

Revista digital CEMCI

Número 4: julio a septiembre de 2009

ISSN 1989-2470



La Revista digital CEMCI (ISSN 1989-2470) es una publicación periódica trimestral, elaborada por el Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, cuya difusión se realiza de forma electrónica. Con el objeto de facilitar la consulta y descarga de la misma, se ha preparado el presente documento en formato PDF. No obstante, a la versión oficial de la [Revista CEMCI](#) se puede acceder a través de la página web del [CEMCI](#).

SUMARIO:

1.- Editorial

2.- Tribuna

- Las tasas municipales: ordenanza fiscal, informe técnico-económico y valor del aprovechamiento. José María JAIME VÁZQUEZ
- La contratación de las fundaciones en la Ley de Contratos del Sector Público. José Antonio MORENO MOLINA
- Los desafíos de la "Directiva Bolkestein" para las entidades locales: el adiós a las licencias y el posible renacer de las ordenanzas locales. Ferrán TORRES COBAS

3.- Documentos CEMCI

- Motivación y habilidades de la dirección. Cristóbal JIMÉNEZ MORILLO.
- La problemática en la aplicación de la jubilación parcial del empleado público en la administración local. María del Carmen MOLINA CANTERO

4.- Formularios. Configuración jurídica y tramitación de los Proyectos de Actuación en el Derecho urbanístico andaluz. Carlos BULLEJOS CALVO

5.- Ocio. Etnosur.

EDITORIAL

Acabamos de superar el ecuador de este mandato local que está siendo marcado por las dificultades económicas de las haciendas. Desde luego que la crisis no discrimina y aprieta a todos los niveles de gobierno, pero si ya venía reclamándose desde hace muchos años, en coyunturas como la actual se evidencia especialmente la necesidad de una reforma de la financiación local. Una vez más (y esperemos que a la enésima vaya la vencida) parece que algo se mueve en los gobiernos estatal y autonómico.

El pasado mes de mayo, el Secretario de Estado de Cooperación Territorial expresó en Municipia el propósito de contar con un texto de trabajo para la aprobación de una nueva ley básica. Y sería uno de los últimos trenes que en esta materia le van a pasar por delante al Estado, después de la aprobación de nuevos Estatutos de Autonomía y de próximas leyes autonómicas de régimen local. Esperemos que este nuevo impulso ministerial dé resultado, tras aparcar sorprendentemente por varios años aquel Anteproyecto de Ley básica del Gobierno y Administración Local.

También parece que podemos confiar en que esta sea la legislatura en que el Parlamento andaluz apruebe una ley de régimen local que, con el debido respeto de lo básico, aporte soluciones nuevas a viejos problemas del municipalismo como el competencial, el financiero o la articulación correcta de la intermunicipalidad.

No queremos pasar por alto algo que hemos mencionado incidentalmente: el pasado mes de mayo se celebró la segunda edición del Congreso Municipia, organizada por la Diputación Provincial de Zaragoza, y en la que participó el CEMCI. Al igual que en la primera edición (2004), el contenido del Congreso fue de enorme interés. Por eso hay que felicitar a la organización del Congreso, por su acierto y su contribución al debate sobre la reforma del gobierno local.

Este nuevo número de la Revista CEMCI ofrece en *Tribuna* tres nuevos artículos que consideramos muy interesantes: en primer lugar, el profesor José Antonio Moreno Molina presenta un artículo sobre el controvertido régimen de contratación de las fundaciones; Ferrán Torres Cobas escribe sobre una materia no menos actual,

apremiante y polémica como la Directiva comunitaria de servicios y su incidencia en las licencias y ordenanzas municipales; y por último, José María Jaime Vázquez aporta un artículo de gran valor práctico sobre las tasas.

En esta ocasión, quienes hacemos la Revista CEMCI les deseamos a todos no sólo que este nuevo número les resulte interesante. También les deseamos un feliz verano y descanso en vacaciones.



LAS TASAS MUNICIPALES:

**ORDENANZA FISCAL,
INFORME TÉCNICO-ECONÓMICO
Y VALOR DEL APROVECHAMIENTO**

José María Jaime Vázquez

Subdirector de Gestión de Tributos

Organismo Autónomo de Gestión Tributaria y Otros Servicios del Ayuntamiento de
Málaga

ÍNDICE:

1.- AUTONOMÍA LOCAL, SUFICIENCIA FINANCIERA Y EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA POR PARTE DE LAS ENTIDADES LOCALES	1
2.- NATURALEZA Y ALCANCE DE LAS ORDENANZAS FISCALES MUNICIPALES.....	5
3.- LAS TASAS: EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA Y DE PROPORCIONALIDAD.....	10
4.- EL INFORME TÉCNICO-ECONÓMICO	14
5.- LA CUANTÍA DE LAS TASAS Y LA VALORACIÓN DEL APROVECHAMIENTO	20
6.- EL VALOR CATASTRAL COMO REFERENCIA PARA LA VALORACIÓN DEL APROVECHAMIENTO.....	23
7.- LA OCUPACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO LOCAL: LOS CAJEROS AUTOMÁTICOS	25
8.- LAS EMPRESAS SUMINISTRADORAS DE SERVICIOS DE CARÁCTER GENERAL.....	27
9.- UN CASO PARTICULAR: LA TELEFONÍA MÓVIL.....	28
10.- INFORME DE FISCALIZACIÓN DE LA GESTIÓN DE LA TASA POR UTILIZACIÓN PRIVATIVA O APROVECHAMIENTO ESPECIAL DEL DOMINIO PÚBLICO LOCAL	33
BIBLIOGRAFÍA	37
ANEXO: ZONAS DE VALOR COMO REFERENTE PARA EL CÁLCULO DEL APROVECHAMIENTO.....	39

1.- AUTONOMÍA LOCAL, SUFICIENCIA FINANCIERA Y EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA POR PARTE DE LAS ENTIDADES LOCALES.

Las entidades locales tienen constitucional y legalmente atribuidas determinadas funciones y competencias para la gestión de sus intereses; su ejercicio exige y justifica la disponibilidad de instrumentos y recursos adecuados para ello.

Tal y como reconoce la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), los municipios:

- son entidades básicas de la organización territorial del Estado
- tienen derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses y
- tendrán plena capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines en el ámbito de sus respectivas competencias.¹

El ejercicio de la **autonomía local** implica la capacidad de aprobar normas generales en el ámbito de sus competencias y en el marco de la Ley. El artículo 4.1, a) de la Ley 7/1985, de 2 de Abril, reconoce a los Municipios, las Provincias y las Islas, en su calidad de Administraciones territoriales:

¹ **Artículo 133 (CE).** 1. La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante Ley. 2. Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las Leyes. 3. Todo beneficio fiscal que afecte a los tributos del Estado deberá establecerse en virtud de Ley. 4. Las administraciones públicas sólo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las Leyes.

Artículo 105. Ley 7/85: 1. Se dotará a las Haciendas locales de recursos suficientes para el cumplimiento de los fines de las entidades locales. 2. Las Haciendas locales se nutren, además de tributos propios y de las participaciones reconocidas en los del Estado y en los de las Comunidades Autónomas, de aquellos otros recursos que prevea la Ley.

Artículo 106. Ley 7/85: 1. Las entidades locales tendrán autonomía para establecer y exigir tributos de acuerdo con lo previsto en la legislación del Estado reguladora de las Haciendas locales y en las Leyes que dicten las Comunidades Autónomas en los supuestos expresamente previstos en aquélla. 2. La potestad reglamentaria de las entidades locales en materia tributaria se ejercerá a través de Ordenanzas fiscales reguladoras de sus tributos y de Ordenanzas generales de gestión, recaudación e inspección. Las Corporaciones locales podrán emanar disposiciones interpretativas y aclaratorias de las mismas. 3. Es competencia de las entidades locales la gestión, recaudación e inspección de sus tributos propios, sin perjuicio de las delegaciones que puedan otorgar a favor de las entidades locales de ámbito superior o de las respectivas Comunidades Autónomas, y de las fórmulas de colaboración con otras entidades locales, con las Comunidades Autónomas o con el Estado, de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado.

Artículo 7. Ley 58/2003, General Tributaria: Fuentes del ordenamiento tributario. 1. Los tributos se regirán: a) Por la Constitución. b) Por los tratados o convenios internacionales que contengan cláusulas de naturaleza tributaria y, en particular, por los convenios para evitar la doble imposición, en los términos previstos en el artículo 96 de la Constitución. c) Por las normas que dicte la Unión Europea y otros organismos internacionales o supranacionales a los que se atribuya el ejercicio de competencias en materia tributaria de conformidad con el artículo 93 de la Constitución. d) Por esta Ley, por las Leyes reguladoras de cada tributo y por las demás Leyes que contengan disposiciones en materia tributaria. e) Por las disposiciones reglamentarias dictadas en desarrollo de las normas anteriores y, específicamente en el ámbito tributario local, por las correspondientes ordenanzas fiscales.

- la potestad reglamentaria, como facultad para producir las normas necesarias para regular la vida ciudadana que el artículo 5 califica como **Ordenanzas**.
- la potestad de autoorganización, que se concreta en la producción de normas de regulación interna que el artículo 20.1.c) de la Ley anterior califica como **Reglamentos Orgánicos**.
- la potestad tributaria entendida como la posibilidad de intervenir en aspectos fiscales y
- la potestad financiera, como el derecho y la facultad de obtener los recursos necesarios para la gestión de sus competencias.

Podemos apreciar que el art. 4.1. de la LBRL utiliza el término “**potestad reglamentaria**” en lugar de “potestad normativa” y, además, lo enumera en un mismo apartado, junto a la potestad de “autoorganización”.

Parece, por ello, que la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local está aludiendo a los reglamentos y en especial al Reglamento Orgánico. Sin embargo, el Reglamento Orgánico es la expresión genuina de la potestad de autoorganización, mientras que la potestad normativa (“reglamentaria”) se expresa fundamentalmente en las Ordenanzas, en cuanto normas de regulación social.

Para GALÁN GALÁN, A.² hay que distinguir entre normas locales autónomas y normas locales heterónomas. Las primeras son aquéllas que forman parte del ordenamiento local y que provienen del ente local exponencial de dicho ordenamiento. Son internas o propias de dicho ente y constituyen la expresa manifestación del ejercicio de sus prerrogativas y potestades como Administración Pública. Las segundas son externas, ajenas, que le vienen impuestas desde fuera, desde arriba y son fruto de la potestad normativa de otro ente de nivel territorial superior.

CHAMORRO GONZÁLEZ señala que el principio de autonomía implica una capacidad propia ajena a intromisiones provenientes de otros Entes para gestionar su propia esfera de intereses.

Como un claro ejemplo de las primeras, el art. 2.2 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales establece que:

“Para la cobranza de los tributos (...) la hacienda de las entidades locales (...) ostentará las prerrogativas establecidas legalmente para la hacienda del Estado, y actuará, en su caso, conforme a los procedimientos administrativos correspondientes”.

Las ordenanzas fiscales constituyen una de las manifestaciones más expresas y evidentes del ejercicio de estas prerrogativas.

² La potestad normativa local autónoma, Atelier, Barcelona, 2001.

Las administraciones de las ciudades tienen muy diferentes necesidades organizativas y requieren la disponibilidad de potestades en diverso grado dependiendo del tamaño de su población, de la problemática de su crecimiento, de la relevancia económica y social de sus problemas, etc. En consecuencia, la organización de las potestades municipales debería acomodarse a las peculiaridades de cada municipio, al menos dentro de un cuadro de categorías básico, que permitiera diferenciar entre las poblaciones grandes, medianas y pequeñas. De entre ellas, en las mayores, parece evidente que toda la gestión de los intereses municipales no puede confiarse exclusivamente al ayuntamiento y al alcalde, sino que resulta posible admitir, junto a ello, otros órganos deliberantes y ejecutivos.

A su vez, la potestad normativa que corresponda a los municipios, puede distribuirse entre los diferentes **órganos** que integran la Administración municipal, de un modo jerarquizado, de forma que las regulaciones de mayor trascendencia social o económico queden reservadas al ayuntamiento Pleno y las de carácter organizativo y, desde luego, las de naturaleza ejecutiva, puedan dejarse a la responsabilidad de los órganos ejecutivos³.

Las **ordenanzas** son disposiciones normativas aprobadas por acuerdo del Pleno correspondiente, que regulan los servicios, actividades y los ingresos de las entidades locales.

El concepto de ordenanza se vincula a tres bloques funcionales que son muy diferentes:

- las llamadas “actividades”, que conforman la reglamentación social
- los servicios públicos como “actividad prestacional” y
- los ingresos, que producen las denominadas **ordenanzas fiscales**.

La **autonomía financiera** no es más que una manifestación del principio de autonomía local: ambas se deben producir de forma simultánea y no se entiende la existencia de una sin la otra. Los ayuntamientos como Administración cercana a los ciudadanos que gestiona intereses públicos reciben demandas directas que exigen respuesta, a veces, de forma inmediata. Por ello, las entidades locales precisan disponer de recursos propios que se utilicen racionalmente para satisfacer dichas demandas.⁴

³ Ver “La diversificación formativa del ordenamiento local” de Santiago MUÑOZ MACHADO. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados* N° 7 bis, Quincena 15 - 29 Abr. 2006.

⁴ L. PAREJO ALFONSO, *Derecho básico de la Administración local*. Ed. Ariel, Barcelona 1988.
J.M. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Ed. Civitas/Univ. Complutense, Madrid

Desde la perspectiva financiera, la **autonomía** significa:

- la capacidad de disponer de recursos propios
- la capacidad de decisión sobre el empleo de los mismos
- el no sometimiento a otras instancias en el ámbito económico y
- la responsabilidad ante los ciudadanos por las decisiones que se puedan adoptar; en este sentido, la asociación entre las demandas ciudadanas y el pago de los tributos resulta evidente.

La Constitución Española en su art. 142 incorpora expresamente el **principio de suficiencia** a favor de las entidades locales como fórmula para garantizar el fin de su tradicional penuria económica. No obstante, puede apreciarse una cierta ambigüedad y un matizado valor normativo al principio de suficiencia financiera, que puede inferirse si tenemos en cuenta las siguientes consideraciones⁵:

a) La suficiencia se refiere a todas las competencias locales, tanto propias como delegadas; cualquier atribución de gestión cuyo coste gravite sobre las arcas locales genera una incidencia financiera sobre recursos propios que debe ser compensada; en especial la prestación de los denominados “servicios impropios”⁶.

b) El modo concreto en que se plasme el principio de suficiencia en el sistema de financiación local constituye una decisión que ha de adoptar el legislador de acuerdo, esencialmente, con criterios de oportunidad política, resultando, por ello, escasamente accesible al control jurisdiccional⁷; y

c) La suficiencia es exigible para el conjunto de todas las corporaciones locales y, por tanto, para garantizar la disponibilidad presupuestaria de todas y cada una de ellas es necesario tener en cuenta la disponibilidad del Estado en su conjunto; depende de los medios realmente existentes y de los que pueda disponer el Estado en su conjunto.⁸

Esta **suficiencia financiera**, sin embargo, no ha supuesto la absoluta desaparición de la **tutela** financiera. ARIAS ABELLAN, D.⁹ la define como el conjunto de potestades atribuidas por el Ordenamiento jurídico a un Ente público cuyo ejercicio supone la vigilancia o comprobación sobre la adecuación de la actividad de otro ente público que ni la LBRL ni la LRHL han suprimido totalmente.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2007.

⁶ El art. 26 de la Ley 7/85, de Régimen Local establece los servicios mínimos que deben prestar los municipios con carácter obligatorio, por sí o asociados con otros.

⁷ Sentencias del Tribunal Constitucional 179/1985 y 104/2000

⁸ STC 96/1990: Su finalidad no es más que la de garantizar en el marco de las disponibilidades presupuestarias la suficiencia financiera de todas y cada una de las corporaciones locales para posibilitar la consecución efectiva de la autonomía constitucionalmente garantizada.

⁹ *La tutela financiera de las Entidades locales*. Marcial Pons-Diputació de Barcelona, Madrid, 1993.

2.- NATURALEZA Y ALCANCE DE LAS ORDENANZAS FISCALES MUNICIPALES.

Tal y como expresábamos en el apartado anterior, la **potestad tributaria** no es más que una de las manifestaciones del ejercicio del principio de autonomía local, constitucionalmente consagrado.¹⁰

Las **ordenanzas fiscales** son las normas reguladoras del ámbito tributario derivadas del ejercicio de la potestad tributaria que concretan el principio de autonomía y el ejercicio de la misma, que deberán, en todo caso:

- a. Respetar los principios tributarios de carácter general contenidos en el art. 6 del texto refundido de la LRHL con pleno sometimiento a la Ley.
- b. Contener los elementos esenciales que determina el art. 16 del mismo texto y algunos adicionales que no se contienen específicamente en el mismo pero que resultan de inexcusable incorporación, como más adelante especificaremos.

Las ordenanzas fiscales aprobadas por las entidades locales, constituyen una auténtica manifestación y un ejercicio pleno del principio de autonomía local que reconoce nuestra legislación¹¹ y una demostración evidente del desarrollo y de la aplicación de estas prerrogativas establecidas en favor de la Administración y de la hacienda del Estado, en general y de las entidades locales, en particular.

En el art. 12 del propio texto refundido de la LRHL se señala que “la gestión, liquidación, inspección y recaudación de los **tributos locales** se realizará de acuerdo con lo prevenido en la Ley General Tributaria y en las demás Leyes del Estado reguladoras de la materia, así como en las disposiciones dictadas para su desarrollo”.

Además, su segundo apartado añade que “a través de sus ordenanzas fiscales las entidades locales podrán **adaptar** la normativa a que se refiere el apartado anterior al régimen de organización y funcionamiento interno propio de cada una de ellas, sin que tal adaptación pueda contravenir el contenido material de dicha normativa”.

En principio cabe entenderlas, por tanto, como normas que dictan estos entes como mecanismo de adaptación de aquellos aspectos que no están definidos con precisión o que aparecen simplemente apuntados en el ordenamiento jurídico general. Dicho en otros términos, completan y desarrollan las previsiones contenidas en la Ley.

Además, se convierte en el instrumento adecuado para lograr la conciliación entre los dictámenes normativos y el régimen de organización y funcionamiento interno de cada entidad local. En teoría, éste es su fundamento y su intencionalidad y no otra.

¹⁰ *Guía de Ordenanzas Municipales* de Valentín MERINO ESTRADA. Edit. Bayer Hnos. S.A.

¹¹ Constitución Española, Ley 58/2003, General Tributaria y Ley 7/1985 Reguladora de las Bases del Régimen Local

Sin embargo, en realidad la función y la funcionalidad de las **ordenanzas fiscales** van mucho más allá; así se sabe y así se acepta. En muchas ocasiones y en la práctica, incluso vienen a desempeñar el papel que a otro nivel y en otro sentido realiza la misma Ley: llegan a convertirse en verdaderas leyes en su ámbito de aplicación. No obstante, el propio legislador viene a advertir que, en cualquier caso, no se podrá contravenir el contenido de las normas.

Bien, pero ¿qué pasa cuando la norma no existe en determinados casos, se calla, omite precisiones o no resulta suficiente para aplicarla desde el punto de vista práctico? ¿cómo actúa la entidad local en estos supuestos?

El art. 8 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria concreta aquellos elementos que, en la regulación de un tributo, deberán de estar previstos y regulados por Ley. Efectivamente, en relación a las tasas municipales, el texto refundido de la LRHL contienen estos elementos esenciales –hecho imponible, supuestos de no sujeción, sujetos pasivos, cuota tributaria, devengo, gestión- sin embargo lo hace de forma un tanto singular e imprecisa, en algunos casos. Podemos apreciar algunos ejemplos de ello.

a) En relación al **hecho imponible**.

Establece el art. 20 del texto refundido de la LRHL al referirse a las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local que “las entidades locales podrán establecer tasas por cualquier supuesto de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, **y en particular** por los siguientes...”; lo cual viene a convertir la posterior relación en una lista abierta y orientativa que, en ningún caso, puede entenderse como “lista cerrada”.

El legislador utiliza esta técnica enunciativa para ejemplificar los supuestos de exacción pero contempla la posibilidad de que existan otros no mencionados expresamente que, puedan convertirse en hechos imponibles por cumplir los principios esenciales de la tasa¹².

En este sentido, tal y como reconoce la revista El Consultor, no resulta descartable sostener que los buzones de Correos pueden estar sujetos a la tasa por aprovechamiento del dominio público local.¹³

¹² Para que se pueda exaccionar una tasa es preciso: a) que se trate de un aprovechamiento especial o privativo, b) que su uso sea legítimo y c) que los bienes sean de dominio público local.

¹³ El Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (EC 1106/2004), únicamente prevé, en su art. 21.2, y exclusivamente para la modalidad de tasas por utilización privativa y aprovechamiento especial del dominio público local, la exención a favor del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales por los aprovechamientos inherentes a los servicios público de comunicaciones que exploten directamente y por todos los que inmediatamente interesen a la seguridad ciudadana o a la defensa nacional. Y en este sentido hemos de decir que Correos ha evolucionado, sufriendo diferentes cambios: en 1992, deja de ser una Dirección General para transformarse en organismo autónomo de carácter comercial y cinco años después, en entidad pública empresarial. En junio de

b) En relación a las **normas de gestión**.

A pesar de las múltiples alternativas que se pueden presentar en este aspecto, el texto refundido solo hace unas vagas referencias a dos cuestiones concretas:

- que las tasas pueden exigirse en régimen de autoliquidación; lo cual es una obviedad.
- que las entidades locales podrán establecer convenios de colaboración con entidades, instituciones y organizaciones representativas de los sujetos pasivos de las tasas, con el fin de simplificar el cumplimiento de las obligaciones formales y materiales derivadas de aquéllas, o los procedimientos de liquidación o recaudación; lo cual también parece una obviedad.

Constituyen ejemplos especialmente significativos del grado de detalle que se utiliza para la regulación de las tasas en contraposición con el que se emplea para la regulación de los impuestos. Es decir, el grado de precisión que el texto refundido que aprueba la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (LRHL) utiliza para definir los diferentes elementos impositivos (hecho imponible, sujeto pasivo, cuota tributaria, gestión del tributo), se sustituye por unas genéricas, vagas y obvias referencias cuando se trata de la regulación de las tasas; a pesar de que éstas gozan de esa misma naturaleza tributaria.

¿Cómo debemos entender que el grado de minuciosidad con la que se regula en el texto refundido el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, haciendo alusión incluso a normas catastrales que completan y condicionan en gran medida la aplicación del mismo, se sustituya por una mera referencia a que los ayuntamientos podrán establecer una tasa por el servicio de recogida de basuras, cuando en la práctica esta tasa puede llegar a convertirse en un segundo IBI afectando a los mismos sujetos pasivos, a los mismos inmuebles e, incluso puede llegar a emplear los mismos elementos tributarios para configurar la tarifa, verbigracia el valor catastral?

En el primer caso, el IBI, la intervención del ayuntamiento se circunscribe a poco más que la aprobación de un tipo de gravamen y unas bonificaciones potestativas, sin embargo, en el segundo de los casos, la tasa de basuras, el mismo ayuntamiento dispone de absoluta libertad –que roza la discrecionalidad– para el establecimiento de elementos tributarios, normas de gestión, establecimiento de tarifas, regulación de supuestos de no sujeción, e incluso verdaderos beneficios fiscales encubiertos en forma de descuento, tarifas reducidas, subvenciones compensatorias y un largo etcétera.

2001 estrena una nueva forma de gestión bajo un nuevo régimen jurídico: el de sociedad anónima estatal. Deja, pues, de ser explotado el servicio directamente por el Estado, pues aunque estamos ante una forma de gestión directa, cuando tal explotación se lleva a cabo a través de una sociedad mercantil el servicio no se explota directamente. Esta postura puede ser discutida, y de hecho lo será por parte del Estado, pero creemos que es perfectamente sostenible, dado el principio contenido en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre [BOE del 18], General Tributaria (LGT 2003), art. 14, que prohíbe la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales.

No ocurre así en el caso de los impuestos; en particular, los de carácter obligatorio¹⁴. En estos casos, el texto refundido de la LRHL contiene los elementos esenciales para que se pueda aplicar de forma directa, incluso, en ausencia de un pronunciamiento expreso de la entidad local.

Ante la ausencia de este pronunciamiento expreso el texto refundido contempla todos los elementos necesarios para que el tributo pueda exigirse, abundando de esta forma en su naturaleza preceptiva. Esta previsión alcanza, incluso, a la fijación de un tipo de gravamen mínimo que se aplicaría por defecto, una fórmula de gestión e, incluso, un régimen de beneficios fiscales preceptivos.

Sí es cierto que también en estos casos, la existencia de una ordenanza municipal ayuda a concretar y adaptar las disposiciones legales a las características organizativas y a las especificidades de cada ayuntamiento; amen de cumplir con esa otra función adicional de completar o aclarar cuestiones sustanciales o procedimentales de otra naturaleza:

- aportación de documentos o concreción de requisitos
- aprobación de modelos y plazos
- concreción de beneficios fiscales: forma o modelo, plazo de solicitud o documentos a aportar.
- otros aspectos sustantivos y formales

En cualquier caso, las ordenanzas **deberán contener** los elementos esenciales que establece el artículo 16 del texto refundido de la LRHL y aquellos otros que exigen la jurisprudencia:

- a) La determinación del hecho imponible, los sujeto pasivos y responsables del tributo, las exenciones, reducciones y bonificaciones, la base imponible y liquidable, el tipo de gravamen o la cuota tributaria, el período impositivo y el devengo.
- b) Los regímenes de declaración y de ingreso.
- c) Las fechas de su aprobación y del comienzo de su aplicación.
- d) Los elementos necesarios para la determinación de las cuotas tributarias
- e) Por último y cuestión fundamental como ya veremos, el **informe técnico-económico** que debe justificar la cuantía de la tasa.¹⁵

¹⁴ Artículo 59. del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Enumeración de impuestos.

1. Los ayuntamientos exigirán, de acuerdo con esta Ley y las disposiciones que la desarrollan, los siguientes impuestos:

- a) Impuesto sobre Bienes Inmuebles.
- b) Impuesto sobre Actividades Económicas.
- c) Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica.

2. Asimismo, los ayuntamientos podrán establecer y exigir el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras y el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, de acuerdo con esta Ley, las disposiciones que la desarrollen y las respectivas ordenanzas fiscales.

¹⁵ STS de 12 de marzo de 1997, de 23 de mayo de 1998, de 6 de marzo de 1999 y de 1 de julio de 2003.

Al margen de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, en la mayor parte de las ocasiones los elementos anteriores están condicionados, en gran medida por la forma que la entidad local utilice para la prestación de los servicios o la realización de las actividades¹⁶.

En cuanto al trámite de aprobación de las ordenanzas, se encuentra perfectamente descrito en el art. 17 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, siendo, además, un procedimiento común para el establecimiento, la supresión y la ordenación de tributos:

*“1. Los **acuerdos provisionales** adoptados por las corporaciones locales para el establecimiento, supresión y ordenación de tributos y para la fijación de los elementos necesarios en orden a la determinación de las respectivas cuotas tributarias, así como las aprobaciones y modificaciones de las correspondientes ordenanzas fiscales, se expondrán en el **tablón de anuncios** de la Entidad durante treinta días, como mínimo, dentro de los cuales los interesados podrán examinar el expediente y presentar las reclamaciones que estimen oportunas.*

*2. Las entidades locales publicarán, en todo caso, los anuncios de exposición en el **boletín oficial de la provincia**, o, en su caso, en el de la comunidad autónoma uniprovincial. Las diputaciones provinciales, los órganos de gobierno de las entidades supramunicipales y los ayuntamientos de población superior a 10.000 habitantes deberán **publicarlos**, además, en un **diario** de los de mayor difusión de la provincia, o de la comunidad autónoma uniprovincial.*

*3. Finalizado el período de exposición pública, las corporaciones locales adoptarán los **acuerdos definitivos** que procedan, resolviendo las reclamaciones que se hubieran presentado y aprobando la redacción definitiva de la ordenanza, su derogación o las modificaciones a que se refiera el acuerdo provisional. En el caso de que no se hubieran presentado reclamaciones, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo, hasta entonces provisional, sin necesidad de acuerdo plenario.*

*4. En todo caso, los acuerdos definitivos a que se refiere el apartado anterior, incluyendo los provisionales elevados automáticamente a tal categoría, y el texto íntegro de las ordenanzas o de sus modificaciones, habrán de ser **publicados en el boletín oficial de la provincia** o, en su caso, de la comunidad autónoma uniprovincial, sin que entren en vigor hasta que se haya llevado a cabo dicha publicación.*

*5. Las diputaciones provinciales, consejos, cabildos insulares y, en todo caso, las demás entidades locales cuando su población sea superior a 20.000 habitantes, **editarán***

¹⁶ Para profundizar más sobre las diferentes formas de gestión de los servicios públicos consultar el estudio de Jorge SANJUÁN ALBACETE que trata de analizar los efectos que la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, ha tenido en las diferentes formas de gestión de los servicios públicos locales (a excepción de las sociedades mercantiles participadas por las Entidades locales), con especial detenimiento en los organismos autónomos y en las novedosas en el ámbito local entidades públicas empresariales.

el texto íntegro de las ordenanzas fiscales reguladoras de sus tributos dentro del primer cuatrimestre del ejercicio económico correspondiente.

En todo caso, las entidades locales habrán de expedir copias de las ordenanzas fiscales publicadas a quienes las demanden”.

En relación al contenido del presente artículo conviene tener en cuenta que antes de proceder al acuerdo de aprobación inicial del Pleno sería necesario:

- a. Una propuesta técnica con los fundamentos y elementos objetivos que la justifican, conteniendo todos los elementos que se detallan en el apartado 1 de anterior mención, acompañado, especialmente, de los estudios económicos que resulten necesarios y suficientes para justificar la existencia del necesario equilibrio entre el valor de los aprovechamientos o los costes de los servicios o actividades y las cantidades a exaccionar de los sujetos pasivos. Insiste la jurisprudencia sobre la necesidad de justificar los ingresos que se esperan alcanzar mediante la aplicación de la tasa.
- b. El pronunciamiento de la Intervención General por su afección sobre el presupuesto municipal¹⁷ y, en su caso, y cuando así sea requerido para ello el informe del Secretario General o de la Asesoría Jurídica Municipal¹⁸ o del Tribunal Económico-Administrativo municipal para aquellos municipios en los que exista y se estén sometidos al Título X de la Ley 7/85 LBRL¹⁹.
- c. En su caso, y siempre que así se prevea en el correspondiente reglamento orgánico interno de funcionamiento de la entidad local, el pronunciamiento de la Junta de Gobierno Local, las Comisiones Informativas y el cumplimiento del plazo previo de alegaciones de los grupos políticos.
- d. A continuación se produciría la aprobación provisional por el Excmo. Ayto. Pleno. Con posterioridad se seguirían los trámites referidos en el citado art. 17 de la LRHL.

3.- LAS TASAS: EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA Y DE PROPORCIONALIDAD²⁰.

La aplicación de una tasa, al igual que ocurre con cualquier otro tributo, debe estar presidida por el escrupuloso respeto al principio constitucional de **capacidad económica**. Así lo establece el art. 31 de la Constitución Española, el art. 3 de la vigente Ley General Tributaria y el art. 8 de la Ley 8/1989 de 13 de abril de Tasas y Precios Públicos.²¹

¹⁷ Artículo 213 y ss, del texto refundido de la LRHL

¹⁸ Artículo 122 de la Ley 7/85, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

¹⁹ Artículo 137 de la Ley 7/85, Reguladora de las Bases del Régimen Local

²⁰ Para profundizar en el estudio de las tasas consultar: *Tasas y precios públicos en el Derecho español* de MARTÍN FERNÁNDEZ, F.J., IEF-Marcial Pons, Madrid, 1995; *Tasas y precios públicos en el ordenamiento jurídico español* de ABAD FERNÁNDEZ, M. y otros, IEF-Marcial Pons, Madrid, 1991; *Problemas actuales de las tasas* de RUIZ GARIJO, M, Lex Nova, Valladolid, 2002.

²¹ **Artículo 31 (CE)**. 1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio. 2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y

El principio de capacidad económica puede entenderse en un doble sentido:

- a. en sentido directo, entendida como disponibilidad de una renta o de un patrimonio
- b. en sentido indirecto, entendiéndola como la potencialidad que se demuestra cuando se produce un acto de consumo de un bien o servicio –aunque sea público- o cuando se realiza una actividad –aunque resulte obligatoria-.

En cualquier caso, el principio de capacidad económica no es interpretado de forma unánime por la doctrina. Algunos autores (*Yebra, Martul-Ortega o Lago Montero*) consideran que el principio de capacidad económica es un típico concepto jurídico indeterminado que no supone más que una mera declaración de principios, pero que en realidad carece de contenido normativo; para otros (*Rubio de Urquía, Arnal Suría o Pérez Royo*) es necesaria una aplicación correcta y rigurosa de este principio, que exige que se tenga en cuenta obligatoriamente en relación a las tasas.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de Junio de 2001 señala que “la idea clave, a modo de conclusión, es que en la tasa existe una solicitud de prestación del servicio por parte de los particulares, los cuales se mueven por su interés particular, es decir reciben algo que les beneficia, y este es el fundamento del tributo-tasa, no la capacidad de pago del particular».

La Resolución de 28 de octubre de 2008, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación al Informe de fiscalización de la Gestión de la Tasa por utilización privada o aprovechamiento especial de dominio público local contiene, en este sentido, una contundente afirmación digna de ser resaltada:

“En relación al principio de capacidad económica que debe prevalecer en el establecimiento de cualquier exacción en general y en el de las tasas en particular –art. 24.4 del texto refundido de LRHL- este informe afirma que **en ninguna de las ordenanzas fiscales** reguladoras de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local para los ejercicios 2001 y 2002, aprobados por los Ayuntamientos fiscalizados –son un total de 31- **se ha tenido en cuenta la capacidad económica** de los sujetos pasivos a la hora de determinar su cuantía”.

ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.³ Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la Ley.

Artículo 3. Ley 58/2003, General Tributaria: Principios de la ordenación y aplicación del sistema tributario. 1. La ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad. 2. La aplicación del sistema tributario se basará en los principios de proporcionalidad, eficacia y limitación de costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales y asegurará el respeto de los derechos y garantías de los obligados tributarios.

Señalar que entre los municipios fiscalizados existen algunos de importante tamaño como Cádiz, Córdoba, Albacete, Palma de Mallorca, Santa Cruz de Tenerife, Gijón, Logroño o Murcia, entre otros.

Hay que tener en cuenta que en el propio informe se detallan la pluralidad de criterios y de variables que se han utilizado en los diferentes ayuntamientos y en los respectivos informes técnico-económicos para justificar y graduar las respectivas exacciones analizadas; sin embargo, a juicio de los fiscalizadores no se advierten indicios de la aplicación de este principio o no resultan suficientes para relacionarlo con la capacidad económica de los sujetos pasivos.

Afirmación contundente y preocupante que podría llevarnos a las siguientes reflexiones:

- ¿No será que se trata de un principio que puede entrar en confrontación directa con otros principios propios o elementales de la filosofía de una tasa, como el de valor de mercado o con el de utilidad del aprovechamiento que la misma norma –art. 24.1.ª)- emplea?

- ¿No será que tendría que perfilarse en mejor y mayor medida la aplicación de este principio en el ámbito de las tasas y en concreto para las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial en el ámbito local?

- ¿No será que los gestores locales tienen que utilizar su imaginación para intentar conciliar la liberalidad o ambigüedad de las normas con los principios tributarios genéricos, la suficiencia financiera, la aplicación práctica de los tributos y el sentido común?

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1995, la del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 1 de Diciembre de 1995 o la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede de Granada, de 7 de Octubre de 1996 señalan:

*“La tasa es un tributo que **se ajusta mal al criterio de la capacidad económica** de los llamados a satisfacerla -y, esta idea se evidencia, con cierta singularidad, en el caso de la tasa por recogida de basuras -; el mismo art. 24.3 de la Ley 39/1988 lo viene a reconocer así, cuando dice que «para la determinación de la cuantía de las tasas deberán tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerlas», **no se trata de un mandato imperativo** de la ley a quienes deben organizar el sistema de tasas locales, sino de **un criterio orientativo**, un consejo a seguir, una posibilidad entre otras, que se materializa en el término legal «deberán», y así se dice, precisamente, porque la tasa no está pensada -como el impuesto- para medir las capacidades económicas individuales, sino ante todo; para financiar servicios públicos por vía diferente a los impuestos. No obstante, no significa esto que a la hora de establecerlas y, sobre todo de cuantificarlas, no se atiende a índices de capacidad de riqueza, o lo que es igual, a parámetros adecuados para medir o cuantificar el coste del servicio a financiar por medio de tasas. Y desde esta perspectiva, ése ha sido el criterio seguido por el Ayuntamiento de Granada que ha graduado la tasa por recogida de basuras de los*

establecimientos hoteleros, en atención a su categoría, y la correspondiente a los restaurantes, según el número de contenedores de los residuos y desechos, parámetros que son consecuentes con el tributo que se analiza, como igualmente válidos hubieran resultado otros módulos que tengan relación con el vertido de residuos urbanos por estos establecimientos.

En consecuencia, tampoco es de apreciar en este punto, causa susceptible de invalidar las disposiciones de la Ordenanza municipal reguladora de la tasa por recogida de basuras, para el ejercicio de 1993”.

Algunas Sentencias han sido mucho más contundentes en relación al principio de capacidad económica y llegan a afirmar que:

*“La Ciencia de la Hacienda ha distinguido siempre, dentro de los tributos, tres especies, los **impuestos** basados en la capacidad económica o de pago de los contribuyentes, medida fundamentalmente por la renta, el patrimonio o el gasto, las **contribuciones especiales** como recuperación por los entes públicos del coste de realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos, que originan un beneficio especial o un aumento de valor a favor de los contribuyentes, y por último, las **tasas** fundadas en el beneficio que los ciudadanos reciben por razón de los servicios públicos que les prestan los entes públicos, cuya cuantía máxima viene determinada por el coste del servicio, imputable a cada acto de prestación de servicios o por la ocupación privativa o aprovechamientos especiales del dominio público.*

*La inclusión de la capacidad económica en la cuantificación de las tasas, **de naturaliza** las mismas, y aumenta la dificultad de su cuantificación”²².*

En cuanto al **principio de proporcionalidad**, se contempla en el art. 84 de la Ley de Bases del Régimen Local y en los artículos 1 al 22 del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Habrá de ser respetado, por tanto, por las entidades locales en el ejercicio de sus actividades por cuanto así también lo impone el art. 106 de la Constitución Española que exige que las potestades administrativas estén sometidas al fin que las justifica.

En relación a las tasas por prestación de servicios o realización de actividades, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1988 llega a afirmar que sólo cuando claramente se demuestra la exigencia de un reprochable exceso entre lo recaudado por las tasas y los costes del servicio procede la anulación de las liquidaciones.

La Sentencia de 6 de junio de 2006 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Gijón llega a afirmar que, en relación a la aplicación de la tasa por aprovechamiento de la vía pública por la instalación de cajeros automáticos que:

²² Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2002.

“La exigencia de 107 euros anuales a una entidad bancaria por el aprovechamiento especial de la vía pública potencialmente las 24 horas de cada día del año, no puede considerarse desproporcionado”.

Como vemos la aplicación de este principio se reduce a una cuestión de puro sentido común por encima de cualquier otra valoración, a pesar de lo que pueda contenerse en el supuesto informe técnico-económico que lo apoye.

Por último añadir que según la jurisprudencia la tasa tiene, además, una **naturaleza retributiva**. Es decir, que se trata de un tributo exigido como contraprestación de una actuación administrativa o servicio prestado, que es lo que la diferencia del impuesto. La nota de reciprocidad en la contraprestación la diferencia del impuesto, y el principio de «tarifa suficiente» busca una cierta **proporcionalidad** entre el beneficio obtenido y el coste del servicio.²³

4.- EL INFORME TÉCNICO-ECONÓMICO²⁴.

El informe técnico-económico, que debe de formar parte del expediente de aprobación de la ordenanza reguladora de la tasa, se convierte en el elemento más vulnerable del expediente de aprobación o modificación de la misma. Es además, uno de los elementos más controvertidos en los Tribunales y de los que más pronunciamientos provoca. Además, su ausencia o insuficiencia provocan la nulidad absoluta de la ordenanza que la regule²⁵.

Este informe no puede considerarse como un simple elemento formal que precede a la aprobación de la ordenanza, su presencia es el instrumento esencial para la determinación de la cuantía de la deuda tributaria y, además, la garantía necesaria de que ésta se encuentra sometida al principio de reserva de ley que reconocen los artículos 8 de la Ley General Tributaria y 31.3 de la Constitución Española. Si falta en la ordenanza, al ser un elemento esencial de la misma, provocaría su invalidez y anulabilidad inmediata.²⁶

Como sabemos existen dos clases diferentes de tasas que presentan singularidades muy concretas y diferentes, tal y como veremos más adelante con mayor grado de detalle:

- La tasa por utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local
- La tasa por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos.

²³ STSJ del País Vasco de 9 julio de 2001.

²⁴ *Derecho de los bienes públicos*. Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA. Edit. Tirant lo Blanch. 2009

²⁵ Así lo reconoce, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2001

²⁶ STS de 1 de julio de 2003

En cualquier caso, podemos extraer una serie de conclusiones en relación a dicho informe:

1. Que, tal y como reconoce el art. 20.1 de la Ley 8/1989, de 13 de abril de Tasas y Precios Públicos, el informe técnico-económico deberá de estar presente en cualquier tipo de expediente regulador de una tasa; incluso en aquellos casos en que el expediente consista en una simple actualización de tarifas de ejercicios anteriores.²⁷
2. Que deberá de contener referencias expresas y justificadas de todas las variables necesarias –cuanto más, mejor– para valorar la utilidad derivada del aprovechamiento, el coste del servicio o de la actividad.
3. Que deberá contener una previsión de los ingresos estimativos que la tasa proporcionaría –principio de equilibrio entre ingresos y utilidades o costes–.
4. Que la tarifa debe quedar estructurada de tal forma que se respete el principio de capacidad económica de los sujetos pasivos obligados a satisfacerla

4.1.- Tasas por prestación de servicios o realización de actividades.

En esta modalidad de la tasa, su importe no podrá exceder, en su conjunto, del coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate o, en su defecto, del valor de la prestación recibida.

Salvo esta última expresión –*en su defecto, el valor de la prestación recibida*– que resulta de difícil interpretación, parece claro que las referencias legales aluden al **conjunto** de la exacción en relación al coste del servicio o la actividad; que también habría que entenderla referida a su totalidad. Es decir, que no cabrían valoraciones individuales y personalizadas para obtener un equilibrio constante entre coste y exacción. Se admite, por tanto, la posibilidad de que el desequilibrio individual se pueda producir en aras de otros principios generales, como el de capacidad de pago, pero no en relación al conjunto de la exacción; tal y como reconoce, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1994.

