

**PROBLEMAS DE LA LA RECEPCION DEL DERECHO COMUNITARIO POR
LA CA DE CANARIAS, EL CASO DEL TURISMO Y LA STC 209/2015 de 8
OCTUBRE, EL COMERCIO INTERIOR, EL URBANISMO Y EL MEDIO
AMBIENTE URBANO.**

Antonio Domínguez Vila

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la ULL

I.- EL TURISMO.-

PRIMERO.- La sentencia del TC, ha anulado un precepto de la tercera ley-medida promulgada por la CCAA de Canarias, los apartados a)¹ y c)² del art. 4.2 de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias, para intervenir en el sector turístico con medidas de política económica, bajo el supuesto ejercicio de medidas imperiosas de interés general desde las potestades públicas de ordenación del territorio y el medio ambiente, conforme limita la Directiva 2006/123/CE y la Ley 17/2009 de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, trasposición de la misma al Ordenamiento Español. Dicha norma fundamenta su competencia exclusiva autonómica en el art. 30.15 y 21 del Estatuto de Autonomía.

La esencia de dicha normativa estriba en mantener con carácter general la previa autorización sectorial de la administración turística en detrimento de la declaración responsable y limitar la puesta en marcha de nuevos o rehabilitados establecimientos hoteleros y extra-hoteleros a solo aquellos de cinco estrellas o superior categoría. La defensa de la CCAA entiende que se estaba ejerciendo las competencias exclusivas en materia de turismo, ordenación del territorio y medio ambiente, con el objetivo de racionalizar el crecimiento de la oferta turística y hacerla más limitada y respetuosa con los recursos naturales y el medio ambiente. Y con ello potenciar la calidad del producto turístico, a través de la imposición de unos estándares de calidad más exigentes. Para el TC, nada en la norma parece vincular las imperiosas necesidades de interés general urbanístico o medio ambiental con las exigencias de la clasificación hotelera, efectuada

¹ a) Establecimientos hoteleros con categoría de cinco estrellas o superior. Estos establecimientos deberán acreditar la previa suscripción con los servicios de empleo del Gobierno de Canarias de un convenio para la formación continua de su personal y para facilitar la formación de desempleados, en el marco de la estrategia de empleo de Canarias y su posible incorporación a la plantilla.

² c) Establecimientos extrahoteleros, siempre que el planeamiento territorial no los prohíba expresamente, exigiéndose para los apartamentos la categoría de cinco estrellas o superior.

por la propia legislación autonómica³ y cuyos requisitos de obtención que no hacen referencia a aquellos requisitos y sin embargo afectan a todo tipo de establecimientos. Más parece un instrumento de política económica para favorecer la implantación de determinado tipo de establecimiento lo que está introduciendo un criterio económico para el otorgamiento de la preceptiva autorización, lo que determina la vulneración de la normativa básica estatal (Ley17/2009).

Para la representación del estado recurrente, en su demanda, dichos apartados del precepto vulneraban el título de competencia estatal del art. 149.1.13º lo que produce una inconstitucionalidad indirecta o mediata por ejercicio de aquella a través de las leyes básicas 17/2009 de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y 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, de trasposición de la Directiva 123/2013. En dichas normas, en especial en los arts. 4.1 y 7.3.a) de la primera se limita el uso de las autorizaciones previas a determinadas actividades *cuando sea susceptible de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico*. Prohibiéndose en el art. 10.e) los requisitos de naturaleza económica.

En palabras del Tribunal (F:J: 6º): *...resulta contrario a la regulación contenida en la Ley 17/2009 en la medida en que impone determinadas limitaciones a la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios turísticos que, aun estando en términos generales amparadas en una razón imperiosa de interés general que justifica su existencia, se conectan en los supuestos previstos en los mencionados apartados con criterios o requisitos de naturaleza económica, en contra de lo que establece la norma estatal. Se produce así la vulneración de las competencias del estado ex art. 149.1.13 CE y la consiguiente inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos autonómicos.*

Se ha pronunciado el TC en idéntico sentido de la STC 26/2012 y antes la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, Sala segunda de 24 de marzo de 2011.

Este pronunciamiento viene a corregir una trayectoria de intervención pública en el sector económico del turismo, que bajo la excusa del ejercicio de funciones públicas de ordenación del territorio y medio ambiente lo que en realidad se pretende es una limitación de naturaleza económica del mercado turístico a los operadores establecidos

³ Decreto 142/2010, de 4 de octubre.

impedir la entrada de nuevos y desde el poder político dirigir, que no ordenar, la oferta turística en función de parámetros políticos y económicos. Como expresa la demanda, no existe una correlación entre el criterio aplicado de limitación de establecimientos de una determinada categoría y la potencial demanda que pudiera desbordar el modelo y propiciar un daño al medio ambiente y el entorno urbano de los núcleos turísticos, ya que tales razones pudieran valer también para los hoteles y apartamentos de cinco estrellas, por lo que significa la medida un cierre del mercado a nuevos operadores. Vulnera también la norma recurrida la Ley de Economía Sostenible 2/2011 por cuanto la medida es notoriamente desproporcionada a los fines perseguidos. En suma, el requisitos de la ley recurrida, supone una restricción sobre la excepción de la regla general establecido por la Directiva y no guarda proporcionalidad con las razones imperiosas de interés general ni los valores naturales a proteger. Ni siquiera se trata, como argumenta la Abogacía del Estado en su demanda, en base a Dictamen del Consejo de Estado⁴ que se acompaña a la misma, de que de manera inconstitucional se esté promocionando un determinado tipo de oferta turística de alta calidad, encubriendo una planificación económica (art. 10 Ley 17/2009), como se apuntó antes, la política turística es priorizar el cierre del mercado para mantener a los actuales operadores y que sean los que accedan a las ventajas de las políticas de rehabilitación y renovación, en detrimento de la entrada de nuevos actores, que al contrario de lo manifestado, no van a consumir más suelo que el ya clasificado como urbanizable o urbano y calificado para uso turístico.

