere asegurarse y obtiene de su hijo –que lleva diez años estudiando Derecho en Madrid- la siguiente información, que luego os consulta (debéis indicar qué es cierto y qué es falso):

- a) Debe haber un error, porque la concesión de dominio público ya incluye la concesión de servicio público.

- b) El Sr. Moriaco debía haber solicitado autorización para esta ocupación privativa del dominio público. De este modo, se habría evitado el problema.
- c) La concesión de uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público dejará de estar sometida a tasa, ya que es evidente que el Sr. Moriano ya no va a obtener una utilidad económica.
- d) Podría ser de aplicación el art. 286 de la LCSP, en su apartado d), que precisa que es causa de resolución del contrato de gestión de servicios públicos:

“d) La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato”.

5.-Una vez acabada la carrera y aprobado el examen para el acceso a la profesión de abogado, comenzáis a ejercer en despacho conjunto con un ingeniero recién licenciado que conoce al Alcalde de vuestro municipio. Éste le comenta que quiere que la localidad sea declarada “La ciudad de los niños”, con lo cual va a dejar de exigir licencia para las actividades económicas relacionadas con servicios para la infancia. Ello incluye tiendas de golosinas, de juguetes e incluso guarderías (aunque esto último parece haber generado algún problema). Por este motivo, asumís la representación de varias empresas del negocio de chucherías y les redactáis la comunicación previa y declaración responsable previa al ejercicio de su actividad. El ingeniero os comenta que los proyectos incumplen la normativa sanitaria, ya que no se han previsto recipientes antiputrefacción ni guantes para coger los artículos, pero que lo mejor es no hacer referencia al tema, enviar el documento al ayuntamiento y empezar a trabajar. Al poco

tiempo, las tiendas de vuestros representados empiezan a recibir inspecciones municipales. Clarificad qué ideas son ciertas:

- a) La actividad no puede iniciarse, ya que incumple la normativa sanitaria.
- b) Teniendo en cuenta que se ha producido una falsedad documental, la actividad podrá continuar salvo que el ingeniero sea condenado por dicho delito en el pertinente proceso penal.
- c) Teniendo en cuenta que no es exigible licencia para esta actividad, hubiera sido más recomendable iniciarla y presentar posteriormente la declaración responsable (una vez resuelto el problema sanitario).
- d) Una vez resuelto el problema y, ya ajustados a la normativa sanitaria, volvéis a iniciar la actividad, pero el Ayuntamiento lo impide recordando que os ha impuesto la orden de no abrir ningún negocio del mismo tipo durante seis meses. Esto os parece una barbaridad pero, según parece, está previsto en la ordenanza municipal.