Su cuantificación se traduce en una cuestión eminentemente contable. Se trata de ir sumando los diferentes componentes que inciden de forma directa o indirecta en la prestación del servicio o en la realización de la actividad.

Con los **costes directos** no parecen existir demasiados problemas: se trataría de ir imputando –sumando– todos aquellos que forman parte de la prestación del servicio o de la actividad. El problema estriba en encontrar una solución adecuada o razonable para la imputación de los costes **indirectos**. Para ello, se utilizan habitualmente criterios contables

²⁷ STS de 21 de marzo de 2007. En cualquier caso, conviene justificar en el expediente de modificación de la ordenanza que la actualización de las tarifas no provoca distorsiones en relación al precio de mercado, el valor de los aprovechamientos o el coste de los servicios o de las actividades afectadas.

–contabilidad de costes– o estudios estadísticos que permitan la distribución porcentual de costes cuando inciden en diferentes servicios o actividades. Parece claro que habrá que considerar los costes de amortización y los costes financieros, en todo caso; así como aquellos otros que resulten necesarios para garantizar el mantenimiento y un desarrollo razonable del servicio o actividad por cuya prestación o realización se exige la tasa, todo ello con independencia del presupuesto con cargo al cual se satisfagan.²⁸

Otra cuestión añadida, posteriormente, es lograr una aplicación individualizada y razonable de las cuotas entre los obligados a satisfacerla. **La estructuración de la tarifa** es otra de las cuestiones más delicadas de la exacción de la tasa.

Supongamos que partimos de una tasa significativa en este aspecto: **la tasa por la recogida domiciliar de basuras**.

Su recepción obligatoria y la realización de este servicio en una situación de monopolio, justifican la consideración de la exacción como tasa; independientemente de la forma de la prestación del servicio. Una de las características esenciales de la misma es, además, su extenso ámbito de aplicación; como ya señalamos en otros apartados se convierte en un tributo con muchas similitudes con el impuesto local por antonomasia: el Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

La imputación directa de costes también parece fácil: operarios directamente utilizados para la recogida y el desplazamiento de residuos, los costes de las maquinarias y herramientas, los combustibles, los costes de reparación, los gastos de mantenimiento, las amortizaciones, los alquileres... que resulten imputables al servicio formarán parte de la evaluación de la tarifa.

Cuestión más complicada es determinar los gastos administrativos o generales que inciden, en cierta medida en el servicio final. La contabilidad de costes, en su caso, puede ser un instrumento adecuado para ello.²⁹

Una vez calculado el coste total imputable a la gestión del servicio o a la realización de la actividad gravada, la siguiente cuestión consiste en determinar la forma de estructurar la tarifa.

En ocasiones, tal y como sucede en el caso de esta tasa, la exacción se puede llegar a convertir en un segundo I.B.I., si se utilizan variables como la valoración catastral como fórmula para la graduación de las cuotas.

Para lograr una proporcionada aplicación y consideración de los principios de capacidad económica, equilibrio, progresividad y justa distribución de la carga tributaria tendríamos que emplear una adecuada combinación de variables para ello.

²⁸ Art. 19.3 de la Ley 8/1989, de 13 de abril de Tasas y Precios Públicos

²⁹ *Cálculo de costes e indicadores de gestión en los servicios municipales* – Thomson-Civitas-Edición 2005

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2007, antes citada señala que:

“Y precisamente una situación de este tipo es la que se nos plantea ahora, porque a la vista del llamado estudio económico-financiero formado por el Ayuntamiento demandado, que no es, sino una simple relación de costes sin justificación alguna y de ingresos previsibles, no puede venirse en conocimiento de la realidad de los datos que figuran y, en el caso presente, y, en concreto, como se ha llegado a la cifra de 68.976.060 ptas., que figura en concepto de coste del servicio de recogida de basuras, lo que se podría haber justificado sin ningún esfuerzo.

Pero es que además, concurre la circunstancia de que planteada esta cuestión, en relación con la posible inclusión de los costes de limpieza viaria y de playas, en el período de información pública, la hoy recurrente no recibió respuesta razonada a sus alegaciones, a pesar de que el artículo 21.1 de la Ley 39/1988, establece claramente que “las Entidades Locales no podrán exigir tasas por los servicios siguientes...e) Limpieza en la vía pública”. Y todavía más, con posterioridad, en el recurso contencioso administrativo, la representación procesal del Ayuntamiento de Tossa de Mar ha mantenido la conducta procesal elusiva antes referenciada.

Por esta sola razón, procede la declaración de nulidad del Acuerdo de modificación de la Ordenanza.

Pero es que además, y a falta de una mínima justificación en otro sentido, hay que entender que los gastos de colocación de papeleras y de conservación y mantenimiento de las mismas, forman parte del servicio público de limpieza viaria, por lo que su coste no puede incorporarse al del servicio de recogida de basuras y en la tasa que grava la prestación de este servicio, de acuerdo a lo antes dicho.

En fin, debido a que el estudio económico no es sino una mera relación de costes e ingresos, tampoco se concretan o justifican los conceptos o cuantías del “gasto de legalización de basurero” y “canon abocador Ajuntament Lloret de Mar”, así como los intereses y comisiones de anticipos, y premio de cobranza del Consell Comarcal de la Selva.”

Recientemente el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía³⁰ ha venido a confirmar la procedencia de cobrar la tasa de basura **en función al valor catastral de la vivienda**, entre otras cuestiones, por respetar el principio de capacidad económica. Afirma la referida Sentencia que:

“Podrá ser criticable por más o menos acomodado a la ortodoxia y a la técnica un método de cuantificación de una tasa concreta como la que nos ocupa, pero ello, no necesariamente acarrea su ilegalidad, salvo que se acreditara ir en contra del principio de capacidad económica, y ello no acontece en el supuesto de litis donde precisamente para

³⁰ Sentencia de 23 de enero de 2009 en relación a la ordenanza fiscal reguladora de la tasa por recogida de residuos sólidos urbanos en el Ayuntamiento de Vélez-Málaga

velar por tal principio se procura adecuar el mayor o menor importe de la tasa al mayor o menor pago de IBI, revelador, siquiera indiciariamente, de una determinada capacidad económica en el sujeto pasivo”.

Se reconoce la imposibilidad de indagar, caso por caso, la basura generada por cada uno de los sujetos pasivos que hagan uso del servicio.

En la Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 marzo 2007, se señala que resultan evidentes las dificultades que en algunos supuestos pueden plantearse, al elaborar los estudios económicos justificativos, especialmente en el caso de pequeños municipios. Así lo indicó ya la Sentencia de 8 de marzo de 2002, con ocasión de la tasa de apertura de establecimientos, en la que después de relacionar el complejo contenido del estudio económico referido a dicha tasa, se dijo por la Sala, ser consciente de que **“los requisitos expuestos son un «desideratum», y que en ciertos aspectos será obligado admitir ciertas aproximaciones, sin base estadística suficiente**, pero, en todo caso, exhorta sobre la **necesidad ineludible de huir de la arbitrariedad y de evitar la indefensión de los contribuyentes**, que son frecuentemente la parte débil e indefensa de la relación jurídico-tributaria.”

Esta Sentencia viene a recordar que, en el estudio técnico-económico, no sirve con una mera relación numérica, sin explicación, ni motivación alguna, de los costos que corresponden a los distintos servicios, además, se exige que exista un detalle de **los ingresos previstos que la tasa comporta**. Su omisión puede provocar la falta de un trámite esencial del procedimiento que obligaría a la anulación de la misma.³¹

4.2.- Tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local.

Son muchas las afirmaciones que podemos extractar de los pronunciamientos jurisdiccionales.

El artículo 25 del texto refundido de la LRHL señala que “los acuerdos de establecimiento de tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, o para financiar total o parcialmente los nuevos servicios, deberán adoptarse a la vista de **informes técnico-económicos** en los que se ponga de manifiesto **el valor de mercado** o la previsible cobertura del coste de aquéllos, respectivamente”.

De la propia dicción del articulado podemos deducir su conflictividad: el valor de mercado –en las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local– y el coste del servicio –en las tasas por prestación de servicios o realización de actividades–, se convierten en los únicos referentes válidos para su adecuada cuantificación.

³¹ TSJ Comunidad Valenciana, Sección 3ª, Sentencia de 26 de sept. de 2008.

Como señalábamos con anterioridad no existen más precisiones legales sobre la forma de aplicar el principio de capacidad económica y el resto de los principios generales de orden tributario o la forma de conjugarlo con los conceptos anteriores (valor de mercado o coste del servicio).

Al margen de lo anterior, supongamos, por ejemplo, que se pretende exigir una tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial de la vía pública por las **instalaciones de mesas y sillas**, habitual en bares, restaurantes y similares. La cuestión más delicada radica en encontrar una respuesta lógica para esta cuestión: ¿cómo calcularíamos el valor de mercado o el valor de la utilidad derivada del aprovechamiento del dominio público o del suelo ocupado?

En la práctica, podemos emplear determinados referentes que constituyen elementos indiciarios, en muchos casos, para calcular dicho valor: valor teórico de compra-venta (no existe para el dominio público), valor catastral (tampoco existe), beneficio medio presunto (es prácticamente imposible precisarlo), valor de un usufructo (demasiado forzado)...

Como vemos ninguna de las variables anteriores nos conduce de forma rigurosa al valor de la utilidad derivada del aprovechamiento y, por tanto, el valor de referencia para la cuantificación de la tasa en los términos exigidos por la normativa que conocemos. Son más bien ejercicios teóricos de aproximación para justificar lo que, en realidad sucede: son variables que se usan como excusa para llegar a una exacción, en general, y una cuota, en particular, razonable.

El Informe de fiscalización de la Gestión de la Tasa por utilización privada o aprovechamiento especial de dominio público local³² afirma que la doctrina ha considerado como valor de mercado lo que costaría el **arrendamiento del suelo público si fuera privado**, teniendo en cuenta, en primer lugar, el valor de **adquisición** del suelo según su zona o categoría, y adicionalmente la **duración del aprovechamiento y la superficie ocupada**. También se afirma que la utilidad obtenida incluye la **intensidad de uso** del bien y su eventual **valor de mercado**, pero no la modalidad del uso u otros criterios como la rentabilidad esperada.

En otros términos, para determinar adecuadamente el valor del aprovechamiento tendríamos que considerar:

1. El precio del arrendamiento si el suelo fuese privado.
2. El precio de adquisición.
3. La duración y la superficie ocupada.
4. La intensidad del uso
5. Su valor de mercado.

³² BOE núm. 36 de 11 de febrero de 2009

La conjugación de todos estos elementos se convierte en una ardua tarea sobre la que no cabe otra receta que la de aplicar un importante componente de esfuerzo, imaginación y sentido común.

5.- LA CUANTÍA DE LAS TASAS Y LA VALORACIÓN DEL APROVECHAMIENTO.

El artículo 24.1 de la LRHL establece que, con carácter general, el importe de las tasas previstas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local debe fijarse, con carácter general, “tomando como **referencia el valor** que tendría en el **mercado la utilidad** derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los **bienes** afectados no fuesen **de dominio público**. A tal fin, las ordenanzas fiscales podrán señalar en cada caso, atendiendo a la naturaleza específica de la utilización privativa o del aprovechamiento especial de que se trate, **los criterios y parámetros** que permitan definir el valor de mercado de la utilidad derivada”.

Curiosas expresiones que nos obligan a efectuar algunas consideraciones:

- Empezando por el final: En el caso de la utilidad privativa o el aprovechamiento especial las ordenanzas fiscales podrán fijar los criterios y parámetros que permitan definir el valor de mercado de esta utilidad. Es decir, que la definición de estos criterios y parámetros corresponde a las propias entidades locales; sin que exista una referencia que pueda servir para su concreción. Esta ambigüedad de la norma es la que provoca numerosos pronunciamientos jurisdiccionales que, ante la falta de concreción, no pueden estar basados más que en la lógica y en el sentido común.
- En general, se utilizan diferentes conceptos subjetivos que son de difícil concreción y que, del mismo modo, conducen a que las entidades locales apliquen grandes dosis de racionalidad y tengan que esperar posteriormente el pronunciamiento de los Tribunales.

Si no fuese de esta forma ¿cómo podríamos llegar al establecimiento de las tasas tomando como **referencia el valor** que tendría en el **mercado la utilidad** derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los **bienes** afectados no fuesen **de dominio público**?

No debemos olvidar, además, que en base a su naturaleza tributaria debemos de tener en cuenta además, tal y como, reconoce la jurisprudencia constantemente:

- el principio de capacidad económica y justicia tributaria
- el principio de equilibrio y proporcionalidad
- el principio de limitación de la exacción en función del aprovechamiento o del coste del servicio o de la actividad

Como podemos advertir, resulta complicado encontrar la fórmula ajustada para lograr el adecuado equilibrio de todos estos factores; sobre todo por la presencia de la numerosa subjetividad e indefinición de los términos empleados.

Asimismo, el propio artículo 24.1 de la LRHL prevé **excepcionalidades** y criterios particulares de determinación del importe de las tasas, cuando se utilicen procedimientos de licitación pública, y cuando se trate de utilización privativa o aprovechamientos especiales a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros de carácter general que afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario.

Este último caso merece especial atención por la peculiaridad de fijación de su importe «en todo caso y sin excepción alguna, en el 1,5 por 100 de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas».

En este mismo sentido la Ley 15/1987, de 30 de julio, de Tributación de la Compañía Telefónica Nacional de España, en su artículo 4.º sustituye, para el caso de esta empresa, todos los tributos de carácter municipal, con excepción del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, por una compensación en metálico de periodicidad anual, consistente en un 1,9 por 100 de los ingresos brutos procedentes de la facturación en cada término municipal.

Resulta especialmente significativo como el legislador, en estos casos concretos y por medio de estas excepciones se aparta de los principios esenciales ordenadores del sistema tributario o al menos no hace alusión alguna al respecto, por lo que hemos de entender que:

- a. están intrínsecamente contenidos en la formulación, o
- b. es una excepción de tal calibre que, en aras de su aplicación práctica, justifica la violación de esos principios esenciales.

En cualquier caso, en base a la redacción de la norma hemos de suponer que se han efectuado los estudios empíricos necesarios y suficientes para justificar que, en el caso concreto de las empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, la utilidad derivada del aprovechamiento del suelo, subsuelo o vuelo resulta equivalente al 1'5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal.

En el particular caso de la Compañía Telefónica, la tasa **se sustituye** por una compensación en metálico que debemos entender, también, que representa la utilidad del aprovechamiento y que representa el 1'9% de sus ingresos brutos en el término municipal.

En estas condiciones, por tanto, no resultan extrañas las conclusiones contenidas en el Informe de fiscalización de la Gestión de la Tasa por utilización privada o aprovechamiento

especial de dominio público local (BOE núm. 36 de 11 de febrero de 2009) y que más adelante analizaremos con mayor detalle.³³

Una vez valorado el aprovechamiento, bien de forma individual bien de forma conjunta, se presenta otra cuestión extremadamente compleja: ¿cómo estructuramos internamente la tarifa para lograr la adecuada distribución del aprovechamiento entre los potenciales afectados logrando, simultáneamente el respeto a los principios tributarios generales que antes comentábamos?

Podemos citar el caso concreto del aprovechamiento del dominio público local por la entrada y salida de vehículos (popularmente conocido como **vados**). La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Málaga de 7 de marzo de 2006 afirma que:

*Puesto que el **número de plazas** de cada aparcamiento define directamente la intensidad de la utilidad proporcionada (a más plazas mayor utilización del dominio público), dicho criterio debe regir, pues, **no ya como corrector** de la fijación de la tarifa, sino como **elemento directamente determinante del reparto** de la carga tributaria entre cada uno de los sujetos pasivos que participan de la utilización del dominio, lo que, en último extremo, lleva a rechazar también la fórmula empleada por la misma disposición cuestionada, que precisa la cuantía de la tasa para cada propietario en sentido inverso al número de plazas (a más plazas menor cuantía).*

*El empleo de este criterio, que evidencia la equivocación sufrida por el redactor de la norma a la hora de concretar el hecho gravable, estaría justificado si se gravara no sólo la entrada de vehículos sino asimismo la **prohibición de estacionar** en dicha entrada, elemento este del que, sin embargo, nada se dice en la Ordenanza ni en la memoria económica (al menos para el supuesto examinado, aunque sí se establezca ese gravamen para otros distintos, como el contemplado en el apartado G del artículo 6 de la misma Ordenanza). En tal caso, en el que la utilización del dominio (la prohibición de estacionamiento) no se vería afectada por el número de plazas del aparcamiento (la extensión de la prohibición sólo dependería de la amplitud de la entrada), sí sería razonable repartir el coste tributario **en función inversa al número de plazas** o propietarios, quienes, naturalmente, habrían de contribuir en mayor medida cuanto menor fuese su número.*

*Sin embargo, como se ha dicho, ni la Ordenanza ni su memoria económica se refieren a dicha prohibición como **objeto del gravamen** por lo que su consideración a fin de fijar la tasa en cuestión tampoco encuentra la debida justificación.*

Como se desprende de su contenido parece que, en este caso, podría hablar de la existencia de un doble supuesto de exacción: la utilización del dominio público local para la entrada a los inmuebles y la prohibición de estacionar delante de los mismos. Su adecuada

³³ En este informe se utilizan diferentes calificativos para referirse a este tipo de cuantificación especial de las tasas: criterios generales, criterios particulares o criterios peculiares con los términos que se utilizan para referirse a este procedimiento especial de cuantificación.

consideración parece determinante a la hora de configurar la estructura interna de la tarifa y los elementos tributarios a tener en cuenta en cada caso.

6.- EL VALOR CATASTRAL COMO REFERENCIA PARA LA VALORACIÓN DEL APROVECHAMIENTO.

El valor catastral es una de las variables que con mayor profusión se utiliza por las entidades locales como referentes para calcular el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público, tal y como exige el artículo 24 de anterior mención.

En realidad no es más que un intento de lograr una aproximación objetiva al valor en el mercado del suelo. Bien es cierto que en realidad se pretende valorar un suelo – público– sobre el que no existe mercado porque no existe ni oferta ni demanda y que no tiene relación alguna con el suelo privado –caracterizado por disponer de una calificación urbanística y unas expectativas de edificación y comercialización–.

La doctrina ha considerado como valor de mercado lo que costaría el arrendamiento del suelo público si fuera privado, teniendo en cuenta, en primer lugar, el valor de adquisición del suelo según su zona o categoría, y adicionalmente la duración del aprovechamiento y la superficie ocupada.³⁴

¿Cómo podemos crear la ficción de valorar la utilidad derivada del aprovechamiento de un trozo de la plaza Mayor de Madrid, la Plaza del Pilar de Zaragoza o la Plaza de la Constitución de Málaga?

Sin embargo, es una alternativa comúnmente aceptada por varios motivos:

- Se basa en unos teóricos valores de comercialización y tiene una teórica referencia (0'5) al precio de mercado.
- Se encuentra objetivamente valorado por una institución externa y ajena al propio Ayuntamiento: la Dirección General del Catastro.
- Tiene sus propios mecanismos de revisión al incorporarse al impuesto local por antonomasia –el I.B.I.–.
- Sirve para conocer los desequilibrios entre las diferentes zonas de la ciudad.

Además, las recientes ponencias aprobadas por la Dirección General del Catastro incorporan las denominadas **zonas de valor** que permiten clarificar y cuantificar la valoración de los usos de las diferentes zonas de la ciudad y además establecer la adecuada proporción entre ellas.

En el Anexo adjunto, podemos apreciar la distinción de las zonas de valor en los diferentes polígonos utilizados en el procedimiento de valoración colectiva de carácter

³⁴ Informe de fiscalización de la Gestión de la Tasa por utilización privada o aprovechamiento especial del dominio público local (BOE núm. 36 de 11 de febrero de 2009)

general que se ha desarrollado en Málaga a lo largo de 2008 y que ha entrado en vigor con el IBI el día 1 de enero de 2009.

Como podemos apreciar existe una valoración de las diferentes zonas de la ciudad por usos, diferenciando la valoración por repercusión y la valoración por precios unitarios que pueden emplearse como referencia para **combinarlo con otras variables** que puedan resultar significativas, tal y como hacen algunas entidades locales:

- Tipo de interés legal o de demora
- Rentabilidad del activo neto para entidades no financieras³⁵
- Valor de arrendamiento de los bienes
- Rentabilidad media empresarial por tipo de actividad
- Valor del arrendamiento u otras formas de cesión de bienes patrimoniales³⁶
- Valoración de un usufructo temporal...

Lo más lógico sería, en caso de optarse por esta alternativa, partir del **valor unitario medio del suelo** del término municipal o del valor unitario medio de cada zona de valor y aplicarle alguna variable de las anteriores o alguna combinación razonable de ellas.

En cualquier caso, constituye un elemento que puede servir para realizar la adecuada agrupación o diferenciación de calles o zonas que permitan la elaboración de un **callejero fiscal** y/o la aplicación objetiva de los principios de objetividad y proporcionalidad³⁷.

De la Sentencia de 28 de Diciembre de 2007 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, estima el recurso interpuesto por la representación procesal de la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 22 de diciembre de 2005, por el que se aprueba la modificación de la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por Utilización Privativa o Aprovechamiento Espacial del Dominio Público Local, aplicable a partir del 1 de enero de 2006, en lo referente al Epígrafe b) Paso de vehículos, se pueden extraer las conclusiones siguientes:

1. El estudio técnico-económico debe ser real, debe existir y además debe servir para explicar y justificar el elemento capital; que es el valor de mercado de los terrenos de dominio público cuya utilización privativa o especial es el hecho imponible de la tasa para garantizar los principios de legalidad tributaria y seguridad jurídica. Deberá de incorporarse incluso en aquellos casos en que la modificación de la

³⁵ Consultar el Boletín Económico del Banco Central de España

³⁶ Art. 92 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales

³⁷ En este sentido, también resultan interesantes los numerosos pronunciamientos jurisdiccionales que se refieren a la metodología necesaria para la adecuada elaboración de un callejero fiscal que deberá considerar, no solo la valoración catastral de los inmuebles o de las zonas, sino también la dotación específica de los servicios que existen en cada vía. STS-Sala III de lo Contencioso-Administrativo de 28 de mayo de 2008 y de 22 de febrero de 2000

ordenanza y de la tarifa consista en una mera actualización de las cuotas; sobre todo para garantizar que se sigue conservando el equilibrio de la exacción con el valor de mercado, del aprovechamiento y del coste del servicio o las actividades afectadas.

2. Que no sirve una simple remisión genérica a otros informes u otros datos, sino que deben contenerse en dicho informe los elementos que se toman en consideración de manera suficiente y razonable, con la extensión adecuada en cada caso, sin acudir a argumentos “ad hómitem”.
3. Si se utilizan datos de la ponencia de valores revisados por el Catastro no es suficiente la incorporación de cuadros y cifras o valores económicos; es necesario justificar el valor de mercado a partir de estos valores catastrales con los informes que resulten pertinentes para ello, incluyendo, en su caso el informe de la Gerencia del Catastro que resulte apropiado.
4. Si se utilizan estos valores como referentes para realizar una discriminación de calles por categorías –callejero fiscal– es necesario justificar la adecuada proporción entre ellas y no basta, como en el caso analizado, que a todas ellas se aplique un mismo porcentaje –del 5% que coincide con el interés de demora para deudas tributarias en 2005– que no conduce al valor del aprovechamiento ni explica la relación entre el valor de mercado y el valor del aprovechamiento de los bienes.

7.- LA OCUPACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO LOCAL: LOS CAJEROS AUTOMÁTICOS.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias –Las Palmas de Gran Canaria– de 7 de diciembre de 2006 no deja lugar a dudas: existe un aprovechamiento especial de la vía pública por parte de las entidades titulares de los cajeros, susceptible de ser subsumido en el artículo 20 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. El **sujeto pasivo** es la entidad financiera, que es quien obtiene el beneficio económico, con independencia del aprovechamiento que pueda obtener.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 11 de febrero de 2009, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por la Confederación Española de Cajas de Ahorro contra la Tasa por instalación en establecimientos bancarios de cajeros automáticos en línea de fachada utilizables por el público desde la vía pública, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Palma de Mallorca el 23 de diciembre de 2004.

El Tribunal Supremo confirma así la sentencia dictada por el TSJ de las Islas Baleares de fecha 7 de noviembre de 2006, cuando argumentaba que la instalación de cajeros automáticos en línea de fachada y orientados a la vía pública permite la utilización ininterrumpida por los usuarios de servicios bancarios y comporta la ocupación temporal y parcial de la vía pública, esto es, supone aprovechamiento especial de la vía pública por la entidad titular del cajero automático, que es la que obtiene con dicha instalación un **beneficio específico y exclusivo** que la tasa parcialmente rescata para contribuir así al natural y justo equilibrio compensatorio, de modo que ha de aceptarse que se trata de un

caso subsumible en el art.20 de la Ley 39/1988, donde se contiene una relación no tasada sino abierta, es decir, meramente enunciativa.

En la Sentencia, el Tribunal Supremo afirma que no ofrece dudas que la instalación de cajeros por una entidad bancaria, en línea de fachada y orientados hacia la vía pública con la evidente finalidad de posibilitar su utilización por todo usuario que posea tarjeta magnética imprescindible para acceder a la serie de servicios que prestan, tiene como efecto inmediato la realización de operaciones bancarias desde la vía pública a través de tales instrumentos, con la consiguiente ocupación de la vía pública por los clientes receptores de los servicios bancarios, cuya prestación es trasladada así desde el interior de la oficina bancaria a la vía pública. Todo ello permite apreciar que la existencia de esos cajeros automáticos comporta un **aprovechamiento**, no privativo pero sí **especial de la vía pública** por parte de la entidad bancaria titular del cajero automático, que es la que obtiene con dicha instalación un beneficio económico específico y exclusivo.

La finalidad que con los cajeros automáticos se persigue, se argumenta, conlleva una **mayor intensidad de uso** del dominio público local o, cuando menos, una intensidad de uso superior a lo que sería el uso general colectivo de la vía pública. De esta manera, la instalación del cajero automático implica una utilización física del dominio público ya que el cajero no es susceptible de ser utilizado con su mera visión sino que exige una parada física ante él para realizar las operaciones solicitadas, de manera que no solo se usa "desde" el dominio público sino también "en" el dominio público, aunque se encuentre materialmente empotrado en la pared del establecimiento bancario.

Por lo que se refiere al **sujeto pasivo de la tasa**, la Sala del TS entiende que el aprovechamiento especial no está en el usuario del cajero sino en la entidad bancaria que lo coloca, obteniendo por ello un beneficio económico, siendo entonces la tasa la compensación correspondiente a ese beneficio específico y exclusivo que sin el aprovechamiento del espacio público no obtendría. Tratándose de un servicio financiero al cliente del que el Banco obtiene el consiguiente provecho o ventaja al ampliar notablemente su actividad mercantil, la contraprestación pecuniaria representada por la tasa debe exigírsele a los bancos o cajas de ahorro ya que son éstos los que resultan beneficiados por las operaciones que se realizan en el cajero y/o de los servicios que el mismo presta a los usuarios, al ser en la vía pública donde se presta dicho servicio.

Cuestión diferente es encontrar **el valor del aprovechamiento**. Como señalábamos con anterioridad, tememos que cualquier camino que se emplee constituye más bien un "**ejercicio de razonabilidad y no abuso**" que una aplicación rigurosa de lo que la norma dice o pretende decir. Circunstancia que, además, se complica cuando queremos aplicar y conjugar con rigurosidad el principio de capacidad económica, el de proporcionalidad, la intensidad del uso, la superficie, el tiempo real de ocupación de la vía y la utilidad del aprovechamiento.

La Sentencia de 6 de junio de 2006 del Juzgado de los Contencioso-Administrativo de Gijón anteriormente citada llega a traducirlo a términos de razonabilidad en el sentido de considerar que "la exigencia de 107 euros anuales a una entidad bancaria por el

aprovechamiento especial de la vía pública potencialmente las 24 horas de cada día del año, no puede considerarse desproporcionado”.

8.- LAS EMPRESAS SUMINISTRADORAS DE SERVICIOS DE CARÁCTER GENERAL.

Merece destacarse, en este sentido, una de las conclusiones del Informe de fiscalización de la Gestión de la Tasa por utilización privada o aprovechamiento especial del dominio público local (BOE núm. 36 de 11 de febrero de 2009):

(...) 8. Ninguno de los Ayuntamientos de la muestra contó con **instrumentos para comprobar la exactitud de las declaraciones de facturación** realizadas por las empresas suministradoras para la aplicación de la tarifa del 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación en el término municipal, establecida de forma taxativa en la LRHL por la utilidad obtenida. Además, el 10% de los Ayuntamientos analizados suscribieron convenios con empresas suministradoras en virtud de los cuales se les aplicó unas tarifas diferentes a la legalmente establecida.

Cabría preguntarse si:

- a. los gestores locales son incapaces, tienen poco interés o rigor profesional para comprobar adecuadamente las declaraciones de facturación o
- b. resulta extremadamente difícil, cuanto no imposible, hacerlo

Cabe, además, preguntarse si los municipios disponen de instrumentos y competencias para realizar esta comprobación, investigación y regularización, en su caso.

En la mayor parte de las ocasiones, la comprobación o investigación de este tipo de compañías se convierten en “**actos de fe**” de los gestores locales que deben utilizar certificados o extractos contables elaborados por las propias entidades y, evidentemente, *ad hoc* para este fin.

Puede ser que el vigente artículo 24.1.c) del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales³⁸ sea producto de la precipitación –gestores y legisladores– y la desesperación –obtención de recursos inmediatos– pero, en cualquier caso, esta redacción debería ser revisada cuanto antes para evitar mayor conflictividad e inseguridad.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2007 ha terminado de clarificar esta cuestión, reiterando el contenido de la Sentencia de 18 de junio de 2007, señalando

³⁸ Art. 24.1.c) del RDL 2/2004: Cuando se trate de tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, el importe de aquéllas consistirá, en todo caso y sin excepción alguna, en el 1,5 % de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas.

que puede conceptualmente distinguirse una **tasa general**, referida a la utilización o aprovechamiento especial o exclusivo de bienes de dominio público, cuantificable en función del valor que tendría en el mercado la utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público [art. 24.1.a) LHL], **y otra especial**, en la que la utilización privativa o aprovechamiento especial se refiere específicamente al suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la **generalidad** o a una **parte importante del vecindario**, cuantificable en el 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas [art.24.1.c) LHL]. Criterio, a este respecto, que quedó apuntado en la sentencia de 20 de mayo de 2002, y luego ha sido reiterado en ulteriores pronunciamientos relativos a Ordenanzas reguladoras de la tasa por aprovechamiento especial de dominio público local (SSTS de 9, 10 y 18 de mayo de 2005 y de 21 de noviembre de 2005).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2000 ha establecido que no se puede advertir en la norma la exigencia de que en concreto afecta a esa generalidad, pues la explotación de un servicio público de por sí ya afecta a la generalidad en cuanto es posible beneficiarse mediante su utilización por cualquiera que resida en el municipio, siendo por tanto requisito fundamental que el **explotador del servicio pueda beneficiar** por ser un servicio público **a gran parte del vecindario, sin la indagación particular en cada caso del número relativo de usuarios.**

La cita Sentencia se inclina por una interpretación teleológica de la norma, en contra de una apreciación eminentemente cuantitativa; considerando que las particularidades del servicio –suministro de energía eléctrica, en este caso– es suficiente para apreciar su potencialidad y sus características sin necesidad de indagar particularmente en el número relativo de usuarios que, en cada momento, pueden resultar afectados.

9.- UN CASO PARTICULAR: LA TELEFONÍA MÓVIL.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2007 establece que la doctrina legal precedente en este caso concreto es la siguiente:

*“La tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales a favor de empresas **suministradoras de servicios de telecomunicaciones** es la establecida en el artículo 24.1.c) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales , aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo , en relación con las empresas explotadoras de servicios de suministros, con la salvedad prevista en el propio precepto con respecto al régimen especial de cuantificación de la tasa referida a los servicios de **telefonía móvil**”.*

De ello podrían deducirse las conclusiones siguientes:

1. Todas las empresas suministradoras de servicios de telecomunicaciones están sometidas al régimen especial de cuantificación que establece el art. 24.1.c) del texto refundido.
2. Los servicios de telefonía móvil estarían excluidos de este sistema de especial de cuantificación de la tasa.
3. No existe obstáculo que permita la inclusión de este tipo de actividades en el régimen general de la tasa del art. 24.1.a) del citado texto refundido.

La Sentencia de la Sección Segunda, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo, de 16 de febrero de 2009³⁹ viene a confirmar la tesis que desde el año 2002 sostenían las entidades locales en el sentido de considerar que las operadoras de telefonía móvil se encuentran sometidas a la tributación plena en la tasa del aprovechamiento del suelo, subsuelo y vuelo que se regula en el art. 24 del texto refundido de la LRHL. Hasta ese momento se había producido innumerables consultas y pronunciamientos jurisdiccionales sobre este asunto de muy diversa naturaleza. Sería excesivamente prolijo reproducir la secuencia lógica e incluso cronológica de acontecimientos en este sentido⁴⁰.

El razonamiento que seguían las entidades locales al respecto era el siguiente:

1. El artículo 24.1.a) establece un régimen general para la cuantificación de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local basado en la consideración del valor de mercado de la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento si los bienes afectados no fuesen de dominio público.
2. El apartado c) de ese mismo artículo establece un régimen especial de cuantificación de las tasas cuando la utilización privativa o el aprovechamiento especial lo efectúen empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario. En este caso, el importe de las tasas será del 1'5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal.
3. Este mismo apartado excluye de este régimen especial a las operadoras de telefonía móvil⁴¹.
4. Se puede demostrar técnicamente que las operadoras de telefonía móvil utilizan el dominio público local por la inevitable necesidad de utilizar redes de telefonía fija, situadas en el subsuelo, para establecer las adecuadas conexiones entre teléfonos móviles y teléfonos fijos. Incluso, las comunicaciones entre móviles para

³⁹ Esta Sentencia viene a confirmar la Sentencia num. 777/2005, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con fecha 30 de junio de 2005, en el recurso de dicho orden jurisdiccional seguido ante la misma a instancia de Vodafone España S.A. bajo el num. 853/2003 sobre la Ordenanza Fiscal num. 24 del Ayuntamiento de Badalona, reguladora para el ejercicio 2003 de la Tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del vuelo, suelo y subsuelo del dominio público municipal a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros

⁴⁰ Esta Sentencia de 16 de febrero de 2009, señala que la compañía –Vodafone, en este caso- sí dispone de medios suficientes para conocer el número de usuarios en el municipio que sirve para establecer la cuantía de la tasa.

⁴¹ Se dice expresamente en este apartado que: “No se incluirán en este régimen especial de cuantificación de la tasa los servicios de telefonía móvil”.

- zonas urbanas utilizan las líneas fijas para la comunicación entre estaciones o subestaciones mediante la utilización de líneas propias o mediante el pago de precios de interconexión o peajes por la utilización de redes ajenas⁴².
5. Los operadores de telefonía fija efectúan un aprovechamiento especial del dominio público local y consecuentemente se produce el hecho imponible y se encuentra sujetos al pago de la tasa por este motivo⁴³.
 6. Si se encuentran expresamente excluidos por el legislador para someterse al régimen especial de la tasa no existe obstáculo legal alguno que impida que queden sometidas al régimen general de la misma.
 7. Esto nos conduce a la necesidad de fijar la cuantía de la tasa en función al valor de la utilidad derivada del aprovechamiento especial en los términos reglados en dicho régimen general.
 8. No es posible establecer la tasa en base al sistema recogido en el apartado c) al prohibirlo el párrafo tercero de este apartado y que, en la práctica sería prácticamente imposible por la existencia de servicios de prepago que pueden distorsionar la facturación.
 9. Para evitar los problemas de territorialización y la forma de facturación de los ingresos de telefonía móvil, debemos acudir a la utilización de otros parámetros objetivos y controlables: número de abonados e ingresos medios por abonados que proporciona la Comisión del Mercado de la Telecomunicaciones en sus memorias anuales y que no debe de estar lejanas al valor de mercado de este aprovechamiento.
 10. Sobre estos parámetros sí resulta posible entender que el aprovechamiento de estos operadores es similar al del resto de los operadores de telecomunicaciones.

Confirmando los argumentos defendidos por las entidades locales considera el Tribunal que:

- Los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y los operadores de telefonía móvil son operadores de comunicaciones electrónicas.⁴⁴
- El régimen del art. 24.1.c) es un régimen “especial” respecto del “régimen general” del art. 24.1.a).
- En el régimen general se deben incluir a los operadores expresamente excluidos del régimen especial. De lo contrario se estaría haciendo una distinción entre

⁴²Todos estos argumentos han sido confirmados por la Sentencia del Tribunal Supremo.

⁴³ La Sentencia de 16 de febrero de 2009 confirma el pronunciamiento del TSJ de Cataluña y verifica que se produce “un aprovechamiento indiscriminado de la red fija de telefonía que hace posible la permanente y efectiva prestación del servicio por parte de aquéllas, dado que en otro caso un importante porcentaje de comunicaciones sería irrealizable, al no poderse verificar conexión entre teléfonos móviles y fijos”. De lo que se infiere que dichas empresas realizan sin duda alguna el hecho imponible constitutivo de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, tanto si son titulares de las correspondientes redes como cuando, no siendo titulares de estas últimas, lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas, en la medida en que el hecho imponible, tal y como se configura por la Ordenanza Fiscal núm. 24, en concordancia con la regulación contenida en el art. 24 de la LHL, está constituido, no tanto por la utilización privativa del dominio público como por el aprovechamiento especial del mismo, aprovechamiento que, indudablemente, lleva a cabo la operadora de telefonía móvil actora aunque no sea titular de las redes”.

⁴⁴ A efectos de lo dispuesto en los art. 5 a 8 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, y del contenido del Real Decreto 424/2005

operadores de comunicaciones electrónicas que podría ser contraria al principio de igualdad tributaria previsto en el art. 3.1. de la Ley 58/2003, General Tributaria, y en el art. 14, en relación con el art. 31.1., ambos de la Constitución, principio de igualdad que ha sido defendida por el Tribunal Supremo, en materia de tributos locales, en sentencias de 30 de abril de 2001 y 21 de noviembre de 2006.

El Tribunal Supremo, con esta Sentencia, ratifica todos los argumentos que venían sosteniendo los ayuntamientos y confirma la tributación plena por la tasa de ocupación del dominio público local de las empresas de telefonía móvil⁴⁵.

A partir de la Ley 51/2002, con la modificación que introduce en el artículo 24.1.c), queda claro que en el ámbito objetivo de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local quedan incluidas las actividades desarrolladas por las empresas que prestan servicios de suministros utilizando redes ajenas, incluyéndose entre las empresas **explotadoras** de servicios de suministros no sólo a las **empresas distribuidoras**, sino también a las **comercializadoras** de estos, tanto si son titulares de las correspondientes redes a través de las cuales se efectúan los suministros como si, no siendo titulares de dichas redes, lo son de **derechos de uso, acceso o interconexión** a éstas.

Uno de los aspectos más conflictivos relacionado con la tributación de este tipo de compañías es la configuración exacta de los componentes del denominado "**ingreso bruto**". En este sentido, nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado o susceptible de múltiples interpretaciones.

El contenido del propio artículo 24 intenta perfilar en su precisión sin embargo consideramos preciso que el propio texto legal contenga una definición en parecidos términos a los empleados al definir el concepto de "importe neto de la cifra de negocios" que se contiene en el artículo del 82 del TRLHL cuando alude a las exenciones aplicables al Impuesto sobre Actividades Económicas (I.A.E.).

Señala el citado texto legal que:

... Se entenderá por ingresos brutos procedentes de la facturación aquellos que, siendo imputables a cada entidad, hayan sido obtenidos por esta como contraprestación por los servicios prestados en cada término municipal.

No se incluirán entre los ingresos brutos, a estos efectos, los impuestos indirectos que graven los servicios prestados ni las partidas o cantidades cobradas por cuenta de terceros que no constituyan un ingreso propio de la entidad a la que se aplique este régimen especial de cuantificación de la tasa. Asimismo, no se incluirán entre los ingresos brutos procedentes de la facturación las cantidades percibidas por aquellos servicios de suministro que vayan a ser utilizados en aquellas instalaciones que se hallen inscritas en la sección 1ª ó 2ª del Registro administrativo de instalaciones de producción de energía eléctrica del

⁴⁵ La Federación Española de Municipios y Provincias dispone en su página [web: femp.es](http://www.femp.es) un modelo de ordenanza y de informe técnico-económico para la implantación de esta tasa y incluyendo su aplicación a los servicios de telefonía móvil.

Ministerio de Economía, como materia prima necesaria para la generación de energía susceptible de tributación por este régimen especial.

Las empresas que empleen redes ajenas para efectuar los suministros deducirán de sus ingresos brutos de facturación las cantidades satisfechas a otras empresas en concepto de acceso o interconexión a sus redes. Las empresas titulares de tales redes deberán computar las cantidades percibidas por tal concepto entre sus ingresos brutos de facturación.

El importe derivado de la aplicación de este régimen especial no podrá ser repercutido a los usuarios de los servicios de suministro a que se refiere este párrafo c.

A pesar, ya decimos, de este intento de precisión siguen existiendo elementos discutidos.

En este sentido, las compañías afectadas han venido defendiendo que en el cómputo de estos ingresos brutos deben excluirse algunas partidas denominadas “cuotas con destinos específicos” que reciben por cuenta de terceros y que los convierte en meros intermediarios sin un beneficio o interés directo en esta facturación.

Algunas Sentencias del Tribunal Supremo –23 de enero de 1998 y 13 de abril de 1998– han venido a clarificar esta cuestión sosteniendo que las partidas denominadas “costes específicos o costes compartidos” se integran en la facturación por venta y forman parte por tanto de la base imponible de la tasa concretamente en el concepto de ingresos brutos procedentes de la facturación puesto que *“estos costes son sufragados, como todos los demás costes empresariales, mediante los ingresos obtenidos por la venta de la energía eléctrica, es decir, por la facturación a los usuarios”*.

Por último, la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones en su artículo 29.2.a) ha introducido un nuevo requisito formal, ajeno al contenido del texto regulador de las Haciendas Locales:

Las normas que se dicten por las correspondientes Administraciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior, deberán cumplir, al menos, los siguientes requisitos:

a) Ser publicadas en un diario oficial del ámbito correspondiente a la Administración competente. De dicha publicación y de un resumen de ésta, **ajustado al modelo que se establezca mediante orden del Ministro de Ciencia y Tecnología**, así como del texto de las ordenanzas fiscales municipales que impongan las tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales contempladas en el artículo 24.1.c de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, y del de cuantas disposiciones de naturaleza tributaria afecten a la utilización de bienes de dominio público de otra titularidad se

deberán dar traslado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a fin de que ésta publique una sinopsis en internet.