La ley recurrida, es producto de la segunda, que no última (como veremos) modificación de las dos normas cabecera de los sistemas normativos de la ordenación del territorio, el urbanismo y el medio ambiente por un lado, y de la ordenación del sector turístico, como sector de la economía, por el otro. En su Preámbulo se reconocía que las consecuencias de la crisis económica para el sector y la legislación en exceso intervencionista anterior -que luego analizaremos-, hacen que: *Cada vez resulta más difícil mantener la cifra de visitantes a las islas y, aún más, garantizar la rentabilidad de esta actividad económica. Esta situación podría ir a peor en un futuro cercano si no*

⁴ En dicho Dictamen que se acompaña a la demanda, se califica dicha regulación como barrera casi total a la entrada de nuevos operadores, cierre de mercado contrario a los principios de la Directiva ya que los criterios a los que se sujeta no se vinculan a la capacidad del establecimiento para garantizar la sostenibilidad ambiental sino que enlazan con el objetivo declarado de favorecer una concreta estructuración de la oferta. Lo que a la postre es un requisito de naturaleza económica.

se toman las medidas oportunas”. Se partía del nuevo marco en el que han de desenvolverse las normas ordenadoras de prestaciones de servicios en los diversos sectores de la economía: *Los principios liberalizadores, que inspiran la más reciente legislación europea, estatal y autonómica sobre la prestación de servicio y, en particular los turístico, (pero a continuación se justificaba en que) no son un obstáculo para la modulación de estas normas; tal es caso de Canarias, que, en virtud de su especial fragilidad territorial y ambiental, se puede acoger a las excepciones contempladas en las propias directivas europeas en materia de ordenación territorial y medio ambiente y en especial en 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.* Para a continuación seguir insistiendo en un intervencionismo que demagógicamente se justifica en *seguir manteniendo la política de contención de un crecimiento desordenado incompatible con el medio ambiente*”, interviniendo en el mercado de la oferta alojativa⁵. Por lo que resulta necesario para el legislador mantener la previa autorización administrativa habilitante previa a la licencia edificatoria (art. 4.1). Es decir, se somete a control administrativo el ejercicio de la actividad económica turística, pero no sólo a través de instrumentos de ordenación territorial y medio ambiental, sino por medio de controles puramente de oportunidad económica. Es importante destacar esta idea, contraria al espíritu y la letra de la Directiva de liberalización de servicios, pues es aquí donde la Sentencia del TC adquiere especial relevancia, al romper la tradición intervencionista de la CA de Canarias en materia de turismo en particular y en servicios en general.

Mención aparte hay que hacer respecto de la denominada “moratoria turística”. La Ley 2/2013 recurrida establecía además la vigencia indefinida de la prohibición, como regla general, a la apertura de nuevos establecimientos turísticos (Preámbulo y DT 1ª), a diferencia de la anterior normativa que establecía límites al crecimiento turístico amparado en la Directriz 27 del Turismo⁶ mediante un proyecto de ley, de

⁵ Artículo 3.- Finalidad.

Es finalidad de la presente ley:

a) Ordenar y modular, dentro de parámetros sostenibles, el crecimiento de la oferta turística vinculándolo a la mejora de la calidad de la planta disponible y a la implantación de nuevos equipamientos complementarios.

⁶ La ley que desarrolló la Directriz 27 fue la Ley 6/2009 de 9 de mayo de medidas urgentes, que no se promulga hasta 6 años después de la Ley 19/2003 de Directrices, lejos del plazo de tres años estipulado en su Disposición Transitoria Segunda. El art. 16 de la Ley 6/2009, fijó unos límites al otorgamiento de autorizaciones previas en las islas de Lanzarote, Fuerteventura, Gran Canaria y Tenerife, durante el período de tres años siguientes a la entrada en vigor. Por lo tanto, por novación de esta Ley, los límites al

vigencia trianual, en el que se fijarían los ritmos de crecimiento amparados en los datos más recientes en el momento de formular dicho proyecto de ley. Sin embargo la Ley 2/2013 recurrida, también derogó dicho régimen temporal de límites de crecimiento, que se sustituyó por un régimen permanente de prohibición de implantación de establecimientos turísticos sin consideración a la libertad de empresa ni al mercado de la realidad de la demanda turística. El daño que causó al libre ejercicio de una actividad económica ya no era limitado en el tiempo ni sometido a un mínimo análisis de oportunidad, sino permanente y desconectado de toda evaluación previa. Así, la actividad turística de nueva implantación de instalaciones turísticas de inferior categoría a cinco estrellas solo quedaría en manos de quienes ya ostenten establecimientos autorizados, vía rehabilitación, mediante la creación de un intrincado sistema de nuevas autorizaciones de plazas turísticas vinculadas a la dicha rehabilitación. Así, según la categoría del complejo se crearían nuevas plazas que ahora sí, vía rehabilitación, podrían materializarse.

Pero la Ley 2/2013 además estableció otra limitación económica que vulnera el principio de no discriminación del art. 9 de la Directiva ya que se reafirma la creación de un instrumento de planeamiento: *los Planes de modernización, mejora e incremento de la competitividad*, que perfeccionado la figura creada en la modificación de 2009, hacen una especie de urbanismo-turístico a la carta, subvirtiendo el orden jerárquico del planeamiento previsto en la Ley del Territorio, que prevalecen sobre ellos, para viabilizar operaciones urbanísticas convenidas con operadores concretos.

Una cuestión de carácter procesal-constitucional: Interpuesto el recurso de inconstitucionalidad cuya sentencia comentamos; y respecto al régimen jurídico vigente durante la suspensión de los apartados recurridos según doctrina constitucional (Auto del Pleno TC nº 157/2013 de 11 julio) se entendió que, si ha sido invocado en el recurso el art. 161.2 de la CE en concordancia con el art 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se produciría la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos

crecimiento operaron sólo hasta el 12 de mayo de 2012 (tres años). Este plazo tuvo que ser ampliado por dos veces, primero hasta el 13 de diciembre de 2012 (por la Ley núm. 2/2012 de 8 de mayo) y por último hasta el 31 de mayo de 2013 (por la Ley Ley núm. 6/2012 de 7 de diciembre) Así, la Ley 2/2013 derogó la Directriz 27 (y habría que entender que también queda derogada la disposición transitoria segunda de la Ley de Directrices por oponerse a la nueva regulación).

impugnados, desde la fecha de interposición del recurso para las partes en el proceso y desde el día en que aparezca publicada la suspensión en el "Boletín Oficial del Estado" para los terceros. Acordada la suspensión cautelar el Tribunal Constitucional deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses. Para la resolución de este tipo de incidentes de suspensión, la doctrina del Tribunal ha dejado dicho que *“es necesario ponderar, de un lado, los intereses que se encuentren implicados, tanto el general y público como el particular o privado de las personas afectadas, y, de otro, los perjuicios de imposible o difícil reparación que puedan derivarse del mantenimiento o levantamiento de la suspensión. Esta valoración debe efectuarse mediante el estricto examen de las situaciones de hecho creadas y al margen de la viabilidad de las pretensiones que se formulan en la demanda”* (ATC 105/2010, de 29 de julio). La cuestión era determinar ¿cuáles son los efectos de la suspensión?. Hay que tener en cuenta que para el operador turístico, se abría una gran incertidumbre respecto de las iniciativas a emprender. Así pues, se plantearon dos posturas en atención a los efectos de la suspensión de los apartados recurridos del art. 4.2:

1.- El agravamiento de la prohibición al libre establecimiento: La suspensión de los apartados a) y c) agravaría la prohibición de otorgamiento de nuevas autorizaciones turísticas porque se limitaría a los supuestos b), d), y e). La suspensión así entendida; una moratoria reforzada, provocaría una situación aún más restrictiva y un perjuicio para aquellas solicitudes ya tramitadas. Esta interpretación sería incoherente con la finalidad del recurso, que no es otra que eliminar la restricción a la implantación de establecimientos hoteleros y extrahoteleros de categoría inferior a cinco estrellas.