Sin embargo, a pesar de esta previsión legal hasta el 28 de noviembre de 2008 no se aprueba el citado modelo (**Orden ITC/3538/2008**) que se debe remitir a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT), acompañado de la normativa que afecte al derecho de ocupación del dominio público y privado para la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas.

Parece, por ello, razonable que dicho condicionante no debería ser exigido para la aplicación de la tasa a este tipo de compañías para ejercicios precedentes. Imaginamos que los Tribunales tendrán, sin duda, oportunidad de pronunciarse al respecto.

10.- INFORME DE FISCALIZACIÓN DE LA GESTIÓN DE LA TASA POR UTILIZACIÓN PRIVATIVA O APROVECHAMIENTO ESPECIAL DEL DOMINIO PÚBLICO LOCAL.

La Resolución de 28 de octubre de 2008, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación al Informe de fiscalización de la Gestión de la Tasa por utilización privada o aprovechamiento especial de dominio público local (BOE núm. 36 de 11 de febrero de 2009) contiene numerosas afirmaciones que merecen ser analizadas.

a) En relación al valor del aprovechamiento.

El artículo 25 de la LRHL establece la obligatoriedad de elaborar un informe técnico-económico previo al establecimiento de la tasa en el que «se ponga de manifiesto el valor de mercado», como referencia para fijar el importe de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público. Se entiende como «valor de mercado», a estos efectos, el valor que tendría la utilidad derivada de la utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público.

El **valor de mercado**, que la norma claramente impone a las Corporaciones locales como referencia para fijar las tarifas de ésta tasa, de modo que quede excluida la discrecionalidad administrativa en su cuantificación, impide fijar las tarifas de la tasa en función de parámetros distintos de la utilidad obtenida, que de acuerdo con la doctrina incluye la **intensidad de uso** del bien, y su eventual valor de mercado, pero no la modalidad del uso u otros criterios como la rentabilidad esperada. Por ello, usos diferentes pero igualmente intensos del mismo bien no deberían verse gravados por cuantías distintas de la tasa. En este sentido, la doctrina ha considerado como valor de mercado lo que costaría el **arrendamiento del suelo público** si fuera privado, teniendo en cuenta, en primer lugar, el **valor de adquisición** del suelo según su zona o categoría, y adicionalmente la **duración del aprovechamiento** y la **superficie ocupada**.

La mayoría de los ayuntamientos, en defecto de un verdadero valor de adquisición a precios de mercado, consideran como valor del suelo **el valor catastral**, corregido o sin corregir, el cual ha de considerarse en todo caso como un valor mínimo. No obstante, a efectos del análisis de los informes técnico-económicos, **se ha considerado que los Ayuntamientos que parten de los valores catastrales del suelo para el cálculo de la utilidad, se aproximan al valor de mercado.**

b) En relación al informe técnico-económico

La fijación del valor de mercado de la utilidad obtenida del aprovechamiento o utilización del dominio público, debido a que precisamente el carácter demanial de esos bienes excluye la existencia de un verdadero mercado, es el objetivo de los informes técnico-económicos, cuya ausencia determina la nulidad de la Ordenanza que establece la exacción de la tasa.

En cuanto a la exigencia de informe para aquellas Ordenanzas que no establecen una tasa, sino que se limitan a modificar Ordenanzas anteriores, el criterio doctrinal es que éste debe existir en caso de modificaciones sustanciales, pero no en aquellas modificaciones que consistan en una **mera actualización de las tarifas** por aplicación de índices correctores de la inflación.

No obstante, en estos casos debería, al menos, justificarse en el expediente de modificación de la Ordenanza que esta actualización mantiene las tarifas ajustadas a los valores de mercado calculados en su día, ya que el legislador fija éstos como referencia del importe de la tasa, y la aplicación mecánica de índices generales de precios en ejercicios sucesivos introducirá desviaciones respecto de aquél valor, más importantes cuanto mayor sea el periodo en que esta actualización se produzca.

Se ha analizado si en las valoraciones realizadas en los informes técnico-económicos se han tenido en cuenta, distinguiendo las diferentes zonas del Municipio según la categoría de las calles, el valor de mercado del suelo, el vuelo y el subsuelo, y, basado en ello, el del arrendamiento de los mismos, para la determinación del valor de la utilidad obtenida por el uso del dominio público si fuese de propiedad privada, y, por último, si las tarifas aprobadas en las respectivas Ordenanzas fiscales se corresponden con los valores de mercado calculados en los informes.

c) El estudio técnico-económico en algunos municipios.

- El Ayuntamiento de **Mondragón** elaboró una única memoria económico-financiera para cada ejercicio, en la que se determina el valor de mercado de la utilidad a partir de los valores de mercado inmobiliario cuantificados por la Sección de Tributos Locales de la Hacienda Foral, con motivo de la revisión catastral, y establece el rendimiento esperado en la cuantía del interés legal del dinero sobre los valores medios del suelo, rendimiento que no tiene porqué corresponder con el valor de mercado de la

utilidad. Además, estas memorias no incluyen una propuesta de tarifas, ni sirven como justificación de las fijadas en las Ordenanzas fiscales para los distintos hechos imponibles.

- El Ayuntamiento de **Teruel**, para todos los hechos imponibles excepto para el estacionamiento de vehículos en determinadas zonas de la ciudad, cuenta con un informe de la Intervención municipal en el que se determina el valor de mercado de la utilidad en función del coste financiero. Este cálculo implica realmente la determinación del coste financiero de la eventual adquisición del dominio público, coste que no tiene porqué coincidir con el valor de mercado del arrendamiento del mismo, sin que en el informe se justifique dicha correspondencia. Además, en los informes no se fijan las tarifas resultantes de aplicar estos criterios para los distintos hechos imponibles ni, en su defecto, la forma de cuantificarlas partiendo de los valores por metro cuadrado, por lo que no es posible determinar si las tarifas incluidas en las Ordenanzas fiscales se ajustan a los valores de mercado de la utilidad.

- En el Ayuntamiento de **Pontevedra** existen Ordenanzas fiscales individuales de las distintas utilidades privativas o aprovechamiento especial del dominio público local, tanto en el ejercicio 2001 como en el 2002. Para ambos ejercicios, el Ayuntamiento ha remitido un único Informe, del que no consta ni la fecha ni la unidad responsable de su elaboración, en el que, partiendo del módulo básico de repercusión del suelo de la Ponencia de catastro urbano de valores de 2000 (corregido para aproximarse a valores de mercado) sobre el que se aplica el tipo de interés legal para el ejercicio 2001 (el 5,5%), se determina el valor de los aprovechamientos que se gradúa en función de que la utilidad sea del suelo o del vuelo y subsuelo, así como en función de la categoría de la calle. Este cálculo del coste financiero, como se ha comentado anteriormente, no tiene porqué coincidir con el valor de mercado del arrendamiento del mismo, correspondencia que, en todo caso, debería justificarse en el informe. Además, no se fijan en el informe las tarifas a aplicar en cada uno de los hechos imponibles, ni se encuentra en las tarifas aprobadas en las respectivas Ordenanzas referencia a los valores por metro cuadrado y año establecidos en el informe técnico-económico, por lo que no ha sido posible evaluar, por tanto, si se deducen de los valores calculados en el estudio técnico-económico.

- El Ayuntamiento de **Móstoles** tomó como referencia los valores del metro cuadrado de suelo, sin calcular sobre ellos el valor del correspondiente arrendamiento, de modo que se estima el valor de la adquisición del suelo como valor de la utilidad de su uso, lo que no puede considerarse correcto.

- El Ayuntamiento de **Elche** aprobó para los ejercicios 2001 y 2002 modificaciones de las Ordenanzas fiscales reguladoras de la tasa, de actualización de las tarifas en el IPC correspondiente, existiendo sendos informes de la Intervención municipal. Los estudios técnico-económicos de las respectivas Ordenanzas donde se establecen los valores de mercado se realizaron en noviembre de 1999 y en ellos se determinaron unos valores de mercado distinguiendo por zonas del término municipal y teniendo en cuenta factores como la situación, edificabilidad, valor comercial de la zona, etc. Además, existe un informe específico para cada uno de los hechos imponibles que recogen las Ordenanzas, que tiene en cuenta el valor medio del suelo, el rendimiento económico medio de la actividad, el valor medio en alquiler estimado, la superficie y la categoría de la calle. Sin embargo, no

ha sido posible relacionar los valores de estos estudios, incrementados en el IPC, con las tarifas aprobadas para los ejercicios 2001 y 2002 en las respectivas Ordenanzas.

- En el Ayuntamiento de **Logroño**, una vez establecidos unos valores de mercado del m² únicos para todo el Municipio de 15,10 y 15,70 euros, respectivamente, para 2001 y 2002, propone diferentes tarifas de cada hecho imponible, sin que pueda apreciarse conexión entre éstas y aquéllos valores de mercado calculados. Cabe señalar que en la tarifa para terrazas de veladores se distinguen hasta 5 categorías de calle, siendo la tarifa de la 1.ª categoría un 244% superior que la de 5.ª, lo que contradice el propio criterio del informe de fijar un precio único. En consecuencia, la tarifa aprobada no se puede considerar basada en valores de mercado de la utilidad reportada al interesado por el aprovechamiento gravado por la tasa, como exige el artículo 24 de la LRHL.

En el mismo informe se señala que:

- el 13% de los Ayuntamientos de la muestra, todos ellos con menos de 100.000 habitantes, no contó con dichos estudios técnico-económicos
- el 16% de los Ayuntamientos no ha remitido los preceptivos informes técnico-económicos, por lo que no se ha podido comprobar su existencia y, en consecuencia su razonabilidad, ni si las tarifas aprobadas en las respectivas Ordenanzas toman como referencia los valores de mercado de las utilidades para el interesado.
- Con independencia de la dificultad técnica de la obtención de valores de mercado que exige la legislación para fijar la cuantía de las tasas, en la generalidad de los Ayuntamientos los informes técnico-económicos tuvieron un mero carácter de trámite para dar cumplimiento formal a una obligación legal, sin que su verdadera finalidad fuera la fijación de las tarifas de acuerdo con el valor de la utilidad obtenida, e incluso, en algunos casos, los informes se adecuaron a los incrementos de las tarifas previamente determinados.
- En ninguno de los informes, salvo en uno, se determinó el valor de mercado de la utilidad, y en aquellos en los que se calculó un valor de mercado, finalmente no se utilizó para fijar las tarifas aprobadas en la correspondiente Ordenanza.

d) Conclusiones y recomendaciones del mencionado informe.

Los más significativos son los siguientes:

(...) 5. No existieron criterios y parámetros técnicos homogéneos en los informes técnico— económicos para determinar de una forma razonable los valores de mercado de la utilidad, lo que determinó que las tarifas para los distintos hechos imponibles de la tasa por obligación privativa o aprovechamiento especial del dominio público local establecidas por los diferentes ayuntamientos tuvieran unos valores muy diversos, no sólo en su cuantía, sino también en las unidades de medida de la utilidad para el interesado, estableciendo, en algunos casos, tarifas mínimas o cantidades fijas independientes de la superficie ocupada que no tienen en cuenta la intensidad del uso gravado y que contravienen el principio de equivalencia que ha de inspirar la imposición de la tasa.

6. La LRHL prevé la posibilidad de que en las Ordenanzas fiscales reguladoras de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, tengan en cuenta, al determinar la cuantía de la tasa, la capacidad económica de los sujetos pasivos.

Sin embargo, en ninguno de los Ayuntamientos analizados se hizo uso de tal posibilidad en los ejercicios fiscalizados.

7. El 45% de los Ayuntamientos incluidos en la muestra previó expresamente en sus Ordenanzas fiscales, como expresamente establece la LRHL, la aplicación de las condiciones resultantes de los correspondientes procesos de licitación pública, en el caso de existir, en lugar de la tarifa de la tasa.

8. Ninguno de los Ayuntamientos de la muestra contó con instrumentos para comprobar la exactitud de las declaraciones de facturación realizadas por las empresas suministradoras para la aplicación de la tarifa del 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación en el término municipal, establecida de forma taxativa en la LRHL por la utilidad obtenida. Además, el 10% de los Ayuntamientos analizados suscribieron convenios con empresas suministradoras en virtud de los cuales se les aplicó unas tarifas diferentes a la legalmente establecida.

En definitiva, la conclusión es que resulta complicado llegar a determinar la fórmula adecuada para cumplir con las disposiciones legales que regulan esta materia y no cabe más que un esfuerzo de gran imaginación para intentar conciliar estos principios de forma satisfactoria, objetiva y definitiva.

El informe contiene, además, las siguientes recomendaciones genéricas:

1. Las Ordenanzas fiscales de establecimiento o modificación de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local deben contar, en todo caso, con informes técnico-económicos, en los que se determine, con criterios y parámetros objetivos y razonables, el valor de mercado de la utilidad en los términos establecidos en la LRHL, eliminando cualquier arbitrariedad en la fijación de las tarifas.

2. Los Ayuntamientos deberían proceder a elaborar reglamentos internos o manuales de procedimiento que regulasen todos los aspectos de la gestión administrativa y contable de la tasa, previendo mecanismos de control y supervisión que aseguren su cumplimiento y que garanticen una tramitación adecuada de las liquidaciones

3. Los Ayuntamientos deberían elaborar relaciones periódicas comprensivas de las liquidaciones por autorizaciones privativas o aprovechamientos especiales del dominio público local, y realizar conciliaciones regulares con los registros contables, con objeto de lograr la adecuada contabilización y registro de los derechos reconocidos derivados de la gestión de la tasa de conformidad con los principios de contabilidad pública.

BIBLIOGRAFÍA

- ALIAGA AGULLÓ, E., BAYONA GIMÉNEZ, J.J., CENCERRADO MILLÁN, E., NAVARRO FAURE, A., NÚÑEZ GRAÑÓN, M. : *El sistema impositivo*. 4^ª ed. Compás. Alicante, 2003.
- ALIAGA AGULLÓ, NAVARRO FAURE, NÚÑEZ GRAÑÓN: *Introducción al Derecho Tributario*. 1 ed. 2004

- BAÑO LEÓN, J.M. *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Ed. Civitas/Univ. Complutense, Madrid
- BAYONA DE PEROGORDO, J.J.; SOLER ROCH, MT: *Materiales de Derecho Financiero*. 4 ed. Compás. Alicante, 2002.
- CHECA GONZÁLEZ, C., *El sistema tributario local*, Aranzadi, Pamplona, 2001
- FERERIRO LAPATZA, JI.: *Curso de Derecho Financiero español*. 25ª ed. Marcial Pons. Madrid, 2003.
- FERREIRO LAPATZA, J.J., CLAVIJO HERNANDEZ, F., MARTÍN QUERALT, J., PÉREZ ROYO, F., TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: *Curso de Derecho Tributario. Parte especial*. 19ª ed. Marcial Pons, 2003.
- GARCÍA AÑOVIROS, J., CALERO GALLEGU, ESCRIBANO LÓPEZ, NAVAS VÁZQUEZ, PÉREZ ROYO, RAMÍREZ GÓMEZ, VÁZQUEZ DE LA TORRE: *Manual del Sistema Tributario español*. 11ª ed. Civitas, 2003
- MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO., CASADO OLLERO, G., PÉREZ ROYO, F.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. 15ª ed. Tecnos. Madrid, 2003.
- PAGÉS I GALTÉS, J.: "La ordenanza fiscal: concepto y clases", *Tributos Locales* núm. 59. Febrero 2006.
- PAREJO ALFONSO, L. *Derecho básico de la Administración local*. Ed. Ariel, Barcelona 1988.
- PÉREZ ROYO, F.: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*. 13ª ed. Civitas. Madrid. 2003.
- POVEDA BLANCO, F.: *Sistema Fiscal: esquemas y supuestos prácticos*. 13ª ed. Deusto, 2003.
- SIMÓN ACOSTA, E., *Las tasas de las entidades locales*, Aranzadi, Pamplona, 1999

ANEXO: Zonas de valor como referente para el cálculo del aprovechamiento

GERENCIA TERRITORIAL DE: MÁLAGA

PONENCIA DE VALORACIÓN DEL MUNICIPIO DE: MALAGA

AÑO PONENCIA: 2008

RELACIÓN DE POLÍGONOS

Pol.	Denominación	MBC	Importe MBC	MBR	Importe MBR	G+B	G+B/UNI	VUB	Importe VUB	VRB	Importe VRB	Diseminado
001	CENTRO HISTORICO	2	650.00	2	1200.00	1.40	1.40			R26	1130.00	
002	AMPLIACION CENTRO ESTE	2	650.00	2	1200.00	1.40	1.40			R33	700.00	
003	MALAGA ESTE-MALAGUETA PEDREGAL	2	650.00	2	1200.00	1.40	1.40			R27	1060.00	
004	EL PALO URBANIZACIONES-OLIAS	2	650.00	2	1200.00	1.40	1.40			R35	600.00	
005	CIUDAD JARDIN	2	650.00	2	1200.00	1.40	1.40			R38	450.00	
006	VIRREINA-LA PALMA	2	650.00	2	1200.00	1.40	1.40			R41	362.00	
007	SUAREZ-TRINIDAD	2	650.00	2	1200.00	1.40	1.40			R33	700.00	
008	CARRANQUE-MARMOLES	2	650.00	2	1200.00	1.40	1.40			R33	700.00	
009	CRUZ HUMILLADERO-PERCHEL SUR	2	650.00	2	1200.00	1.40	1.40			R33	700.00	
010	PONIENTE-CTRA CADIZ	2	650.00	2	1200.00	1.40	1.40			R33	700.00	
011	PUERTO DE LA TORRE	2	650.00	2	1200.00	1.40	1.40			R38	450.00	
012	TEATINOS	2	650.00	2	1200.00	1.40	1.40			R34	650.00	
013	CAMPANILLAS	2	650.00	2	1200.00	1.40	1.40			R39	420.00	
014	POLIGONOS INDUSTRIALES	2	650.00	2	1200.00	1.40	1.40	U32	328.00	R38	450.00	
015	GUADALMAR-CHURRIANA	2	650.00	2	1200.00	1.40	1.40			R35	600.00	
016	CAMPOS DE GOLF	2	650.00	2	1200.00	1.40	1.00	U56	8.00	R32	750.00	
017	PUERTO DEPORTIVO EL CANDADO	2	650.00	2	1200.00	1.40	1.00	U49	32.00	R28	990.00	
100	RUSTICO	2	650.00	2	1200.00	1.40	1.00			R28	990.00	

**RELACIÓN DE ZONAS DE VALOR
VALORES DE REPERCUSIÓN**

Z.Val.	Vivienda	Comercial	Oficinas	Indust.	Turístico	Garajes	Otros2	Otros3	Z.Verde	Equipam.	VALOR UNITARIO Inicial	REDUCCIÓN UA	REDUCCIÓN NU
PR29A	925.00	925.00	925.00	925.00	925.00	191.00	450.00		92.50	693.75	30.38		0.60
PR29B	925.00	925.00	925.00	925.00	925.00	191.00	450.00		92.50	693.75	17.85		0.60
PR31	800.00	800.00	800.00	800.00	800.00	85.00	450.00		80.00	600.00	17.85		0.60
PR34A	650.00	650.00	650.00	650.00	650.00	85.00	333.00		65.00	487.50	10.54		0.60
PR34B	650.00	650.00	650.00	650.00	650.00	85.00	333.00		65.00	487.50	30.83		0.60
PR34C	650.00	650.00	650.00	650.00	650.00	85.00	333.00		65.00	487.50	11.35		0.60
PR36	550.00	550.00	550.00	550.00	550.00	85.00	281.00		55.00	412.50	11.35		0.60
PR37	500.00	500.00	500.00	500.00	500.00	85.00	281.00		50.00	375.00	11.35		0.60
PR38	450.00	450.00	450.00	450.00	450.00	85.00	281.00		45.00	337.50	24.34		0.60
PR39A	420.00	420.00	420.00	420.00	420.00	85.00	281.00		42.00	315.00	11.35		0.60
PR39B	420.00	420.00	420.00	420.00	420.00	85.00	281.00		42.00	315.00	11.35		0.60
PR41	362.00	362.00	362.00	362.00	362.00	48.00	281.00		36.20	271.50	11.35		0.60
PR42A	333.00	333.00	333.00	333.00	333.00	48.00	170.00		33.30	249.75	11.35		0.60
PR42B	333.00	333.00	333.00	333.00	333.00	48.00	170.00		33.30	249.75	10.54		0.60
PR43	305.00	305.00	305.00	305.00	305.00	48.00	170.00		30.50	228.75	10.54		0.60
PR49	170.00	170.00	170.00	170.00	170.00	48.00	170.00		17.00	127.50	11.35		0.60
R16C1	2010.00	4472.00	2010.00	1800.00	2010.00	600.00	450.00		201.00	1507.50		0.40	0.60
R17C1	1900.00	3543.00	1900.00	1800.00	1900.00	600.00	450.00		190.00	1425.00		0.40	0.60
R18	1800.00	1800.00	1800.00	1800.00	1800.00	450.00	450.00		180.00	1350.00		0.40	0.60
R18C1	1800.00	2769.00	1800.00	1800.00	1800.00	600.00	450.00		180.00	1350.00		0.40	0.60
R19	1700.00	1700.00	1700.00	1700.00	1700.00	281.00	450.00		170.00	1275.00		0.40	0.60
R20C1	1610.00	1978.00	1610.00	1610.00	1610.00	500.00	450.00		161.00	1207.50		0.40	0.60
R21	1520.00	1520.00	1520.00	1520.00	1520.00	281.00	450.00		152.00	1140.00		0.40	0.60
R21C1	1520.00	1729.00	1520.00	1520.00	1520.00	500.00	450.00		152.00	1140.00		0.40	0.60
R21C2	1520.00	1634.00	1520.00	1520.00	1520.00	500.00	450.00		152.00	1140.00		0.40	0.60
R22	1440.00	1440.00	1440.00	1440.00	1440.00	281.00	450.00		144.00	1080.00		0.40	0.60
R22C1	1440.00	1634.00	1440.00	1440.00	1440.00	500.00	450.00		144.00	1080.00		0.40	0.60
R22C2	1440.00	1548.00	1440.00	1440.00	1440.00	500.00	450.00		144.00	1080.00		0.40	0.60
R22C3	1440.00	1462.00	1440.00	1440.00	1440.00	500.00	450.00		144.00	1080.00		0.40	0.60
R23C1	1360.00	1729.00	1360.00	1360.00	1360.00	500.00	450.00		136.00	1020.00		0.40	0.60
R24	1280.00	1280.00	1280.00	1280.00	1280.00	281.00	450.00		128.00	960.00		0.40	0.60
R24C1	1280.00	1634.00	1280.00	1280.00	1280.00	500.00	450.00		128.00	960.00		0.40	0.60
R25	1200.00	1200.00	1200.00	1200.00	1200.00	191.00	450.00		120.00	900.00		0.40	0.60
R25C1	1200.00	1548.00	1200.00	1200.00	1200.00	391.00	450.00		120.00	900.00		0.40	0.60
R25C2	1200.00	1385.00	1200.00	1200.00	1200.00	391.00	450.00		120.00	900.00		0.40	0.60
R26	1130.00	1130.00	1130.00	1130.00	1130.00	191.00	450.00		113.00	847.50		0.40	0.60
R26C1	1130.00	1462.00	1130.00	1130.00	1130.00	391.00	450.00		113.00	847.50		0.40	0.60
R27	1060.00	1060.00	1060.00	1060.00	1060.00	191.00	450.00		106.00	795.00		0.40	0.60
R27C1	1060.00	1385.00	1060.00	1060.00	1060.00	191.00	450.00		106.00	795.00		0.40	0.60

R28	990.00	990.00	990.00	990.00	990.00	191.00	450.00		99.00	742.50		0.40	0.60
R28C1	990.00	1238.00	990.00	990.00	990.00	191.00	450.00		99.00	742.50		0.40	0.60
R29	925.00	925.00	925.00	925.00	925.00	191.00	450.00		92.50	693.75		0.40	0.60
R29C1	925.00	1175.00	925.00	925.00	925.00	191.00	450.00		92.50	693.75		0.40	0.60
R29C2	925.00	1101.00	925.00	925.00	925.00	191.00	450.00		92.50	693.75		0.40	0.60
R30	860.00	860.00	860.00	860.00	860.00	100.00	450.00		86.00	645.00		0.40	0.60
R30C1	860.00	1101.00	860.00	860.00	860.00	100.00	450.00		86.00	645.00		0.40	0.60
R31	800.00	800.00	800.00	800.00	800.00	100.00	450.00		80.00	600.00		0.40	0.60
R31C1	800.00	972.00	800.00	800.00	800.00	100.00	450.00		80.00	600.00		0.40	0.60
R32	750.00	750.00	750.00	750.00	750.00	100.00	450.00		75.00	562.50		0.40	0.60
R33	700.00	700.00	700.00	700.00	700.00	100.00	333.00		70.00	525.00		0.40	0.60
R34	650.00	650.00	650.00	650.00	650.00	100.00	333.00		65.00	487.50		0.40	0.60
R35	600.00	600.00	600.00	600.00	600.00	100.00	333.00		60.00	450.00		0.40	0.60
R36	550.00	550.00	550.00	550.00	550.00	85.00	281.00		55.00	412.50		0.40	0.60
R37	500.00	500.00	500.00	500.00	500.00	85.00	281.00		50.00	375.00		0.40	0.60
R38	450.00	450.00	450.00	450.00	450.00	85.00	281.00		45.00	337.50		0.40	0.60
R39	420.00	420.00	420.00	420.00	420.00	85.00	281.00		42.00	315.00		0.40	0.60
R40	391.00	391.00	391.00	391.00	391.00	48.00	281.00		39.10	293.25		0.40	0.60
R41	362.00	362.00	362.00	362.00	362.00	48.00	281.00		36.20	271.50		0.40	0.60
R42	333.00	333.00	333.00	333.00	333.00	49.95	281.00		33.30	249.75		0.40	0.60
R43	305.00	305.00	305.00	305.00	305.00	48.00	170.00		30.50	228.75		0.40	0.60
R45	256.00	256.00	256.00	256.00	256.00	48.00	170.00		25.60	192.00		0.40	0.60
R46	231.00	231.00	231.00	231.00	231.00	48.00	170.00		23.10	173.25		0.40	0.60
R48	191.00	191.00	191.00	191.00	191.00	48.00	170.00		19.10	143.25		0.40	0.60
R49	170.00	170.00	170.00	170.00	170.00	48.00	170.00		17.00	127.50		0.40	0.60
R50	153.00	153.00	153.00	153.00	153.00	48.00	170.00		15.30	114.75		0.40	0.60
R55	70.00	70.00	70.00	70.00	70.00	48.00	85.00		7.00	52.50		0.40	0.60
R56	60.00	60.00	60.00	60.00	60.00	48.00	60.00		6.00	45.00		0.40	0.60
R57	50.00	50.00	50.00	50.00	50.00	48.00	50.00		5.00	37.50		0.40	0.60

VALORES UNITARIOS

Z.Val.	Val.Uni.	Z.Verde	Equipam.	Inicial	REDUCCIÓN UA	REDUCCIÓN NU
PU29	419.00	41.90	314.25	12.18		0.60
PU30	374.00	37.40	280.50	10.54		0.60
PU31	350.00	35.00	262.50	12.18		0.60
PU32A	328.00	32.80	246.00	12.18		0.60
PU32B	328.00	32.80	246.00	10.54		0.60
PU33A	305.00	32.80	246.00	6.49		0.60
PU33B	305.00	32.80	246.00	10.54		0.60
PU34	280.00	32.80	246.00	12.18		0.60
PU36	229.00	25.10	188.25	10.54		0.60
U25	560.00	56.00	420.00		0.40	0.60
U26	525.00	52.50	393.75		0.40	0.60

U27	490.00	49.00	367.50		0.40	0.60
U28	455.00	45.50	341.25		0.40	0.60
U29	419.00	41.90	314.25		0.40	0.60
U30	374.00	37.40	280.50		0.40	0.60
U31	350.00	35.00	262.50		0.40	0.60
U32	328.00	32.80	246.00		0.40	0.60
U33	305.00	30.50	228.75		0.40	0.60
U34	280.00	28.00	210.00		0.40	0.60
U35	251.00	25.10	188.25		0.40	0.60
U36	229.00	22.90	171.75		0.40	0.60
U37	205.00	20.50	153.75		0.40	0.60
U38	188.00	18.80	141.00		0.40	0.60
U39	172.00	17.20	129.00		0.40	0.60
U49	32.00	6.00	32.00		0.40	0.60
U53	16.00	6.00	12.00		0.40	0.60
U56	8.00	6.00	8.00		0.40	0.60

LA CONTRATACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

José Antonio Moreno Molina.

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la
Universidad de Castilla-La Mancha

ÍNDICE:

I.- INTRODUCCIÓN. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO.....	2
II.- LAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA A LAS QUE ESTABAN SUJETAS LAS FUNDACIONES EN LA NORMATIVA ANTERIOR A LA LCSP.....	3
III.- LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y SU CARÁCTER BÁSICO.....	4
IV.- LA TIPOLOGÍA DE ENTIDADES CONTRATANTES EN LA NUEVA LCSP Y LA REFERENCIA EXPRESA A LAS FUNDACIONES EN LA LETRA F) DEL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 3.	5
1) Las Administraciones Públicas.	
2) Los poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas.	
3) Las restantes entidades del sector público.	
V.- LA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE PODER ADJUDICADOR EN LA LCSP A LA LUZ DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO.....	10
VI.- LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO DEBEN CONSIDERARSE COMO PODERES ADJUDICADORES.....	13
VII.- RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN LA LCSP.....	15
1) Los contratos de las Fundaciones se consideran en todo caso como contratos privados.	
2) Los contratos sujetos a regulación armonizada.	
3) Las reglas sobre preparación de los contratos.	
4) La adjudicación de los contratos.	
5) Las instrucciones internas de contratación.	
6) Los efectos y extinción de los contratos.	

I.- INTRODUCCIÓN. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO.

Antes de entrar en el análisis de las obligaciones que para las fundaciones del sector público se derivan de la normativa española y comunitaria europea sobre contratación pública, hay que hacer una breve referencia al marco normativo general de las fundaciones del sector público.

El artículo 34 de la Constitución reconoce el derecho a crear fundaciones y la regulación de las fundaciones se encuentra principalmente, como figura jurídica propia del Derecho civil, en los artículos 37 y concordantes del Código Civil. Tiene carácter jurídico esencial para estas organizaciones la ausencia de ánimo de lucro y la afección de su patrimonio por voluntad de sus creadores a la realización de fines de interés general. La contratación que lleven a cabo en razón a su naturaleza privada, ostenta carácter civil, lo que conduce a que cualquier controversia sobre la contratación se someta al orden jurisdiccional civil como materia propia del mismo (art. 9.2 LOPJ).

En desarrollo de la Constitución, se aprobó la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, posteriormente derogada de forma parcial por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, que llevó a cabo una ordenación de las fundaciones del sector público estatal en sus artículos 44 y ss.

Pues bien, para la Ley de 2002 son fundaciones del sector público estatal aquellas en las que concurren alguna de las siguientes circunstancias: que se hayan constituido con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal, o su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por cien por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades (art. 45).

Es significativo en esta regulación el que las fundaciones del sector público no puedan ejercer potestades públicas y el que su contratación deba ajustarse a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad.

El artículo 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), al definir el sector público estatal, incluye dentro del mismo a las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley 50/2002 de fundaciones, además de a la Administración General del Estado, los organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado, las entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella, las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social y las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

A los efectos de la LGP, el sector público estatal se divide en el sector público administrativo, el sector público empresarial y el sector público fundacional, integrado este último por las fundaciones del sector público estatal.

El régimen económico y financiero del sector público estatal se regula en la LGP, sin perjuicio de las especialidades contenidas en otras normas especiales y de lo establecido en la normativa comunitaria.

En particular, se someterán a su normativa específica:

- a) El sistema tributario estatal.
- b) Los principios y normas que constituyen el régimen jurídico del sistema de la Seguridad Social, así como el establecimiento, reforma y supresión de las cotizaciones y prestaciones del sistema.
- c) El régimen jurídico general del patrimonio del sector público estatal, así como la regulación de los demanios especiales.
- d) El régimen jurídico general de las relaciones financieras entre el sector público estatal y las Comunidades Autónomas y entidades locales.
- e) El régimen jurídico general de las Haciendas locales.
- f) Los principios básicos y las normas fundamentales que constituyen el régimen jurídico de las ayudas o subvenciones concedidas por las entidades integrantes del sector público estatal con cargo a sus presupuestos o a fondos de la Unión Europea.
- g) El régimen general de la contratación de las entidades integrantes del sector público estatal.
- h) El régimen de contratación de obligaciones financieras y de realización de gastos, en aquellas materias que por su especialidad no se hallen reguladas en esta Ley.

En fin, tendrán carácter supletorio las demás normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho común.

II.- LAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA A LAS QUE ESTABAN SUJETAS LAS FUNDACIONES EN LA NORMATIVA ANTERIOR A LA LCSP.

De acuerdo con la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, las fundaciones del sector público estatal ajustarán su contratación a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios (art. 44.5).

La Ley de Contratos anteriormente vigente (TRLCAP de 16 de junio de 2000, tras su reforma operada a través del Real Decreto Ley de 11 de marzo de 2005), disponía en su artículo 2 que:

“las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior, las sociedades mercantiles a que se refieren los párrafos c) y d) del apartado 1 del artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y otras sociedades mercantiles equivalentes de las demás Administraciones públicas creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y las fundaciones del sector público, siempre que, además, concorra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior, quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, para los contratos de obras, de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 5.278.227 euros, equivalente a 5.000.000 de derechos especiales de giro (DEG), si se trata de contratos de obras, o a 211.129 euros, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados” (el subrayado es añadido).

Los requisitos a los que se refiere esta disposición al hablar de las fundaciones del sector público –artículo 1.3.b)- son la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, la financiación pública mayoritaria y el control público de su gestión.

Asimismo, la disposición adicional 6ª de la Ley de Contratos anterior establecía que:

“las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”.

La referencia expresa a las fundaciones del sector público se incluyó en el artículo 2 y en la disposición adicional 6ª del TRLCAP por el RD Ley 5/2005, de 11 de marzo, que fue la inmediata reacción española a la STJCE de 13 de enero de 2005, que condenó al Estado español por incumplir el Derecho comunitario europeo de la contratación pública.

En efecto, tras dictar el Tribunal europeo la citada sentencia, y con una celeridad digna de mejor causa, el 15 de marzo de 2005 entró en vigor una reforma

de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas llevada a cabo por el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo. Esta norma, intitulada de “reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública”, incorporó en su título IV una modificación de los artículos 2.2, 3.1.c), 3.1.l), 141.a), 182.a), 210.a) y de la disposición adicional sexta del TRLCAP aprobado por el RDL 2/2000, de 16 de junio.

III.- LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y SU CARÁCTER BÁSICO.

Tras la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), ésta ha pasado a constituir la norma cabecera del Derecho español de la contratación pública.

La LCSP responde a la necesidad para el Estado español de incorporación de las previsiones de la Directiva comunitaria 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, cuyo plazo de trasposición finalizó el 31 de enero de 2006.

Pues bien, la LCSP, su desarrollo parcial aprobado por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, y, hasta que no se apruebe el reglamento de ejecución general de la misma y en todo lo que no contradiga a la Ley, el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, contienen la mayor parte de la regulación jurídica de los contratos públicos, y son aplicables a todas las Administraciones públicas españolas, es decir, deben ser aplicadas tanto por la Administración del Estado como por las Administraciones de las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales, y no sólo por ellas, sino por el sector público en el amplio sentido que entiende el artículo 3 de la LCSP.

En efecto, la LCSP, de acuerdo con el título competencial del Estado en la materia (artículo 149.1.18 CE), recoge un común denominador sustantivo aplicable a la contratación a celebrar por las Administraciones del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, así como por los Organismos autónomos y las Entidades de Derecho público dependientes de las mismas. En este sentido, la LCSP especifica el carácter básico o no de cada uno de sus preceptos en su disposición final 7ª.

Como ha señalado también nuestro Tribunal Constitucional, en su sentencia 141/1993, de 22 de abril, la normativa básica en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto, aparte de otros fines de interés general, proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones públicas.

IV.- LA TIPOLOGÍA DE ENTIDADES CONTRATANTES EN LA NUEVA LCSP Y LA REFERENCIA EXPRESA A LAS FUNDACIONES EN LA LETRA F) DEL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 3.

El precepto sin duda más importante para la aplicación e interpretación de la nueva Ley de Contratos es el artículo 3, que con una redacción realmente complicada –con nociones que operan a modo de círculos concéntricos– fija el ámbito subjetivo de la norma. En la tipología de entidades se apoya toda la estructura de la LCSP.

En efecto, dentro de las entidades del sector público sometidas a la LCSP y definidas en el apartado 1 del citado artículo 3, resulta necesario singularizar tres grandes categorías, que llamativamente no coinciden con las derivadas del Derecho comunitario, ni tampoco con las categorías del Derecho administrativo español (en este sentido, la definición de Administración Pública del apartado 2 del artículo 3 de la LCSP, que excluye a las entidades públicas empresariales, es sustancialmente distinta de la que establecen con pretensiones generales la LOFAGE -Ley 6/1997, de 14 de abril- o la LRJPAC -Ley 30/1992, de 26 de noviembre-). Por ello insiste el legislador en todos los apartados del artículo 3 en que las nociones que maneja lo son a los exclusivos “efectos de esta Ley”.

Pues bien, las tres categorías que resultan del análisis del artículo 3 son: los poderes adjudicadores que tienen la consideración de Administraciones Públicas -apartado 2 del artículo 3-, los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administraciones Públicas -apartado 3 del artículo 3- y la categoría residual de las restantes entes del sector público, recogida en el apartado 1 del precepto e integrada por aquellos supuestos que no entran dentro de las otras dos categorías anteriores.

Según la categoría de que se trate tendrán que aplicar la Ley con diferentes niveles de intensidad y según sus regímenes contractuales. La LCSP combina para la determinación de estos diferentes niveles de aplicación de la norma criterios subjetivos, con criterios objetivos, entre los cuales destacan sobre todo las clases de contratos que recoge la Ley (típicos, administrativos, mixtos, privados y contratos sujetos a regulación armonizada o no).

Pues bien, para definir el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, el artículo 3 considera que forman parte del sector público “las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades” (letra f del apartado 1).

La LCSP se apoya en la definición de las fundaciones del sector público contenida en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia del TJCE sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa sobre contratos utiliza otros criterios diferentes. En efecto,

para el máximo intérprete del Derecho comunitario europeo, a la hora de analizar la aplicación de la normativa sobre contratos públicos a un ente público o privado, el elemento decisivo es el control que un poder adjudicador ejerza sobre el organismo en cuestión. De tal forma que un organismo que depende de los poderes públicos, tanto por la designación de sus miembros como por la garantía de las obligaciones derivadas de sus actos, como por la financiación de los contratos públicos que está encargado de adjudicar, debe considerarse comprendido en el Estado a los efectos de la aplicación del Derecho comunitario de los contratos aunque formalmente no constituya una parte integrante de él. El elemento de la participación en el patrimonio no es decisivo, como bien se sabe con mucho menos del 50% de control público se puede dominar a una entidad o a una fundación.

En cualquier caso, es importante resaltar que para asegurar el cierre del sistema, la letra h) del artículo 3.1 de la LCSP establece una cláusula residual y reproduce literalmente la definición de “organismo público” de la Directiva 2004/18/CE, en cuanto poder adjudicador sujeto a la misma, garantizando que, en cualquier caso, el ámbito de aplicación de la ley se extienda a cualquier organismo o entidad que, con arreglo a la norma comunitaria, deba estar sometido a sus prescripciones.

En efecto, además de las fundaciones, el apartado 1 del artículo 3 cita expresamente a los siguientes entes, organismos y entidades:

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.

b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.

c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100.

e) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local (en este punto no cita el legislador

expresamente la Ley de Bases de Régimen Local, pese a que en el mismo apartado sí cita por su nombre la Ley 30/1992).

g) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

h) Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

i) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

Veamos ahora, dentro de este conjunto de entidades, la tipología que la LCSP establece.

1) Las Administraciones Públicas.

Se definen, a los exclusivos efectos de la LCSP, de forma enumerativa en el apartado 2 del artículo 3, tomando como referencia la caracterización del “sector público administrativo” contenida en el artículo 3.1 de la LGP (Ley 47/2003, de 26 de noviembre).

En concreto, para la LCSP tienen la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Las Administraciones territoriales (del Estado –Ministerios, Delegaciones del Gobierno y Subdelegaciones...-, de las Comunidades Autónomas –las distintas Consejerías de sus gobiernos- y Entidades que integran la Administración Local.

b) Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social.

b) Los Organismos autónomos.

c) Las Universidades Públicas.

d) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad. Son las denominadas por la doctrina “administraciones independientes” y entre ellas se encuentran, por ejemplo, la Comisión Nacional de la Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

e) Las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas, que cumplan alguna de las características siguientes:

1.ª que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o

2.ª que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas para la LCSP las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales. Es decir, no son Administración Pública, a efectos de la LCSP, las entidades públicas que, en realidad, realizan una actividad industrial o comercial o venden sus servicios y se financian mayoritariamente con los ingresos derivados de ello y no con fondos públicos. Es el caso, por ejemplo, de RENFE-Operadora o de Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha (FEVE).

f) Pero la Ley también equipara a las Administraciones Públicas, a efectos de la aplicación de la normativa sobre contratación, a los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo (disposición adicional 3ª), las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco (disposición adicional 33) y el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), de acuerdo con la disposición final 5ª que modifica al efecto el artículo 22.3.b) de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario.

Pues bien, la mayoría de los preceptos de la LCSP se dirigen a su aplicación por las Administraciones Públicas, que constituyen en consecuencia el núcleo de sujetos al que se aplica con mayor intensidad la norma. Además, con la nueva Ley, sólo los contratos que celebren las Administraciones Públicas pueden tener carácter administrativo (artículo 20.1).

Muestra de la aplicabilidad masiva de la nueva Ley a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas son los contenidos de los títulos centrales de la norma, en los que son la excepción los preceptos dirigidos a las otras categorías contractuales. Así, el Libro II de la Ley dedica sus artículos 93 a 120 a la preparación de los contratos de las Administraciones Públicas, mientras que sólo contiene un artículo, el 121, dirigido a la preparación de los contratos de otras entidades. En el

Libro III las normas sobre adjudicación de los contratos de su Título I se estructuran en un capítulo I relativo a la “Adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas” (artículos 122 a 172) y un reducido Capítulo II sobre la “Adjudicación de otros contratos del sector público” (artículos 173 a 177). En fin, el Libro IV, regulador de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, se aplica por definición sólo a las Administraciones Públicas.

2) Los poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas.