2.- La suspensión de la prohibición del libre establecimiento: El artículo 4 de la Ley 2/2013 limita la libertad de ejercicio de actividades económicas previsto en la Directiva amparándose en razones de carácter medioambiental. Así, el art. 4.1 de la Ley establecía lo excepcional como regla general: sometimiento a autorización previa el ejercicio de una actividad económica turística. Los apartados a) y c) no podían considerarse de forma aislada, ya que ambos formaban parte del apartado 2º del artículo 4 y conformaban una excepción de la excepción al libre ejercicio de

actividades turísticas configurada, conforme el ordenamiento comunitario mediante el siguiente esquema:

- A) Un régimen general de libre ejercicio de actividades económicas previsto en la Directiva y recogido en el artículo 10.e) de la Ley sobre el Libre Acceso a las actividades de servicios y su ejercicio que no exige autorización previa para su ejercicio.
- B) Un régimen excepcional (art. 4.1) que exige autorización previa para el ejercicio de la actividad turística.
- C) Una excepción a la excepción (art. 4.2 a) y c) para los nuevos establecimientos hoteleros y extrahoteleros inferiores a cinco estrellas, los cuales no podrán obtener autorización turística en tanto que sólo se podrán otorgar a aquellos de cinco estrellas.

De este modo, la suspensión de los apartados a) y c) del artículo 4.2 implicaría la suspensión de esa excepción de la excepción por lo que la virtualidad de la normativa no suspendida, en coherencia con el recurso presentado por el Presidente del Gobierno, permitiría el desarrollo de los establecimientos hoteleros y extrahoteleros inferiores a cinco estrellas, eso sí, sometidos a autorización turística previa. Esta última interpretación hubiera sido, en nuestra opinión más adecuada a la seguridad jurídica en tanto que garantiza la coherencia con la finalidad del recurso presentado. En consecuencia con lo anterior, el recurso contra el art. 4.2. a) y c) no tendría el efecto de revivir el régimen jurídico anterior porque la normativa anterior se autolimitó en el tiempo. Así pues, el art. 16 de la Ley 14/2009⁷ sólo es de aplicación hasta el 31 de mayo de 2013. Por lo tanto, no es de aplicación en el momento de interposición del recurso. En segundo lugar, dicho artículo entronca con lo dispuesto en la Directriz 27 y la Disposición Transitoria 2ª que establecía límites temporales al crecimiento. Ambas

⁷ Esta fue la anterior modificación pues en medio de la crisis económica, el Gobierno al tener que adaptarse a la Directiva 123/2006 modifica la Ley 7/1995 por medio de la Ley 14/2009 que a pesar de lo expresado en su Preámbulo en punto a asumir la filosofía liberalizadora de la Directiva en materia autorizatoria y haber derogado algunos de los preceptos más intervencionistas con contenido económico, lleva a cabo una operación que como veremos se venía llevando a cabo en la ordenación territorial desde el año 2001. En sus artículos 13 y 24, a pesar de que con carácter aparentemente general sustituye las autorizaciones previas por declaraciones responsables o comunicaciones previas a la construcción, ampliación, rehabilitación o reforma de establecimientos turísticos, a continuación en el apartado 2 del 24 revive la antedicha autorización cuando por razones medioambientales, ordenación del territorio la ley o el reglamento restrinja o limite la creación de nueva oferta de alojamientos turísticos, justificadas en la ordenación territorial que atenderá a la denominada capacidad de carga de las islas. En suma se utilizan los fundamentos permitidos por la Directiva para mantener con carácter general el régimen autorizatorio para una intervención de naturaleza económica confesada.

normas han sido derogadas; expresa y tácitamente, por la Ley 2/2013. Por lo tanto, la única norma que regulaba los límites al crecimiento turístico resulta ser el art. 4 de la Ley 2/2013. Norma que debe ser integrada con el resto del ordenamiento jurídico sectorial que regula el ejercicio de actividades económicas (Directiva 123/2006 y Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las actividades de servicios y su ejercicio)

El Gobierno de la CA de Canarias sin embargo, entendió lo contrario, pro como no podía aplicar la legislación anterior por lo expresado anteriormente, para perseverar en su propósito limitador, al margen de la norma recurrida, promulga en fraude de la suspensión de la norma recurrida el Decreto 17/2014⁸ como reacción a la suspensión operada del artículo 4 por el Tribunal Constitucional y en previsión de la interpretación liberalizadora anterior, procedió a suspender **todas las licencias urbanísticas** para edificios destinados a alojamiento turístico salvo los no recurridos por el TC.

SEGUNDO.- La vocación intervencionista del Gobierno de Canarias en el caso del turismo bien de lejos. La Ley de Ordenación del Turismo en su redacción original de 1995, en su Preámbulo calificaba el turismo como un sector económico estratégico del archipiélago y confiesa su intención de regularlo desde la economía (art. 1.2), a través del fomento, la intervención en el crecimiento de su oferta y hasta los aspectos empresariales, profesionales etc.. además de la ordenación de las infraestructuras y aspectos urbanísticos y medioambientales.

Esta política intervencionista se va incrementando y en el año 2001, el Gobierno de la CA presidido por Román Rodríguez, con la excusa medioambientalista de que en las islas se está llegando al límite de lo que se vino en denominar “*la capacidad de carga*” estima que se debe de impedir totalmente la implantación de nuevos establecimientos con destino turístico. Ello se lleva a cabo por medio de los Decretos 4/2001 y 120/2001, normas-medida, adoptadas de plano sin expediente alguno que

⁸ Artículo 2.- Suspensión de licencias urbanísticas.