Se trata de una categoría que pretende incluir a los sujetos sometidos a las reglas públicas sobre contratación por el Derecho comunitario europeo. La definición de estos sujetos se encuentra en el artículo 3.3 LCSP por referencia a los criterios sentados en la citada Directiva 2004/18/CE y curiosamente recogidos tanto en la letra b) de este apartado 3 como en la letra h) del apartado 1 del mismo artículo 3.

La Ley española acuña el concepto de poder adjudicador para incorporar la terminología comunitaria –al igual que, por ejemplo, incorpora el concepto de oferta económica más ventajosa para sustituir a los tradicionales términos españoles de subasta y concurso–, que identifica en el apartado 3 del artículo 3 considerando como tales a los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos, que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

La interpretación de esta definición debe ser la que resulta de la jurisprudencia del TJCE, que analizaremos en el siguiente epígrafe de este mismo trabajo. Pero hay que destacar que la clave de la misma es la naturaleza de la actividad que satisfaga el organismo o entidad de que se trate: satisfacer necesidades de interés general que no tengan exclusivo carácter mercantil, en cuyo caso, por tratarse de gestión económica, quedará justificada su sometimiento al régimen jurídico privado. En todo caso, como puso de relieve la STJCE de 13 de octubre de 2003, de condena al Reino de España en el asunto SIEPSA, en ausencia de riesgo empresarial, una empresa pública o cualquier otro ente controlado por el poder

público se comporta como poder adjudicador y estará sometido a las reglas y principios de la contratación pública.

3) Restantes entes del sector público.

Se definen negativamente por no tener el carácter de Administraciones Públicas ni de poderes adjudicadores. Son, en definitiva, los entes que, estando incluidos en el ámbito del artículo 3.1, no se encuentran mencionados en el artículo 3.2 ni en el 3.3, que como acabamos de ver recoge una definición general de muy amplia cobertura, por lo que esta categoría residual integra en realidad pocos sujetos públicos.

Sería, por ejemplo, el caso de algunos entes públicos o semipúblicos (Mutuas de la Seguridad Social, colegios profesionales, etc.), si no reúnen los requisitos de los poderes adjudicadores.

Además de las normas del Libro I aplicables a todos los contratos del sector público, estos sujetos deben observar unas directrices mínimas para la adjudicación de los contratos que pretendan celebrar (artículo 176).

V.- LA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE PODER ADJUDICADOR EN LA LCSP A LA LUZ DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO.

Pese a que el artículo 3 de la LCSP trata de incorporar el ámbito subjetivo de aplicación del Derecho comunitario sobre contratos públicos, el legislador español ha optado por una adaptación peculiar y cuanto menos confusa al superponer los distintos conceptos (entes del sector público, poderes adjudicadores y Administraciones Públicas), habiéndose descartado la vía más sencilla y acorde con la Directiva 2004/18 de reproducir su contenido, como sin embargo se ha hecho por la Ley en otras muchas cuestiones (vgr. definición de nuevos procedimientos y formas de adjudicación de los contratos como el diálogo competitivo, la subasta electrónica, los acuerdos marco o los sistemas dinámicos de adquisición).

Hay que recordar que el Estado español ha sido especialmente reticente en la adaptación de nuestro derecho al ámbito subjetivo de aplicación de la legislación comunitaria sobre contratación, lo que ha obligado a constantes remiendos legislativos para cumplir las sentencias del TJCE o evitar nuevos recursos de la Comisión Europea. En efecto, fueron sucesivamente ampliando el elenco de sujetos sometidos al Texto Refundido de la Ley de Contratos de 2000 las reformas de la norma llevadas a cabo en 2003 (Ley 62/2003, de 30 diciembre), 2005 (Real Decreto-ley 5/2005, de 11 marzo) y 2006 (Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007), pese a lo cual no se llegó a adaptar correctamente nuestro ordenamiento a las exigencias comunitarias en la materia (véanse las duras sentencias del TJCE contra España de 15 de mayo de 2003, 16 de

octubre de 2003 y 13 de enero de 2005; así como el recurso de la Comisión contra España interpuesto el 30 de mayo de 2007, asunto C-255/07)¹.

Hasta tal punto era necesaria la adaptación al Derecho comunitario del ámbito subjetivo de la legislación española que, frente al plazo de seis meses desde su publicación en el “Boletín Oficial del Estado” para la entrada en vigor de la Ley que contemplaba la disposición final duodécima de la LCSP, las reglas sobre el ámbito de aplicación de la legislación de contratación pública entraron en vigor al día siguiente al de la publicación, esto es, el 1 de noviembre de 2007².

¹ Recurso interpuesto el 30 de mayo de 2007 por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España (asunto C-255/07). La pretensión de la Comisión es que se declare “que, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a la directiva 2004/18/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y, en cualquier caso, al no haberlas comunicado a la Comisión, el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de dicha directiva”. Sobre la trasposición de las Directivas comunitarias de contratos públicos 2004/17/CE y 2004/18/CE, véase MEDINA, T. y TRYBUS, M., “Unfinished Business: The State of Implementation of the New EC Public Procurement Directives in the Member Status on February 1, 2007”, *Public Procurement Law Review*, nº 4 (2007), págs. 89-118.

² La disposición transitoria séptima de la LCSP establecía –con una redacción realmente confusa– que hasta la entrada en vigor de la Ley, las normas del TRLCAP, se aplicarían en los siguientes términos:

“a) Los entes, organismos y entidades que, según el artículo 1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tengan la consideración de Administraciones Públicas, sujetarán su contratación a la totalidad de las disposiciones de esa norma.

b) Los entes, organismos y entidades que sean poderes adjudicadores conforme al artículo 3.3 de la LCSP y no tengan el carácter de Administraciones Públicas de acuerdo con el artículo 1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aplicarán las normas de dicha Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación, formas de adjudicación y régimen de recursos y medidas cautelares, cuando celebren contratos de obras de cuantía igual o superior a 5.278.000 euros, excluido el impuesto sobre el Valor Añadido, y contratos de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior a 211.000 euros, con exclusión, igualmente, del referido impuesto. En contratos distintos a los mencionados, estos entes, organismos o entidades observarán los principios de publicidad, concurrencia, no discriminación e igualdad de trato.

c) Los entes, organismos y entidades que, según el artículo 3.1 de la LCSP, pertenezcan al sector público, y no tengan la consideración de Administraciones Públicas o de poderes adjudicadores conforme a las letras anteriores, sujetarán su contratación a lo

La LCSP ha recogido finalmente en su letra h) del artículo 3.1 y en la letra b) del artículo 3.3 la definición de organismo de derecho público de las directivas sobre contratos, recogido por ejemplo en el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE. Los entes incluidos en ambos preceptos son entes del sector público que constituyen poderes adjudicadores.

La LCSP define pues a los poderes adjudicadores en base a una serie de requisitos que provienen de las Directivas comunitarias y a su vez han sido ya objeto de una bastante desarrollada interpretación jurisprudencial: el ente, organismo o entidad debe a) tener personalidad jurídica, b) haber sido creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y c) estar sujeto a dependencia de una Administración u otro poder adjudicador porque alguno de ellos financie mayoritariamente su actividad, controle su gestión o nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Cierto que, mientras que en la LCSP se habla de poderes adjudicadores, en la Directiva 2004/18 se diferencia entre poderes adjudicadores y organismos de derecho público. En concreto, el artículo 1.9 de la citada norma europea dispone lo siguiente:

“Son considerados ‘poderes adjudicadores’: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.

Es considerado ‘organismo de Derecho público’ cualquier organismo:

a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,

establecido en la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

Igualmente, hasta la entrada en vigor de la LCSP, las normas de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación, formas de adjudicación y régimen de recursos y medidas cautelares serán aplicables a los contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupos 45.2 de Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, así como a los contratos de consultoría y asistencia y de servicios que estén relacionados con los contratos de obras mencionados, cuando sean subvencionados directamente por entes, organismos o entidades de los mencionados en las letras a) o b) del apartado anterior en más del 50 por 100 de su importe, y éste, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a 5.278.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 211.000 euros, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados (como se sabe estas cifras fueron modificadas por la UE estableciéndose en 5.150.000 y 206.000 euros).

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

Página 14 de 25

- b) dotado de personalidad jurídica y
- c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público”.

La consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha precisado que el concepto de organismo de derecho público es un concepto de Derecho comunitario que como tal debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad. El concepto se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el apartado 9 del artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE (véanse, en este sentido, las Sentencias de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, *Comisión/España*, C-214/00, Rec. p. I-4667, apartados 52 y 53, y de 16 de octubre de 2003, *Comisión/España*, C-283/00, Rec. p. I-11697, apartado 69).

De ello se desprende que, para resolver la cuestión de la calificación eventual de una entidad de derecho privado (sociedad, fundación o asociación) como organismo de derecho público, procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos enunciados en las directivas de contratos, sin que el estatuto de derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir por sí solo su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de estas Directivas (Sentencia de 15 de mayo de 2003, *Comisión/España*, apartados 54, 55 y 60).

En primer lugar, para definir el concepto de organismo de derecho público debe atenderse a la naturaleza de la actividad: satisfacer necesidades de interés general que no tengan exclusivo carácter mercantil, pues si lo tienen, por tratarse de gestión económica o de mercado, quedará justificado su sometimiento al régimen jurídico privado. Como puso de relieve la STJCE de 13 de octubre de 2003, de condena al Reino de España en el asunto *SIEPSA*, en ausencia de riesgo empresarial, una empresa pública o cualquier otro ente controlado por el poder público se comporta como poder adjudicador y está sometido a las reglas y principios de la contratación pública.

En segundo lugar, es cierto que el ente, para considerarse poder adjudicador debe tener personalidad jurídica propia, si bien para el Derecho comunitario la forma jurídica adoptada -pública o privada- no es por sí criterio decisivo, pues debe realizarse una interpretación funcional de la que resulta que la forma jurídica, pública o privada, es indiferente a estos efectos. Al respecto es especialmente relevante la doctrina que mantiene la citada STJCE de 15 noviembre de 1998: “...es preciso recordar que para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de entidad adjudicadora debe recibir una interpretación funcional (en este

sentido, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes). Esta necesidad se opone a que se establezcan diferencias en función de la forma jurídica de las disposiciones por las que se crea el organismo y se especifican las necesidades que éste debe satisfacer”. Las empresas mercantiles no pueden entenderse, en consecuencia, excluidas del ámbito de aplicación. La STJCE de 15 de mayo de 2003, en la que se condena al Reino de España, concluye que: “De los principios así elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el estatuto de derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora”, en el sentido de las directivas sobre contratos públicas.

El último requisito que se exige es que el control del ente -por vía financiera o cualquier otro medio- sea de la Administración Pública (u otro poder adjudicador). Debe estarse, por tanto, al dato de la influencia dominante del poder público sobre el organismo adjudicador. Las STJCE de 3 de octubre de 2000 (asunto Universidad de Cambridge) y 23 de diciembre de 2007 (asunto Bayerischer Rundfunk y otros) han aclarado cuando existe financiación mayoritariamente pública, que no debe confundirse con financiación a cargo de los presupuestos públicos. Igualmente concurre este tercer criterio cuando existe un control final en la toma de decisiones por parte del poder público. Así lo ha afirmado la STJCE de 1 de febrero de 2001, que considera sometidas al régimen de contratación pública a las empresas francesas dedicadas a la construcción de viviendas por parte de servicios públicos de construcción y urbanización y de sociedades anónimas de viviendas de alquiler a precio moderado.

VI.- LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO DEBEN CONSIDERARSE COMO PODERES ADJUDICADORES.

La notable amplitud de la noción comunitaria europea de poder adjudicador y su traslación a los conceptos del artículo 3 de la LCSP tiene como consecuencia inmediata la consideración de que la mayoría de las entidades y organismos públicos en España que no son Administraciones públicas -por no entrar en la definición expresa del artículo 3.2- deben ser considerados como poderes adjudicadores.

Así ocurre, en particular, con las fundaciones del sector público, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.1 de la Constitución española de 1978 (“Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general...”) y en el artículo 2.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (“Son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general”) no pueden tener por objeto fines de carácter industrial o mercantil, por lo que cabe considerarlas como poderes adjudicadores.

Aunque las fundaciones del sector público desarrollasen alguna actividad económica ésta sería complementaria o accesorio a sus fines (que el artículo 3 de la Ley 50/2002 enumera de forma ejemplificativa³) y hay que tener en cuenta en este sentido que la STJCE de 15 de enero de 1998 (Asunto C-44/96 Mannesmann) indica que, si hay una función de interés general, al margen de que la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, se produce una bis atractiva del primer elemento, debiendo entenderse a ese ente sometido a la reglas de contratación pública. En consecuencia, los entes instrumentales que presten un servicio público o tengan que cumplir con obligaciones de servicio público, se encuentran sometidos al régimen de la legislación de contratos públicos.

Al ser poderes adjudicadores, a las Fundaciones del sector público se les aplican, además de las normas del Libro I obligatorias para todos los contratos del sector público, unas reglas bastante próximas a las de las Administraciones Públicas en la preparación y adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada (artículos 27, 104, 105, 173 y 174), y unas normas con un menor nivel de exigencia en los restantes contratos (artículo 175).

En efecto, la Ley de Contratos establece las “normas aplicables por los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas” en la Sección 1ª, Capítulo II, Título I del Libro III. Entre estas normas, la Ley distingue, por un lado las reglas aplicables a contratos sujetos a regulación armonizada, indicando en el artículo 121.1 lo relativo a preparación de los contratos y en el artículo 174 lo relativo a adjudicación de los mismos, y por otro lado aquellos otros contratos no sujetos a armonización. Respecto de estos últimos, el artículo 121.2 prevé una serie de indicaciones para la preparación de dichos contratos, estableciendo por su parte el artículo 175, en lo que se refiere a la adjudicación el sometimiento de la misma a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad y no discriminación.

Para ello, la LCSP atribuye a dichos poderes adjudicadores un importante poder de disposición al ordenarles que aprueben unas Instrucciones en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la

³ El apartado 1 del artículo 3 de la Ley 50/2002 señala que “las fundaciones deberán perseguir fines de interés general, como pueden ser, entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico”.

efectividad de los principios enunciados y que el contrato sea adjudicado a quien presente la oferta económica más ventajosa.

VII.- RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN LA LCSP.

1) Los contratos de las Fundaciones se consideran en todo caso como contratos privados.

La LCSP mantiene las categorías tradicionales en nuestro Derecho –pero que no se conocen en las Directivas comunitarias- de contratos administrativos y contratos privados de la Administración, así como la dualidad de regímenes jurídicos (de Derecho administrativo y de Derecho privado) para los contratos del sector público, precisando los supuestos en que se aplica uno u otro y las normas por las que se rigen.

Sin embargo, la regulación introduce una novedosa configuración de las categorías ya que la figura de los contratos administrativos se reserva exclusivamente a los celebrados por las Administraciones Públicas. Para todos los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administración Pública (que define el apartado 2 del artículo 3 de la LCSP), como son las Fundaciones, los contratos que celebren se considerarán contratos privados (artículo 20.1).

Por ello, cuando las Fundaciones celebren alguno de los tipos contractuales definidos en los artículos 5 a 12 de la LCSP, definidos por cierto de acuerdo con la Directiva 2004/18, celebrarán contratos privados de obras públicas, de suministros o de servicios (no podrán celebrar contratos de concesión de obras públicas, de gestión de servicios públicos o de colaboración entre el sector público y el sector privado, porque estos tipos se reservan por la LCSP a las Administraciones públicas). Si esos mismos contratos (de obras, suministros o servicios) los celebra un Ayuntamiento serán calificados como contratos administrativos.

2) Los contratos sujetos a regulación armonizada

Para determinar la normativa aplicable a los contratos que celebren las Fundaciones resulta imprescindible distinguir entre aquellos contratos que celebren que se encuentren o no sujetos a regulación armonizada.

El artículo 13 de la LCSP define los contratos sujetos a regulación armonizada (SARA) en función de la entidad que los celebra (debe ser un poder adjudicador, aunque hay una excepción en relación a los contratos subvencionados), por su tipo (obras, concesión de obras públicas, suministro, servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II y colaboración público-privada) y por su cuantía (umbrales previstos por la Directiva 2004/18/CE, salvo los de los contratos de

colaboración entre el sector público y el sector privado, que en todo caso se consideran sujetos a regulación armonizada).

De esta forma, serán SARA:

-contratos de obras y concesión de obras públicas: si su valor estimado (concepto que concreta el artículo 76 de la LCSP –importe total del contrato sin IVA⁴-) es igual o superior a 5.150.000 euros.

-contratos de suministro de valor estimado igual o superior a 133.000 o 206.000 euros⁵.

-contratos de servicios de valor estimado igual o superior a 133.000⁶ o 206.000⁷ euros.

La identificación de estos contratos se ajusta en consecuencia al ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18, si bien frente a la caracterización de la norma comunitaria, el concepto no incluye los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del anexo II –los servicios no esenciales en la terminología comunitaria⁸-, a los que la

⁴ Véanse las Circulares de la Abogacía General del Estado nº 3/2008 (“Imprudencia de computar el IVA en el cálculo del importe de los contratos menores”) y nº 4/2008 (“Imprudencia de computar el IVA en el cálculo del importe de la garantía provisional de los contratos”).

⁵ 133.000 euros cuando se trate de contratos adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social. No obstante, cuando los contratos se adjudiquen por órganos de contratación que pertenezcan al sector de la defensa, este umbral solo se aplicará respecto de los contratos de suministro que tengan por objeto los productos enumerados en el anexo III de la LCSP (art. 15.1.a). Y 206.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro distintos de los anteriores, por razón del sujeto contratante o por razón de su objeto.

⁶ Cuando los contratos hayan de ser adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto para ciertos contratos de la categoría 5 y para los contratos de la categoría 8 del Anexo II en la letra b) del artículo 16.1.

⁷ Cuando los contratos hayan de adjudicarse por entes, organismos o entidades del sector público distintos a la Administración General del Estado, sus organismos autónomos o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, o cuando, aún siendo adjudicados por estos sujetos, se trate de contratos de la categoría 5 consistentes en servicios de difusión de emisiones de televisión y de radio, servicios de conexión o servicios integrados de telecomunicaciones, o contratos de la categoría 8, según se definen estas categorías en el Anexo II de la LCSP.

⁸ Se trata de los servicios de hostelería y restaurante, de transporte por ferrocarril, de transporte fluvial y marítimo, de transporte complementarios y auxiliares, servicios jurídicos, servicios de colocación y suministro de personal, servicios de investigación y

Directiva declara aplicables solo las normas sobre establecimiento de prescripciones técnicas y publicidad de las adjudicaciones. En relación con estos contratos de servicios, especialmente numerosos por la capacidad de absorción del cajón desastre que constituye la categoría 27 de “otros servicios”, la LCSP opta por dejarlos fuera de la categoría SARA y establecer su sometimiento a las mismas reglas que éstos en los lugares pertinentes de la ley (vgr. artículos 104.1 -información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo- y 138.3 -referido a la publicidad de la adjudicación-).

La LCSP otorga un tratamiento especial a un tipo contractual, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, al que en todo caso considera sujeto a regulación armonizada, con independencia de su cuantía.

Hay que destacar la novedad que supone la incorporación por la legislación española de este contrato, sobre el que no hay regulación comunitaria, ya que este tipo ni se recoge en la Directiva 2004/18/CE -que sólo disciplina los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios- ni ha dado lugar a una directiva específica. Tampoco parece que a corto o medio plazo se vaya a aprobar una norma comunitaria sobre esta figura contractual debido a la falta de consenso entre los países europeos en la materia⁹.

El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado se define en el artículo 11 de la LCSP como aquél:

“en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

- a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
- b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
- c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones

seguridad -excepto servicios de furgones blindados-, servicios de educación y formación profesional, servicios sociales y de salud, servicios de esparcimiento, culturales y deportivos y la amplia categoría de “otros servicios”.

⁹ Véase el Libro Verde de la Comisión sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [COM (2004) 327 final].

más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.

d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado”.

Se trata pues de un contrato típico (artículos 5 y 11) y administrativo, ya que se celebra necesariamente por una Administración pública (artículo 19), por lo que una Fundación del sector público no podrá acudir a este tipo contractual.

3) Las reglas sobre preparación de los contratos.

Por lo que se refiere a la preparación de los contratos de las Fundaciones, en el Libro II de la LCSP sólo se le dedica un precepto, en contraste con los artículos dedicados a la preparación de los contratos por las Administraciones públicas (93 a 120, ambos inclusive). En efecto, el artículo 121 integra en solitario el Capítulo Único del Título II del citado Libro II de la nueva Ley.

Así, en relación con el establecimiento de prescripciones técnicas y preparación de pliegos, establece que en los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones públicas, que estén sujetos a regulación armonizada o que sean contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 206.000 euros, así como en los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, deberán observarse las reglas establecidas en el artículo 101 para la definición y establecimiento de prescripciones técnicas, siendo igualmente de aplicación lo previsto en los artículos 102 a 104.

Si la celebración del contrato es necesaria para atender una necesidad inaplazable o si resulta preciso acelerar la adjudicación por razones de interés público, el órgano de contratación podrá declarar urgente su tramitación, motivándolo debidamente en la documentación preparatoria. En este caso será de aplicación lo previsto en el artículo 96.2.b) sobre reducción de plazos en la tramitación de urgencia de los expedientes de contratación.

En contratos distintos a los mencionados anteriormente de cuantía superior a 50.000 euros, los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones públicas deberán elaborar un pliego, en el que se establezcan las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de las ofertas, los criterios de adjudicación y las garantías que deberán constituir, en su caso, los licitadores o el adjudicatario, siendo de aplicación, asimismo, lo dispuesto en el artículo 104. Estos pliegos serán parte integrante del contrato.

Sin embargo, carece de sentido que la LCSP exija la aprobación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares a los contratos de más de 50.000 euros y no a

los de muchas más alta cuantía, como son los contratos sujetos a regulación armonizada, a los que hemos visto sólo exige que observen las reglas para la definición y establecimiento de prescripciones técnicas. Una interpretación sistemática de la Ley –teniendo en cuenta sobre todo lo dispuesto por los artículos 26 y 37.2– obligaría a entender que debe exigirse la elaboración de Pliegos a todos los contratos celebrados por los poderes adjudicadores cuya cuantía sea superior a 50.000 euros¹⁰.

4) La adjudicación de los contratos.

Al establecer las normas de adjudicación de los contratos aplicables por los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones públicas, como son las Fundaciones del Sector Público, la LCSP distingue entre los contratos sujetos a regulación armonizada, a los que somete a unas reglas muy estrictas, y los no sujetos.

La adjudicación de los contratos SARA, así como la de los contratos subvencionados, se rige por las mismas normas que se aplican a las Administraciones públicas salvo algunas adaptaciones que concreta el artículo 174 de la nueva Ley.

En concreto, no será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 134, sobre la intervención del comité de expertos para la valoración de criterios subjetivos (lo que resulta verdaderamente llamativo puesto que la LCSP introduce este novedoso control para limitar la discrecionalidad, pero lo aplica sólo a las Administraciones públicas y no al resto de poderes adjudicadores, esto es, se desconfía de funcionarios y políticos y no de los órganos de contratación de entidades u organismos públicos), en los apartados 1 y 2 del artículo 136 sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas, en el artículo 140 sobre formalización de los contratos, en el artículo 144 sobre examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación, y en el artículo 156 sobre los supuestos en que es posible acudir a un procedimiento negociado para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos.

Tampoco será preciso publicar las licitaciones y adjudicaciones en los diarios oficiales nacionales a que se refieren el párrafo primero del apartado 1 del artículo 126 y el párrafo primero del apartado 2 del artículo 138, entendiéndose que se satisface el principio de publicidad mediante la publicación efectuada en el Diario Oficial de la Unión Europea y la inserción de la correspondiente información en la plataforma de

¹⁰ En este sentido se pronuncia la Instrucción nº 1/2008, de 5 de febrero, de la Abogacía General del Estado, que versa sobre la contratación de las fundaciones del sector público estatal, de las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado .

contratación a que se refiere el artículo 309 o en el sistema equivalente gestionado por la Administración pública de la que dependa la entidad contratante, sin perjuicio de la utilización de medios adicionales con carácter voluntario.

Si, por razones de urgencia, resultara impracticable el cumplimiento de los plazos mínimos establecidos, será de aplicación lo previsto en el artículo 96.2.b) sobre reducción de plazos en la tramitación de urgencia del procedimiento.

Por el contrario, para la adjudicación de los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada, la LCSP prevé un régimen mucho más flexible, con la aprobación por cada entidad u organismo de unas instrucciones internas de contratación. La Ley únicamente establece que las instrucciones serán de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las mismas y que en ellas se regularán los procedimientos de contratación de forma que el contrato sea adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa y quede garantizada la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación (letra b) del artículo 175).

5) Las instrucciones internas de contratación.

Para la adjudicación de los contratos no SARA, la LCSP prevé un régimen muy flexible, con la aprobación por cada entidad u organismo de unas instrucciones internas de contratación. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad. La letra c) del artículo 175 considera cumplidas las exigencias derivadas del principio de publicidad con la inserción de la información relativa a la licitación de los contratos cuyo importe supere los 50.000 euros en el perfil del contratante de la entidad, sin perjuicio de que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar otras modalidades, alternativas o adicionales, de difusión.

La disposición transitoria sexta de la LCSP contempla que a partir de la entrada en vigor de la Ley, y en tanto no se aprueben las instrucciones internas (hay que advertir que la mayoría de las Fundaciones en España han aprobado con rapidez estas instrucciones, una vez entrada en vigor la LCSP, y las han publicado en sus perfiles de contratantes), los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones públicas se regirán, para la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada, por las normas establecidas en el artículo 174. Estas normas deberán igualmente aplicarse por las restantes entidades del sector público para la adjudicación de contratos, en tanto no aprueben las instrucciones previstas en el artículo 176.3.

Con esta regulación, la LCSP abre una importante posibilidad de escape de los principios generales de la contratación pública (otra posibilidad más, como los contratos menores cuya cuantía tanto se ha elevado ahora), con la amplia libertad que se ofrece a las instrucciones internas que deberán aprobar los poderes adjudicadores en los contratos no sujetos a regulación armonizada y las restantes entidades y organismos del sector público. Todas estos entes públicos, de enorme relevancia en la actualidad en nuestra organización administrativa –tanto en el ámbito estatal y autonómico como en el local–, en la medida en que introduzcan especialidades procedimentales y reglas propias para su contratación, pueden dificultar el acceso general de los licitadores, a los que resultará muy complejo conocerlas todas ellas o poder preparar sus ofertas para participar en los procedimientos convocados, si es que tienen esa posibilidad –y no se encuentran en muchos casos con la utilización, amparada por estas instrucciones, de contratos menores y procedimientos negociados sin publicidad incluso con cuantías superiores a las de la LCSP, o con otros procedimientos que puedan establecer¹¹–. El problema de acceso a esta contratación será mayor cuanto más pequeñas sean las empresas. La libre concurrencia y la igualdad de acceso a las licitaciones se pueden ver, en consecuencia, muy afectadas; y todo ello pese a la vigencia de estos principios para la contratación de todos los entes instrumentales no sólo *ex artículo 1 LCSP*, sino también *ex artículos 123 y especialmente 175.a) y 176.1 de la nueva Ley de Contratos*.

Hay que recordar en este punto la importante doctrina de El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que ha venido destacando en los últimos años de forma reiterada que la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos se extiende no sólo a los contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, el cual no deja de ser limitado¹² – y en base al cual se fundamenta la nueva categoría acuñada por la LCSP de contratos sujetos a regulación armonizada–, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las Directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos del Tratado de la Comunidad Europea, tal y como han sido interpretados por el propio Tribunal¹³. En el mismo sentido se pronuncia la

¹¹ GIMENO FELIÚ J.M. (2008), “El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista de Administración Pública*, 176, advierte del peligro de esta deslegalización procedimental (p. 49).

¹² Los artículos 7 de la Directiva 2004/18/CE y 16 de la Directiva 2004/17/CE fijan el ámbito de aplicación de la misma estableciendo unos umbrales económicos; y también quedan fuera de las normas europeas los contratos referidos a los servicios enumerados en el anexo II B de la Directiva 2004/18/CE y en el anexo XVII B de la Directiva 2004/17/CE de importe superior a los umbrales de aplicación de estas Directivas.

¹³ Ver, por todas, la sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH.

Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea aplicable a la adjudicación de contratos no cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/CE-179/02).

6) Los efectos y extinción de los contratos.

En lo que se refiere al régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos celebrados por las Fundaciones, se aplicarán las normas del Derecho privado, ya que estos contratos son en todo caso contratos privados, por lo que no quedan sujetos al Libro IV de la LCSP. Nos encontramos aquí ante una consecuencia trascendente de la nueva categorización de los contratos administrativos y privados en función de la entidad contratante que lleva a cabo la LCSP.

Pues bien, el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con la preparación y adjudicación de estos contratos privados –que son todos los que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración pública-, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada. En consecuencia, la decisión para atribuir el conocimiento de los procesos sobre contratación pública a la jurisdicción contencioso administrativa o a la civil se apoya en un criterio tan poco relevante como la cuantía de los contratos, que es principalmente lo que decide si estamos ante un contrato SARA o no SARA.

Cuando la tendencia en nuestro Derecho público se mueve hacia la unificación procesal –que tanto esfuerzo y reformas legislativas ha costado conseguir por ejemplo en relación con los litigios sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas¹⁴-, se resucita por la LCSP la problemática de la dualidad de jurisdicciones cuando debería haberse mantenido la clásica teoría de los actos separables residenciando en la jurisdicción contencioso-administrativa los litigios derivados de las

¹⁴ Para acabar con la dualidad jurisdiccional en la materia hubieron de reformarse sucesivamente la Ley de procedimiento administrativo 30/92, la Ley jurisdiccional 29/1998 y la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial. Al respecto puede consultarse GARBÉRÍ LLOBREGAT, J. (2004): “Exclusividad del Recurso contencioso-administrativo para el enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración (A propósito de las últimas reformas del art. 9.4 LOPJ)”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Responsabilidad patrimonial del Estado legislador, administrador y juez*; nº II, pág. 62.

controversias surgidas en la fase de preparación y adjudicación del contrato, al margen de la naturaleza pública o privada del ente contratante¹⁵.

La opción adoptada por la Ley 30/2007 contrasta con la elegida por la Ley 31/2007¹⁶, norma –no lo olvidemos– aprobada el mismo día por nuestro Parlamento y publicadas ambas en el mismo BOE, que al regular la tramitación de las reclamaciones por infracciones de lo dispuesto en la misma, establece que las resoluciones recaídas en el procedimiento “agotan la vía administrativa pudiendo ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa” (artículo 113).

Por lo demás, los distintos operadores jurídicos deberán esforzarse de nuevo por interpretar el ya de por sí impreciso apartado b) del artículo 2 de la LJCA que dispone que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con “los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas”.

¹⁵ Sobre esta cuestión véase GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. (2005), *Derecho administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*, Marcial Pons, Madrid, págs. 107 y ss.

¹⁶ Analiza esta norma BERMEJO VERA, J., “El régimen de contratación pública en los sectores especiales del agua, la energía, los transportes y los servicios postales”, *Revista de Administración Pública*, 176 (2008), páginas 115 y ss.

LOS DESAFÍOS DE LA "DIRECTIVA BOLKESTEIN" PARA LAS ENTIDADES LOCALES: EL ADIOS A LAS LICENCIAS Y EL POSIBLE RENACER DE LAS ORDENANZAS LOCALES

Ferrán Torres Cobas

Secretario del Organismo de Gestión Tributaria de la Diputación de Barcelona.
Profesor Asociado de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra.

ÍNDICE:

1.- LA DIRECTIVA DE SERVICIOS: OBJETO, CONTENIDO Y PERSPECTIVAS DE TRANSPOSICIÓN	1
2. INCIDENCIA EN EL PROCESO DE REVISIÓN NORMATIVA DE LAS ORDENANZAS LOCALES DE LA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA POTESTAD NORMATIVA LOCAL CONTENIDA EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA DE NUEVA GENERACIÓN.....	14
3. PRINCIPALES ÁMBITOS DE COMPETENCIA MUNICIPAL AFECTADOS POR LA DIRECTIVA DE SERVICIOS.....	22
4. LA OBLIGADA SIMPLIFICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS, VENTANILLA ÚNICA Y ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA.....	29

I.- LA DIRECTIVA DE SERVICIOS: OBJETO, CONTENIDO Y PERSPECTIVAS DE TRANSPOSICIÓN

La Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, es conocida coloquialmente con el nombre de Directiva Bolkestein, porque Frits Bolkestein era el Comisario Europeo que impulsó esta iniciativa consistente en eliminar todas las barreras de carácter proteccionista que impiden la existencia de un auténtico mercado de servicios entre los países de la Unión Europea. La Directiva entró en vigor el 28 de diciembre de 2006, con la indicación de que los Estados miembros disponen de tres años para su transposición, plazo que finaliza el 28 de diciembre de 2009.

El texto inicial de la Directiva de Servicios era ultraliberal y tuvo una contestación por parte de muchos países de la Unión Europea, sobre todo en Francia y Alemania, lo que permitió introducir cambios profundos en el Parlamento Europeo. En tono sarcástico, los opositores a la Directiva de Servicios la bautizaron como la Directiva “Frankenstein”.

La lectura del artículo 1 de la Directiva de Servicios nos pone en antecedentes sobre lo que no trata o no afecta la Directiva, fruto de las enmiendas introducidas en el Parlamento Europeo, a saber: la DS es compatible con la existencia de servicios públicos, reservados o no; la DS no afecta a los derechos fundamentales ni a las condiciones laborales y de seguridad social de los trabajadores que los Estados miembros aplican de acuerdo con la legislación nacional adaptada al derecho comunitario. Finalmente, la DS suprimió el polémico principio de “país de origen” en la libre prestación de servicios cuyo exponente más conocido fue el ejemplo del “fontanero polaco” que se regiría por las condiciones laborales existentes en Polonia, pero trabajaba en Francia.

La finalidad confesada de la de la Directiva de Servicios es la creación en la Unión Europea de un autentico mercado europeo de los servicios, el crecimiento económico y la creación de empleo, para lo cual procede eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores y a la libre circulación de servicios, siempre que dichos obstáculos no obedezcan a una imperiosa necesidad de interés general. Las razones que justifican, según la propia de motivos de la Directiva, su aprobación son las que contenidas en los considerandos 2 a 6 de la misma, a saber:

(2) Para fomentar el crecimiento económico y la creación de puestos de trabajo en la Unión Europea resulta esencial un mercado competitivo de servicios. Actualmente, hay un gran número de barreras en el mercado interior que impiden a los prestadores, en particular a las pequeñas y medianas empresas (PYME), extender sus operaciones más allá de sus fronteras nacionales y beneficiarse plenamente del mercado interior. Ello debilita la competitividad global de los prestadores de la Unión Europea. Un mercado libre que obligue a los Estados miembros a suprimir las barreras para la circulación transfronteriza de servicios y que, al mismo tiempo, ofrezca a los consumidores mayor transparencia e información, proporcionaría a los consumidores más posibilidades de elección y unos servicios a precios más bajos.

(3) En el informe de la Comisión sobre «El estado del mercado interior de servicios» se hace un inventario de un gran número de obstáculos que impiden o frenan el desarrollo de los servicios entre los Estados miembros y, especialmente, de los servicios prestados por las PYME, tipo de empresas predominante en el sector de servicios. En el informe se llega a la conclusión de que, diez años después de lo que debería haber sido la realización del

mercado interior, existe todavía un gran desfase entre la existencia de una economía integrada para la Unión Europea y la realidad vivida por los ciudadanos y los prestadores de servicios europeos. Los obstáculos afectan a una amplia gama de actividades de servicios, así como a la totalidad de las etapas de la actividad del prestador, y presentan numerosos puntos en común, incluido el hecho de tener su origen con frecuencia en un exceso de trámites administrativos, en la inseguridad jurídica que rodea a las actividades transfronterizas y en la falta de confianza recíproca entre los Estados miembros.

(4) A pesar de que los servicios son el motor del crecimiento económico y de que representan un 70 % del PIB y de los puestos de trabajo en la mayoría de los Estados miembros, esta fragmentación repercute de forma negativa en el conjunto de la economía europea y, especialmente, en la competitividad de las PYME y la circulación de los trabajadores, al tiempo que impide que los consumidores accedan a una mayor variedad de servicios a precios competitivos. Es importante señalar que el sector de los servicios es clave para el empleo, sobre todo de las mujeres, por lo que estas pueden aprovechar en gran medida las nuevas oportunidades ofrecidas por la plena realización del mercado interior de los servicios. El Parlamento Europeo y el Consejo han puesto de relieve que la eliminación de los obstáculos jurídicos que impiden el establecimiento de un auténtico mercado interior es prioritaria para conseguir el objetivo fijado por el Consejo Europeo de Lisboa, de 23 y 24 de marzo de 2000, de mejorar el empleo y la cohesión social y alcanzar un crecimiento económico sostenible con el fin de hacer de la Unión Europea la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo de aquí al año 2010, con más y mejores empleos. La supresión de estos obstáculos, al tiempo que se preserva un modelo social europeo avanzado, es una condición esencial para superar los problemas ligados a la puesta en práctica de la estrategia de Lisboa y dar un nuevo impulso a la economía europea, especialmente en términos de empleo e inversión. Es importante, por consiguiente, realizar el mercado interior de los servicios con el debido equilibrio entre la apertura de los mercados y la preservación de los servicios públicos, los derechos sociales y los derechos de los consumidores.

(5) Por tanto, procede eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros y garantizar, tanto a los destinatarios como a los prestadores de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales del Tratado. Dado que los obstáculos que entorpecen el mercado interior de los servicios afectan tanto a los operadores que desean establecerse en otros Estados miembros como a los que prestan un servicio en otro Estado miembro sin establecerse en él, procede permitir que el prestador desarrolle sus actividades de servicios dentro del mercado interior, ya sea estableciéndose en un Estado miembro, ya sea acogiéndose a la libre circulación de servicios. Los

prestadores deben disponer de la posibilidad de elegir entre estas dos libertades en función de su estrategia de desarrollo en cada Estado miembro.

(6) La supresión de estos obstáculos no puede hacerse únicamente mediante la aplicación directa de los artículos 43 y 49 del Tratado, ya que, por un lado, resolver caso por caso mediante procedimientos de infracción contra los correspondientes Estados miembros sería, especialmente a raíz de las ampliaciones, una forma de actuar extremadamente complicada para las instituciones nacionales y comunitarias y, por otro, la eliminación de numerosos obstáculos requiere una coordinación previa de las legislaciones nacionales, coordinación que también es necesaria para instaurar un sistema de cooperación administrativa. Como han admitido el Parlamento Europeo y el Consejo, un instrumento legislativo comunitario permitiría crear un auténtico mercado interior de servicios”.

En España el Ministerio de Economía y Hacienda ha realizado una simulación, utilizando el modelo REMS, para estimar el impacto macroeconómico asociado al proceso de transposición de la Directiva de Servicios. A partir de esta simulación, se espera un crecimiento gradual y sostenido del PIB, y una caída inicial de la tasa de inflación, que recupera su valor inicial en el largo plazo. En cuanto a la composición del crecimiento de la economía española, desde la óptica de la demanda, el consumo y la inversión se ven claramente favorecidos por la Directiva. En el caso del consumo, la caída de precios conlleva un incremento del salario real y un aumento del empleo, provocando un crecimiento por encima del 1% desde el segundo año. En cuanto a la inversión, se observa un significativo tirón alcista, alimentado por la mejora de la rentabilidad del capital, provocada por las nuevas oportunidades existentes y por la mejora de la eficiencia empresarial.

Desde la óptica de la oferta, la reacción del empleo es más súbita, alcanzando su máximo a los 10 trimestres (valores alrededor del 0,8 %, es decir, entre 150.000 y 200.000 empleos). En cuanto a la productividad, se ve claramente favorecida por el aumento de la competencia en el sector servicios, pues, las empresas se vuelven más eficientes al alcanzar escalas óptimas, y además tienen acceso a nuevos recursos y tecnologías a menor coste¹.

La Directiva de Servicios puede tener ese gran impacto en la economía española y europea, y de ahí su gran importancia, porque a diferencia de las directivas “normales” que son de aplicación a una o varias materias o sectores, está se aplica se con “carácter horizontal” a casi todos los sectores. En efecto, la lista de actividades excluidas que contiene el artículo 2.2 de la DS es muy pequeña, y la definición de servicio como “cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo

¹ Para mayor detalle puede consultarse:
<http://www.meh.es/documentación/Público/SGPEDC/DirectivaServicios.pdf>.

50 del Tratado” es, en cambio, muy amplia, incluyendo sectores alejados a nuestro concepto de servicio como las actividades industriales, de la construcción, mercantiles o artesanales². El considerando 33 de la DS afirma que el concepto de servicio que utiliza la Directiva incluye actividades enormemente variadas y en constante evolución, y contiene un pequeño listado ejemplificativo que no tiene carácter exhaustivo.

Respecto a la obligación que pesa sobre las entidades locales españolas de transponer la Directiva de Servicios y de aplicarla correctamente incluso cuando una ley o norma interna la contradiga, creo que vale la pena aportar dos datos significativos. Por un lado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es clara e inequívoca en el sentido de que las entidades locales se encuentran vinculadas a las Directivas de forma más fuerte que a la Ley interna y cuando la directiva es lo suficientemente precisa y no está sujeta a condición alguna debe aplicarse con preferencia a la ley interna en caso de antinomia. Por la importancia de esta cuestión y la existencia de cierto desconocimiento por parte de los operadores jurídicos me parece conveniente reproducir el fragmento de la sentencia del TJCE de 22 de junio de 1989 (Caso Fratelli Constanzo S.p.A., contra Comuni di Milano) en la que el alto Tribunal dio respuesta a la cuestión prejudicial cuarta de la forma siguiente:

Sobre la cuarta cuestión

28.

Mediante su cuarta cuestión, el órgano jurisdiccional nacional pretende que se establezcan si, como ocurre con el Juez nacional, a toda Administración Pública, incluida la Administración Local, le incumbe la obligación de aplicar lo dispuesto en el apartado 5 del [artículo 29 de la Directiva 71/305 del Consejo \(LCEur 1971, 100\)](#) , inaplicando aquéllas disposiciones de Derecho nacional no conformes al mismo.

29.

Procede recordar que, en sentencias de 19 de enero de 1982 (Becker. 8/81, Rec.1982, pp. 53 y ss... especialmente p.71) y [26 de febrero \(TJCE 1986, 47\)](#) (Marshall. 152/84, Rec. 1986. pp. 737 y ss... especialmente p, 748), este Tribunal observo que cuando las disposiciones de una Directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean lo suficientemente precisas. Los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando este no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva dentro del plazo señalado, bien cuando haya procedido a una adaptación incorrecta.

² El artículo 50 del Tratado explicita que los servicios comprenden, en particular: a) las actividades de carácter industrial; b) las actividades de carácter mercantil, c) las actividades artesanales y d) las actividades propias de las profesiones liberales.

30.

Se debe señalar que si los particulares están legitimados para, en las condiciones arriba apuntadas, invocar lo dispuesto en una directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, es porque las obligaciones contempladas en la misma se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros.

31.

Sería, por otra parte, contradictorio considerar a los particulares legitimados para invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, y en contra de la Administración Pública, las disposiciones de una directiva que respondan a las condiciones arriba mencionadas; y estimar, no obstante, que a la referida Administración Pública no le incumbe la obligación de aplicar la directiva y de inaplicar las disposiciones de Derecho nacional que las infrinjan. De lo dicho se desprende que, cuando se den los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal para que los particulares puedan invocar las disposiciones de una Directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, todos los órganos de la Administración Pública, incluso los no integrados en la Administración Central, como pueda ser el caso de un Municipio, están obligados a aplicar dichas disposiciones.

32.

Por lo que respecta, más en concreto, al apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305 del análisis de la primera cuestión se desprende que dicha disposición no esta sujeta a condición alguna y es lo suficientemente precisa como para que los particulares puedan ampararse en ella frente al Estado. Así pues, estos están legitimados para invocar la Directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales y, como se desprende de lo expuesto, todos los órganos de la Administración Pública, incluso los no integrados en la Administración Central, como pueda ser el caso de un municipio, están obligados a aplicarla.

33.

Procede, por consiguiente, responder a la cuarta cuestión que, al igual que al Juez nacional, a la Administración Pública, incluida la Administración Local, le incumbe la obligación de aplicar lo dispuesto en el apartado 5 del [artículo 29 de la Directiva 71/305 del Consejo \(LCEur 1971, 100\)](#) , así como la de no aplicar aquéllas disposiciones de Derecho nacional que infrinjan dicho precepto”.

Quiere ello decir que en caso de antinomia o contradicción entre un precepto de la Directiva de Servicios y un precepto de una norma interna, con independencia de su rango, las entidades locales están obligadas a aplicar el precepto de la Directiva dejando inaplicada la norma de derecho interno.

De *lege ferenda* esta regla podemos complementarla con la previsión contenida en la Disposición Final Cuarta del proyecto de ley estatal sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio que se está tramitando en las Cortes Generales para transponer la Directiva de Servicios, conforme a la cual las administraciones públicas que, en el ejercicio de sus competencias, incumplan lo dispuesto en esta ley o en el Derecho comunitario afectado, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas asumirán, en la parte que sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. Además, la norma habilita a la Administración del Estado para compensar la deuda contraída por la administración responsable del incumplimiento con las cantidades que le deba transferir la Hacienda pública estatal.

En definitiva, las entidades locales deben dar cumplimiento a la Directiva de Servicios porque según los expertos su correcta transposición creará a medio plazo muchos puestos de trabajo en España y el resto de Estados miembros, reducirá los precios de los servicios, simplificará normas y trámites administrativos y obligará a las entidades locales a gestionar los expedientes de forma electrónica y a interconectar los servicios electrónicos de todas las Administraciones españolas y, entre estas y la de los Estados pertenecientes a la Unión Europea. Además, en caso de incumplimiento de los preceptos incluidos en la Directiva de Servicios las entidades locales abonarán la parte de sanción que se imponga al Reino de España mediante la deducción de las transferencias que reciben de la hacienda general en concepto de participación en los tributos del Estado.

Para hacer la transposición de la Directiva de Servicios se requiere que los Estados Miembros adopten una serie de iniciativas legislativas y no legislativas de una especial complejidad, que podemos esquematizar de la forma siguiente:

1. Las Administraciones Públicas deben revisar la normativa que regula el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, la que regula las comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas y la que limita el ejercicio conjunto de diferentes actividades de servicios por un mismo prestador. Una vez revisada, deben evaluarla de acuerdo con las determinaciones de la DS y, de entrada, eliminar las licencias o autorizaciones administrativas que no estén justificadas por razones de interés general o sean innecesarias para atender esos fines. También se deben suprimir los requisitos discriminatorios o desproporcionados para el fin que se persigue.
2. Las Administraciones Públicas también deben implementar un proceso de simplificación administrativa de los procedimientos y trámites de la normativa referida en el punto anterior, suprimiendo los requisitos discriminatorios o desproporcionados para el fin que se persigue, los requisitos

innecesarios, la duplicación de trámites, la presentación de documentos superfluos o que ya obren en poder de las Administraciones Públicas. En general, se establece una obligatoria reducción de cargas administrativas respecto a las personas que pretenden abrir un nuevo establecimiento de servicios o, simplemente, ejercer un servicio.

3. Toda la información referida al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, que puede incluir procedimientos, autorizaciones y trámites a realizar por Administraciones Públicas distintas, debe estar disponible en una ventanilla única electrónica, accesible a distancia, desde la cual deben poderse realizar todos los procedimientos y trámites de forma electrónica. Ello comporta la obligada interconexión electrónica entre los sistemas informáticos de todas las Administraciones Públicas.

4. Se refuerzan los derechos de los consumidores y usuarios frente a los prestadores. Se obliga a los prestadores a actuar con transparencia, debiendo informar a los usuarios del nombre, forma jurídica, dirección, precios, características del servicio, garantías, reclamaciones, etc. Los prestadores deben tratar a los usuarios de forma no discriminatoria.

La revisión normativa la deben realizar los autores de las normas reguladoras del acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, de las que regulan las comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas y de las que limitan el ejercicio conjunto de diferentes actividades de servicios por un mismo prestador, o sea que el proceso de transposición de la Directiva de Servicios se encuentran todas las administraciones públicas, los colegios profesionales, etc.

En España, el Ministerio de Economía y Hacienda es el encargado de coordinar el proceso de transposición, en colaboración de las Comunidades autónomas y la FEMP.

En este sentido en España la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (CDGAE) creó el Grupo de Trabajo para la Transposición de la Directiva de Servicios, Grupo cuyo “Programa de Trabajo de aplicación de la Directiva de Servicios” se basa en los siguientes elementos:

- En primer término, una Ley “Paraguas” que incorpore los principios fundamentales de la DS y aporte un marco jurídico de referencia más allá del período de transposición. El proyecto de Ley, aprobado por el Gobierno, ha tenido entrada en las Cortes Generales con el nombre de Proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.
- Simultáneamente, se pretende realizar, junto con las Comunidades autónomas y Corporaciones locales, adaptaciones normativas

de carácter sectorial y horizontal. A nivel del Estado, también ha tenido entrada en las Cortes Generales el Proyecto de Ley de modificación de distintas leyes (estatales) para su adaptación a la Ley el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Se modifican 47 leyes estatales y, según los cálculos del Ministerio de Economía y Hacienda será necesario reformar, al menos, 116 normas reglamentarias.

La particular complejidad del proceso de transposición de la Directiva de Servicios radica en la diversidad de sectores de servicios que abarca la Directiva y el hecho de que los requisitos que deben revisarse pueden encontrarse no sólo en la legislación específica sectorial sino también en la legislación de naturaleza horizontal como las disposiciones reguladoras del comercio en general.

De este modo, la Directiva de Servicios contiene disposiciones que obligan a los Estados Miembros a evaluar toda su legislación y regulaciones relacionadas con la existencia de obstáculos a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios dentro de la Unión Europea. El objetivo de esta evaluación es examinar si dichas barreras tienen una justificación de acuerdo con la Directiva de Servicios. Si no la tienen, la normativa deberá eliminarse o modificarse por quien tiene la competencia para ello, es decir, por el órgano de la Administración Pública que ha aprobado la regulación correspondiente, puesto que, desde el punto de vista comunitario, lo único que importa es el efectivo cumplimiento de la normativa por los Estados miembros.

En el caso español, en la transposición de la Directiva de Servicios concurren distintos ámbitos competenciales, ante lo que hay que recordar la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (SSTC 8 de marzo y 22 de abril de 1993) cuando establece que la traslación de la normativa comunitaria al Derecho interno “ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas, criterios que (...) no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias”; “por consiguiente, la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostenta la competencia según las reglas de Derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario”³.

De hecho esta doctrina constitucional es la ya positivizada en leyes de reforma de los Estatutos de Autonomía, como la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña, que en su Art. 189 regula el

³ Desde la Sentencia TJCE de 22 de febrero de 1982 (Comisión vs. Bélgica) el Alto Tribunal viene declarando que “la ejecución de Directivas por medio de actos normativos de carácter regional es admisible desde el punto de vista comunitario, al ser libre cada Estado miembro de repartir como considere oportuno las competencias normativas a nivel interno, pero la cuestión radica en que el Estado miembro, cualquiera que sea su estructura, es responsable hacia la Comunidad cuando la ejecución sólo tiene lugar para una parte del territorio”.

“Desarrollo y aplicación del derecho de la Unión Europea” estableciendo que “La Generalitat aplica y ejecuta el derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias. La existencia de una regulación europea no modifica la distribución de competencias que establecen la Constitución y este Estatuto”. En idéntico sentido, el artículo 235.1 del Estatuto de Autonomía de Andalucía dispone que la Junta de Andalucía desarrolla y ejecuta el derecho de la Unión Europea en materias de su competencia, de acuerdo con lo que establezca una ley del Parlamento de Andalucía.

El Programa de Trabajo de aplicación de la Directiva de Servicios diseñado por el grupo de Trabajo para la Transposición de la Directiva de Servicios recoge que, sin perjuicio de la colaboración entre las distintas Administraciones e incluso entre éstas y los distintos agentes del sector privado, la responsabilidad en las tareas de transposición corresponde a cada Administración en el ámbito de sus competencias. La medida en que tal responsabilidad corresponde a los Entes locales españoles es lo que vamos a considerar a continuación.

Desde la perspectiva jurisprudencial y legislativa antes expuesta parece claro que municipios, provincias e islas, a los que la Constitución reconoce el derecho a la autonomía política y administrativa, son los sujetos obligados a modificar sus propias normas para adaptarlas al Derecho comunitario, pues es indiscutible que las referidas entidades locales tienen conferidas las potestades reglamentarias y de autoorganización y así se reconoce en el Art. 4.1.a) de la Ley de Bases de Régimen Local y sus disposiciones autonómicas concordantes.

Sucede, no obstante, que esta cuestión es mucho más compleja, puesto que el Estado y las Comunidades autónomas tienen atribuidas competencias legislativas y de normación sobre los asuntos locales, normas que conviven con las ordenanzas locales y cuyas determinaciones se imponen en caso de conflicto⁴.

Más aún, en este mismo orden de cosas una importante corriente doctrinal pone en tela de juicio que la facultad de intervención de la actividad de los ciudadanos, prevista en el artículo 84.1 de la Ley de bases de régimen local⁵,

⁴ Ello es indiscutible cuando la antinomia se produce con una norma con rango de ley, y así se encarga de reconocerlo el art. 55 del TRRL cuando establece que las ordenanzas, los reglamentos y los bandos “en ningún caso contendrán preceptos opuestos a las leyes”. Y es más discutible cuando la antinomia se produce con los reglamentos estatales o autonómicos, aunque algunas leyes autonómicas -por ejemplo el art. 237.1 del Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya- establecen con total claridad que las ordenanzas y los bandos no pueden contener preceptos contrarios a las leyes “y a otras disposiciones generales”, o sea que también se encuentran subordinados jerárquicamente a las referidas disposiciones.

⁵ El referido artículo 84.1 LBRL establece: Las Corporaciones 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 i c) Órdenes individuales constitutivas de mandato para la

constituya habilitación suficiente para que las entidades locales puedan intervenir la actividad de los ciudadanos; al parecer de tales autores para realizar válidamente dicha intervención se requiere la existencia de una cláusula de habilitación específica por parte del legislador sectorial⁶, cuando no una regulación de la materia efectuada por el referido legislador sectorial –estatal o autonómico– cuyas determinaciones se imponen jerárquicamente a la regulación contenida en las ordenanzas locales.

En esta controvertida línea doctrinal se sitúa el artículo 1 del proyecto de Ley *Ómnibus* que modifica el redactado del actual artículo 84 LBRL en el sentido de que cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios se estará a lo que dispone la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios o su ejercicio (se refiere al proyecto de ley), cuyo artículo 5 dispone que la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio no puede imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurran una serie de condiciones que el precepto contempla⁷ que habrán de motivarse suficientemente

ejecución de un acto o la prohibición del mismo. El apartado 2 de dicho artículo precisa que la actividad de la intervención se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, congruencia con los motivos y fines justificativos y respeto a la libertad individual.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (*Curso de Derecho Administrativo*, II, Civitas, Madrid, 8ª ed., 2002, págs. 110-111) se basan en la doctrina constitucional relativa a que el principio de legalidad impide que la Administración dicte normas sin la suficiente autorización legal para afirmar que “la cláusula general del art. 84.1 LBRL no es por sí sola suficiente para que cualquier Ayuntamiento pueda establecer a su albur cualquier medida de intervención sobre los derechos de los ciudadanos, necesitándose para su puesta en práctica una regulación por Ley que habilite tal facultad en el caso concreto”. A este respecto los autores de referencia citan la STC de 24 de julio de 1984: “El principio (de reserva de ley) no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador...que produce(n) una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir”.

⁷ El artículo citado, dispone: Artículo 5. *Regímenes de autorización.*

1. 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 concurran 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 una razón imperiosa de interés general;

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. 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

“en la ley que establezca dicho régimen”. En definitiva, en mi opinión el proyecto de Ley introduce de forma un tanto gratuita la reserva de ley para someter a autorización previa el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio que afecta muy negativamente a la autonomía local entendida como el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales para regular una parte importante de los asuntos públicos, puesto que si se dan las circunstancias excepcionales que la norma prevé de necesidad y proporcionalidad de la medida no parece lógico que los gobiernos locales no puedan someter a autorización previa el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio, aunque sí que lo puedan hacer para la ciudadanía en general.

La nueva redacción del artículo 84 de la LBRL operada por la denominada Ley *Ómnibus*, es la siguiente:

“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 bito de aplicación de la Ley.../... sobre el libre acceso de 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

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.

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

En estas circunstancias se comprende que las entidades locales españolas sean reacias a aprobar ordenanzas independientes y lo que mayoritariamente vamos a encontrar en el proceso de identificación de la normativa afectada son ordenanzas ejecutivas de las leyes y reglamentos estatales o autonómicos que lo que hacen es desarrollar, completar y muchas veces reproducir las previsiones contenidas en dichas leyes y reglamentos, pero que prácticamente no innovan el ordenamiento jurídico. De esta realidad se desprenden diversas dificultades específicas a la hora de realizar la tarea de trasponer la DS a las ordenanzas locales, a saber:

a) Como el ordenamiento local se estructura de forma jerárquica, siguiendo básicamente el esquema ley-reglamento (estatal o autonómico) más ordenanza local o bien ley de bases estatal-ley de desarrollo autonómica-reglamento de ejecución autonómico más ordenanza local, la modificación de cualquiera de las normas de rango superior supone, sin necesidad de derogación expresa, la modificación o derogación tácita de la ordenanza local que desarrolla, completa o reproduce la normativa de que trae causa.

b) Como consecuencia de lo dicho en el apartado anterior, no parece oportuno ni conveniente que las Entidades locales se anticipen a las decisiones normativas que deben adoptar el Estado o las Comunidades autónomas sobre la transposición de la Directiva de Servicios al ordenamiento jurídico local, puesto que se corre el peligro de una diversificación de interpretaciones sobre la forma de realizarla que sea contraria a la seguridad jurídica, al principio de igualdad y al establecimiento de un mercado europeo único.

Interesa remarcar que a pesar que el artículo 3.1 de la Carta Europea de Autonomía Local⁸ define la referida autonomía local como “el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes”, las Entidades locales españolas gestionan muchos asuntos públicos de los que ordenan y regulan puesto que, como se verá, la mayoría de materias cuya competencia en materia de ejecución corresponde a los Entes locales se encuentra normada por los otros niveles de gobierno.

c) En virtud de lo expuesto parece clara la conveniencia de incorporar en el proceso de identificación de las ordenanzas y reglamentos locales potencialmente afectadas por la DS un apartado que especifique, cuando exista, la normativa estatal o autonómica que le sirve de fundamento.

⁸ Hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985; ratificada por España mediante instrumento de 20 de enero de 1988.

En aquellos casos en que la ordenanza se limite a complementar la regulación legal aprobada por otro nivel de gobierno lo prudente será paralizar el proceso de evaluación de la ordenanza y sobre todo la de modificación de la misma, hasta que se modifique la norma normativa sectorial que la ordenanza desarrolla o complementa, si es el caso.

En este orden de cosas interesa destacar, *de lege ferenda*, la nueva redacción que confiere el Proyecto de Ley Ómnibus a algunos preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, a saber:

Artículo 2. *Modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se modifica del siguiente modo:

Uno. Se añade un nuevo artículo 39 bis, con la siguiente redacción:

«Artículo 39 bis. Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad.

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.

2. Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan.»

Tres. Se añade un nuevo artículo 71 bis con la siguiente redacción:

«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 Públicas⁹.

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

⁹ Esta previsión no creo que sea la más adecuada. Hasta ahora en la regulación contenida en el ROAS y otras normas referidas a las comunicaciones previas establecían que si transcurrido un determinado plazo a contar desde la presentación de la comunicación la Administración no comunicaba de manera motivada la disconformidad, la actuación comunicada quedaba legitimada, siempre que fuera conforme con la normativa aplicable. Ahora, la posibilidad de reacción de la Administración con carácter previo al inicio de la actividad es prácticamente nula, lo que parece un cambio demasiado rotundo para determinadas actividades. Por ejemplo en materia de seguridad industrial donde la modificación de la Ley de Industria operada por el artículo 13 de la Ley Ómnibus introduce este nuevo régimen.

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 que en todo caso se podrán presentar por vía electrónica.»

A pesar de la advertencia hecha más atrás sobre lo poco oportuno que las entidades locales se anticipen a las decisiones normativas que deben adoptar el Estado y las Comunidades autónomas sobre la transposición de la Directiva de Servicios lo cierto es que el tiempo se nos está echando encima, el 28 de diciembre está a la puerta de la esquina, y ya conocemos las intenciones básicas del Estado que afectan a las entidades locales. Cosa distinta es el gran desconocimiento que tenemos sobre lo que van a hacer las Comunidades autónomas que todavía no han anunciado el contenido de sus futuras leyes Ómnibus y nada sabemos sobre lo que pasará con sus muchos reglamentos que nos afectan directamente.

2. INCIDENCIA EN EL PROCESO DE REVISIÓN NORMATIVA DE LAS ORDENANZAS LOCALES DE LA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA POTESTAD NORMATIVA LOCAL CONTENIDA EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA DE NUEVA GENERACIÓN.

A mi juicio desde la perspectiva de las entidades locales el momento actual es histórico respecto a la nueva configuración de la potestad normativa local. Por un lado es necesario revisar toda la normativa local existente (y la del resto de Administraciones Públicas) para realizar la transposición de la Directiva de Servicios, cosa que no se ha producido nunca en la historia de España; por el otro, los nuevos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas han introducido una nueva regulación substantiva de las entidades locales, fuertemente inspirada en la Carta Europea de la Autonomía local, que potencia mucho la potestad normativa local.

Creo que una interpretación sensata de los nuevos Estatutos de Autonomía de Cataluña, Andalucía, y de los otros, conduce irremediabilmente, a que la potestad normativa local ha surgido reforzada con las nuevas regulaciones.

Manuel ZAFRA defiende muy gráficamente que los gobiernos locales no son una materia, como el urbanismo o el medio ambiente, son un nivel de gobierno distinto del Estado y de los de las comunidades autónomas. Por algo el Estado se organiza territorialmente en municipios, provincias y comunidades autónomas y todas estas entidades gozan, sin excepción, de autonomía para la gestión de sus

respectivos intereses, conforme a lo que establece el artículo 137 de la Constitución española.

En el caso catalán, de entrada la misma norma que crea a la Comunidad Autónoma y le confiere competencias es la norma que reconoce, con igual grado jerárquico, que municipios, veguerras y comarcas se integran también en el sistema institucional de la Generalidad, como entes en los cuales ésta se organiza territorialmente, sin perjuicio de su autonomía (Art. 2.3 EAC).

Ésta pretendida interiorización tiene algunas ventajas. Por un lado, el artículo 71.1 del EAC precisa que la Administración de la Generalidad de Cataluña es la organización que ejerce las funciones ejecutivas atribuidas por el Estatuto a la Generalidad, “sin perjuicio de las competencias que corresponden a la Administración Local”, o sea que el listado de materias contenido en capítulo II del Título IV del EAC, artículos 116 a 173, sólo opera en las relaciones Estado-Comunidad Autónoma pero no en las relaciones Comunidad Autónoma-gobiernos locales respecto el reparto de funciones ejecutivas.

Dicho en otras palabras, hasta ahora la doctrina advertía que a diferencia de las comunidades autónomas las entidades locales no disponen de una garantía institucional precisa porque conforme a lo establecido en el artículo 149 de la Constitución Española todas las competencias, legislativas y de ejecución, se encuentran repartidas entre el Estado y las comunidades autónomas. Las materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución, dispone el artículo 149.3 de la Constitución, pueden corresponder a las comunidades autónomas en virtud de los respectivos Estatutos de autonomía. Las competencias sobre las materias que no hayan sido asumidas por los Estatutos de Autonomía corresponden al Estado. En definitiva, las competencias de las entidades locales antes de la aprobación del nuevo EAC eran las que el legislador, estatal o autonómico según el orden constitucional de distribución de competencias, quiera conferirles según su libérrima voluntad.

Ahora, esto ya no es así desde el punto de vista del derecho positivo, ya que por un lado las competencias ejecutivas de la Generalidad de Cataluña lo son, porque así lo dispone el propio Estatuto, sin perjuicio de las competencias que corresponden a las entidades locales y, además, y esto es lo más importante, el legislador catalán se encuentra obligado a conferir competencias a los gobiernos locales en las materias a que se refiere el artículo 84.2 del EAC porque así lo establece el propio Estatuto, norma a la que se encuentran subordinadas todas las leyes autonómicas. Además, las potestades que debe conferir el legislador autonómico a los gobiernos locales no son sólo de gestión, sino que la mayoría de veces lo son también de regulación u ordenación, es decir el EAC ha reservado potestades normativas sobre materias concretas a las entidades locales, en los términos que determinen las leyes.

Si lo he entendido bien, esto supone una gran revolución para el mundo local. Cuando los Estatutos de autonomía reconocen que las competencias propias de regulación a los gobiernos locales, están reconociendo implícitamente que en el derecho interno hay dos poderes legislativos, el estatal y el autonómico, a cuyos

mandatos está subordinados los tres niveles de gobierno, estatal, autonómico y local, pero también hay tres niveles de gobierno dotados de potestad reglamentaria, el estatal, el autonómico y el local. Las relaciones entre las normas reglamentarias dictadas por los tres niveles de gobierno no se rigen por el principio de jerarquía sino por el principio de competencia, justamente porque existen dos legislativos pero tres niveles internos de gobierno. Por tanto, en aquellas materias en que el EAC o las leyes confieran la potestad normativa a los entes locales, los reglamentos estatales o autonómicos quedan desplazados en su aplicación por las ordenanzas locales, cuyos preceptos deben prevalecer en caso de conflicto en todas aquellas materias que sean de competencia local, al estar configuradas las entidades locales en los nuevos Estatutos de autonomía como auténticos gobiernos, al igual que el Gobierno del Estado o los gobiernos de las comunidades autónomas y haberlos dotado de competencias normativas propias.

Así lo viene a reconocer el artículo 4.4 del anteproyecto de Ley de los gobiernos locales de Cataluña (en adelante, APLGL) cuando establece que “en aquellas materias en las cuales la potestad normativa corresponda a los entes locales, las normas reglamentarias estatales y autonómicas tendrán carácter supletorio respecto de las que aprueben las entidades locales”, siguiendo el trazo marcado por el libro blanco para la reforma del gobierno local en España. El giro es copernicano respecto al tenor literal del artículo 237.1 del TRLMRLC vigente en la actualidad, conforme al cual “Las ordenanzas y los bandos no pueden contener preceptos contrarios a las leyes y a otras disposiciones generales”.

Esas otras disposiciones generales son, como sabemos, los reglamentos estatales o autonómicos, cuyos gobiernos ahora sólo estarán legitimados para regular aquellas materias cuya competencia normativa haya sido atribuida a los gobiernos locales cuando las aprueben con carácter supletorio, para evitar posibles lagunas legales. O sea, que si lo he entendido bien, dichos reglamentos quedarán desplazados por las ordenanzas locales cuando las entidades locales hagan uso de su potestad normativa.

Me parece muy acertada esta idea, porque pensar que los siete mil municipios españoles menores de 5.000 habitantes, la mayoría de los cuales no tienen destinados a las funciones administrativas más de 10 funcionarios por municipio, pueden realizar la enorme tarea que tienen encargada aplicando la mismas normas y los mismos criterios y procedimientos que utilizan para resolver tareas similares la Administración del Estado o la de la Comunidad Autónoma respectiva siempre me ha parecido, y lo he padecido en carnes propias en mi primer destino como funcionario, un auténtico despropósito. Luego sucede que existen normas y procedimientos que se aplican en los municipios pequeños y otras que no pueden ser aplicadas y naturalmente no se aplican, con todo el peligro que ello conlleva. En cada municipio existe alguien, normalmente el alcalde, un concejal o el propio secretario/interventor que decide según su criterio, la mayoría de veces de forma honesta, qué normas se aplican o qué procedimientos legales se tramitan y cuáles no, lo que resulta peligrosísimo desde el punto de vista del estado de derecho, pilar que no deberíamos abandonar nunca si

queremos ser un país serio. Y es que las cosas no se pueden hacer de la misma manera cuando se dispone de una gran organización burocrática que cuando no. Lo importante es saber diferenciar y poder adaptar las reglas y los procedimientos que utilizamos a los recursos humanos con que contamos.

A mi juicio, la obsesión del nuevo EAC en referirse a las entidades locales catalanas como gobiernos locales, obsesión que se refleja en las rúbricas del capítulo VI "El Gobierno Local" del Título II y del capítulo III "La finanzas de los Gobiernos Locales" Título VI del EAC y en muchos preceptos del texto articulado, artículos 83, 84, 85, 90.2 218 y 219 no es una equivocación¹⁰, sino que constituye el reconocimiento estatuario expreso de que las entidades locales son auténticos gobiernos locales, dotados de autonomía política, porque la elección de dichos gobiernos proviene de unas elecciones democráticas directas¹¹.

La misión que los artículos 86.2 y 91.1 del EAC confiere a ayuntamientos y consejos de veguería es gobernar y administrar, respectivamente, los municipios y las veguerías catalanas. En cambio, el artículo 68.1 del EAC dispone que el Gobierno de la Generalidad de Cataluña es el órgano superior colegiado que dirige la acción política y la Administración de la Generalidad, no de la de los gobiernos locales. Es verdad que el precepto añade que dicho Gobierno ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria, pero es más cierto que dichas atribuciones las ejerce "de acuerdo con este Estatuto y las leyes".

Con ello no estoy negando que el Gobierno de la Generalitat de Cataluña mantenga competencias para aprobar planes o reglamentos que afecten de manera específica a los gobiernos locales, en determinados casos excepcionales puede aprobarlos. Lo que sucede es que ya no puede hacerlo con carácter general sino sólo en aquellos casos en que la competencia para reglamentar la materia no la tengan atribuidas los gobiernos locales y, además, en dichos supuestos debe oír, de forma preceptiva, al Consejo de Gobiernos Locales (Art.85 EAC). La cuestión de la competencia para normar con carácter reglamentario se convierte en la clave de bóveda de todo el sistema.

Tomemos como ejemplo las habilitaciones contenidas en las Disposiciones Finales tercera y quinta del APLGLC para aprobar, en el plazo de un año, un nuevo

¹⁰ De otro modo, se podría pensar que referirse a las entidades locales como gobiernos locales es un claro error puesto que en seno de cada entidad local, ayuntamiento, diputación, etc., hay, además de Juntas o Consejos de Gobierno, Plenos, dotados de básicamente de competencias normativas, presupuestarias y de control al Gobierno y, debajo de los órganos de gobierno existen organizaciones burocráticas administrativas que se dedican, fundamentalmente, a tareas de administración y prestacionales. En definitiva, las entidades locales no son únicamente gobiernos locales.

¹¹ La propia Constitución establece, artículo 140, que el gobierno y administración municipal corresponde a los respectivos ayuntamientos, integrados por el alcalde y los concejales. Asimismo, en el artículo 141 la Constitución dispone que el gobierno y la Administración autónoma está encomendada a las Diputaciones u otros órganos de carácter representativo. En idéntico sentido, puede verse los artículos 86.2 referido al municipio y el artículo 91.1 referido al gobierno y la administración de la veguería.

reglamento de personal al servicio de las entidades locales y las normas reglamentarias necesarias para complementar las disposiciones del APLGLC. El artículo 136 del EAC establece que corresponde a la Generalidad, en materia de función pública y respetando el principio de autonomía local, la competencia exclusiva sobre el régimen estatutario del personal al servicio de las administraciones públicas catalanas y en materia de personal laboral mientras que el artículo 160 EAC atribuye a la Generalidad la competencia exclusiva en materia de régimen local, respetando también el principio de autonomía local. Ninguna de estas competencias figura en el listado de competencias de los gobiernos locales del artículo 84.2 EAC. *Prima facie*, por tanto, parece no existir reproche estatutario alguno.

Las cosas no son siempre lo que parecen. Como he afirmado en el inicio del estudio el artículo 71.1 del EAC precisa que la Administración de la Generalidad de Cataluña es la organización que ejerce las funciones ejecutivas atribuidas por el Estatuto a la Generalidad, “sin perjuicio de las competencias que corresponden a la Administración Local”, o sea que el listado de materias contenido en capítulo II del Título IV del EAC, artículos 116 a 173, sólo opera en las relaciones Estado-Comunidad Autónoma pero no en las relaciones Comunidad Autónoma-gobiernos locales respecto el reparto de funciones ejecutivas. Además, a mi juicio existe una relación directa indudable entre la regulación legal de los empleados públicos y la potestad de autoorganización de los Gobiernos locales, puesto que sin recursos humanos ninguna organización puede existir y, menos aún, un gobierno local. Creo que estamos, por tanto, ante el núcleo duro de todos los gobiernos dotados de autonomía política y, por tanto, también estamos ante el núcleo duro de los gobiernos locales. Pues bien, el EAC es bastante claro al respecto cuando establece respecto de los municipios, artículo 87.2, pero que entiendo extensible a las veguerías, una clara reserva de ley en materia de organización, al disponer que “los municipios disponen de plena capacidad de autoorganización dentro del marco de las disposiciones generales establecidas por ley en materia de organización y funcionamiento municipales”¹².

En materia de la regulación de los empleados públicos, ¿existe mejor manera de respetar la autonomía local que permitir a las entidades locales adaptar las leyes estatales y autonómicas a sus propias peculiaridades de tamaño, organizativas y de medios humanos con los que contar? ¿Cómo se justifica desde el punto de la existencia de tres niveles de gobierno que los gobiernos estatal o autonómico regulen hasta el mínimo detalle las relaciones entre los gobiernos locales y sus empleados? ¿Es que el gobierno del Estado regula a través de sus reglamentos las relaciones de las

¹² Precepto estatutario que concuerda con el artículo 21.2 del ALGLC que establece que en el marco de la leyes, los municipios, las veguerías y las comarcas podrán autoorganizarse y ordenar con autonomía todos los asuntos que afecten a los intereses que les son propios y con el apartado 3 del mismo precepto cuando establece que en el marco de las leyes las ordenanzas regularán las materias de competencia local y los otros ámbitos sobre los cuales se proyecta su autonomía.

Comunidades autónomas y sus reglamentos, o las Comunidades autónomas hacen lo propio respecto a los empleados destinados en los servicios periféricos del Estado?

A mi juicio, los constantes recuerdos que hace el EAC a que las entidades locales son auténticos gobiernos locales, al respeto a la autonomía local y a que las competencias de la Generalidad se entienden sin perjuicio de las que corresponden a las entidades locales impiden que la Generalidad apruebe un nuevo reglamento de personal al servicio de las entidades locales o que se dicte una especie de reglamento general de la Ley de Gobiernos locales que, como hemos visto, no tiene cabida en la nueva concepción estatutaria de los gobiernos locales. Creo, además, que la tesis que postulo es aplicable, *mutatis mutandis* a la regulación contenida en el proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla la Mancha, a tenor de lo dispuesto en sus artículos 77, 83 y 109 y a la configuración de sus entidades locales como gobiernos locales.

El Estatuto de Autonomía de Andalucía no utiliza ciertamente la expresión gobiernos locales para referirse a las entidades locales; pero eso no significa que no le sea de aplicación casi todo de lo expuesto al hablar del Estatuto catalán. En efecto, al referirse a su estructura territorial, artículo 89.2, el Estatuto establece que la Administración de la Comunidad Autónoma y las Administraciones locales ajustarán sus relaciones a los principios de información mutua, coordinación, colaboración y respeto a los ámbitos competenciales correspondientes determinados en el presente Estatuto, en la legislación básica del Estado y en la normativa autonómica de desarrollo, con plena observancia de la garantía institucional de la autonomía local reconocida por la Constitución y por la Carta Europea de Autonomía Local.

La Carta Europea de Autonomía Local, que es un tratado internacional elaborado en el seno del Consejo de Europa y suscrito por el Reino de España y otros 39 países europeos para ponerse de acuerdo sobre lo que deben entenderse por autonomía local en toda Europa dispone, en su artículo 3.1, que por autonomía local se entiende “el derecho y la capacidad efectiva de las Entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su responsabilidad y en beneficio de sus habitantes” y, en su artículo 4.3, que el ejercicio de competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. La atribución de una competencia a otra autoridad debe tener en cuenta la aptitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía”.

Aunque a algunos autores, y a veces el propio Tribunal Constitucional en *obiter dicta*, han entendido que este concepto de autonomía local es similar a la concepción de la autonomía local contenida en la jurisprudencia constitucional, yo creo que no es así. En efecto, la definición que recoge la STC 159/2001, de 5 de julio, de la autonomía local como el “Derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen” viene a significar que el gobierno y la administración de los asuntos que atañen a los gobiernos locales son ordenados y gestionados por gobiernos estatal o autonómicos, de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias. Los

gobiernos locales tan sólo gozan en los asuntos que les atañen de un derecho de participación, de ser oídos, lo que resulta muy distinto al derecho y capacidad efectiva de los gobiernos locales para ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos y al principio de subsidiariedad que contiene la CEAL.

De hecho, cuando al Tribunal Constitucional le ha sido alegado que un precepto es inconstitucional por contrariar lo establecido en la CEAL, ha dicho claramente que la CEAL, como el resto de los tratados internacionales, no son parámetros de constitucionalidad, es decir, que la contradicción entre la CEAL y una norma de derecho interno no es cosa que tenga que enjuiciar el Tribunal Constitucional¹³. Quizás esta doctrina del Tribunal Constitucional cambiará a partir de ahora con las previsiones contenidas en el artículo 89.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía sobre la obligada plena observancia de la Administración de la Comunidad Autónoma de la garantía institucional de la autonomía local contenida en la CEAL y con la definición de autonomía local contenida en el artículo 83.1 del proyecto de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, puesto que los Estatutos de autonomía sí forman parte del denominado bloque de la constitucionalidad¹⁴.

¹³ Vid la STC 235/2000, especialmente su fundamento jurídico 11.

¹⁴ La STC 247/2007, de 12 de diciembre, al examinar la posible inconstitucionalidad de la reforma del Estatuto de Autonomía de Valencia, ha permitido al alto Tribunal precisar la posición ordinamental de los estatutos de autonomía en relación con las leyes estatales y autonómicas de la forma siguiente (FJ 6): (...).Sin embargo, la integración de los Estatutos en el bloque de la constitucionalidad, su consiguiente consideración como parámetro para el enjuiciamiento de las normas legales y, sobre todo, la función que los Estatutos desempeñan y su muy especial rigidez, les otorgan una singular resistencia frente a las otras leyes del Estado que hace imposible que puedan ser formalmente reformados por éstas. Esta afirmación opera, sin duda, con carácter general frente a las leyes estatales ordinarias. Respecto de las otras leyes orgánicas, la relación de los Estatutos se regula, como ya se ha adelantado, por la propia Constitución, según criterios de competencia material, de modo que el parámetro de relación entre unas y otras es, exclusivamente, la Norma constitucional. En este sentido, los Estatutos de Autonomía no pueden desconocer los criterios materiales empleados por la Constitución cuando reenvía la regulación de aspectos específicos a las correspondientes leyes orgánicas (arts. 81.1, 122.1, 149.1.29, 152.1 ó 157.3 CE), pues dichos criterios, referidos a materias concretas para cada ley orgánica, determinan el ámbito que la Constitución les reserva a cada una de ellas, ámbito que, por tal razón, se configura como límite para la regulación estatutaria.

Por lo demás, en el sistema de relaciones existente entre los Estatutos de Autonomía y las leyes orgánicas previstas en la Constitución no puede desconocerse tampoco la diferente posición de los Estatutos respecto de las leyes orgánicas como consecuencia de la rigidez que los caracteriza. Su procedimiento de reforma, que no puede realizarse a través de su sola aprobación por las Cortes Generales, determina la superior resistencia de los Estatutos sobre las leyes orgánicas, de tal forma que éstas (salvo las de su propia

Volviendo al caso andaluz, cuando el artículo 92.2 del EAA dispone que los ayuntamientos tienen competencias propias sobre un listado de materias, en los términos que determinen las leyes, está obligando al legislador a conferir competencias a los municipios sobre dichas materias muchas veces referidas a la normación. Ese es el caso de los apartados a) ordenación urbanística; d) ordenación de los servicios básicos relacionados; f) ordenación de la movilidad y accesibilidad de las personas y vehículos en las vías urbanas; i) regulación de las condiciones de seguridad en las actividades organizadas en los espacios públicos y en los lugares de pública concurrencia y ñ) las restantes materias que con este carácter sean establecidas por las leyes. Por tanto, creo al caso andaluz son extensibles las consideraciones realizadas más atrás para el caso catalán sobre el significado de que el Estatuto de autonomía confiera competencias de normación a las entidades locales.

Todo lo expuesto en este epígrafe es traído a colación porque a la vista de lo que se desprende de la regulación de la potestad normativa contenida en los Estatutos de autonomía de nueva generación, lo que apunta el caso catalán de ley de desarrollo, lo que establece la Carta Europea de Autonomía Local sobre el concepto de autonomía local y el principio de subsidiariedad y la necesidad de revisar toda la normativa estatal, autonómica y local para adaptarla a las previsiones contenidas en la Directiva de Servicios hace que nos encontremos en un momento idóneo para introducir un nuevo artículo en la proyectada modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las bases del régimen local, que disponga para toda España lo que ya dispone el artículo 4.4 del anteproyecto de Ley de gobiernos locales de Cataluña -por cierto que sigue las propuestas formuladas en el libro blanco para la reforma del gobierno local en España¹⁵-, cuando establece que “en aquellas materias en las cuales la potestad normativa corresponda a los entes locales, las

reforma ex art. 147.3 CE), por la razón señalada, no pueden modificarlos formalmente. En todo caso, de acuerdo con lo que indicábamos con anterioridad, las relaciones entre los Estatutos de Autonomía y las leyes orgánicas previstas en la Constitución, están sujetas a lo que al respecto dispone esta última. De ahí que la reserva material que, en términos específicos para cada caso, realiza la Constitución a favor de determinadas leyes orgánicas, suponga que cada una de dichas leyes pueda llevar a cabo una delimitación de su propio ámbito (STC 154/2005, de 9 de junio, FFJJ 4 y 5, con referencia a otras), circunscribiendo la eficacia de las normas estatutarias de acuerdo con dicha delimitación. Pues bien, en caso de colisión, será competencia de este Tribunal la apreciación del alcance de la correspondiente reserva y sus efectos sobre la validez o eficacia de la normativa estatutaria.

En cuanto al ordenamiento autonómico, el Estatuto de Autonomía constituye su norma de cabecera, esto es, su norma superior, lo que supone que las demás le estén subordinadas. (...).”

¹⁵ Vid la propuesta segunda de la página 42 del mencionado libro blanco editado por el entonces Ministerio de Administraciones Públicas...

normas reglamentarias estatales y autonómicas tendrán carácter supletorio respecto de las que aprueben las entidades locales”. Además, yo añadiría en una disposición transitoria que “las disposiciones reglamentarias estatales o autonómicas aprobadas hasta la fecha sobre materias de competencia normativa de las entidades locales conservaran su eficacia hasta que sean sustituidas por las correspondientes ordenanzas locales”.

De esta forma las entidades locales podrán no sólo gestionar sino también ordenar una parte importante de los asuntos públicos. ¿Cuál? Aquella que las leyes le atribuyan como de su competencia pero, y esto es importante, con sometimiento pleno a la Ley, con lo que se conseguirá un adecuado equilibrio entre el principio de autonomía local, entendido como facultad de autonormación de las entidades locales, y la soberanía y autonomía política de las Cortes Generales y los parlamentos autonómicos que se impone a la normativa local pero dejándole cierto margen de actuación para adecuar la aplicación de la norma a su propia estructura y capacidad de gestión.

Naturalmente, introducir el precepto propuesto en el proyecto de Ley *Ómnibus* que se está tramitando en las Cortes Generales facilitaría mucho las cosas a las entidades locales españolas a la hora de realizar una correcta transposición de la Directiva de Servicios, ya que de forma simultánea a la tramitación de la modificación de las diversas leyes en las Cortes Generales y los parlamentos autonómicos se podrían redactar los proyectos de ordenanzas de desarrollo. Creo que ha llegado el momento de abrir cuanto antes este debate.

En el Parlamento catalán se está tramitando actualmente una nueva Ley de Policía de espectáculos públicos y actividades recreativas, una nueva Ley de la prevención y control ambiental de las actividades y otra Ley de prevención y seguridad en materia de incendios en establecimientos, actividades, infraestructuras y servicios. Dichos proyectos de Ley podrían estar ya siendo desarrollados por los respectivos proyectos de ordenanzas locales, puesto que dichas normas afectarían de forma nuclear a las competencias locales. Parece del todo lógico, por tanto, que sean las propias entidades locales las que completen mediante las ordenanzas la nueva regulación en la parte de la materia que les afecta, aquella parte en que son las entidades locales las llamadas a aplicar la nueva ley, ya que nadie está en mejores condiciones de hacerlo que los propios ayuntamientos y poder normar sobre las materias que les afectan de forma fundamental, y son ellos los llamados a aplicarlas, forma parte de la esencia de la autonomía local.