1. En tanto se mantenga la suspensión cautelar de los apartados a) y c) del artículo 4.2 de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias o, en su caso, se proceda a la modificación de dicho precepto, será de inmediata aplicación en las islas de Lanzarote, Fuerteventura, Gran Canaria y Tenerife la suspensión del otorgamiento de las licencias urbanísticas para edificios destinados a alojamiento turístico salvo los comprendidos en los apartados b), d) y e) del artículo 4.2 de la citada Ley 2/2013 y los que deriven de los procesos de renovación y modernización a que se refiere el artículo 4.3 de dicha Ley.

2. Dicha medida suspensiva no será aplicable respecto de aquellas licencias urbanísticas que puedan solicitarse al amparo de autorizaciones previas otorgadas con anterioridad a la fecha de suspensión de la vigencia de los apartados a) y c) del artículo 4.2 de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias

soporte la iniciativa normativa por los que se pretendió llevar a cabo, de manera tosca y sin cobertura legal, la paralización del ejercicio de la libertad de empresa de creación de nueva oferta turística, la denominada “moratoria turística” o la paralización total por tres años de la nueva apertura de cualquier establecimiento turístico. Ambos fueron anulados por el TSJ de Canarias⁹, aunque a continuación fueron promulgadas, en primer lugar la Leyes-medida 6/2001 y 7/2001 de 28 de Julio que reproducen el contenido de los anteriores Decretos, para blindarlos frente a recursos jurisdiccionales, (y cuya aplicación ha conllevado una serie de recientes sentencias del Tribunal Supremo que vienen a confirmar varias sentencias condenatorias por responsabilidad patrimonial administrativa que está costando al Gobierno de Canarias hasta la fecha una suma aproximada de 167 millones de euros en indemnizaciones por ablación de derechos patrimonializados, ver noticia en el diario ABC de 3 de enero de 2016, “El Supremo avala al TSJ en las reclamaciones por la moratoria en Canarias”).

TERCERO.- Más tarde, en la misma línea, la Ley 19/2003 de 14 de abril por la que aprueban las Directrices de Ordenación General y del Turismo de Canarias, eleva a la categoría formal de Ley un instrumento de planificación económico-territorial, que adopta medidas de política económica en el sector turístico formula instrucciones del contenido que han de tener los instrumentos de ordenación territorial. Desde la perspectiva constitucional el mayor interés lo concita en la peculiaridad de esta Norma-Plan en su promulgación, comienza con una tramitación administrativa por el Gobierno, regulada en dos Decretos: el Decreto 176/2001 de 6 de septiembre y anteriormente el Decreto 127/2001 de 5 de Junio y el art. 16 de la Ley de Ordenación del Territorio, que culmina en un texto provisional que el Gobierno, (se supone que previo un acuerdo de aprobación o asunción de su contenido como programa político territorial), deberá remitirlo al Parlamento para debate, conforme al procedimiento establecido en el Reglamento de la Cámara para los Programas del Gobierno¹⁰. Conforme dichos preceptos y previo debate parlamentario en el que se puede enmendar el texto que proviene del ejecutivo, el Parlamento acuerda un texto que se remite al Gobierno, el cual deberá tener en cuenta “*las resoluciones aprobadas por el Parlamento*”, en el

⁹ Un análisis de la ilegalidades que llevaron a que por las STSJCAN 19 de Diciembre de 2002 y 19 de Junio de 2003 se anularan ambos en mi trabajo: “el derecho autonómico de la ordenación del territorio, el urbanismo y el medio ambiente de canarias I”. en “Constitución, Estado de las Autonomías y justicia constitucional, Libro Homenaje a Gumersindo Trujillo, Ed Tirant lo Blanch 2005 pag 951 y ss y Estudios sobre la Constitución Española Marcial Pons 2006 , pags 165 y ss²

¹⁰ arts. 185 a 188 del Reglamento del Parlamento de Canarias

proyecto de Ley de artículo único, que deberá presentar ante la Cámara y acompañar al texto final de las Directrices, limitándose a asegurar en el texto definitivo que remita al Parlamento, la congruencia del conjunto del instrumento de ordenación, lo que parece indicar que debe de ceñirse a una mera labor de refundición y armonización (art. 16.7 LOT).

En consecuencia en la tramitación del proyecto de ley, el Parlamento de Canarias parece que debería votar el texto en su conjunto, rechazando o aprobándolo. Sin embargo en esta segunda ocasión, conforme el Reglamento, también pueden los Grupos Parlamentarios enmendarlo, pues si no se le pudieran enmendar no estaríamos ante una Ley, sino un documento que acompaña a la ley. Por lo tanto, si el Parlamento puede enmendar totalmente las Directrices, en la segunda vez que las conoce ya como proyecto de ley, ¿qué sentido tienen el trámite parlamentario previo?, pues una administrativización del Parlamento?¹¹.

La explicación que se ha dado de este complejo procedimiento de tramitación, es que el legislador ha querido forzar una colaboración del Gobierno y el Parlamento en una fase anterior al proceso legislativo, encontrándonos con un procedimiento de **co-decisión** primero pre-legislativa y posteriormente, legislativa. Sin embargo el primer disparate jurídico es la elevación de rango normativo de un instrumento de planificación a Ley como se explica a continuación, pero el inconfesable motivo, al igual que pasó con la Ley 6/2001, no es más que una elevación de rango normativo formal de un instrumento de ordenación territorial, para blindarse respecto a recursos contenciosos-administrativos, al limitarse sustancialmente la legitimidad activa, para poder recurrirlas.

Las justificaciones del carácter de las Directrices en primer lugar como **norma legal complementaria** del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y Espacios Naturales de Canarias, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, TRLOTENC, producto de la coyuntura económica, no es de recibo, ya que conforme a los principios del derecho público de la economía y la flexibilidad que el sistema de fuentes establece para el mismo, era más aconsejable mantener las

¹¹ Todas estas cuestiones son el resultado de la mixtura creada, al tratar de involucrar de manera antinatural al poder legislativo en una actuación típica del poder ejecutivo y su administración.

Directrices con categoría formal de Decreto, con una intervención parlamentaria, conforme a lo previsto en el reglamento para planes o programas del Gobierno y así estaría sujeto a lo que es, la opción político-territorial del Gobierno (poder ejecutivo) durante su mandato o legislatura en función de la coyuntura económico-turística y de desarrollo territorial sostenible que dicho gobierno haya planteado en la sesión de investidura. No olvidemos que estamos en un subsistema normativo del ordenamiento jurídico nacional donde se insertan las competencias de ordenación del territorio y urbanismo junto con otras de reserva estatal y eurocomunitaria. En segundo lugar como ley temporal o medida frente a un TRLOTENC con vocación de permanencia y generalidad tampoco, primero desde un punto de vista teórico, las leyes-medida, desde la perspectiva estatutaria y constitucional tienen cabida, pero las mismas tienen una vocación de temporalidad mucho más corta, mucho más contingentes que las Directrices.