Otro ejemplo. El Gobierno acaba de anunciar, en la página Web del Ministerio de Economía y Hacienda que entre las normas reglamentarias susceptibles de adecuación en la transposición de la Directiva de Servicios se encuentra el viejo Reglamento de servicios de las Corporaciones locales del año 1955, reglamento que sigue siendo de aplicación en aquellas comunidades autónomas que no han normado sobre la materia como es el caso de Andalucía. Pero conforme a la jurisprudencia del

Tribunal Constitucional contenida en la STC 61/1997, de 20 de marzo, el Estado no puede normar con carácter supletorio ni le permite derogar su propio derecho en casos como el que nos ocupa en el que todas las comunidades autónomas han asumido competencias en materia de régimen local, por lo que no parece que el Estado pueda modificar el viejo Reglamento de Servicios de 1955.

Por tanto, lo lógico sería que dentro del marco de la ley andaluza correspondiente, si la hay, corresponda a las ordenanzas locales completar la regulación y el procedimiento para la concesión de licencias municipales, que ahora requerían su establecimiento por norma de rango de ley cuando afecten al establecimiento de una actividad de servicios o a su ejercicio, así como las nuevas actividades comunicadas y las declaraciones responsables referidas al ámbito local.

3. LOS PRINCIPALES ÁMBITOS DE COMPETENCIA MUNICIPAL AFECTADOS POR LA DIRECTIVA DE SERVICIOS.

Como ha quedado expuesto, lo primero que tienen que hacer las entidades locales para transponer la Directiva de Servicios y adaptarse a lo dispuesto en el proyecto de Ley Paraguas es revisar su normativa que regula el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, la que regula las comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas, si la hay, y la que limita el ejercicio conjunto de diferentes actividades de servicios por un mismo prestador. Una vez revisada, deben evaluarla de acuerdo con las determinaciones de la DS y, de entrada, eliminar las licencias o autorizaciones administrativas que no estén justificadas por razones de interés general o sean innecesarias para atender esos fines. También se deben suprimir los requisitos discriminatorios o desproporcionados para el fin que se persigue.

En una primera aproximación creo que las ordenanzas que vamos a encontrar, si las hay, serán normas que desplegaran previsiones contenidas en la normativa estatal o autonómica reguladora de las materias siguientes:

1. Normativa de régimen local.

En primer lugar, aquí vamos a identificar las ordenanzas locales que regulan, con carácter general, las licencias municipales y los otros actos de control preventivo previstos en la nueva redacción del artículo 84 de la Ley de Bases de Régimen Local y sus normas de desarrollo; el ROAS en Cataluña y el Reglamento de Servicios del año 1955 en aquellas comunidades autónomas que no disponen de normativa propia.

Si dichas licencias o autorizaciones regulan el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio deberemos examinar, conforme lo previsto en el artículo 5 del Proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios o su ejercicio (en adelante PLAASE), si existe una norma con rango de ley que establezca la licencia o autorización previa y, cuando exista, si dicha norma con rango de ley se

adapta a las condicionamientos previstos en el mencionado artículo 5 del PLAASE, puesto que si no se ajusta deberemos entender derogada dicha licencia, con lo que se nos producirá un vacío legal.

Los criterios que nos señala el artículo 5 del PLAASE es que sólo excepcionalmente, lo que supone una interpretación restrictiva, la Ley puede someter el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio a un régimen de autorización previa, cuando cumpla los requisitos de no discriminación; necesidad entendida como que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general y proporcionalidad, entendido como que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existan otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado. Así, en ningún caso dice el precepto, 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.

Ahora bien, interesa remarcar que el concepto de autorización que utiliza la Directiva de Servicios –Art. 4.6- abarca también a las “decisiones implícitas sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio”. En este sentido, en el Manual de transposición de la Directiva de Servicios elaborado en el seno de la Comisión Europea se dice:

“El término «régimen de autorización» engloba todo procedimiento en virtud del cual se obliga a un prestador o destinatario a obtener de una autoridad competente un documento oficial o una decisión tácita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio.

En la revisión que deben hacer los Estados miembros de su legislación para identificar los regímenes de autorización vigentes, el principal elemento que han de considerar es si esa legislación exige la adopción de una decisión, expresa o tácita, de una autoridad competente con carácter previo al ejercicio de la actividad por el prestador de servicios. A sí, debe incluirse en el concepto de régimen de autorización, por ejemplo, un procedimiento en virtud del cual un prestador de servicio haya de presentar una declaración ante una autoridad competente y deba esperar el transcurso de un plazo, en caso de silencio administrativo, para iniciar el ejercicio de la actividad. Deber incluirse asimismo los casos en que el prestador de servicios haya de presentar declaraciones que, posteriormente, deban obtener el reconocimiento de la autoridad competente para poder iniciar la actividad en cuestión o para que ésta sea lícita. (...).”

Quizás ésta sea la razón por la que la Ley Ómnibus establece que las declaraciones responsables y las comunicaciones previas producen sus efectos desde el día de su presentación¹⁶, lo que deja a esos instrumentos fuera del concepto de “autorización” de la DS, los que permitirá que sean de aplicación aunque no exista una imperiosa necesidad de interés general, al no requerirse ninguna decisión implícita de la Administración para acceder a una actividad de servicios o a su ejercicio. Si fuera esta la *ratio decidendi* de la nueva regulación su compatibilidad con la DS dependerá de lo que entendamos de si en estos casos la presentación de la comunicación previa o de la declaración responsable conlleva, o no, el hecho de que el interesado deba esperar el acuse de recibo para iniciar la actividad en cuestión o para ejercerla legalmente, en los términos que describe el considerando 39 de la Directiva¹⁷.

A mi juicio, esta configuración de las declaraciones responsables y de las actividades comunicadas puede no ser la más conveniente para determinadas actividades. Hasta ahora, en la regulación contenida en el ROAS y otras normas referidas a las comunicaciones previas se establecía que si transcurrido un determinado plazo a contar desde la presentación de la comunicación la Administración no comunicaba de manera motivada la disconformidad, la actuación comunicada quedaba legitimada, siempre que fuera conforme con la normativa aplicable. Ahora, la posibilidad de reacción de la Administración con carácter previo al inicio de la actividad es prácticamente nula, lo que parece un cambio demasiado rotundo para actividades en materia de seguridad industrial donde la modificación de la Ley de Industria operada por el artículo 13 de la Ley Ómnibus introduce este nuevo régimen o de licencias de obras o instalaciones donde el resultado desfavorable de la comprobación posterior supone el derribo de las construcción o instalación, aunque se trate de simples obras menores.

En cambio, me parece plausible que la nueva redacción del artículo 84 de la LBRL otorgada por el proyecto de Ley *Ómnibus* posibilite a las Entidades locales a intervenir la actividad de los ciudadanos mediante el sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma, la intervención, opción que convive con la clásica de sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo, así como con el sometimiento a comunicación previa y a declaración responsable.

¹⁶ Vid la redacción del artículo 71.1 bis de la LPAC, operada por el artículo 2.3 del proyecto de Ley Ómnibus.

¹⁷ El Considerando 39 de la DS establece: “El concepto de <régimen de autorización> debe abarcar, entre otros, los procedimientos administrativos mediante los cuales se conceden autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones, pero también la obligación, para poder ejercer la actividad, de estar inscrito en un colegio profesional o en un registro, en una lista oficial o en una base de datos, de estar concertado con un organismo o de obtener un carné profesional. La concesión de una autorización puede ser el resultado no solo de una decisión formal, sino también de una decisión implícita derivada, por ejemplo, del silencio administrativo de la autoridad competente o del hecho de que el interesado deba esperar el acuse de recibo de una declaración para iniciar la actividad en cuestión o para ejercerla legalmente”.

Desde otra perspectiva material como la Directiva de Servicios solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o su ejercicio (considerando 9) y excluye de su ámbito de aplicación las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública, creo que las concesiones demaniales y las licencias sobre bienes de dominio público, uso público, previstas en la normativa sobre el patrimonio de las Administraciones Públicas quedan claramente fuera del ámbito de aplicación de la DS, no así las concesiones y licencias sobre bienes de uso público, servicio público, como pueden ser los mercados, las lonjas, etc. Ahora bien, las ordenanzas reguladoras de kioscos, mercados ambulantes, etc., en cuanto afectan y regulan una actividad de servicios creo que caen claramente dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios.

2. Normativa de espectáculos y actividades recreativas.

Los profesores Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ en su magnífico curso de Derecho Administrativo, cuando explican la técnica autorizatoria¹⁸ -a los que sigo en este epígrafe-, argumentan acertadamente que no parece discutible que la elección de la técnica de intervención tiene que ser congruente y proporcionada con los valores constitucionales que con ella quieren protegerse. Quiere esto decir que si en un caso concreto es suficiente a estos fines con la mera regulación de la actividad y la represión *a posteriori* del mal uso de la libertad reconocida, es decir, con la implantación de un sistema de corte represivo, no debe imponerse un control preventivo de carácter general y, si las circunstancias obligan a establecer éste, debe elegirse la técnica de declaración o comunicación previa con preferencia a la autorización y la modalidad de autorización reglada antes que la discrecional, el silencio positivo mejor que el negativo, etc.

En materia de nuevas construcciones parece lógica y plausible la opción por el sistema preventivo y el consiguiente sometimiento de los proyectos de obra a la previa licencia, ya que de otro modo sería difícil depurar *a posteriori* los eventuales excesos. Muy distinto es, sin embargo, el caso de los espectáculos, cuyo sometimiento a un régimen de autorización o permiso previo carece de justificación en la medida en que las eventuales alteraciones del orden público, que es lo que tradicionalmente quiere evitarse con la exigencia de tal autorización o permiso, pueden ser eliminadas, caso de llegar a producirse por otros medios, sin necesidad de restringir *a priori* la libertad de todos.

La decisión, exige necesariamente una valoración individualizada de cada supuesto, a partir del cual podrán detectarse -y combatirse por los procedimientos que la Constitución habilita- los posibles excesos. La proporcionalidad que debe existir siempre entre la limitación de la libertad y los

¹⁸ La edición que manejo es el volumen II, octava edición, Civitas ediciones 2002, página 116.

fines que en cada caso se persiguen y la obligada valoración *pro libertate* constituyen hoy dos test de cuya superación depende la constitucionalidad misma de las normas y, por supuesto, la de su concreta aplicación por la Administración.

En consecuencia, creo que será posible mantener las licencias de obras en los locales de pública concurrencia, pero no la licencia de actividad, la comprobación inicial ni la autorización de espectáculos concretos.

3. Normativa de actividades clasificadas o de incidencia ambiental.

Será difícil justificar, *prima facie*, la necesidad de mantener dicha licencia cuando la incidencia ambiental sea media o baja, sobre todo a la vista de la amplia liberalización existente en materia de seguridad industrial. Con ello quiero decir que aquellas actividades contenidas en el anexo I de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integral de la contaminación y en la legislación de desarrollo de las Comunidades Autónomas se mantendrán, puesto que tienen fundamento en la nueva Directiva 2008/1/CE, de 15 de enero.

Ahora bien, cuando la propia normativa reconozca que la incidencia ambiental es baja y en el caso de la licencia de actividades inocuas o de apertura de establecimientos no creo que pueda justificarse que exista una imperiosa necesidad de interés general que obligue a someter a autorización previa la actividad, y tampoco creo que una vez obtenida la licencia la actividad no pueda iniciarse sin el control inicial, pues ello supone someter a una misma actividad a un régimen de doble autorización municipal que a mi juicio es incompatible con la regulación contenida en la Directiva de Servicios.

4. Normativa en materia de urbanismo, incluida la contenida en los Planes de ordenación.

Existen argumentos jurídicos para defender o no la aplicación de la directiva de servicios al urbanismo o, para precisar mejor, a las facultades de intervención de la Administración local que sujetan a licencia previa la edificación y el uso del suelo y del subsuelo.

Los defensores de la tesis de la no aplicación de la Directiva de Servicios a las licencias de urbanismo parten de la premisa que conforme el que prevé el considerando 9 de la propia DS ésta sólo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así, no se aplica a requisitos tales como "... normas de tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio urbanismo y ordenación rural, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad de servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica, al igual que por los particulares en su capacidad privada". Los defensores

de dicha tesis afirman que el mencionado considerando opera como interpretación auténtica de la DS.

A mi juicio, la tesis correcta es la contraria, es decir que el régimen de intervención administrativa de las entidades locales en materia de urbanismo sí entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios y por lo tanto tendremos que revisar y evaluar las facultades de intervención de las Administraciones públicas en esta materia. Los argumentos son varios, a saber:

1. En la página 10 del manual de transposición de la DS de la Comisión Europea, referido al ámbito de aplicación de la misma, se dice que los Estados miembros tendrán que garantizar que las normas de la DS se apliquen a una amplia gama de actividades y pone como ejemplo, entre muchos otros, los servicios de construcción. En idéntico sentido, puede verse el considerando 33 de la propia DS.

Los servicios de construcción no se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la DS (Art. 1.2) ni del anteproyecto de Ley español (Art. 2.2), luego todo indica que sí que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios.

2. En nuestro ordenamiento interno no es posible legalmente realizar obra o instalación alguna sin contar con la preceptiva licencia de obras o, al menos, si haber efectuado una comunicación previa¹⁹. Dicha

¹⁹ El artículo 179 del Decreto Legislativo catalán 1/2005, por el que se aprueba el Texto Refundido del Ley de Urbanismo de Cataluña, dispone:

“Artículo 179 Actos sujetos a licencia

1. Están sujetos a la licencia urbanística previa, en los términos establecidos por esta Ley, por el planeamiento urbanístico y por las ordenanzas municipales, todos los actos de transformación o utilización del suelo o del subsuelo, de edificación, de construcción o de derribo de obras.

2. Restan sujetos a la licencia urbanística las actuaciones siguientes:

- a) Les parcelaciones urbanísticas.
- b) Las obras de construcción y de edificación de nueva planta, y las de ampliación, reforma, modificación o rehabilitación de edificios, construcciones e instalaciones ya existentes. En estos casos, las licencias deben contener necesariamente la previsión del número de viviendas o de establecimientos.
- c) La demolición total o parcial de las construcciones y las edificaciones.
- d) Las obras puntuales de urbanización no incluidas en un proyecto de urbanización.
- e) La primera utilización y ocupación, y el cambio de uso, de los edificios y de las instalaciones.
- f) Los movimientos de tierra y las obras de desmontaje o explanación en cualquier clase de suelo.
- g) La autorización de obras y usos de manera provisional, de acuerdo con lo establecido por esta Ley.
- h) La extracción de áridos y la explotación de canteras.
- i) La acumulación de residuos y el depósito de materiales que alteren las características del paisaje.
- j) La construcción o la instalación de muros y vallas.
- k) La apertura, la pavimentación y la modificación de caminos rurales.
- l) La instalación de casas prefabricadas e instalaciones similares, sean provisionales o permanentes.
- m) La instalación de invernaderos o instalaciones similares.
- n) La tala de masas arbóreas, de vegetación arbustiva o de árboles aislados, en los supuestos en que lo

comunicación, tal y como se encuentra configurada, también se engloba dentro del concepto de autorización comunitaria conforme lo previsto en el considerando 39 de la DS y en su artículo 4.6.

3. La primera utilización y ocupación, y el cambio de uso de los edificios y las instalaciones también se encuentra sometido a licencia previa y parece claro que dichas licencias afectan de manera nuclear a la libertad de establecimiento.

4. El Considerando 56 de la Directiva de Servicios dice que “De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia los objetivos de salud pública, protección de consumidores, sanidad animal y protección del entorno urbano constituyen razones imperiosa de interés general que permiten justificar la aplicación de regímenes de autorización y otras restricciones. No obstante, ningún régimen de autorización o restricción de estas características debe discriminar en razón de la nacionalidad. Además, deben respetarse siempre los principios de necesidad y proporcionalidad”.

Creo que de una interpretación cabal de este considerando se deducen dos consecuencias destacadas. Por un lado, que si la propia DS recoge que la protección del entorno urbano puede constituir una imperiosa necesidad de interés general que permite justificar la aplicación del régimen de autorización y otras restricciones, es porque considera que el régimen de intervención administrativa de las autorizaciones y licencias urbanísticas cae dentro del ámbito de aplicación de la DS, aunque sea éste uno de aquellos ámbitos que de forma excepcional, permite la aplicación de regímenes de autorización.

exija el planeamiento urbanístico.

o) La colocación de carteles y vallas de propaganda visibles desde la vía pública.

p) Las instalaciones y las actuaciones que afecten el subsuelo.

q) La instalación de líneas eléctricas, telefónicas u otros de similares y la colocación de antenas o dispositivos de telecomunicaciones de cualquier tipo.

r) La constitución de un régimen de propiedad horizontal o bien de un complejo inmobiliario privado, o su modificación cuando comporte un incremento del número de viviendas o establecimientos, y también las operaciones que tengan por objeto constituir más elementos susceptibles de aprovechamiento independiente de los que se hayan hecho constar en una declaración de obra nueva precedente. No es precisa la licencia si la licencia de obras ya contiene el número de departamentos individuales susceptibles de aprovechamiento independiente.

s) Todas las otras actuaciones en que lo exijan el planeamiento urbanístico o las ordenanzas municipales.

3. No están sujetos a la licencia urbanística las obras de urbanización previstas en los planes y los proyectos debidamente aprobados, ni las parcelaciones o la división de fincas incluidas en un proyecto de reparcelación.

4. Las ordenanzas municipales, en los términos establecidos por la normativa de régimen local y en función de la entidad de las obras o las actuaciones a realizar, pueden sustituir la necesidad de obtener la licencia urbanística por una comunicación previa de la persona interesada a la administración municipal. Las licencias se otorgan sin perjuicio del resto de autorizaciones que sean preceptivas de acuerdo con la legislación de régimen local o sectorial.

Por otro, que no toda posible afectación a la salud pública, a la protección del entorno urbano o a la protección de los consumidores y usuarios permite someter el establecimiento de una actividad de servicios o su ejercicio a un régimen de autorización, si no que además deben de respetarse los principios de necesidad y proporcionalidad. Y la interpretación que debe darse a dichos principios, según el considerando 54 de la Directiva de Servicios es la siguiente:

“(54) La posibilidad de acceder a una actividad de servicios solo debe quedar supeditada a la obtención de una autorización por parte de las autoridades competentes cuando dicho acto cumpla los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad. En concreto, esto significa que la autorización solo es admisible en aquellos casos en que no resultaría eficaz hacer un control *a posteriori*, habida cuenta de la imposibilidad de comprobar *a posteriori* los defectos de los servicios en cuestión y habida cuenta de los riesgos y peligros que se derivarían de la inexistencia de un control *a priori*”.

En el caso catalán, como ya hemos visto el artículo 179.4 del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña establece que las ordenanzas municipales, en los términos establecidos por la normativa de régimen local y en función de la entidad de las obras o las actuaciones a realizar, pueden sustituir la necesidad de obtener la licencia urbanística por una comunicación previa de la persona interesada a la administración municipal. Como no existe ningún límite más que el de la “entidad de las obras o actuaciones a realizar”, entiendo que los municipios catalanes pueden y deben transponer sus ordenanzas en esta materia a la Directiva de Servicios sin necesidad de ninguna intermediación del legislador catalán, máxime si se tiene en cuenta que ya conocen la posible nueva regulación de los artículos 84 de la LBRL y 39 bis de la LPAC.

Ahora bien, a mi juicio desaparecidas las licencias de actividades inocuas, la de apertura de establecimientos, la de primera utilización, la de cambio de uso, la de actividades con incidencia ambiental baja, etc., los ayuntamientos tendremos que apurar las posibilidades que nos confieren las licencias de obras, tanto las mayores como las menores, para controlar las obras y las instalaciones pero también para controlar los usos. El argumento de que si el control no es *a priori* y hay incumplimiento de la normativa, el resultado sería el obligado derribo de las obras o instalaciones que no se ajustan a la normativa es muy potente y ello nos puede servir también para que a través de la licencia de obras controlemos los usos y las futuras actividades; en cambio, cuando nos movemos en el campo estricto de las actividades nos resultará muy difícil de justificar por qué el control *a posteriori* no es eficaz.

4. LA OBLIGADA SIMPLIFICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS, VENTANILLA ÚNICA Y ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA.

La Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, se ocupa de la simplificación administrativa en el Capítulo II, artículos 5 a 8, inmediatamente después del capítulo I dedicado a las Disposiciones Generales, lo que a mi juicio refleja el profundo interés de la Unión Europea en que se lleve a la práctica la referida simplificación.

El Proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio se regula la simplificación administrativa en el capítulo IV, artículos 17 a 19, lo que pone de manifiesto que en España no se ha considerado tan prioritaria como en Europa la simplificación administrativa. La simple comparación de la redacción del artículo 17.1 del proyecto de ley²⁰ con el tenor literal del artículo 5.1 de la DS²¹ acredita que mientras para la DS la simplificación de los procedimientos y trámites constituye una autentica obligación de los Estados miembros, para el proyecto de Ley interna lo que supone una obligación es revisar los procedimientos y trámites con el objeto de “impulsar su simplificación”, expresión que no se corresponde con la del futuro imperfecto “los simplificarán”.

De la simplificación administrativa también se ha ocupado, recientemente, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. De hecho, en el apartado IV de su exposición de motivos, se dice:

“Asimismo, el 12 de diciembre de 2006, y con objeto de avanzar en la consecución del objetivo fijado por el Consejo Europeo de Lisboa, se aprobó la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior.

Esta Directiva establece, entre otras obligaciones para los Estados miembros, la de facilitar por medios electrónicos acceso a los trámites relacionados con las actividades de servicios y a la información de interés tanto para los prestadores como para los destinatarios de los mismos.

Por ello, y dada la analogía de esta finalidad con el objetivo de esta Ley, se realiza en la misma una referencia expresa a la información y trámites relacionados con las actividades de servicios, de forma que los artículos 6, 7 y 8 de la Directiva pueden considerarse traspuestos por esta Ley.”

Mi intervención podría centrarse en el artículo 5 de la DS. Pero las cosas no

²⁰ Dicho precepto establece: Las Administraciones Públicas revisarán los procedimientos y trámites aplicables al establecimiento y la prestación de servicios con el objeto de impulsar su simplificación.

²¹ El artículo 5.1 de la DS dispone: Los Estados miembros verificarán los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio. Cuando los procedimientos y formalidades estudiados de conformidad con este apartado no sean lo suficientemente simples, los Estados miembros los simplificarán”.

son siempre lo que parecen, los artículos 3 y 4 de la LAE proclaman como finalidad de la Ley (Art. 3.6) simplificar los procedimientos administrativos y proporcionar oportunidades de participación y de mayor transparencia, con las debidas garantías legales y como principio general (Art. 4 letra j) el de simplificación administrativa, por el cual se reducen de manera sustancial los tiempos y plazos de los procedimientos administrativos, logrando una mayor eficacia y eficiencia en la actividad administrativa. Ambos preceptos tienen carácter básico según la DF 1ª de la LAE, que en cambio no confiere dicho carácter al fundamental artículo 34, referido a los criterios para la gestión electrónica, donde se establece:

“La aplicación de medios electrónicos a la gestión de los procedimientos, procesos y servicios irá siempre precedida de la realización de un análisis de rediseño funcional y simplificación del procedimiento, proceso o servicio, en el que se considerarán especialmente los siguientes aspectos:

- a) La supresión o reducción de la documentación requerida a los ciudadanos, mediante su sustitución por datos, transmisiones de datos o certificaciones, o la regulación de su aportación al finalizar la tramitación.
- b) La previsión de medios e instrumentos de participación, transparencia e información.
- c) La reducción de los plazos y tiempos de respuesta.
- d) La racionalización de la distribución de las cargas de trabajo y de las comunicaciones internas”.

También son positivos, a mi juicio, las previsiones contenidas en el artículo 35.3 de la LAE, a tenor del cual “Con objeto de facilitar y promover su uso, los sistemas normalizados de solicitud podrán incluir comprobaciones automáticas de la información aportada respecto de datos almacenados en sistemas propios o pertenecientes a otras administraciones e, incluso, ofrecer el formulario cumplimentado, en todo o en parte, con objeto de que el ciudadano verifique la información y, en su caso, la modifique y complete”, lo que permitiría evitar muchas subsanaciones de las solicitudes (Art. 71 LPAC) y la incorporación de las TIC en las comunicaciones internas prevista en el artículo 36.2 de la LAC, que evitará el trasiego material de los expedientes y una mayor agilidad en las comunicaciones.

Mucho más enigmática y peligrosa desde el punto de vista de las entidades locales, ya que creo que no están en condiciones de llevarla a la práctica, es la previsión contenida en el artículo 6.2 b) de la LAE, cuando yendo mucho más lejos de lo que dispone el artículo 35 f) de la LPAC establece como un derecho de los ciudadanos y con carácter básico, el siguiente derecho:

- b) A no aportar los datos y documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas, las cuales utilizarán medios electrónicos para recabar dicha información siempre que, en el caso de datos de carácter personal, se cuente con el consentimiento de los interesados en los términos

establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, o una norma con rango de Ley así lo determine, salvo que existan restricciones conforme a la normativa de aplicación a los datos y documentos recabados. El citado consentimiento podrá emitirse y recabarse por medios electrónicos.

Obsérvese que el precepto habla de documentos, pero también de datos, que obren en poder de las administraciones públicas, no de la administración que tramita el asunto. Si el ciudadano, en el momento que no hace la petición nos confiere el consentimiento, estamos listos, ya que el mandato de interconexión del artículo 43 de la LAU creo que es más un brindis al sol que otra cosa por lo menos por lo que hace referencia a la administración local. Dicho precepto establece:

“Artículo 43. Red de comunicaciones de las Administraciones Públicas españolas.

La Administración General del Estado, las Administraciones Autonómicas y las entidades que integran la Administración Local, así como los consorcios u otras entidades de cooperación constituidos a tales efectos por éstas, adoptarán las medidas necesarias e incorporarán en sus respectivos ámbitos las tecnologías precisas para posibilitar la interconexión de sus redes con el fin de crear una red de comunicaciones que interconecte los sistemas de información de las Administraciones Públicas españolas y permita el intercambio de información y servicios entre las mismas, así como la interconexión con las redes de las Instituciones de la Unión Europea y de otros Estados Miembros”.

En otro orden de cosas la LAE traspone la parte nuclear que le corresponde de la DS en su artículo 6.3, cuando establece:

3. En particular, en los procedimientos relativos al establecimiento de actividades de servicios, los ciudadanos tienen derecho a obtener la siguiente información a través de medios electrónicos:

a) Los procedimientos y trámites necesarios para acceder a las actividades de servicio y para su ejercicio.

b) Los datos de las autoridades competentes en las materias relacionadas con las actividades de servicios, así como de las asociaciones y organizaciones profesionales relacionadas con las mismas.

c) Los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a prestadores de actividades de servicios y las vías de recurso en caso de litigio entre cualesquiera autoridades competentes, prestadores y destinatarios.

Ahora bien, la implementación de las denominadas ventanillas únicas quedaba claramente condicionada por lo establecido en el artículo 44 y el apartado 4 de la DF tercera de la LAE, cuando establecen:

Artículo 44. Red integrada de Atención al Ciudadano.

1. Las Administraciones Públicas podrán suscribir convenios de colaboración con objeto de articular medidas e instrumentos de colaboración para la implantación coordinada y normalizada de una red de espacios comunes o ventanillas únicas.

2. En particular, y de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, se implantarán espacios comunes o ventanillas únicas para obtener la información prevista en el artículo 6.3 de esta Ley y para realizar los trámites y procedimientos a los que hace referencia el apartado a) de dicho artículo.

Disposición final tercera. Adaptación de las Administraciones Públicas para el ejercicio de derechos.

4. En el ámbito de las Entidades que integran la Administración Local, los derechos reconocidos en el artículo 6 de la presente ley podrán ser ejercidos en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su competencia a partir del 31 de diciembre de 2009 siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias. A estos efectos las Diputaciones Provinciales, o en su caso los Cabildos y Consejos Insulares u otros organismos supra municipales, podrán prestar los servicios precisos para garantizar tal efectividad en el ámbito de los municipios que no dispongan de los medios técnicos y organizativos necesarios para prestarlos.

Quizás haya tenido algo que ver en la redacción de este precepto lo dispuesto en el artículo 219.3 del EAC, aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, es decir, un año antes que la aprobación de la LAE, pero lo que ahora importa es que los condicionantes de derecho interno no pueden impedir la correcta aplicación del derecho comunitario, por lo que el proyecto de Ley de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio vuelve a incidir sobre la materia como en seguida veremos.

Como ya he dicho la transposición del capítulo II de la DS (Art. 5 a 9) referida a la simplificación administrativa, se encuentra en el capítulo IV del proyecto de Ley de Acceso a una actividad de servicios y su ejercicio, artículos 17 a 19, que tienen carácter básico como toda la Ley y que entrarán en vigor el 27 de diciembre de 2009, excepto el apartado 1 del artículo 17, que dispone que las Administraciones Públicas revisarán los procedimientos y trámites aplicables al establecimiento y prestación de servicios con el objeto de impulsar su simplificación, precepto de como todos los restantes preceptos de la Ley no incluidos en el capítulo IV ni en el capítulo VI (Cooperación administrativa para el control efectivo de los prestadores) entrarán en vigor a los treinta días a partir del siguiente de su publicación en el BOE, todo ello de acuerdo con lo establecido en la Disposición final sexta del PLAASE.

Si lo he entendido bien, se pretende que todas las Administraciones Públicas tengan, por medios propios o a través de convenios con otras Administraciones Públicas, a disposición de los prestadores de servicios las denominadas ventanillas únicas, en las que además de ofrecer toda la información y las garantías previstas en los artículos 18 y 19 del proyecto de ley, los prestadores deben poder practicar todas las solicitudes y los trámites preceptivos para el establecimiento y el ejercicio de actividades de servicios, ya que como establece el artículo 17.3 del mismo proyecto de Ley, todos los procedimientos y trámites que supeditan el acceso y ejercicio a una actividad de servicios se podrán realizar electrónicamente y a distancia salvo que se trate de la inspección del lugar o del equipo que se utiliza en la prestación del servicio.

La fecha tope para que el operativo esté en funcionamiento es, como ya sabemos, el 27 de diciembre de 2009, fecha de entrada en vigor de esta regulación, puesto que el artículo 44 de la DS dispone con claridad que los Estados miembros podrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar antes de 28 de diciembre de 2009 y comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones. O sea, que el día de los inocentes ya funcionarán las ventanillas únicas en toda España y en Europa, pero no se porque extraño motivo no tengo ninguna noticia de que alguna entidad local en España esté trabajando intensamente en poner en marcha la referida ventanilla, como tampoco tengo noticia alguna de que ninguna licencia, autorización o requisito de los que regula la normativa que aplican las entidades locales haya desaparecido o vaya a desaparecer con los trabajos e iniciativas legislativas puestas en marcha. Un breve repaso al denominado anteproyecto de Ley Ómnibus o a las medidas de simplificación de procedimientos administrativos y agilización de trámites de la Junta de Andalucía (Sevilla, enero de 2009) acreditan la realidad y alcance de lo dicho.

Lo que también establece el PLAASE, en su Disposición adicional primera, es que las Administraciones Públicas dispondrán de un sistema electrónico de intercambio de información entre ellas y con los demás Estados miembros que garantice el cumplimiento de las obligaciones establecidas en esta ley (como el proyecto de ley no establece cual será ese sistema creo que se impondrá el correo electrónico, con traducción según los casos). En su Disposición final cuarta el proyecto dispone que las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus competencias, incumplieran lo dispuesto en esta ley o en el Derecho comunitario afectado, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas asumirán, en la parte que sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado y que dicha deuda se compensará con las cantidades que deba transferir el Estado, de acuerdo con el procedimiento regulado en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Ni quiero ni pensar lo que puede suceder si a partir del 28 de diciembre en la esfera local con las ventanillas únicas; en Cataluña ya tengo pensado que nos opondremos a la compensación alegando lo dispuesto en el artículo 219.3 del EAC, pero la verdad es que el resto de España no sé que pasará con esta cuestión.

Ni la Directiva de Servicios ni el PLAASE definen qué debe entenderse por simplificación. Cuando los procedimientos y formalidades verificados no sean lo suficientemente simples, “los simplificarán”, conforme lo dispuesto en el artículo 5.1 de la DS, o impulsarán su simplificación en los términos del artículo 17.1 del PLAASE. Según el Diccionario de la Real Academia simplificar es hacer algo más sencillo, más fácil, menos complicado, en nuestro caso hacer más fácil los procedimientos administrativos.

Como la DS ni el PAASE nos dan pistas sobre como implementar la simplificación de procedimientos y requisitos, creo que debemos acudir con buen criterio a lo dispuesto en el artículo 34 de la LAE, referido a los criterios para la gestión electrónica, donde se establece:

“La aplicación de medios electrónicos a la gestión de los procedimientos, procesos y servicios irá siempre precedida de la realización de un análisis de rediseño funcional y simplificación del procedimiento, proceso o servicio, en el que se considerarán especialmente los siguientes aspectos:

- a) La supresión o reducción de la documentación requerida a los ciudadanos, mediante su sustitución por datos, transmisiones de datos o certificaciones, o la regulación de su aportación al finalizar la tramitación.
- b) La previsión de medios e instrumentos de participación, transparencia e información.
- c) La reducción de los plazos y tiempos de respuesta.
- d) La racionalización de la distribución de las cargas de trabajo y de las comunicaciones internas”.

En este caso creo que el orden de los factores es muy importante. Una cosa es simplificar y otra, distinta y complementaria, es la aplicación de medios electrónicos a los procedimientos administrativos. Primero, hay que rediseñar funcionalmente dichos procedimientos administrativos, luego simplificarlos y, por último, diseñar la aplicación informática. Aquí, la falta de un autentico procedimiento administrativo común se hecha en falta.

La parte dispositiva de la DS es, como ya hemos visto, muy parca en el capítulo que se dedica de forma específica a la simplificación de procedimientos, que más bien se ocupa de la ventanilla única y de los procedimientos por vía electrónica; sin embargo, si examinado la regulación de la DS en su conjunto, la cosa cambia radicalmente porque las referencias a la simplificación administrativa o a algunos de sus aspectos es una constante en la regulación de toda la Directiva. La simple lectura de los párrafos 39 a 75 de los considerandos de la DS pone de manifiesto la enorme complejidad que se nos viene encima, complejidad por cierto que no veo reflejada en la normativa de la transposición española que se nos avecina.

“... (42) Las normas relativas a los procedimientos administrativos no deben tener por objeto la armonización de dichos procedimientos, sino

suprimir los regímenes de autorización, procedimientos y formalidades excesivamente onerosos que obstaculizan la libertad de establecimiento y la creación de nuevas empresas de servicios que esta comporta.

(43) Una de las principales dificultades a que se enfrentan en especial las PYME en el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio reside en la complejidad, la extensión y la inseguridad jurídica de los procedimientos administrativos. Por este motivo, y a semejanza de otras iniciativas de modernización y de buenas prácticas administrativas a nivel comunitario o nacional, procede establecer principios de simplificación administrativa, en concreto limitando la autorización previa obligatoria a aquellos casos en que sea indispensable e introduciendo el principio de autorización tácita de las autoridades competentes una vez vencido un plazo determinado. El objetivo de este tipo de acción de modernización es, aparte de garantizar los requisitos de transparencia y actualización de los datos relativos a los operadores, eliminar los retrasos, costes y efectos disuasorios que ocasionan, por ejemplo, trámites innecesarios o excesivamente complejos y costosos, la duplicación de operaciones, las formalidades burocráticas en la presentación de documentos, el poder arbitrario de las autoridades competentes, plazos indeterminados o excesivamente largos, autorizaciones concedidas con un período de vigencia limitado o gastos y sanciones desproporcionados. Este tipo de prácticas tienen efectos disuasorios especialmente importantes para los prestadores que deseen desarrollar sus actividades en otros Estados miembros y requieren una modernización coordinada en un mercado interior ampliado a veinticinco Estados miembros.

(44) Los Estados miembros deben introducir, cuando proceda, formularios armonizados a escala comunitaria, establecidos por la Comisión, que puedan utilizarse como equivalentes a los certificados, justificantes o cualquier otra clase de documentos en relación con el establecimiento.

(45) Para examinar la necesidad de simplificar procedimientos y trámites, los Estados miembros han de poder, en particular, tener en cuenta su necesidad, número, posible duplicación, costes, claridad y accesibilidad, así como las dificultades prácticas y retrasos que podrían generarse en relación con el prestador de que se trate.

(46) Con el fin de facilitar el acceso a las actividades de servicio y su ejercicio en el mercado interior, procede establecer un objetivo, común a todos los Estados miembros, de simplificación administrativa y establecer disposiciones relativas, en concreto, al derecho de información, los procedimientos por vía electrónica y la creación de un marco para los regímenes de autorización. A nivel nacional se pueden adoptar otras medidas para cumplir este objetivo, consistentes en reducir el número de procedimientos y trámites aplicables a las actividades de servicios y en asegurarse de que dichos procedimientos y trámites son indispensables para conseguir un objetivo de interés general y de que no existen solapamientos entre ellos, tanto en el contenido como en la finalidad.

(47) En aras de la simplificación administrativa, no deben imponerse de forma generalizada requisitos formales, como la presentación de documentos originales, copias compulsadas o una traducción compulsada, excepto en

aquellos casos en que esté justificado objetivamente por una razón imperiosa de interés general, como, por ejemplo, la protección de los trabajadores, la salud pública, la protección del medio ambiente o la protección de los consumidores. También es necesario garantizar que la autorización dé acceso como norma general a una actividad de servicios o a su ejercicio en todo el territorio nacional, a no ser que esté objetivamente justificado exigir una autorización individual para cada establecimiento — por ejemplo, para cada implantación de grandes superficies comerciales —, o una limitación de la autorización a un lugar específico del territorio nacional, por una razón imperiosa de interés general.

(48) A efectos de una mayor simplificación de los procedimientos administrativos, conviene garantizar que todo prestador disponga de un interlocutor único al que dirigirse para realizar todos los procedimientos y trámites (denominados en lo sucesivo "ventanillas únicas"). El número de ventanillas únicas por Estado miembro puede variar según las competencias regionales o locales o según las actividades de que se trate. En efecto, la creación de ventanillas únicas no debe interferir en el reparto de competencias entre autoridades competentes dentro de cada sistema nacional. Cuando varias autoridades tienen competencias a nivel regional o local, una de ellas puede hacerse cargo del papel de ventanilla única y de coordinador con las demás. Las ventanillas únicas pueden estar constituidas no solo por autoridades administrativas sino también por cámaras de comercio o de oficios, colegios profesionales u organismos privados a los que los Estados miembros encomienden esta función. La finalidad de las ventanillas únicas es desempeñar un importante papel de ayuda al prestador, ya sea como autoridad directamente competente para expedir los documentos necesarios para acceder a una actividad de servicios, ya sea como intermediario entre las prestadoras y dichas autoridades directamente competentes.

(49) La tarifa que puedan cobrar las ventanillas únicas debe ser proporcional al coste de los procedimientos y trámites de que se ocupen. Esto no debe impedir a los Estados miembros encargar a las ventanillas únicas el cobro de otros derechos administrativos tales como los honorarios de los organismos de supervisión.

(50) Es necesario que los prestadores y destinatarios de los servicios accedan fácilmente a determinados tipos de información. Debe corresponder a cada Estado miembro determinar, en el marco de la presente Directiva, la forma en que se facilita información a los prestadores y destinatarios. En particular, la obligación de los Estados miembros de garantizar que los prestadores y destinatarios puedan acceder fácilmente a la información pertinente y que el público pueda acceder a ella sin obstáculos puede cumplirse ofreciendo dicha información en Internet. Toda información suministrada debe comunicarse de manera clara e inequívoca.

(51) La información suministrada a los prestadores y destinatarios de servicios debe incluir, en particular, información relativa a procedimientos y trámites, datos de contacto de las autoridades competentes, condiciones de

acceso a los registros y bases de datos públicos e información sobre las vías de recurso disponibles y datos de contacto de las asociaciones y organizaciones que pueden proporcionar asistencia técnica a los prestadores o destinatarios. La obligación de las autoridades competentes de asistir a los prestadores y destinatarios no debe incluir la prestación de asesoramiento jurídico en casos individuales. No obstante, debe ofrecerse información general sobre la forma en que suelen interpretarse o aplicarse los requisitos. Los Estados miembros deben determinar cuestiones como la responsabilidad en caso de que la información facilitada sea incorrecta o engañosa.

(52) La creación, en un plazo de tiempo razonablemente corto, de un sistema de procedimientos y trámites efectuados por vía electrónica es fundamental para lograr la simplificación administrativa en materia de actividades de servicios, en beneficio de prestadores, destinatarios y autoridades competentes. La observancia de este tipo de obligación puede requerir la adaptación de las legislaciones nacionales y de otras normas aplicables a los servicios. Esta obligación no debe impedir a los Estados miembros prever otros medios de respetar dichos procedimientos y trámites, además de los medios electrónicos. El hecho de que deba ser posible efectuar a distancia esos mismos procedimientos y trámites requiere, concretamente, que los Estados miembros se aseguren de que se pueden realizar a nivel transfronterizo. Esta obligación de resultado no afecta a los procedimientos o trámites que, por su propia naturaleza, no se pueden realizar a distancia. Además, ello no interfiere con la legislación de los Estados miembros sobre el uso de las lenguas.

(63) En ausencia de un régimen distinto y a falta de respuesta dentro de plazo, debe considerarse que la autorización ha sido concedida. No obstante, cabe la posibilidad de aplicar regímenes distintos con respecto a determinadas actividades cuando estén justificadas objetivamente por razones imperiosas de interés general, entre ellas el interés legítimo de terceros. Dicho régimen distinto puede incluir normas de los Estados miembros conforme a las que, a falta de respuesta de la autoridad competente, se considerará denegada la solicitud, denegación que podrá recurrirse ante los tribunales.

(64) Con el fin de crear un auténtico mercado interior de servicios es necesario que se supriman las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios que aún persisten en las legislaciones de algunos Estados miembros y que son incompatibles con los artículos 43 y 49, respectivamente, del Tratado. Las restricciones prohibidas en la presente Directiva afectan especialmente al mercado interior de servicios y deben desmantelarse de forma sistemática lo antes posible.

(65) La libertad de establecimiento implica, en concreto, el principio de igualdad de trato, que prohíbe no solo toda discriminación basada en la nacionalidad de un Estado miembro, sino también toda discriminación indirecta basada en otros criterios que puedan conducir, de hecho, al mismo resultado. Así, por ejemplo, el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio en un Estado miembro, tanto si se trata de una actividad principal

como secundaria, no debe estar supeditado a criterios como el lugar de establecimiento, de residencia, de domicilio o de prestación principal de una actividad. No obstante, estos criterios no deben incluir requisitos según los cuales el prestador, o uno de sus empleados o un representante, deban estar presentes durante el ejercicio de la actividad cuando se justifique por una razón imperiosa de interés público. Asimismo, los Estados miembros no deben restringir la capacidad jurídica o el derecho de las sociedades constituidas con arreglo a lo dispuesto en la legislación de otro Estado miembro, en cuyo territorio tengan su establecimiento principal, a interponer acciones judiciales. Más aún, los Estados miembros no deben tener la posibilidad de conceder ventaja alguna a los prestadores que tengan un especial vínculo socioeconómico nacional o local, ni de restringir, invocando el lugar de establecimiento, la libertad del prestador de adquirir, explotar o enajenar derechos y bienes o de acceder a diversas formas de crédito y de vivienda en la medida en que dichas facultades sean necesarias para acceder a su actividad o para su ejercicio efectivo.