Por último, no podemos dejar de comentar aunque sea brevemente la Sentencia 7/2015 de 3 Dic. 2014, Rec. 391/2010, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de Las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Contencioso-administrativo.

En este caso el juzgador ha puesto de relieve la verdadera naturaleza de la autorización turística, al declarar la nulidad de sus arts. 29, 30 y 31, relativos al procedimiento de autorización de establecimientos turísticos de alojamiento. En particular, dispone la nulidad del art. 29, relativo a la autorización previa de los proyectos técnicos de construcción, ampliación y rehabilitación, es contrario al Derecho de la Unión en cuanto transforma en regla general la exigencia de autorización previa cuando debe tener carácter excepcional, y en cuanto vincula tal exigencia a razones medioambientales o de ordenación territorial, ya que la protección medioambiental y urbanística se satisface con la normativa de los planes y la sujeción a licencia urbanística.

Así, se llega a afirmar por el Tribunal que la autorización turística previa no es más que una suerte de duplicidad de control administrativo que vulnera la normativa europea en tanto que lejos de obedecer a un control medioambiental o territorial, se trata de un control económico de la actividad. Se llega al acertado razonamiento expuesto en

el fundamento jurídico quinto¹², donde se afirma que aquel control medioambiental es el que se realiza mediante la aprobación de planes e instrumentos de ordenación que localizan el suelo apto para el desarrollo turístico y sus infraestructuras accesorias, conforme a los cuales se otorgan las oportunas licencias de obra. Sin embargo, la autorización turística no es más que una suerte **de licencia duplicada**, una reiteración del control que no tiene otra justificación que la intervención en el mercado turístico.

Como se puede observar, es la misma fundamentación que ha utilizado el Tribunal Constitucional para anular el artículo 4.2 en la Sentencia de 8 de octubre de 2015: *No puede acogerse tal planteamiento. No hay nada en los preceptos impugnados que permita entender que las autorizaciones están vinculadas a objetivos medioambientales o de ordenación territorial. La norma vincula directamente el otorgamiento de las autorizaciones previas para plazas de alojamiento turístico en Lanzarote, Fuerteventura, Gran Canaria y Tenerife a que los establecimientos hoteleros o apartamentos ostenten una determinada clasificación turística, la de cinco estrellas o superior, sin que haya especiales requerimientos ambientales o urbanísticos*

¹² “ Fundamento Jurídico quinto:

B) No obstante, no es solo la transformación de la excepción en regla general lo que consideramos contrario al Derecho de la Unión Europea, sino particularmente la vinculación o justificación que pretende hacerse con razones medioambientales o de ordenación del territorio. Tal justificación no se corresponde con la razón imperiosa de interés general que invoca, no es proporcional y supone en definitiva una utilización fraudulenta del régimen excepcional. Veamos.

(...)

Es decir existe una duplicidad de licencias y controles administrativos que suponen que la autorización previa exigida, no está justificada por la razón imperiosa de interés general que persigue, esto es la protección medioambiental y urbanística, en tanto en cuanto tal finalidad se satisface con la normativa de los planes y sujeción a licencia urbanística. Las facultades que corresponden a la Administración de la Comunidad autónoma para procurar la protección del medio ambiente y el correcto destino del uso del suelo, se ejercen mediante la elaboración, aprobación de los instrumentos de la planificación territorial y urbanística y a las Corporaciones locales la concesión de autorizaciones y licencias.

Por ello la invocación a razones de protección de medio ambiente y de ordenación urbanística, constituye un fraude de Ley, por cuanto no existe una relación directa entre el criterio aplicado, -- autorización previa--, y las razones imperiosas que se pretenden salvaguardar, -- protección al medio ambiente y urbanismo--, que debe ser y es salvaguardado mediante las facultades de esta naturaleza que corresponde a la Administración autónoma y Corporaciones locales.

C) No existe proporcionalidad en tanto en cuanto, la autorización previa constituye una duplicidad de control administrativo de la misma actividad. Si se sujeta la concesión de la autorización previa a lo dispuesto en la normativa urbanística y territorial, constituye una reiteración de las licencias urbanísticas. La mayor desproporción entre fines perseguidos y medios utilizados, es justamente duplicarlos.

D) (...)

E) Finalmente el régimen jurídico de autorización previa es o puede llegar a ser discriminatorio , -- como pone en evidencia la posterior evolución normativa--, y supone el establecimiento de un criterio prohibido por la Directiva de servicios, cual es supeditar la concesión de la autorización previa a un requisito de naturaleza económica, --a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado --, o "a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente".

Efectivamente en base a la exigencia de la autorización previa, el artículo 4.2 de la Ley 2/2013 de renovación y modernización turística de Canarias, limita la autorización de nuevas instalaciones hoteleras en Lanzarote, Fuerteventura, Gran Canaria y Tenerife, únicamente a los hoteles y apartamentos de 5 estrellas o superior, lo que constituye un requisito de naturaleza económica contrario a la Directiva de Servicios, en la medida en se evalúa en términos de oferta y/o demanda turísticas, estrechamente ligados a pruebas económicas y a objetivos de programación económica fijados por la autoridad.

Con ello, se está limitando el acceso y ejercicio de actividades turísticas por criterios económicos, suponiendo un requisito prohibido de acuerdo con el citado artículo 14.5 de la Directiva de Servicio , que hemos transcrito. Exigencia que supone un auténtico cierre de mercado para los nuevos operadores turísticos y por ello discriminatorio, --subjetiva o territorialmente --, en relación con los ya establecidos con anterioridad.

(...)

que diferencien estos establecimientos de otros de inferior categoría. Por lo demás, la clasificación se otorga en virtud de los criterios fijados por el ordenamiento autonómico, en particular el Decreto 142/2010, de 4 de octubre (LA LEY 20759/2010), por el que se aprueba el Reglamento de la actividad turística de alojamiento y se modifica el Decreto 10/2001, de 22 de enero (LA LEY 2314/2001), por el que se regulan los estándares turísticos. Los criterios allí establecidos hacen referencia a cuestiones tales como equipamientos y dotaciones comunes, dimensiones de las zonas destinadas a alojamiento, así como los servicios que deben prestarse, y tampoco aquí se hace mención alguna a exigencias vinculadas al medio ambiente o a la ordenación del territorio que sean predicables específicamente de este tipo de establecimientos en razón de su clasificación. No hay, por lo demás, una vinculación directa con la planificación del territorio o el urbanismo, pues la norma autonómica pone cuidado en diferenciar ambos planos en la medida en que la autorización previa del artículo 4.2 se configura como un requisito necesario para la obtención de las consiguientes licencias urbanísticas

II.- COMERCIO.-

Ante la necesidad de efectuar en el tiempo previsto la trasposición de la Directiva 123/2008 CEE por parte de la CCAA, en el marco de la legislación básica del Estado (art. 31.3 del vigente EACan) y con los límites constitucionales de los arts. 38, 131, 149.1.11º y 13º, de la CE, se planteó en una primera posibilidad la opción de la reforma de la Ley 10/2003 de 3 de abril, reguladora de la licencia comercial específica; así como las modificaciones que procedieran de la Ley de cabecera del sistema normativo del sector comercial; la Ley 4/1994 de 25 de abril de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias.

En consecuencia, al producirse la promulgación de la normativa básica del Estado por medio de la Ley 7/1996 de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, el legislador autónomo no tuvo más remedio que afrontar el desarrollo de la norma básica estatal por medio de un nuevo cuerpo normativo, lo que significaba el no tener que efectuar una reforma en profundidad de la Ley 9/1994, extremo que no resultaba oportuno por ser un año electoral con disolución del Parlamento, ni

conveniente por el consenso social que se hubiera necesitado para componer una norma ordenadora *in integrum* del sector.

Como fundamento para el mantenimiento de la propia técnica de la autorización se utilizó, no los manidos argumentos de la ordenación del territorio y medio ambiente que se han visto en el sector turístico, sino la propia existencia, en los Tratados de la UE, de unas especificidades para las regiones ultraperifericas, el actual artículo 349 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (consolidado según Tratado de Lisboa, antiguo artículo 299, apartado 2, párrafos segundo, tercero y cuarto, TCE) que define las características comunes de las regiones ultraperifericas y constituye una base jurídica para las medidas que la Unión Europea toma en su favor:

El resultado fue la Ley ley 12/2009 de 16 de diciembre, reguladora de la licencia comercial¹³. Este texto normativo fue refundido con la norma cabecera del sistema normativo la Ley 4/1994, mediante el decreto legislativo 1/2012, de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias y reguladora de la licencia comercial. Resulta interesante, a los efectos de esta comunicación, dar noticia de los problemas suscitados con dicha refundición. La Ley 12/2009 en su DF .2ª otorgaba al Gobierno amplios límites de tal operación normativa:

Disposición final segunda.- 1. Se autoriza al Gobierno para proceder en el plazo de un año a la elaboración de un texto refundido de las disposiciones de la presente ley y de la Ley 4/1994, de 25 de abril, de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias, debiendo aclararse y armonizarse la terminología y el contenido dispositivo de éste a los de aquella ley

Comoquiera que trascurrió el plazo del año que inicialmente preveía aquel precepto, sin que se aprobara el texto refundido, hubo de promulgarse la Ley 8/2011, de 8 de abril por la que se modificó la Ley 4/1994, de 25 de abril en su D. F. 1ª, con el siguiente texto: "*Se autoriza al Gobierno de Canarias a elaborar, en el plazo de un año, un texto refundido de la Ley 4/1994, de 25 de abril, de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias, modificada por la presente Ley, y de la Ley 12/2009, de 16 de diciembre , reguladora de la Licencia Comercial*".

La primera delegación legislativa obligada al Gobierno a, no solo realizar la mera tarea técnica de acomodar los artículos de la ley de 2009 con la de 1994, sino a

¹³ Sobre el proceso de elaboración y los fundamentos de dicha Ley puede verse la comunicación presentada al VIII Congreso de la ACE.

adaptar el resultado al nuevo marco normativo estatal. Sin embargo la prórroga no recogió literalmente tal obligación por lo que, por una interpretación excesivamente pacata de la habilitación para refundir, dicho texto no incluyó finalmente la adaptación de la Ley de Ordenación Comercial de 1994 a la profunda reforma que de la legislación estatal se hizo por Ley 1/2010. Así dicho texto nació ya desfasado respecto a la legislación básica estatal. Posteriormente, además, se han promulgado una cantidad importantes de normas básicas por el Estado en este sector¹⁴, que han incidido en dicho desfase, como son el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que a través de su Título V, modificó la normativa básica estatal en materia de comercio, la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios y la Ley 18/2014 de 15 octubre de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. Además en materia de consumo, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, modificó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, a fin de trasponer la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación y el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que modificó algunos aspectos de la regulación estatal en materia de comercio minorista, horarios comerciales y unidad de mercado. Así como la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Toda esta normativa así como otras correlacionadas de otros sectores como la importante Ley canaria 14/2014 de 26 de diciembre, de Armonización y Simplificación en materia de Protección del Territorio y de los Recursos Naturales. Además queda por promulgar el reglamento de desarrollo de la Ley, parcial o total previsto en la Disposición final Segunda de la ley 12/2009.

¹⁴ Sobre la problemática de normas autonómicas no adaptadas a cambios normativos sobrevenidos de la legislación básica del Estado, puede verse la STC 66/2011

III.- EL URBANISMO.-

Aunque el urbanismo como planificación y control administrativo de la ocupación del territorio está expresamente excluido del ámbito de la Directiva 126/3003 (Preámbulo apartado 9 y una interpretación laxa del art. 2), el primer uso de las edificaciones, que venía siendo autorizado mediante las tradicionalmente conocidas hasta pocos años como licencias de primera ocupación de las edificaciones, ha sido sustituida por mecanismos de control ex post a la implantación del uso, tal y como viene siendo habitual en materia de servicios y actividades. La cuestión es, ¿se podría llegar, también en materia urbanística/edificatoria al ejercicio de la actividad con un control posterior de la Administración?. ¿Si el *ius aedificandi* forma parte del contenido del derecho de la propiedad (art. 33 CE), por qué no cabe ejercerlo con responsabilidad, en el marco del régimen determinado por las leyes y el planeamiento territorial y urbanístico eso sí, con un férreo control posterior de la Administración?. ¿Realmente cuál es el motivo de la necesidad de control previo?¹⁵.