(66) El acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio en el territorio de un Estado miembro no debe supeditarse a una prueba económica. La prohibición de pruebas económicas como condición previa para la concesión de una autorización debe aplicarse a las pruebas económicas como tales, pero no a los demás requisitos justificados objetivamente por razones imperiosas de interés general, como la protección del entorno urbano, la política social y la salud pública. Esta prohibición no debe afectar al ejercicio de las competencias de las autoridades encargadas de la aplicación del Derecho de competencia.

(67) En cuanto a las garantías financieras o al seguro, la prohibición de requisitos solamente debe referirse a la obligación de que las garantías financieras o el seguro pedidos deben proceder de una institución financiera establecida en el Estado miembro de que se trate.

(68) Por lo que respecta al registro previo, la prohibición de requisitos solamente debe afectar a la obligación de que el prestador, antes de su establecimiento, deba constar durante un período determinado en un registro del Estado miembro de que se trate.

(69) Con el fin de coordinar de forma coherente la modernización de las reglamentaciones nacionales con los requisitos del mercado interior, procede evaluar determinados requisitos nacionales no discriminatorios, que, por sus características, pueden restringir sensiblemente o, incluso, impedir el acceso a una actividad o su ejercicio acogiéndose a la libertad de establecimiento. Ese ejercicio de evaluación debe limitarse a la compatibilidad de aquellos requisitos con los criterios ya establecidos por el Tribunal de Justicia sobre la libertad de establecimiento. No debe afectar a la aplicación de la legislación comunitaria en materia de competencia. Cuando dichos requisitos sean discriminatorios o no se justifiquen objetivamente por razones imperiosas de interés general, o cuando sean desproporcionados, deben suprimirse o modificarse. El resultado de esa evaluación diferirá conforme al carácter de la

actividad y el interés público de que se trate. En especial, tales requisitos podrían justificarse plenamente cuando los motiven objetivos de política social.

(70) A los efectos de la presente Directiva, y sin perjuicio del artículo 16 del Tratado, los servicios solo pueden considerarse servicios de interés económico general si se prestan en ejecución de una tarea especial de interés público confiada al prestador por el Estado miembro en cuestión. Este encargo debe hacerse por medio de uno o varios actos, cuya forma ha de determinar el Estado miembro de que se trate, y debe precisar la naturaleza concreta de la tarea especial.

(71) El ejercicio de evaluación recíproca que dispone la presente Directiva no debe afectar a la libertad de los Estados miembros de fijar en su legislación un elevado nivel de protección de los intereses públicos, en particular con respecto a los objetivos de política social. Además, es preciso que el ejercicio de evaluación recíproca tenga plenamente en cuenta la especificidad de los servicios de interés económico general y de los cometidos especiales que se les asignan. Esto puede justificar determinadas restricciones de la libertad de establecimiento, en especial cuando tengan por objeto la protección de la salud pública o persigan objetivos de política social y cumplan las condiciones fijadas en el artículo 15, apartado 3, letras a), b) y c). Por ejemplo, en lo referente a la obligación de adoptar una forma jurídica específica para ejercer determinados servicios en el ámbito social, el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que puede estar justificado someter al prestador al requisito de actuar sin ánimo de lucro.

(72) Los servicios de interés económico general tienen confiadas importantes tareas relacionadas con la cohesión social y territorial. La realización de esas tareas no debe obstaculizarse como resultado del proceso de evaluación establecido en la presente Directiva. Los requisitos necesarios para cumplir con esas tareas no deben verse afectados por este proceso, al mismo tiempo que debe hacerse frente a restricciones injustificadas de la libertad de establecimiento.

(73) Entre los requisitos que hay que examinar figuran los regímenes nacionales que, por motivos distintos de los relacionados con las cualificaciones profesionales, reservan a prestadores concretos el acceso a ciertas actividades. Estos requisitos incluyen también la obligación para un prestador de adoptar una forma jurídica particular, concretamente de constituirse como persona jurídica, sociedad de personas, entidad sin ánimo de lucro o sociedad perteneciente únicamente a personas físicas, y requisitos relativos a la posesión de capital de una sociedad, concretamente la obligación de disponer de un capital mínimo para determinadas actividades o tener una cualificación específica para poseer el capital social o gestionar determinadas sociedades. La evaluación de la compatibilidad de las tarifas fijas mínimas o máximas con la libertad de establecimiento se refiere solo a las tarifas impuestas por las autoridades competentes para la prestación específica de determinados servicios y no, por ejemplo, a las normas generales sobre fijación de precios como las aplicables al alquiler de alojamientos.

(74) El ejercicio de evaluación recíproca significa que los Estados miembros, durante el plazo de adaptación del Derecho interno, tendrán que

efectuar un cribado previo de su legislación para determinar si cualesquiera de los antedichos requisitos existen en su ordenamiento jurídico. A más tardar antes de que finalice el período de transición, los Estados miembros deben elaborar un informe sobre los resultados de dicho cribado. Cada informe se presentará a los demás Estados miembros y a todos los interesados. A continuación los Estados miembros dispondrán de seis meses para presentar sus observaciones sobre dichos informes. A más tardar un año después de la fecha de incorporación de la presente Directiva al Derecho interno, la Comisión debe elaborar un informe de síntesis acompañado, en su caso, de las oportunas propuestas de nuevas iniciativas. De ser necesario, la Comisión, en cooperación con los Estados miembros, puede asistirles a fin de elaborar un método común.

(75) El hecho de que en la presente Directiva se fije una serie de requisitos que los Estados miembros deben suprimir o evaluar durante el período de incorporación al Derecho interno no obsta para que se puedan iniciar recursos contra un Estado miembro por incumplimiento de los artículos 43 o 49 del Tratado”.

A parte de todos los problemas que se desprenden de los considerandos, creo que el meollo del asunto en el tema de la simplificación que nos ocupa es el siguiente. Conforme el artículo 9.1 de la DS los Estados miembros solo pueden supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio “a un régimen de autorización” cuando la autorización no es discriminatoria, la necesidad “de un régimen de autorización” está justificada por una razón imperiosa de interés general y el objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control *a posteriori* se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz. En parecidos términos y requiriendo norma con rango de Ley (los que nos hace polvo en el ámbito local) se pronuncia el artículo 5 del PLAASE. ¿Podemos, por tanto, someter el establecimiento de una nueva actividad de servicios (fábrica, taller, discoteca, comercio, etc.) o a su ejercicio a dos o tres autorizaciones simultáneas o a una autorización, dos declaraciones responsables y una comunicación previa?

El artículo 9.1 del PLAASE, cuando traspone el artículo 10.3 de la DS, dispone que las Administraciones Públicas no podrán exigir requisitos, controles previos o garantías equivalentes o comparables, en lo esencial, por su finalidad a aquellos a los que esté sometido el prestador en España o en otro Estado miembro. Pero los apartados 4 y 5 del artículo 10 de la DS vuelven a referirse a la autorización en singular. A mi juicio, la solución para por crear un nuevo procedimiento de autorización manteniendo como acto final el más importante o el más próximo al ciudadano (sin duda, el municipal) y transformando a las demás autorizaciones, comunicaciones, etc., en informes preceptivos, vinculantes o no según la importancia del tema en juego. Si se opta por la opción de mantener todas las autorizaciones o declaraciones responsables los solapamientos con requisitos y controles equivalentes seguirán produciéndose inevitablemente.

Otra advertencia a tener en cuenta a la hora de simplificar los procedimientos administrativos y los requisitos que deben cumplir los prestadores es la previsión contenida en el artículo 10 de la DS, a tenor del cual los regimenes de autorización deben basarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que dicha facultad no se ejerza de forma arbitraria. Por cierto, el artículo 9.2 del PLAASE no reproduce dicha previsión, pero sí reproduce que los requisitos que supeditan el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, deben ajustarse a los criterios de la DS, a saber: a) No ser discriminatorios; b) estar justificados por una razón imperiosa de interés general; c) ser proporcionados a dicho objetivo de interés general; d) ser claros e inequívocos; e) ser objetivos; f) ser hechos públicos con antelación y g) ser transparentes y accesibles. Nada más pero nada menos.

Finalmente, respecto los procedimientos de autorización propiamente dicho el artículo 6 del PLAASE transpone el artículo 13 de la DS de la forma siguiente:

Los procedimientos trámites para la obtención de las autorizaciones a que se refiere esta ley deberán tener carácter reglado, ser claros e inequívocos, objetivos e imparciales, transparentes, proporcionados al objetivo de interés general y darse a conocer con antelación. En todo caso, deberán respetar las disposiciones recogidas en la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (¿Y las de la LAE?), así como garantizar la aplicación general del silencio administrativo positivo y que los supuesto de silencio administrativo negativo constituyan excepciones previstas en una norma con rango de Ley justificadas por razones imperiosas de interés general.

Veremos lo que nos deparará el futuro inmediato que ya está aquí.

MOTIVACIÓN Y HABILIDADES DE LA DIRECCIÓN.

Cristóbal Jiménez Morillo.

Técnico Auxiliar de Recursos Humanos.
Ayuntamiento de Mollina (Málaga).

Trabajo de evaluación presentado para la obtención del Certificado de asistencia con aprovechamiento del VII Curso de especialización en Gestión de Recursos Humanos. Celebrado durante el año 2008 en el Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (Granada).

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN.....	2
2. ¿DE QUÉ/QUIÉN DEPENDE LA MOTIVACIÓN DE LAS PERSONAS QUE TRABAJAN EN UNA ORGANIZACIÓN?	4
3. INTELIGENCIA EMOCIONAL Y MOTIVACIÓN.....	5
4. LA MOTIVACIÓN LABORAL EN EL ÁMBITO DE LO PÚBLICO.....	7
5. HABILIDADES DE DIRECCIÓN PARA LA MOTIVACIÓN.....	8
6. ¿CÓMO DAR INSTRUCCIONES MOTIVADORAS?.....	10
7. ACTIVIDAD PRÁCTICA.....	12
8. MOTIVACIÓN LABORAL Y ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.....	14
9. ¿DEBERÍA DE SER LA MOTIVACIÓN UN ELEMENTO TRANSVERSAL EN LA FORMACIÓN Y EL TRABAJO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS?.....	15
10. BIBLIOGRAFÍA.....	16

1. INTRODUCCIÓN.

Es la motivación un concepto que utilizamos a diario. Me siento motivado, estoy desmotivado, mi trabajo es muy motivador, mi jefe no sabe motivar, más bien todo lo contrario, etc.

La motivación ha sido uno de los conceptos más ampliamente estudiados a la hora de intentar comprender el comportamiento de los individuos.

¿Por qué la motivación es una clave fundamental de análisis en las organizaciones? ¿Por qué los individuos ponen empeño diferente en las actividades? ¿Por qué unas personas rinden más que otras en el trabajo?

Si bien no hay un acuerdo unánime sobre la definición de motivación y cuál es el mejor enfoque para motivar y estar motivados, lo que sí parece claro es que la motivación, es una variable determinante en el desempeño laboral.

Como todos los conceptos que se usan de una manera tan cotidiana, tiende a desvirtuarse y perder claridad en su significado. Por este motivo, lo primero y fundamental es determinar claramente lo que significa la motivación.

Si bien no existe una definición del todo clara sobre el concepto de motivación, sí parece haber un consenso generalizado sobre dos conceptos fundamentales que la definen: NECESIDADES y METAS. La conducta motivada tiende a satisfacer una necesidad, que está en pro de alcanzar una meta fijada. Teniendo esto en cuenta podemos definir la motivación como:

“Básicamente, el impulso, la fuerza interna, que induce al individuo a realizar una conducta determinada para satisfacer una necesidad.”

¿Por qué trabajan los hombres?

Los hombres difieren en cuanto a las esperanzas que aportan a su labor y a las satisfacciones que consiguen de ella, lo cual, de hecho, concuerda con lo que resulta lógico esperar.

El problema consiste en que muchos de los trabajos, tanto en las plantas industriales, en el campo como en las oficinas, constituyen un pobre estímulo o motivación si se procede a una comparación con la lista de esperanzas y satisfacciones de cualquier persona. En la práctica, el trabajo ofrece un salario semanal a cambio de unos servicios, y muy poco más, ya que las recompensas inmateriales y las satisfacciones son exiguas.

¿Por qué es importante la motivación?

Los problemas que derivan de las esperanzas y satisfacciones vinculadas al trabajo resultan importantes incluso para los directivos más rígidos por cuanto, la empresa satisface un elevado precio por un trabajo mal realizado, que además puede venir acompañado de fricciones laborales, absentismo y falta de puntualidad. Positivamente la motivación también es de igual importancia y así tenemos que el trabajador que cuenta con ella es asimismo el que mayor nivel de producción alcanza y el que, a menudo, iguala o supera cualquier meta fijada por sus jefes.

De modo simplificado podría establecerse la siguiente ecuación.

*Desempeño = Habilidades Técnicas * Factor Motivacional.*

Debemos tener en cuenta que la administración cuenta con unos recursos limitados de tiempo, energía y dinero para mejorar el rendimiento. En mi opinión, la administración deberá centrar sus esfuerzos en mejorar los elementos de satisfacción en el trabajo en lugar de esforzarse en eliminar descontentos, ya que como defienden distintos autores, la capacidad de motivar mediante incentivos dinerarios es limitada. Si a esto sumamos, las limitaciones de la administración, en cuanto a los recursos para mejorar la motivación, claramente deberá de hacer un esfuerzo en otras variables que puedan optimizar y dirigir el clima laboral (estructura de la organización, toma de decisiones, riesgo, control, recompensas, apoyo, confianza, conflictos, etc....)

La persona motivada, cuando no encuentra barreras a su motivación, se siente más a gusto trabajando, aumenta su rendimiento, se implica y participa más en la consecución de los objetivos de la empresa, causa un menor número de bajas, se siente autorrealizado, y ello redundará en una mejora del clima y la salud laboral y, por extensión, en una mejora de los resultados organizacionales. Pero claro, aquí nos encontramos con una cuestión fundamental:

¿Cómo conseguimos que las metas de la organización coincidan con las de las personas que la integran? ¿Cómo hacer para que las personas satisfagan sus necesidades personales y que a la vez se alcancen los objetivos organizacionales? ¿Qué es lo que lleva a la satisfacción de las necesidades?

Esta es una pregunta fundamental en relación a la motivación. Lo que lleva a la satisfacción de las necesidades es la obtención de determinados resultados o reforzadores, que pueden ser Intrínsecos o extrínsecos.

Reforzadores Intrínsecos, son administrados por el propio sujeto, como por ejemplo, la sensación de alegría que experimentamos al realizar las actividades propias

del trabajo, de logro que se experimenta al alcanza el éxito en un trabajo de autonomía al decidir la forma de organizar el propio trabajo, los medios, los métodos, etc.

Los reforzadores extrínsecos, contrariamente a los anteriores, están determinados y controlados externamente por la propia empresa u organización. Por ejemplo, la remuneración, los beneficios adicionales, la interacción social y las condiciones laborales, etc....

2. ¿DE QUÉ/QUIÉN DEPENDE LA MOTIVACIÓN DE LAS PERSONAS QUE TRABAJAN EN UNA ORGANIZACIÓN?

La motivación de las personas en la organización depende de: La cultura y el clima de la empresa, el liderazgo del directivo y el propio trabajador.

Si atendemos los datos de las encuestas realizadas tanto en entidades públicas como privadas, aproximadamente el 50% de las personas desmotivadas en el trabajo, responden a motivos personales. Todos vivimos malos momentos en el desempeño de nuestros trabajos. Las técnicas de auto-motivación ayudan a afrontar estas situaciones aumentando la energía que dirige la misma. La motivación es uno de los motores fundamentales para el éxito. En el proceso de la desmotivación intervienen tanto factores externos como internos.

Las principales causas externas son:

- Ausencia de promoción y agravios comparativos.
- Falta de reconocimiento.
- Falta de contacto personal.
- Falta de posibilidades para decidir, un trabajo sin autonomía.
- El trabajo rutinario, tedioso.
- La incongruencia de los jefes.

La cultura organizativa es el conjunto de creencias y valores que desarrolla una organización para legitimar un determinado comportamiento y filosofía, con el objeto de adaptarse al entorno y conseguir la integración interna de los diferentes elementos que la constituyen. La cultura puede orientar de forma significativa e informal el comportamiento individual hacia los objetivos de la organización.

El clima organizacional es la percepción que los integrantes de una organización tienen respecto algunas variables de la organización. Si los valores promovidos por la organización no encajan con nuestro sistema personal de valores, se producirá una disonancia que a la larga repercutirá en la motivación personal.

Si la organización transcurre por un momento en el que el clima es negativo, inestable, etc. Acabará generando una percepción de desconfianza que minará la motivación de las personas que trabajan en dicha organización.

Las principales causas internas son:

- La culpa provocada por querer dar una imagen que no alcanzamos.
- Resentimiento provocado por la falta de valoración.
- La percepción de incapacidad.
- La percepción de realizar un trabajo que carece de sentido.
- Aislamiento, falta de conciencia de las propias necesidades, falta de satisfacciones personales, por saturación y estrés, baja autoestima, etc.

Las motivaciones evidentemente son diferentes de una persona a otra. No obstante, entiendo que existirían determinados pasos fundamentales para abordar esta labor:

1. Analizarse en profundidad; debemos aclarar la información en tres aspectos fundamentales:

- a. Determinar unos objetivos realistas.
- b. Valorar si nuestra capacitación es la que necesitamos para alcanzar esos objetivos o meta.
- c. Ser conscientes de los motivos reales de nuestra desmotivación.

2. Modificar nuestro planteamiento; es decir, encontrar el motivo o motor que nos mueve en el trabajo y a continuación enmarcarlo en una meta o labor más amplia.

3. Establecer metas claras y precisas: asequible, ni demasiado fácil ni demasiado difícil.

4. Dividir la meta en objetivos a corto plazo: de esta manera la alcanzaremos paso a paso.

Valores para la motivación.

- Comunicar el cumplimiento satisfactorio de las tareas.
- Animar a la resolución personal y adecuada de los problemas.
- Elogiar las tareas bien realizadas.
- Transmitir la confianza y hacer el trabajo sin estricta supervisión.
- Establecer formas de variedad y creatividad para hacer el trabajo interesante.
- Establecer metas y objetivos conjuntamente.
- Dar a conocer los resultados.
- Escuchar activamente.
- Respetar las ideas.

- Valorar a las personas.
- Ser sincero y específico.

3. INTELIGENCIA EMOCIONAL Y MOTIVACIÓN.

Las normas que gobiernan el mundo laboral están cambiando. En la actualidad no sólo se nos juzga por lo más o menos inteligentes que podamos ser, ni por nuestra formación o experiencia, sino también por el modo en que nos relacionamos con nosotros mismos y con los demás.

En el pasado, los criterios del éxito en el desarrollo del trabajo han incidido, sobre todo, en los conocimientos, relegando a un segundo plano las actitudes personales.

En la década de los setenta, McClelland avanza que los conocimientos y el expediente académico, así como el cociente intelectual, no son buenos predictores del éxito o fracaso en el desempeño del trabajo. En los años ochenta, Gardner rompe definitivamente con la hegemonía que tenía hasta entonces las capacidades intelectuales, desarrollando su modelo de inteligencias múltiples donde se proponen los siguientes tipos: verbal, lógico-matemática, espacial, cinestésica, musical, interpersonal o social e intrapersonal. Sobre estas ideas, Goleman propone su obra Teoría de la Inteligencia Emocional, entendida como la capacidad de reconocer nuestros propios sentimientos, los de los demás, **motivarnos** y manejar de manera adecuada las relaciones que sostenemos con otros y con nosotros mismos.

Por tanto, hoy día se acepta que las competencias emocionales juegan un papel tan importante, o más, como la clásica inteligencia racional.

- *Una empresa que no valora su capital humano está llamada al fracaso. Olvidarse de la inteligencia emocional es un lujo que no se pueden permitir las organizaciones”.*

- *Sería una tontería afirmar que el tan famoso cociente intelectual y las habilidades sociales no son ingredientes importantes para ser un buen líder. Pero la receta no estaría completa sin la inteligencia emocional.*

- *Es una suerte que la inteligencia emocional pueda aprenderse. El proceso no es fácil, requiere tiempo y sobre todo compromiso. Pero los beneficios que resultan de tener una inteligencia emocional bien desarrollada para el individuo y la organización.*

- *No sirven las clases académicas para mejorar la inteligencia emocional. Se requiere otro tipo de formación basada en el aprendizaje continuo, la repetición y el cambio de los circuitos emocionales.*

Daniel Goleman, en su reciente visita a España.

La cultura y el clima de la organización son determinantes para la motivación. También juega un papel importante la auto-motivación. Pero, si dirigimos a otras personas o si simplemente trabajamos en equipo es responsabilidad personal fomentar la motivación de nuestros compañeros.

¿Qué podemos hacer para motivar a los demás?

Para generar motivación en los demás y por tanto autoestima, es importante: Reconocer lo positivo (favorece la autoestima al centrarse en la conducta y no en la personalidad), pedir ayuda, escuchar y centrarse en la conducta.

Motivación y percepción humana.

La motivación es el resultado de cómo percibe el individuo su entorno laboral, y no tanto de la realidad o de las condiciones o hechos que rodean al trabajo. La percepción integra aquellos valores, intereses y hábitos que han ido haciendo asiento en nuestro pensamiento. Cuando trabajamos llevamos a cabo evaluaciones sobre nuestro entorno que nos hacen reaccionar de manera diferente. Esa forma de reaccionar será un filtro personal ante el trabajo, clima laboral o la forma de supervisión que percibamos, que influirá en nuestra conducta motivada, dando un comportamiento diferente en cada persona.

4. LA MOTIVACIÓN LABORAL EN EL ÁMBITO DE LO PÚBLICO.

Es reciente el interés de la motivación laboral y más aún en las administraciones públicas. Algunas razones han influido para que se de un interés desde todos los actores sociales para el estudio de la motivación: Productividad, retener a personas más talentosas, los valores de grupos de empleados y las expectativas de las personas.

La administración se plantea cada vez más: ¿somos capaces de cambiar la situación actual de la administración para motivar nuestra fuerza laboral? La administración es la primera institución interesada en la conducta motivada de cara a su eficacia y eficiencia. Hay que reflejar que las personas interesadas en trabajar en lo público, es más que probable que no están tan mediatizadas por incentivos económicos para rendir adecuadamente.

La administración pública, como organización, sólo puede detectar la motivación de su personal por medio de sus comportamientos individuales y grupales. Le interesa tanto conocer las condiciones que debe reunir su trabajo para que sea motivante como los aspectos de la motivación que consiguen que la conducta se manifieste. Esta debe establecer sistemas para detectar los comportamientos que son satisfactorios para los

servidores públicos, al mismo tiempo, que establecer los modelos positivos de conducta para que aquellos encuentren su cauce.

La importancia de los valores de la organización.

No todas las organizaciones son lo mismo y por tanto, no todas están impregnadas de los mismos valores. Si a lo anterior sumamos que según los valores personales y la consideración del individuo hacia el trabajo varía, la situación se complica. Es muy importante determinar cuáles son los valores del contexto de la organización mediante su evaluación, para poder establecer mecanismos correctores al servicio de la administración que permitan fijar objetivos a corto, medio y largo plazo que facilitarán la productividad y el gusto por el trabajo a través de la motivación.

Las organizaciones como sistemas encuentran determinados factores que repercuten en la motivación de sus trabajadores:

- El estilo y calidad del liderazgo.
- Las oportunidades de progresar en la organización.
- La seguridad en el puesto.
- El clima y la atmósfera en el trabajo.

Establecer un sistema motivacional común para todas las personas en el trabajo no es fácil. Cada persona contempla el trabajo desde un punto de vista diferente. Desde aquella que lo considera un mal necesario, hasta aquella otra que lo percibe como posibilidad de autorrealización. Además la psicología de las personas en el trabajo, hace que busquen recompensas diferentes para puestos de trabajo similares. También las características personales como edad, sexo, experiencia son tan importantes como las anteriores, condicionando de la misma manera al individuo, al enmarcarlo en situaciones o roles totalmente distintos. Así lo que motiva al jefe puede no motivar a su empleado.

Cambios en la sociedad y en la administración pública han conducido a que la organización contemple los recursos humanos, como la fuerza motora de sus políticas y no al contrario. Los cambios introducidos en la forma de trabajar de las organizaciones han provocado cambios en la motivación del empleado:

- La reducción y contención del gasto público impulsa a que la Administración sea más eficaz y eficiente provocando que las personas que trabajan en la misma encuentre su motivación en provocar lo anterior.
- Las pirámides jerárquicas son poco operativas para momentos de incertidumbre, realizando el empleado más actividades y precisando más retroalimentación de su jefe.
- Los cambios van delante de las normas legales, necesitando los empleados mayor autonomía, juicio crítico y resolver problemas autónomamente provocando mayor implicación y motivación.

- Se debe ofrecer un servicio de calidad al ciudadano, requiriendo del empleado público mayor autonomía, juicio crítico y resolución de problemas.
- Las nuevas tecnologías exigen respuestas más rápidas.
- Los directivos son reconocidos al motivar a sus empleados.
- Las plantillas deben ser altamente operativas. El interés por el trabajo no se puede improvisar, sintiéndose involucrados en el gusto por la tarea y el buen trabajo.

Para motivar a los empleados, el líder de la Administración Pública deberá atender una serie de habilidades que a continuación se relacionan:

Deberán de hacer comprender a los demás la conveniencia de actuar de determinada manera. Que sus iniciativas y conductas deberán impulsar la dirección del cambio. Su comportamiento deberá de ser modelo positivo para los demás. Deberá facilitar el desarrollo del potencial del empleado público dotándolo de juicio crítico.

5. HABILIDADES DE DIRECCIÓN PARA LA MOTIVACIÓN.

Si bien hasta ahora he planteado una serie de habilidades generales para la motivación, me centraré ahora en habilidades específicas en la dirección de personas que están encaminadas a la motivación.

El estilo de liderazgo debe adaptarse tanto a las necesidades empresariales (orientación a los objetivos), cómo a las necesidades de los empleados (orientación a las relaciones y el buen clima dentro del equipo).

La teoría situacional sostiene que el estilo de mando apropiado depende básicamente de la situación en la que se ejerce. Esta teoría afirma que no existe un mejor método para liderar un grupo, sino que todo depende de la situación y las circunstancias. "No existen estilos más o menos eficaces, en sí mismos. Su eficacia depende de la situación en que se usan". El estilo de liderazgo que debe utilizarse con las personas o grupos depende de 3 factores: dos de ellos dependen directamente del mando y el tercero del grupo o personas supervisadas.

Para que un estilo de mando sea eficaz debe darse una relación entre el estilo de mando (que viene determinado por la conducta de tareas y la conducta de relación) y el nivel de madurez de las personas, de tal forma que no existen estilos ni mejores, ni peores, sino que la eficacia de cada estilo depende de que sea usado en la situación de madurez de las personas que le corresponda. Así, a cada nivel de madurez le corresponde un estilo óptimo de liderazgo. Para cada uno de los cuatro niveles de madurez comprende la combinación idónea de comportamiento de tarea y comportamiento de relación, dando lugar a los 4 estilos: "dirigir", "persuadir", "participar" y "delegar".

Claves que pueden ser útiles para conseguir ser líder de un equipo motivado.

Pensar y hablar en positivo. El pensamiento positivo y el lenguaje positivo son parte integrante del pensamiento y del funcionamiento de un líder. El pensamiento positivo ayudará a imaginar triunfos y a aumentar las posibilidades de éxito. Sin embargo, para proyectar esa misma imagen de confianza en sus propias capacidades y en las de su equipo debemos utilizar un lenguaje positivo. El líder de un equipo, debe aprender a desarrollar el lenguaje positivo y a emplearlo con regularidad. El lenguaje positivo es la clave para ayudar a los equipos en la visualización del éxito. Hay que tener mucho cuidado con la negatividad. Los pensamientos negativos mermarán cualidades de liderazgo. Minimizar los pensamientos negativos y el lenguaje negativo ayudará a pensar y a actuar más como líder.

Transmitir la visión. Otra característica importante del liderazgo es la visión. Se podría argumentar que es imposible ser un líder de verdad de un equipo sin tener visión. El término visión en este caso se refiere a las ideas y proyectos del líder para el futuro. Una impresión de diferencia entre lo que se hace y lo que le gustaría que se hiciese. Es una expectativa con respecto al futuro. Transmitir su visión constituye un aspecto importante del liderazgo. Al compartir su visión con el equipo conseguiremos que sean conscientes de que tienen un coordinador que piensa en el futuro del equipo.

Concretar la misión. Como líder debe transmitir su visión de qué es lo que quiere que sea su equipo en el futuro, pero ¿cómo asegurarse de que esa visión se convierta en una realidad? Para asegurarse de que su equipo trabaja para hacer realidad la visión, debe asegurarse de comunicarle claramente sus expectativas. Un equipo no puede funcionar sin conocer su idea sobre las metas a corto y medio plazo. En estos casos puede resultar de utilidad un comunicado de misión. Un comunicado de misión es un pequeño documento que resalta la filosofía y las metas de la empresa.

Fomentar el trabajo en equipo. El establecimiento de objetivos puede ayudar a los individuos a alcanzar un mayor nivel de rendimiento personal. Se debería poner el mismo énfasis en estimular el trabajo en equipo dentro del grupo. Con tal fin, el líder debe: fomentar la confianza entre los miembros del equipo, recompensar el trabajo bien hecho y emplear términos como nosotros, para crear sentimiento de unidad.

Retroalimentación + Recompensas. La retroalimentación, es vital para la buena salud de una unidad. El líder debe ejercer una retroalimentación eficaz ante los miembros de su equipo con el fin de obtener los resultados deseados y mejorar el rendimiento futuro.

Otorgar confianza al equipo. Un aspecto importante del rendimiento de su equipo es el grado de confianza que tengan en su liderazgo. Una manera de proyectar

confianza hacia el grupo consiste en mostrarles de diversas maneras, que cree en ellos. Cuánto más concreto sea, más creíbles serán sus manifestaciones.

Delegar. Delegación significa compartir tareas y autoridad con el equipo para alcanzar las metas de forma más eficaz y rápida. La mayoría de los coordinadores de equipo, creen que ya están delegando responsabilidades en su equipo. Sin embargo, con demasiada frecuencia, las tareas que son delegadas son mundanas, tediosas o extremadamente difíciles. Para mantener el nivel de interés de los miembros del equipo, intente delegar una parte de las tareas más interesantes. Sin embargo, no se puede considerar como delegación cualquier cosa. Delegar implica confiar en las posibilidades de éxito de los colaboradores. Pedirle a un trabajador que haga algo que sea función de su puesto, es dar una orden o instrucción. Pedirle a alguien que haga algo que sea competencia de su puesto no es delegar en él, es pedirle que haga algo de su responsabilidad.

Respetar la veteranía. Los líderes empiezan con frecuencia un trabajo con una idea clara del rumbo que quieren seguir y de lo que quieren hacer con los recursos humanos de que disponen. Sin embargo, un nuevo líder puede crear problemas al no escuchar la voz de la experiencia de los empleados veteranos.

Hacer propaganda del equipo. Si no hace propaganda de los éxitos, acabarán formando parte simplemente del trasfondo del trabajo diario.

6. ¿CÓMO DAR INSTRUCCIONES MOTIVADORAS?

El buen directivo, entiendo, debería alcanzar un gran dominio de la técnica del dar instrucciones ya que la tendría que realizar de forma automática para que favoreciera tanto la comunicación como la motivación del colaborador. Un colaborador muchas veces se toma el hecho de recibir instrucciones como una orden y en consecuencia se muestra negativo, sabotea el trabajo y consecuentemente no se lleva a término lo que se había previsto. Así pues, es importante tener presente en el momento de dar instrucciones que no es una cosa unilateral sino que es bilateral e intervienen las dos partes.

Lo que realmente marca la diferencia entre que se vea como una instrucción o una orden no es solamente lo que se dice sino el cómo se dice, la forma en la cual se presentan dichas instrucciones. Si un colaborador recibe una instrucción como una parte más de la actividad que él tiene que realizar es probable que realice esta actividad normalmente y satisfactoriamente. Pero sí además se le facilita en el momento de dar instrucciones el mantener e incrementar su propia autoestima esto se convertirá en un acto no solamente de comunicación sino al mismo tiempo será un acto de motivación.

Para que una instrucción sea entendida se necesita además de describirla asegurarse por la otra parte de que el mensaje que uno ha transmitido ha llegado. Así pues, el acto principal en el momento de dar instrucciones es buscar la comunicación efectiva entre ambas partes. Si el directivo va dando instrucciones y no se asegura que estas instrucciones han sido comprendidas perfectamente, lo que le puede suceder es que se encuentre que tiene que ir poniendo parches en distintos sitios porque los colaboradores no cumplen las instrucciones o bien las cumplen erróneamente.

No tomar posiciones autoritarias, entendiendo que cada colaborador tiene formas distintas de captar los distintos mensajes, que hay personas que van muy rápidas pero a otras les puede costar más.

Centrarse básicamente en ser específico y concreto ya que cuanto más específico y concreto sea más fácil le será el centrarse en la conducta y dejar de lado algunos hechos que quizás puedan enturbiar las buenas comunicaciones con el colaborador. Efectivamente así es, el hecho de dar una serie de instrucciones de una forma determinada puede llevar más tiempo pero a la larga se gana en tener aquel colaborador más motivado, en consecuencia tendrán que dársele menos instrucciones porque él tomará más iniciativa, pero también porque todos queremos que cuando se hace algo se haga correctamente y ésta es la forma de hacerlo.

Organizar ideas. Es necesario que antes de dar una instrucción se piense mentalmente cual debe ser la instrucción que debemos dar, porque toda instrucción debe ser clara y a ser posible no demasiado larga y, para ello, es necesario que nos organicemos y estructuremos nuestras ideas antes de iniciar la entrevista con el colaborador. En la práctica no es difícil.

Iniciar con actitud amable y asertiva. Toda orden dada con amabilidad tiene más posibilidades de encontrar una cooperación amistosa, ya que la persona estará más abierta y flexible al recibirla.

Explicar lo que hay que hacer y por qué. Cuando a un colaborador se le expone una instrucción en términos precisos, más fácilmente puede llegar a la conclusión de que esto es algo que hay que hacer. Pero si además, le razonamos el por qué de estas instrucciones todavía podrá el colaborador llegar a la conclusión de que esto es realmente importante y en consecuencia hay que hacerlo. Cuando expliquemos el porqué de dichas instrucciones lo que estamos haciendo es mantener la autoestima del colaborador y, consecuentemente, hacerle sentir importante en el momento en que estén cumplimentado dichas instrucciones.

Pedir ayuda en sugerencias y escuchar comprensivamente. Para el colaborador, saber que el trabajo es importante pero al mismo tiempo es importante que se le escuche y se le pidan sugerencias sobre lo que debe realizar y la forma en cómo debe realizarlo; éste es un buen momento para escuchar de forma comprensiva y ver si puede

surgir algún problema potencial que pueda limitar en cierta medida la realización de la instrucción. Esto es algo que se olvida generalmente porque se entiende que el hecho de dar una instrucción es simplemente dársela y el otro tiene que realizarla inmediatamente. Muchas veces los colaboradores tienen buenos aportes a realizar que no solamente pueden mejorar la actuación, sino que al mismo tiempo pueden hacer que se trabaje con más satisfacción. El hecho de pedir ayuda y escuchar comprensivamente facilitan que su colaborador cumpla la instrucción porque se ve incrementada su propia autoestima.

Acordar seguimiento. Ponerse de acuerdo con el colaborador para acordar como se irá controlando la realización de la gestión. Lo más normal es pedir al colaborador que una vez cumplimentada la instrucción dé información de este hecho. Es importante concretar la fecha en la cual una vez finalizada la instrucción deberá ser informado.

7. ACTIVIDAD PRÁCTICA. REFLEXIONES.

Mediante esta actividad práctica he pretendido experimentar directamente las consecuencias de la realización de un cuestionario de motivación laboral en la organización. He intentando observar distintos aspectos de interés para la realización del presente trabajo como: su validez en la detección de problemas y en la identificación de necesidades, su posible aplicación práctica, los costes de realización, la complejidad y el impacto en los trabajadores. Todo ello pudiera ilustrar de forma básica la sensación personal que sobre la misma he tenido.

El análisis de la motivación laboral nos permitiría identificar problemas y necesidades de los trabajadores, obtener indicadores de acciones de mejora y proporcionar una base para la retroalimentación y diálogo con el personal de la organización.

Uno de los aspectos a tener en cuenta en cualquier ámbito del estudio de clima sería, la correcta gestión de los resultados obtenidos. Resultados que debieran someterse tanto a un análisis cuantitativo como cualitativo, de cara a planificar una estrategia de acción. El cuestionario realizado nos ofrece una información veraz sobre la opinión de los empleados sobre la empresa y sobre sí mismos. La evaluación carecería de sentido si la empresa no tuviese la intención de realizar los cambios oportunos y aplicar las medidas correctivas que estime oportunas. De cualquier estudio de clima laboral podemos inferir información significativa con la que trabajar en el futuro para mejorar la planificación estratégica de la administración y posteriormente implementar medidas correctoras que facilitasen mayor productividad.

He pedido la colaboración de distintos trabajadores de la organización para realizar el cuestionario de motivación laboral en la organización (todos conocen el carácter de práctica del mismo).

Se realizó un pequeño cuestionario de nueve ítems, que debieron valorar de 1 a 10. Siendo el valor 1 muy insatisfecho y el 10 muy satisfecho. Realizado de forma anónima, a 11 trabajadores, 9 ítems que responden a causas que favorecen o perjudican la motivación laboral. Los seis primeros responden a causas externas y los 3 últimos a causas internas.

Causas externas.

1. Ausencia de promoción y agravios comparativos // Promoción sin agravios comparativos.
2. Falta de reconocimiento // Reconocimiento.
3. Falta de contacto personal // Contacto personal.
4. Falta de posibilidades para decidir, un trabajo sin autonomía // Trabajo con autonomía.
5. El trabajo rutinario, tedioso // Trabajo ameno y motivador.
6. La incongruencia de los jefes // Congruencia de los jefes

Causas internas

7. Resentimiento provocado por la falta de valoración // Valoración.
8. La percepción de incapacidad // Percepción de capacidad.
9. La percepción de realizar un trabajo que carece de sentido // Percepción de un trabajo con sentido.

Más que realizar un análisis exhaustivo de los datos cuantitativos extraídos, el fin último era, observar comportamientos y sensaciones de cara a esta actividad práctica.

Tabla 1. Resultados del cuestionario "Motivación laboral".

	PROMOCION	RECONOCIM	CONTACTO	DECISION	TRABAJO	CONGRUE	VALORACION	PERCEPCION	TRABAJO	P MEDIA	CAUSAS EXTERNAS	CAUSAS INTERNAS
Trabajador 1	4	6	4	8	9	6	7	8	9	6,78	6,17	8,00
Trabajador 2	3	5	3	5	6	7	6	6	7	5,33	4,83	6,33
Trabajador 3	5	5	5	9	8	7	6	8	8	6,78	6,50	7,33
Trabajador 4	3	4	3	5	5	5	7	9	6	5,22	4,17	7,33
Trabajador 5	3	5	4	4	5	8	9	7	4	5,44	4,83	6,67
Trabajador 6	4	4	2	3	4	4	7	6	8	4,67	3,50	7,00

Trabajador 7	4	5	2	5	6	6	6	7	7	5,33	4,67	6,67
Trabajador 8	2	4	2	6	6	4	4	5	5	4,22	4,00	4,67
Trabajador 9	5	5	4	3	7	6	9	7	7	5,89	5,00	7,67
Trabajador 10	6	6	5	4	5	6	7	6	6	5,67	5,33	6,33
Trabajador 11	4	5	5	6	4	7	8	9	9	6,33	5,17	8,67
MEDIA	3,91	4,91	3,55	5,27	5,91	6,00	6,91	7,09	6,91			
	4,92						6,97					

1. A pesar de ser un cuestionario de carácter básico la información extraída podría ser lo suficientemente valiosa como para poder aplicar cambios significativos.
2. Los mayores costes han sido los relacionados con el tiempo invertido en la tarea (mínimo coste económico).
3. La detección de posibles problemas es rápida y eficaz.
4. Se pueden inferir datos significativos a nivel individual y grupal.
5. Los indicadores de acción se podrían planificar con celeridad.
6. Proporciona elementos clave, de cara a la retroalimentación, delimitados de forma clara y concisa. En este caso, la diferenciación entre causas externas o internas de motivación.
7. Se podrían trabajar aisladamente variables que afecten significativamente aspectos concretos del clima laboral, como ausencia de promoción y agravios comparativos, falta de reconocimiento y falta de contacto personal.
8. Los trabajadores aceptaron la realización del cuestionario de buen grado.
9. Se ha considerado como una actividad innovadora.
10. Pequeños cambios en distintas variables podrían mejorar considerablemente la motivación laboral.
11. Su realización podría minorar las diferencias entre la organización y sus trabajadores con mínimos costes económicos.
12. Considero que la realización de trabajos enfocados a la mejora del clima laboral podrían mejorar significativamente la situación actual del grupo de cara a la productividad.

Investigaciones de Daniel Goleman en su libro *El líder resonante crea más...el impacto del clima emocional sobre el rendimiento es de un 20% a un 30%*; es por ello que las empresas clase mundial, buscan constantemente identificar oportunidades de mejoras y puntos fuertes, basándose en este tipo de estudios para cerrar las brechas de satisfacción entre la organización y su gente".

8. MOTIVACIÓN LABORAL Y ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.

Es significativo reflejar que en el Estatuto Básico del Empleado Público se citen escasamente aspectos tan importantes como el clima laboral-organizacional o la motivación laboral. En la exposición de motivos aparece el concepto de “motivación”, ligada a la retribución, una variable de carácter extrínseco, que no siempre esta asociada a mayores niveles de productividad.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

...Elemento fundamental de la nueva regulación es, en cualquier caso, la evaluación del desempeño de los empleados públicos, que las Administraciones Públicas deberán establecer a través de procedimientos fundados en los principios de igualdad, objetividad y transparencia. La evaluación periódica deberá tenerse en cuenta a efectos de la promoción en la carrera, la provisión y el mantenimiento de los puestos de trabajo y para la determinación de una parte de las retribuciones complementarias, vinculadas precisamente a la productividad o al rendimiento. Generalizando algunas experiencias que ya existen en el ámbito de nuestras Administraciones Públicas, **se introduce así un factor de motivación personal** y de control interno, que es común a las reformas del empleo público que se han adoptado o se están articulando en el ámbito europeo. Es obvio, en efecto, que las oportunidades de promoción y, en alguna medida, las recompensas que corresponden a cada empleado público han de relacionarse con la manera en que realiza sus funciones, en atención a los objetivos de la organización, pues resulta injusto y contrario a la eficiencia que se dispense el mismo trato a todos los empleados, cualquiera que sea su rendimiento y su actitud ante el servicio.