Es habitual en nuestro país el comienzo de ejercicio de actividades empresariales o comerciales en la clandestinidad por carecer (muchas veces por la lenta tramitación administrativa) de licencias de actividades clasificadas. Hoy en día, mediante la declaración responsable, estas situaciones de ejercicio “anticipado” de la actividad son las mismas, pero ahora con la cobertura de una declaración responsable se garantiza cierta seguridad jurídica en el tráfico comercial. Se plantea por los expertos que no puede ser asimilable el control previo en materia de edificación, que sigue siendo necesaria la licencia previa. Pero ¿está realmente justificado, si como hemos visto, no deja de ser un mecanismo lento e ineficiente que tampoco consigue evitar las situaciones de ilegalidad?. Por tanto la Directiva supone una necesaria recomposición de uno de los núcleos centrales del derecho administrativo, el acto administrativo autorizatorio. Conforme su art. 9, la autorización previa para el ejercicio de actividades debe de dejar de ser la regla para convertirse en la excepción. Reflexiona Linde¹⁶ acerca de cultura clásica de nuestro legislador administrativo y de la práctica de gestión de las administraciones públicas, en donde tradicionalmente se ha partido de una desconfianza

¹⁵ A lo mejor la eliminación del control previo resulta favorable para eliminar nichos de corrupción.

¹⁶ Enrique Linde Paniagua, “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior”, RDUE nº 14, pags 87 a 89.

de hacia el cumplimiento natural del ordenamiento por parte de los ciudadanos y por qué la defensa del interés general, ha propiciado el nacimiento y la hipertrofia del sistema de autorizaciones previas para el ejercicio de derechos subjetivos preestablecidos. La Directiva va a obligar a repensar el estructura del sistema en el orden normativo potenciando los controles ex post y reforzando y endureciendo el régimen sancionador, así como trasladando a los operadores la responsabilidad de verificar el autocumplimiento de las normas y requisitos que disciplinan el ejercicio de su actividad.¹⁷. En consecuencia parece que se va a ir generalizando la utilización de la denominada **declaración responsable** o el **acto comunicado**.

La declaración responsable se ha regulado con carácter básico en el art. 71bis¹⁸ de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, mediante la Ley 25/2009, de 22 de diciembre. Para el ámbito urbanístico el TR 2/2008 de la Ley de Suelo regula con carácter básico¹⁹, las consecuencias y responsabilidades del uso de esta técnica. Como

¹⁷ Una importante consecuencia del cambio de cultura puede ser la disminución de la corrupción administrativa

¹⁸ *Artículo 71 bis* Declaración responsable y comunicación previa

1. A los efectos de esta Ley, **se entenderá por declaración responsable** el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio.

Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable.

2. A los efectos de esta Ley, **se entenderá por comunicación previa** aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1.

3. **Las declaraciones responsables** y las comunicaciones previas **producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente** y permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente.

4. **La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable** o a una comunicación previa, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable o comunicación previa, **determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos**, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.

Asimismo, la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un periodo de tiempo determinado, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación.

5. Las Administraciones Públicas tendrán permanentemente publicados y actualizados modelos de declaración responsable y de comunicación previa, los cuales se facilitarán de forma clara e inequívoca y que, en todo caso, se podrán presentar a distancia y por vía electrónica.

¹⁹ Art. 9º Contenido del derecho de propiedad del suelo: deberes y cargas.

9. Cuando la legislación de ordenación territorial y urbanística aplicable sujete la primera ocupación o utilización de las edificaciones a **un régimen de comunicación previa o de declaración responsable**, y de dichos procedimientos no resulte que la edificación cumple los requisitos necesarios para el destino al uso previsto, la Administración a la que se realice la comunicación deberá adoptar las medidas necesarias para el cese de la ocupación o utilización comunicada. Si no adopta dichas medidas en el plazo de seis meses, será responsable de los perjuicios que puedan ocasionarse a terceros de buena fe por la omisión de tales medidas. La Administración podrá repercutir en el sujeto obligado a la presentación de la comunicación previa o declaración responsable el importe de tales perjuicios.

en el precepto se indica, las declaraciones responsables y comunicaciones previas se desarrollan, por la legislación de cada CA, pues resulta un sector de competencia exclusiva²⁰ de estas conforme el art. 148.1.3º de la CE. En la CA de Canarias, para adaptarse al nuevo marco, se modificó su norma de cabecera del sistema normativo²¹, añadiendo un art. 166 bis²² que, en virtud de la nueva figura de la declaración responsable, sustituye el control previo mediante licencia respecto de la ocupación y uso de una edificación ya terminada, por una declaración responsable que verifique que lo ejecutado se ajusta al proyecto autorizado. Así pues, no es igualmente relevante que lo ejecutado se ajuste a lo proyectado, a que lo proyectado se ajuste a la normativa urbanística. ¿Por qué no extender la virtualidad de la declaración responsable al proyecto edificatorio?

Pero el legislador, como suele ocurrir en los procesos de trasposición de normativa comunitaria, ha dejado su trabajo a medio terminar, pues no ha modificado el reglamento desarrollador de la Ley, que sigue manteniendo la exigencia de autorización previa,²³ aunque este debe entenderse sobrevenidamente derogado por eliminación de su cobertura legal (art. 166.1.h). ¿Cual es el problema entonces?, pues que en la práctica de los operadores jurídicos, no se ha determinado cuales son el efecto de la declaración responsable en el tiempo y en caso de ilegalidad, si cabe el silencio administrativo positivo pasados los plazos de inspección administrativa, o por el contrario, si la administración tiene la posibilidad de reaccionar contra un fraude o contravención de manera indefinida en el tiempo cuestionando el principio de seguridad jurídica. Las declaraciones responsables no tienen regulación expresa con relación a su tramitación en nuestra Comunidad Autónoma. Diversas leyes autonómicas entienden que, si tras el requerimiento de la Administración el interesado no subsana la

Tanto la práctica de la comunicación previa a la Administración competente, como las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que aquella pudiera adoptar en relación con el acto comunicado, deberán hacerse constar en el Registro de la Propiedad, en los términos establecidos por la legislación hipotecaria y por esta Ley.

²⁰ Sobre la existencia de títulos competenciales estatales de intervención en el territorio y la necesidad de considerar esta competencia como compartida, véase mi comentario al artículo 1 del TR 2/2008 de la Ley de Suelo, en Estudio del articulado del Texto Refundido de la Ley de Suelo estatal, pags. 79 y ss, Thomson Aranzadi 2009.

²¹ El art. 166.bis del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y Espacios Naturales de Canarias, (TRLOTENC), introducido por la Ley 7/2011, de 5 de abril, de actividades clasificadas y espectáculos públicos.

²² **Artículo 166. bis Declaración responsable.**- La primera utilización y ocupación de edificaciones e instalaciones en general deberán ser precedidas por una declaración responsable presentada por el titular del derecho en el ayuntamiento correspondiente, que deberá adjuntar un 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 y, en particular, cuando se trate de viviendas, a 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.

²³ art. 216 del Decreto 183/2004, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de gestión y ejecución del sistema de planeamiento de Canarias, (RGUC).

declaración presentada, la misma pierde su efecto, (en Castilla La Mancha, por ejemplo, el art. 6 de la Ley 7/2013, de 21 de noviembre, de adecuación de procedimientos administrativos y reguladora del régimen general de la declaración responsable y comunicación previa), e igualmente se recoge en Ordenanzas Municipales como la de Madrid, (arts. 48 a 50 Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias urbanísticas). Para la doctrina ²⁴, no estamos ante una ficción de acto administrativo que diera lugar a silencio positivo, primero porque no hay tal actividad pública y segundo porque el sentido positivo del silencio en materia de licencias fue modificado por la Ley de Suelo (art.9.8 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio). Sobre este tema el pleno del TC ha acordado admitir a trámite por providencia de 5 de noviembre 2013 el recurso de inconstitucionalidad nº 5493/2013 contra el apartado cinco de la disposición final duodécima de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas, que modifica entre otros, los apartados 7 y 8 del artículo 9 de la mencionada Ley (BOE de 14 noviembre de 2013), es decir, el denominado silencio negativo automático. En nuestra opinión, en este punto el TC debería resolver dando una coherencia al sistema y en una apuesta por extender los principios de libertad y mínima intervención en materia económica que están en la cabecera de la normativa de servicios, pronunciarse en contra de ese silencio negativo automático, lo que permitiría volver al tradicional sistema del silencio positivo en materia edificatoria, lo cual sería relevante para abrir el debate sobre la posibilidad de ir hacia un sistema de declaración responsable también en materia edificatoria.

En relación con la declaración responsable no tienen regulación expresa con relación a su tramitación en esta Comunidad Autónoma, ni existe tampoco mayor normativa a nivel estatal. Diversas normativas autonómicas entienden que, si tras el requerimiento de la Administración, el interesado no subsana la declaración presentada, la misma pierde su efecto, (en Castilla La Mancha, por ejemplo, el art. 6 de la Ley 7/2013, de 21 de noviembre, de adecuación de procedimientos administrativos y reguladora del régimen general de la declaración responsable y comunicación previa), e igualmente se recoge en Ordenanzas Municipales como la de Madrid, (arts. 48 a 50 Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias urbanísticas).

²⁴ Véase: entre otros, El impacto de la D. de servicios en las licencias urbanísticas y de actividades, M^a Aranzazu García Garro , Monografías de la Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación. 2013; Autorizaciones y Licencias hoy, coord. L. Parejo Alfonso , tirant lo blanch 2013; La declaración responsable urbanística y los actos de comprobación material, Agustín Juan Gil Franco, Rev. de Urbanismo y Edificación nº 32

IV.- ACTIVIDADES CLASIFICADAS Y ESPECTÁCULOS PÚBLICOS.-

En la CA de Canarias se adaptó el sector del ordenamiento denominado medio ambiente urbano o actividades clasificadas a la Directiva 123/2006 por medio de la Ley 7/2011, de 5 de abril de actividades clasificadas y espectáculos públicos y otras medidas administrativas, que en su Preámbulo hace referencia al impacto que tiene la Directiva 123/2006 y confiesa que: *es evidente que los principios que inspiran dicha directiva y la legislación estatal dictada en su aplicación y adaptación deben presidir, igualmente, la nueva ordenación del régimen de actividades clasificadas.* En su articulado ha optado por generalizar el sistema de la **comunicación previa** como régimen de intervención administrativa previa para la instalación de las actividades que regula (art. 5.1²⁵ y 13) remitiendo a un Decreto del Gobierno de Canarias los supuestos excepciones en los que se exigirá la previa autorización administrativa. Este Decreto (52/2012 de 7 de Junio) únicamente reserva a autorización previa unas pocas actividades y espectáculos de gran afluencia²⁶. Para la denominada fase de apertura o puesta en marcha se generaliza la técnica de la **declaración responsable** (art. 28²⁷).

²⁵ **Artículo 5** Criterios para la determinación del régimen de intervención aplicable

1. El régimen de intervención previa aplicable para la instalación, la apertura y la puesta en funcionamiento de los establecimientos que sirven de soporte a la realización de actividades clasificadas será con carácter general el de comunicación previa. Excepcionalmente, será de aplicación el régimen de autorización administrativa previa con respecto a aquellas actividades clasificadas que así se establezcan, expresa y motivadamente, por decreto del Gobierno de Canarias.....

²⁶ **ANEXO 2.-** Actividades clasificadas sujetas al régimen de autorización administrativa previa.

Por concurrir en ellas las circunstancias previstas en el artículo 5.1 de la Ley 7/2011, de 5 de abril (LA LEY 7493/2011), de actividades clasificadas y espectáculos públicos y otras medidas administrativas complementarias, se requerirá la obtención de licencia previa para la instalación, traslado y modificación sustancial de los establecimientos que sirven de base al ejercicio de las actividades clasificadas que seguidamente se relacionan:

- 12.1. Actividades musicales: siempre que su aforo sea superior a 150 personas.
- 12.2. Actividades de restauración, en los siguientes casos:
 - Cuando dispongan de terraza o cualquier otro espacio complementario al aire libre, con una capacidad superior a 20 personas.
 - En el resto de los casos, siempre que su aforo sea superior a 300 personas.

- ...

«Actividades de juegos y apuestas» del anexo suprimidas por el número 2 de la Disposición Final 1ª del D [CANARIAS] 86/2013, 1 agosto, por el que se aprueba el Reglamento de actividades clasificadas y espectáculos públicos («B.O.I.C.» 14 agosto). Vigencia: 15 agosto 2013

- 12.4. Espectáculos públicos: siempre que su aforo sea superior a 300 personas, salvo los establecimientos abiertos al público destinados a espectáculos cinematográficos.

²⁷ **Artículo 28** De la comunicación previa al inicio de la actividad

La puesta en marcha de actividades clasificadas requerirá la presentación de declaración responsable por el promotor ante la Administración competente adjuntando la certificación técnica, visada por el colegio profesional correspondiente en caso de actividades calificadas como insalubres o peligrosas, acreditativa de la conclusión de las obras y de su adecuación a las condiciones establecidas en la licencia de instalación.