La administración pública responsable, entiendo, debiera articular en su desarrollo y trabajo diario, cuestiones tan importantes como las que a continuación relaciono:

- Remuneración del esfuerzo y la dedicación con puestos más ricos en contenido y responsabilidades.
- Valoración de la contribución de la persona a la Administración.
- Planificación de la cualificación y profesionalización de la mano de obra.
- Progresión, interés y mejora de calidad en el trabajo.
- Aprovechamiento del potencial dormido de los empleados públicos.

Gestión del conocimiento.

- Promoción de una administración que se preocupe por el futuro profesional de sus miembros.
- Mejora de los servicios de atención al público.

9. ¿DEBERÍA DE SER LA MOTIVACIÓN UN ELEMENTO TRANSVERSAL EN LA FORMACIÓN Y EL TRABAJO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS?

Ante el reto de abordar cuestiones vinculadas a problemas relevantes como la motivación y el desempeño, el rol de la administración podría ser el siguiente:

- Ha de establecer en su organización un “*contrato moral*”, en el sentido, no ya tan sólo de emplear recursos organizativos que faciliten una óptima productividad de los empleados, sino de trabajar necesidades concretas de la organización.
- Considerar a mandos reflexivos, centrados en la revisión de tareas emprendidas y metodología seguida.
- Deberá ser capaz de crear situaciones estimulantes de trabajo, que inciten al trabajador a desarrollar y optimizar su desempeño, y en las que éste pueda manifestar rasgos de sensibilidad, interés y gusto por el buen trabajo.

La introducción de la motivación con un elemento transversal, en los procesos de trabajo de la administración pública, formando a directivos y jefes inmediatos para su puesta en marcha debiera de ser considerado para mejorar la productividad. Es importante:

- Descubrir la funcionalidad del trabajo realizado y junto a ello, su relevancia, concreción y utilidad práctica.
- Manifestar una actitud favorable hacia aquello que ha de ser realizado, incrementándose la motivación y la disponibilidad.

Una sociedad que deposita confianza en la administración pública para desarrollarse, debe obtener una respuesta equivalente, implicando a sus empleados públicos en el gusto por el buen trabajo que produzca obras y servicios de calidad.

BIBLIOGRAFÍA

GOLEMAN, D. en su reciente visita a España. Publicación en Internet.

ORTEGA ALVAREZ, C.A. *La motivación en el trabajo de la administración*. Madrid : Formación Alcalá, 2007.



ROBINA RAMIREZ, R., PEREZ RUBIO, J.A. *Motivación y satisfacción de los empleados públicos como factores estratégicos de la modernización administrativa en Extremadura*. Universidad de Extremadura, 2004.



Cer

LA PROBLEMÁTICA EN LA APLICACIÓN DE LA JUBILACIÓN PARCIAL DEL EMPLEADO PÚBLICO EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.

Maria del Carmen Molina Cantero

Secretaria de Administración Local del
Ayuntamiento de Herrera (Sevilla)

Trabajo de evaluación presentado para la obtención del Certificado de asistencia con aprovechamiento del VII Curso de especialización en gestión de Recursos Humanos. Celebrado durante el año 2008 en el Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (Granada)

RESUMEN:

La jubilación parcial ha venido siendo de aplicación exclusiva al personal laboral. La más reciente jurisprudencia, en base a la nueva legislación sobre empleo público, ha abierto las puertas en aras a su reconocimiento a los funcionarios. No obstante, la falta de desarrollo normativo plantea serios problemas en cuanto a su efectiva aplicabilidad, especialmente en la administración local.

ÍNDICE:

I.- INTRODUCCIÓN.....	2
II.- UN PRIMER PASO PARA LA PLENA APLICACIÓN DE LA JUBILACIÓN PARCIAL: SU RECONOCIMIENTO AL PERSONAL ESTATUTARIO.....	4
III.- LA JUBILACIÓN PARCIAL EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.....	8
A) Consideraciones preliminares.....	8
B) El reconocimiento de la jubilación parcial en el ámbito de la administración local: la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso – Administrativo de Córdoba de 26 de marzo de 2008.....	10
IV.- CONCLUSIONES Y REFLEXIONES.....	14

I.- INTRODUCCIÓN.

La jubilación parcial, ha sido tradicionalmente una institución jurídica perteneciente al ámbito laboral y reservada a los trabajadores por cuenta ajena, con exclusión, por tanto, de los funcionarios y del personal estatutario. Su regulación la encontramos en el artículo 166 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, (EC2344/1992) por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, (en adelante TRLSS), en su redacción dada por Ley 40/2007 de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social, donde se expresan los requisitos, condiciones y circunstancias que deben darse para que proceda su reconocimiento. En concreto dispone el citado artículo lo siguiente:

“1. Los trabajadores que hayan cumplido 65 años de edad y reúnan los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación, siempre que se produzca una reducción de su jornada de trabajo comprendida entre un mínimo de un 25 % y un máximo de un 75 %, podrán acceder a la jubilación parcial sin necesidad de la celebración simultánea de un contrato de relevo. Los porcentajes indicados se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

2. Asimismo, siempre que con carácter simultáneo se celebre un contrato de relevo en los términos previstos en el artículo 12.7 del Estatuto de los Trabajadores, los trabajadores a tiempo completo podrán acceder a la jubilación parcial cuando reúnan los siguientes requisitos:

- a. Haber cumplido la edad de 61 años, o de 60 si se trata de los trabajadores a que se refiere la norma 2 del apartado 1 de la disposición transitoria tercera, sin que, a tales efectos, se tengan en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado.*
- b. Acreditar un período de antigüedad en la empresa de, al menos, 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. A tal efecto se computará la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o en empresas pertenecientes al mismo grupo.*
- c. Que la reducción de su jornada de trabajo se halle comprendida entre un mínimo de un 25 % y un máximo del 75 %, o del 85 % para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida y se acrediten, en el momento del hecho causante, seis años de antigüedad en la empresa y 30 años de cotización a la Seguridad Social, computados ambos en los términos previstos en las letras b y d. Dichos porcentajes se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.*
- d. Acreditar un período previo de cotización de 30 años, sin que, a estos efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias.*

- e. *Que, en los supuestos en que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo de éste no pueda ser el mismo o uno similar que el que vaya a desarrollar el trabajador relevista, exista una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 % de la base por la que venía cotizando el trabajador que accede a la jubilación parcial. Reglamentariamente se desarrollarán los requerimientos específicos del trabajo para considerar que el puesto de trabajo del trabajador relevista no pueda ser el mismo o uno similar al que venía desarrollando el jubilado parcial.*
- f. *Los contratos de relevo que se establezcan como consecuencia de una jubilación parcial tendrán, como mínimo, una duración igual al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de sesenta y cinco años.*
3. *El disfrute de la pensión de jubilación parcial en ambos supuestos será compatible con un puesto de trabajo a tiempo parcial.*
4. *El régimen jurídico de la jubilación parcial a que se refieren los apartados anteriores será el que reglamentariamente se establezca.”*

Como complemento a lo dispuesto en el citado artículo hay que estar a lo establecido en el art. 12. 6 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, (EC 1982/1995) por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), que regula el contrato de relevo.

En esencia, esta modalidad de jubilación consiste en permitir que los trabajadores -una vez constatado que reúnen los requisitos legalmente establecidos- puedan reducir su jornada laboral y su salario, previo acuerdo con el empresario y dentro de los porcentajes que se establecen por ley, y a su vez cobrar las pensiones de jubilación.

Mediante Ley 55/2003, de 16 de diciembre, reguladora del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, se introdujo esta modalidad de jubilación para este tipo de personal, siendo finalmente reconocida al personal funcionario, mediante la Ley 7/2007, de 12 abril, reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP). Esta figura se incardina plenamente en materia de planificación y ordenación de Recursos Humanos dentro de la Administración, e incluso puede llegar a convertirse en un elemento más para su racionalización. No obstante, la parquedad a la hora de plasmar el legislador esta figura para otros empleados distintos a los laborales, y su falta de desarrollo normativo, ha estado y está causando diversas opiniones jurisprudenciales en torno a su aplicabilidad. Sin embargo, las resoluciones judiciales más recientes recaídas sobre el particular, parecen abrir las puertas a su plena aplicación.

En este sentido, el objetivo que se pretende con este trabajo, no es otro que el de recopilar y analizar algunas de estas recientes sentencias, que aún cuando se centran en casos muy particulares, lo cierto es que están generando un precedente interpretativo de importantes consecuencias para la Administración.

Por último, también realizaremos algunas reflexiones sobre los problemas que puede generar, a falta del esperado desarrollo normativo y de los instrumentos de planificación idóneos, la aplicación de esta nueva modalidad de jubilación, especialmente, en el ámbito local.

II.- UN PRIMER PASO PARA LA PLENA APLICACIÓN DE LA JUBILACIÓN PARCIAL: SU RECONOCIMIENTO AL PERSONAL ESTATUTARIO.

Un primer paso para el reconocimiento de la jubilación parcial a otro personal distinto al laboral, es el que ha dado la jurisprudencia en torno a los supuestos planteados por el personal estatutario sanitario. Como se ha señalado brevemente en la introducción, la Ley 55/2003 -en concreto su art. 26- introdujo ésta modalidad para este tipo de personal. A pesar de su plasmación legislativa, los órganos competentes de las distintas instancias administrativas implicadas venían negando el reconocimiento de este derecho, en base a la falta de los instrumentos de desarrollo para su correcta implementación. La jurisprudencia, como veremos a continuación, reconoce la plenitud de su aplicación y sienta las bases de lo que después será resuelto para la Administración Local.

Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con Sede en Valladolid, de fecha 2 de enero del año 2008 (LA LEY JUR: 886/2008), sostiene la plena aplicabilidad al personal estatutario de la jubilación voluntaria parcial, si se reúnen los requisitos establecidos por la legislación de la seguridad social que se contienen en el art. 166 TRLSS.

El supuesto de hecho viene constituido por un trabajador sanitario que recurre en apelación la sentencia de instancia que le deniega el pase a la jubilación parcial, argumentando para ello lo siguiente:

- Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 55/2003, la jubilación parcial aparece vinculada a la posterior aprobación de planes de empleo por parte de la Administración,
- Que el personal estatutario continúa estando excluido de las previsiones contenidas en la legislación laboral.

El Tribunal Superior de Justicia niega estas argumentaciones, estimando el recurso en base a los siguientes razonamientos jurídicos:

TERCERO.- A tenor de las precedentes premisas fácticas y jurídicas antes establecidas se han de efectuar las siguientes consideraciones:

1. El precepto que establece el derecho a la jubilación parcial es el antes citado artículo 26.4 de la referida Ley 55/2003. **Del contenido literal de esta norma se desprende que se está otorgando un derecho perfecto a la jubilación parcial que no se encuentra condicionado a un desarrollo normativo posterior**, siendo plenamente eficaz por lo establecido en el citado precepto, aun cuando el personal que opte a esta situación debe cumplir los requisitos de cotización y los demás exigidos en el artículo 166 de la Ley General de la Seguridad Social, antes citado.

2º. El referido artículo 26.4 de la Ley 55/2003 **no condiciona el derecho a la existencia de un plan de ordenación de recursos humanos, sino que a través de este instrumento de racionalización de la estructura organizativa en lo afectante al personal, se podrá en su caso propiciar que los afectados se puedan acoger a tal forma de jubilación.**

En todo caso, si fuere necesario tal plan, su carencia no puede imputarse al funcionario, sino a la Administración que deberá hacer todo lo posible para que el derecho del trabajador pueda hacerse efectivo, sin que sea admisible por una posible omisión sólo a ella imputable el cercenar un derecho otorgado "ex lege" a todo funcionario estatutario.

3º. Ciertamente no pueden aplicarse determinadas instituciones previstas en el Estatuto de los Trabajadores al personal estatutario, pues, como se ha visto, su artículo 12.6 relega, de un lado, la situación de contrato parcial de quien accede a la jubilación y, de otra parte, prevé la necesidad de que se proceda a efectuar un contrato de relevo. Más ello no quiere decir que dentro del marco general establecido y los principios que del mismo se deducen no sea de aplicación la jubilación parcial que estamos analizando. De esta forma, es una peculiaridad del personal estatutario, que se encuentra en muchos ámbitos muy próximo al Derecho laboral, frente al resto de las relaciones funcionariales, la posibilidad de acceder a la jubilación parcial, acogiendo esta institución propia del Derecho laboral, más es obvio que la regulación genérica establecida en el reiterado ámbito laboral para dicha forma de jubilación no puede ser plenamente extrapolable miméticamente al ámbito funcional que nos ocupa, como es la figura del contrato de relevo prevista en el citado artículo 12.6 del Estatuto de los Trabajadores, sin embargo ello no puede suponer la negación de la posibilidad de acoger esta institución jurídica de la jubilación parcial cuya efectividad en el ámbito que nos ocupa es, se insiste, consecuencia de la previsión genérica establecida en el reiterado artículo 26.4 de la Ley 55/2003.

4º. Por todo ello, **la jubilación parcial es de aplicación al personal estatutario, dentro del marco normativo de aplicación, si bien adaptando las previsiones sobre contrato de relevo contenidas en la normativa laboral a las figuras contractuales específicamente previstas para los**

supuestos de puestos vacantes o sustitución en el específico ámbito normativo que nos ocupa.”

Por tanto, según la sentencia trascrita, la legislación otorga la posibilidad de que este personal goce del derecho a la jubilación parcial, siendo este derecho plenamente eficaz y no sujeto o condicionado a un desarrollo normativo posterior y, aunque admite la posibilidad de que la Administración proceda a su posterior desarrollo para garantizar el pleno despliegue de todos sus efectos, también la responsabiliza por su no regulación.

En igual sentido se pronuncia la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en Sentencia de 18 de julio de 2008 (rec. 312/2008), en cuanto que reconoce al derecho del personal estatutario a la jubilación parcial con similares argumentaciones a las de sentencia antes citada, aunque introduciendo una serie de matizaciones:

“ La primera precisión nace de que la pensión de jubilación parcial es compatible con el desempeño de un puesto de trabajo como personal estatutario a tiempo parcial, como se desprende del artículo 166.3 de la Ley General de la Seguridad Social en relación al artículo 12.6 del Real Decreto Legislativo 1/ 1995 de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

*En este último precepto, se prevé una reducción de jornada y la correlativa reducción de salario de entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo del 80 por 100 de una y otro, en el caso de la recurrente personal estatutario, **la cuantía de la reducción de la jornada y la correlativa del salario, no es una cuestión que se tenga que pactar entre la recurrente y la Administración sanitaria, sino que, como se ha dicho, en atención a las necesidades del servicio de dicha Administración y a los intereses públicos que sirve, será la Administración sanitaria la que fijará la reducción de la jornada y la consiguiente reducción de la retribución.***

Por tanto, tal y como se manifiesta, las condiciones para que el derecho reconocido al empleado se haga efectivo, dependerán de la situación del concreto ámbito administrativo, ya que, en estos casos, deben quedar garantizadas y cubiertas tanto las necesidades del servicio público al que afecta, como su correcto funcionamiento de forma que: ****tampoco es posible por las peculiaridades del personal estatutario, la celebración del contrato de relevo(...), por lo que la Administración sanitaria podrá ordenar la prestación del servicio por la recurrente, dentro del Área III de Atención Especializada en la que presta sus servicios y respetando su condición de Auxiliar Administrativo, haciendo para ello uso, si es***

necesario, de las figuras de los puestos vacantes, sustituciones u otras semejantes”.

Otra Sentencia de interés es la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Les Illes Balears, de fecha 6 de noviembre del 2007 (rec. 481/2007). En este caso el actor era funcionario y venía prestando servicios de ATS. Amparado en las previsiones de su legislación autonómica, causó baja voluntaria como funcionario por pase a servicios especiales y optó por integrarse en la plantilla del personal laboral. Más tarde redujo su jornada en un 85% respecto de la ordinaria y la empresa concertó contrato de relevo con otra trabajadora para sustituirlo, solicitando poco después la jubilación parcial, que le fue denegada por el INSS, bajo los siguientes razonamientos:

- Que la jubilación parcial está prevista para los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el ámbito de aplicación del ET, quedando por tanto excluidos los trabajadores ligados a un empleador público por un vínculo distinto del contrato de trabajo, y ello con independencia de que el régimen en el que se han de dar de alta a los trabajadores por cuenta ajena y a los funcionarios de carácter estatutario sea el mismo.
- Que la secuencia de los hechos descritos responden a una voluntad de obtener una prestación que de otro modo no se habría podido reconocer; dando lugar a un fraude de ley.

El Tribunal, por su parte, niega tales afirmaciones considerando en primer lugar que *“El demandante ostenta en la actualidad la condición de trabajador por cuenta ajena a consecuencia del ejercicio de una facultad que le confiere una norma con rango de ley. El cambio de naturaleza de su relación jurídica de servicios se ha producido al amparo de esta norma y el ajuste a derecho de la operación no se debate ni se cuestiona. El actor cumple por ello el primero de los requisitos necesarios para el disfrute de la prestación por jubilación parcial. También reúne el resto de requisitos sustanciales que determina al efecto el art. 166.2 de la LGSS, conforme las resoluciones administrativas admiten. Y aunque reconoce que “poca duda suscita que el móvil de la actuación del actor fue conseguir la jubilación parcial” sin embargo sostiene que dicho propósito: “(...) no puede tildarse de fraudulento por cuanto que en el momento de producirse el hecho causante de la prestación el interesado no era funcionario sino trabajador por cuenta ajena. Lo era porque aprovechó la oportunidad que ofrece la legislación en materia de personal que le resultaba aplicable. Y si con arreglo a Ley se ha convertido lícitamente en trabajador por cuenta ajena, tiene derecho a todas las ventajas que conlleva el estatus propio del personal laboral. Conviene insistir, en este aspecto, en que el interesado satisface todas las exigencias precisas para devenir beneficiario de la pensión de jubilación parcial:(...). El acceso del actor a la jubilación parcial no contraviene, pues, el ordenamiento jurídico sino, antes bien, es resultado que la regulación vigente posibilita.”*

De esta forma, -concluye más adelante-, lo relevante no es la cualidad profesional del empleado en el momento de solicitarse la jubilación parcial, sino el hecho de haber quedado patente que el empleado ha venido prestando sus servicios para el mismo empleador. Conforme a ello, la postura mantenida por el INSS sobre la exclusión del reconocimiento de la jubilación parcial a los funcionarios públicos pierde peso, ya que, además, como dice la referida Sentencia “ *el art. 67.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, extiende en su apartado d) la jubilación parcial al funcionario público siempre que -numeral cuarto del propio precepto- "reúna los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de la Seguridad Social que le sea aplicable". Y el actor, como se ha visto, los reúne. El precepto no rige en el supuesto litigioso por razones temporales, pero sí proporciona un criterio indicativo útil de que la actuación del actor no contraría ninguna norma prohibitiva.*”

No obstante, este tipo de recovecos legales a efectos de la obtención de la jubilación parcial (pasando los funcionarios a ser contratos en régimen laboral para, inmediatamente, solicitar la jubilación parcial) llevaron al endurecimiento de los requisitos para su acceso tal y como queda patente en la actual redacción del artículo 166 TRLSS, exigiéndose, entre otros, la permanencia en la misma empresa durante un período de antigüedad de 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de jubilación parcial.

En definitiva, y como se ha tenido ocasión de comprobar, la jurisprudencia hasta ahora aquí vista coincide en reconocer, -aunque con especialidades respecto al régimen laboral-, el derecho a la jubilación parcial de otros empleados distintos a los laborales cuando se cumplen los requisitos determinados por la legislación de la seguridad social. Al mismo tiempo rechazan en bloque la argumentación dada por la Administración de ser necesario para su aplicación un desarrollo complementario, pues este hecho no puede cercenar ni obstaculizar un derecho ya reconocido por la legislación.

III.- LA JUBILACIÓN PARCIAL EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.

A) Consideraciones preliminares.

En este apartado veremos como, muy recientemente, la jurisprudencia también ha dado un vuelco en torno a la aplicación de la jubilación parcial en el ámbito de la Administración Local, y para ello utiliza argumentos muy similares a los que ya se venían utilizando para su reconocimiento al personal estatutario.

Sin embargo, no podemos olvidar que esta modalidad de jubilación va a exigir como contrapartida el desempeño de unas funciones de forma parcial. En este

sentido, conviene advertir que, la jornada parcial, ha sido una cuestión debatida en los Tribunales con un resultado negativo en cuanto a su aplicación y su posible disposición por parte de las Corporaciones locales. Así se manifiesta, por ejemplo, la Sentencia de fecha 5 de febrero de 1991, de la Sala tercera de lo Contencioso - Administrativo, Sección 7ª, del Tribunal Supremo (EC 891/1993).

El supuesto de hecho lo constituye un Ayuntamiento que acuerda la creación de una plaza de auxiliar administrativo, -funcionario de carrera-, en régimen de media jornada, aprobando, para ello, la correspondiente modificación de la plantilla. Estas actuaciones fueron impugnadas por parte del Estado.

En su Fundamento jurídico quinto, el Tribunal llega a la siguiente conclusión:

"(...) el art. 94 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, que nos dice también en el párrafo 2.º que a los funcionarios de la Administración Local se les aplicarán las mismas normas sobre equivalencia y reducción de jornada que a los de la Administración Civil del Estado. Quiere esto decir que, al igual que acontecía con las reglamentaciones anteriores a la vigencia del Real Decreto Legislativo 781/1986, cualquier tipo de reducción de jornada debe estar prefigurada en la normativa estatal sobre la materia, sin que los municipios puedan hacer otra cosa que elegir entre las modalidades ofrecidas por aquélla, entre las que no se encuentra, desde la entrada en vigor del mencionado Real Decreto Legislativo, la posibilidad de la media jornada para los funcionarios de carrera. (...) No cabe objetar a lo dicho el principio recogido en el art. 90.1 de la Ley 7/1985, según el cual las plantillas deberán responder a los principios de racionalidad económica y eficiencia. No ponemos en duda la posibilidad de que para el Ayuntamiento afectado fuese más acorde con estos criterios la fórmula que arbitró al crear la plaza de auxiliar administrativo, pero es necesario considerar que aquéllos deben desarrollarse sirviéndose de las fórmulas legalmente previstas, en el sentido de que las deseables racionalidad económica y eficiencia no suponen que quede abierto a la libre configuración de las entidades locales los medios para conseguirlos, sino que en todo caso deben adaptarse a las disposiciones legales, quedando a su elección solamente la clase y número de personal que considere adecuado para el cumplimiento del servicio con sujeción a aquellos principios."

Por tanto, el Tribunal Supremo cierra contundentemente las puertas a la existencia de plazas a tiempo parcial dentro de la plantilla del Ayuntamiento, para su desempeño por funcionarios. También ésta, es la opinión que sostiene la revista El Consultor (nº12 julio 2007, ref. 2013/2007)

Esta tesis se refuerza si tenemos en cuenta, además, que numerosa jurisprudencia niega la posibilidad de acuerdo alguno o disposición, que pueda adoptarse por parte de la Administración local en materias como la jornada laboral, -especialmente en lo referente a su reducción- puesto que carece de habilitación legal para ello [Sentencia de 3 Julio de 2007, Sala de lo Contencioso-administrativo

Tribunal Superior de Justicia de Cantabria rec. 163/2005 (LA LEY JURIS: 2753304/2007), Sentencia de 24 de mayo de 1999, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª, del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (EC 3034/2004), Sentencia de 25 de julio de 2007, Sección 2ª, Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (LA LEY JURIS: 2781666/2007), entre otras.]

B) El reconocimiento de la jubilación parcial en el ámbito de la Administración Local: la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso – Administrativo de Córdoba de 26 de marzo de 2008.

El punto de inflexión para el reconocimiento al personal funcionario de la jubilación parcial en el ámbito de la Administración Local, ha venido dado por la Sentencia de fecha 26 de marzo de 2008 del Juzgado de lo Contencioso – Administrativo nº 4 de Córdoba, por el que se reconoce a un funcionario de la Diputación Provincial de Córdoba, el derecho al pase a la jubilación parcial.

Esta Sentencia, sin duda, supone un importante paso en la materia, no sólo por la contundencia de sus argumentaciones, sino también porque abre las puertas a la utilización de este sistema de forma plena.

Antes de entrar en el análisis de las argumentaciones dadas por el juzgado conviene recordar, aunque sea de forma somera, lo dispuesto por la legislación vigente en relación con la jubilación parcial de los funcionarios.

Como ya sabemos, el Estatuto Básico del Empleado Público, regulado por Ley 7/2007, de 12 de abril, es aplicable al personal funcionario y, en lo que proceda al personal laboral que preste servicios en la Administración, y en concreto, a las distintas entidades locales que se regulan en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. Pero además, extiende sus efectos sobre otro tipo de personal bien funcionario, bien laboral, que preste sus servicios dentro de los llamados organismos públicos locales (organismos autónomos, entidades públicas empresariales locales o consorcios que no adopten la forma de sociedad mercantil).

Así mismo, existen partes normativas del propio estatuto que son de inmediata y directa aplicación, mientras que otras tienen una vigencia diferida, en tanto no se produzca su desarrollo mediante las correspondientes leyes de Función Pública que sean dictadas por parte de cada una de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias. Esto es lo que ocurre con los supuestos señalados en la Disposición Final Cuarta, apartados 2 y 3.

En relación con esta última afirmación, tenemos precisamente, que la jubilación parcial, regulada en el art. 67 del Capítulo II del Título IV, es una materia

que no aparece recogida entre los supuestos de vigencia diferida. Al respecto, señala el art. 67 EBEP, lo siguiente:

“1. La jubilación de los funcionarios podrá ser:

- a. Voluntaria, a solicitud del funcionario.*
- b. Forzosa, al cumplir la edad legalmente establecida.*
- c. Por la declaración de incapacidad permanente para el ejercicio de las funciones propias de su cuerpo o escala, o por el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente absoluta o, incapacidad permanente total en relación con el ejercicio de las funciones de su cuerpo o escala.*
- d. Parcial. De acuerdo con lo establecido en los apartados 2 y 4.*

2. Procederá la jubilación voluntaria, a solicitud del interesado, siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable.

Por Ley de las Cortes Generales, con carácter excepcional y en el marco de la planificación de los recursos humanos, se podrán establecer condiciones especiales de las jubilaciones voluntaria y parcial.

3. La jubilación forzosa se declarará de oficio al cumplir el funcionario los sesenta y cinco años de edad.

No obstante, en los términos de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto, se podrá solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que se cumpla setenta años de edad. La Administración Pública competente deberá de resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación.

De lo dispuesto en los dos párrafos anteriores quedarán excluidos los funcionarios que tengan normas estatales específicas de jubilación.

4. Procederá la jubilación parcial, a solicitud del interesado, siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable.”

Por otra parte, la Disposición Adicional sexta EBEP impone al Gobierno la presentación ante el Congreso de los Diputados de *“un estudio sobre los distintos regímenes de acceso a la jubilación de los funcionarios que contenga, entre otros aspectos, recomendaciones para asegurar la no discriminación entre colectivos con características similares y la conveniencia de ampliar la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada de determinados colectivos.”* Estudio que, en mi opinión, hay que poner en relación con lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 67.2 EBEP más arriba transcrito y que, entiendo, se refiere a la necesidad de equiparación de condiciones entre los funcionarios que estén en el Régimen General de la Seguridad

Social, con los incluidos en Régimen Especial, y el correspondiente sistema de Clases Pasivas.

Por último, también conviene recordar que la Secretaría General para la Administración Pública, dictó el 5 de junio de 2007 varias instrucciones para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Admón. General del Estado y sus Organismos Autónomos. En ellas se dice expresamente que: *“ De acuerdo con lo señalado en el apartado 1 de estas instrucciones, con carácter transitorio hasta que se regulen los requisitos y condiciones de las modalidades de jubilación previstas en el EBEP, continua en vigor el artículo 33 de la Ley 30/1984 sobre jubilación forzosa de los funcionarios públicos.”*

De igual forma, dicha Secretaría, en colaboración con la de Estado de Cooperación Territorial, remitió a las Corporaciones Locales una serie de criterios para la aplicación del Estatuto Básico en el ámbito de la Administración Local, en la que literalmente se dispone: *“ continúa en vigor el artículo 33 de la ley 30/1984 que regula la jubilación forzosa de los funcionarios.(...) la jubilación parcial de los funcionarios públicos no puede aplicarse pues exige que se lleve a cabo el desarrollo normativo correspondiente.”*

Partiendo de estas premisas, comprenderemos mejor tanto el contexto como las argumentaciones jurídicas de la Sentencia que va a ser objeto de análisis a continuación.

El recurrente en este supuesto, ostenta la condición de funcionario de la Diputación Provincial de Córdoba, prestando sus servicios en un Centro de Minusválidos adscrito a dicha entidad. Este solicitó la jubilación parcial amparada en el artículo 67 EBEP, que le fue denegada en base a los criterios antes apuntados de la Secretaría General de Administración Pública (es decir, no posibilidad de su reconocimiento por encontrarse transitoriamente en vigor el art. 33 de la Ley 30/1984 y necesidad de desarrollo reglamentario).

El primero de los argumentos utilizados por la sentencia para reconocer la jubilación parcial del recurrente es precisamente la plena aplicabilidad del art. 67 EBEP toda vez que no está comprendido en los supuestos de vigencia diferida:

“(…) una de las notas características de la ley es su obligatoriedad, una vez entre en vigor, en los elementos que la propia ley establezca. Y respecto de la jubilación parcial resulta con claridad meridiana que una vez en vigor la citada ley (en el plazo de un mes desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado), resulta de total e inmediata aplicación, al no estar comprendida en los supuestos específicos en los que se difiere la vigencia de la norma previstos en los números 2 y 3 de la Disposición Final Cuarta (...)”

Dicha obligatoriedad de la norma, convierte en directamente aplicable la jubilación parcial como nueva modalidad, sin ningún tipo de condicionante a quien reúna los requisitos establecidos en la legislación de la Seguridad Social:

“(..) la referida Ley introduce con carácter general la jubilación parcial como nueva modalidad de jubilación del empleado público (salvo respecto aquellos funcionarios a los que no les es de aplicación), y lo hace sin establecer, como señala la parte actora, la necesidad de un desarrollo reglamentario para su efectividad, exigiendo únicamente la solicitud del interesado, y que este reúnen los requisitos establecidos en el régimen general de la seguridad social que le sea aplicable(..)”

La sentencia, sin embargo, reconoce la posibilidad de imponer por Ley las condiciones especiales que sean necesarias en cuanto a la forma de hacer efectivas las jubilaciones parcial y voluntaria, a tenor de lo dispuesto en el artículo 67.2, párrafo segundo, EBEP, pero insiste en que *“(..) hasta tanto no se dicte dicha ley del parlamento no existen condiciones especiales para la aplicación de lo dispuesto sobre jubilación parcial.”*

Por otra parte, el juzgado no reconoce la posible vinculatoriedad de las instrucciones interpretativas dictadas por la Secretaría General para la Administración Pública, para la aplicación del EBEP, dado que entiende que éstas no tienen virtualidad para alterar o modificar lo dispuesto en dicha norma, desplegando, a lo sumo, efectos internos en la propia Administración que los dicta y *“sin que constituyan norma reglamentaria ni vincule a los órganos jurisdiccionales, no estando además, al parecer publicada en boletín oficial alguno.”*

Finalmente tampoco admite la aplicabilidad del artículo 33 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Función Pública, toda vez que *“dicho precepto aparece expresamente derogado por disp. Derog. única b) Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”,* concluyendo que:

“(..) la obligatoriedad de la norma, no condicionada a desarrollo reglamentario alguno -sin perjuicio de que puedan dictarse con posterioridad las oportunas normas de desarrollo- debe ser cumplida por la Administración, que ha de disponer lo necesario para el reconocimiento y efectividad del derecho del recurrente a la jubilación parcial que tienen solicitada, lo que conlleva la necesidad de estimar el recurso interpuesto.”

Recapitulando: la Sentencia admite la plena aplicación de la jubilación parcial a la que considera una nueva modalidad de jubilación para los funcionarios- en el ámbito de la Administración Local, y para el supuesto de hecho planteado, por considerar que la norma que la regula está plenamente en vigor; de facto, esto implica que no puede diferirse su aplicación por causa de la falta de un desarrollo normativo por parte de la Administración.

De esta forma, el juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Córdoba viene a coincidir parcialmente con los razonamientos ya utilizados por las otras sentencias que han quedado expuestas a lo largo de este trabajo, en el sentido de que la aplicación de la jubilación parcial, -una vez reconocido el derecho por la norma-, no puede quedar condicionada a la existencia de un desarrollo normativo posterior lo que, a su vez, supone un contundente reproche a la dejadez del legislador.

IV.- CONCLUSIONES Y REFLEXIONES.

A la vista de todo lo expuesto podemos extraer varias conclusiones entorno al tema que nos ocupa, así mismo también es obligado realizar una serie de reflexiones sobre las consecuencias de esta jurisprudencia.

En primer lugar, y de forma muy clara, la jurisprudencia ha venido admitiendo incluso con anterioridad al EBEP, la extensión de la institución de la jubilación parcial propia del ámbito laboral, al personal tanto estatuario como funcionario, aún cuando en este último caso, hasta su regulación expresa, para su obtención se manejasen ciertos recovecos legales, como hemos tenido ocasión de estudiar.

Actualmente parece, pues, indudable su plena aplicación respecto de aquellos funcionarios que estando en el régimen de la seguridad social, cumplan con los requisitos que se establecen por su legislación reguladora específica, especialmente lo dispuesto en el artículo 166 del TRLSS.

Pese a ello y pese a estar recogido en la norma, las Administraciones Públicas continúan negándose a reconocer este derecho en base a que es necesaria una norma complementaria que lo desarrolle; argumento este, por otra parte, que toda la jurisprudencia analizada rechaza de plano, por considerar que la norma reconoce el derecho sin más.

No obstante, si lo pensamos detenidamente, lo cierto es que el desarrollo normativo va a ser a todas luces necesario para su correcta aplicación. Como se señalaba más arriba, la jurisprudencia ha venido negando la posibilidad de que la Administración Local pueda contemplar en sus plantillas jornadas de funcionarios a tiempo parcial, y lo ha hecho en base a normativa que aún continúa en vigor y en base a la carencia de la potestad legislativa necesaria para ello. Y aunque lo más lógico será que la línea jurisprudencial que se dicte próximamente continúe la estela del reconocimiento pleno de la jubilación parcial, también es verdad que, en tanto no se produzcan los desarrollos o las modificaciones legislativas oportunas, poco puede hacer por sí misma la Administración Local, que en más de una ocasión se encontrará situaciones de pura contradicción.

Así, por ejemplo, imaginemos un funcionario de 61 años perteneciente al Cuerpo de la Policía Local, que solicite dicha jubilación parcial. En principio tendríamos que afirmar la posibilidad del reconocimiento de este derecho, ya que conforme al art. 3.2 EBEP, a esta clase de personal también se le aplica lo dispuesto por el Estatuto con carácter general y además, están integrados en el Régimen General de la Seguridad Social. Sin embargo, hay más de un argumento para deducir lo contrario.

Ya sabemos, y por ello no volvemos a repetir, cual es la opinión de la jurisprudencia sobre la jornada a tiempo parcial para los funcionarios, pero aún cuando se admitiese lo contrario, ¿qué camino tendríamos que seguir?

Para empezar el TRLSS, exige que la parte de jornada que se reduzca como consecuencia de la jubilación parcial del trabajador sea cubierta simultáneamente por un relevista.

Primer obstáculo: De acuerdo con su legislación específica, la Policía Local constituye un Cuerpo cuyos miembros deben ostentar la especial condición de funcionario de carrera por ser agentes de la autoridad. En estos casos, por tanto, no podrá acudirse a la fórmula del contrato laboral de relevo conforme a lo dispuesto en el art. 12 ET y 166.2 TRLGSS.

Bueno, de todas formas, como la jurisprudencia ha venido matizando que no es posible aplicar miméticamente lo dispuesto por la legislación laboral, así que habrá de buscar otras figuras, distintas a la laboral, que se regulen en la normativa de función pública. Y ¿qué tenemos?

Segundo obstáculo: Tampoco podría acudirse a la fórmula de nombramiento de personal interino, pues ésta, está prohibida expresamente por su regulación específica (artículo 21 de la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de Coordinación de las Policías Locales en Andalucía), así como por jurisprudencia, [véase entre otras, la sentencia de 12 de febrero de 1999, de la Sala de lo contencioso- Administrativo, sección 7ª del Tribunal Supremo (LA LEY JUR: 3316/1999)]

Tercer obstáculo: Ya sólo nos queda la figura del personal eventual, cuyo perfil evidentemente no encaja con el desempeño de las funciones propias de la Policía Local.

Por tanto, la vía a la que podríamos acogernos sería la de nombrar parcialmente otro funcionario de carrera, previo proceso selectivo, con lo que ya hemos vuelto al principio y sabemos que de momento tampoco es posible.

Entonces, la solución a estos y otros casos que pueden darse en el ámbito de la administración local -pensemos también en los habilitados estatales- habrán de resolverse previamente por el legislador, ya que sigue sin casar ambas legislaciones (laboral/ funcional) para que ese derecho sea realmente efectivo.

Por otra parte, también conviene recordar que alguna de las sentencias analizadas, respecto al personal estatutario, establecen la necesidad de que, en todo caso, quede debidamente garantizado el correcto funcionamiento de los servicios públicos que pueden verse afectados por la reducción que consecuentemente lleva aparejada la jubilación parcial, por lo que en el caso concreto, habría que sopesar la merma en la efectividad de su prestación. Ésta cuestión, a falta de reglamentación, no es fácil de determinar a priori por lo que también exigirá el correspondiente ajuste normativo ya que, en caso contrario, probablemente quede de nuevo en manos de una ulterior decisión judicial.

Así mismo, la jurisprudencia ha señalado que tanto las reducciones de jornada como la correlativa reducción de salario en los supuestos de jubilación parcial en el ámbito de la Administración, no son materias a pactar entre el solicitante y aquella, sino que, en atención a las necesidades del servicio y a los intereses públicos que sirve, ambos conceptos deberán ser fijados por la Administración. Por ello, parece que lo sensato nuevamente sea que legalmente estén prefijadas las condiciones en las que estos deban tener lugar, a efectos tanto de una correcta planificación de recursos humanos, como para garantizar la efectividad del derecho en condiciones de igualdad.

Desde luego es más que plausible la labor realizada por los órganos judiciales en cuanto al reconocimiento y extensión del derecho a la jubilación parcial a favor del personal funcionario. Pero si echamos un vistazo al triste panorama legislativo actual, quedan numerosos vacíos que, entiendo, no pueden colmarse a base de rígidas interpretaciones o como bien ha señalado la jurisprudencia, en base de criterios o instrucciones emanados de una Administración que no pueden, ni deben, suplir o modificar lo establecido por una norma.

Por ello, se hace más que necesario que el legislador salga del largo letargo en el que se encuentra inmerso, asuma las riendas de sus competencias, y no deje a la vía judicial para mañana, lo que puede y debe solucionar hoy.

CONFIGURACIÓN JURÍDICA Y TRAMITACIÓN DE LOS PROYECTOS DE ACTUACIÓN EN EL DERECHO URBANÍSTICO ANDALUZ

I.- ESTUDIO INTRODUCTORIO SOBRE LOS PROYECTOS DE ACTUACIÓN EN EL DERECHO URBANÍSTICO ANDALUZ.....	1
1.- El aprovechamiento rural ordinario y extraordinario del suelo no urbanizable	1
2.- Objeto y naturaleza jurídica de los Proyectos de Actuación. La incidencia de la Directiva comunitaria del mercado interior de servicios sobre las autorizaciones en suelo no urbanizable	7
3.- La interrelación de técnicas de intervención administrativa sobre actuaciones en suelo no urbanizable y conexión con los Proyectos de Actuación.....	10
4.- Requisitos para la declaración de una actuación de interés público	12
5.- Actuaciones que precisan Proyecto de Actuación	14
6.- Supuestos de aprovechamientos extraordinarios del suelo no urbanizable que no se tramitan a través de Proyecto de Actuación	18
7.- Procedimiento y órganos competentes para la tramitación y aprobación de los Proyectos de Actuación.....	19
8.- Efectos de la aprobación de un Proyecto de Actuación	20
II.- LA TRAMITACIÓN DE LOS PROYECTOS DE ACTUACIÓN.....	21
1.- Solicitud de tramitación de Proyecto de Actuación.-	21
2.- Informe técnico para la admisión a trámite	22
3.- Admisión a trámite.....	24
4.- Notificación de la admisión a trámite.....	30
5.- Anuncio de información pública.....	30
6.- Certificación sobre alegaciones tras la información pública.....	31
7.- Comunicación solicitando informe a la Consejería competente en materia de urbanismo	31
8.- Diligencia de incorporación del informe de la Consejería competente en materia de urbanismo	32
9.- Informe-propuesta de resolución.....	32
10.- Dictamen de Comisión Informativa.....	35
11.- Aprobación definitiva	35
12.- Notificación de la aprobación definitiva	38
13.- Publicación de la aprobación definitiva	39
LEGISLACIÓN, BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN DE INTERÉS.....	40

I.- ESTUDIO INTRODUCTORIO SOBRE LOS PROYECTOS DE ACTUACIÓN EN EL DERECHO URBANÍSTICO ANDALUZ

1.- El aprovechamiento rural ordinario y extraordinario del suelo no urbanizable

La Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (en adelante, LOUA), partiendo de las tradicionales clases de suelo que venían siendo delimitadas por el Legislador estatal, distingue tres clases de suelo: urbano,

urbanizable y no urbanizable. Además, la Ley andaluza asigna el régimen jurídico legal atribuible a cada una de estas clases de suelo. Ello sin perjuicio de que la Ley estatal 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, al igual que su Texto Refundido que la deroga, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, haya prescindido de establecer a nivel básico las clases de suelo, por considerar que se trata de una técnica urbanística y, por tanto, considera que es competencia del legislador autonómico¹.

La distinción entre suelo en situación básica de rural y urbanizado, parte de un dato fáctico o real: la transformación por la urbanización. Se encuentra en la situación de suelo urbanizado el integrado de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población. El resto del suelo está en situación fáctica y jurídica básica de rural.

Todos los terrenos se encuentran en una situación básica de suelo, ya sea urbanizado o rural y, a su vez, dichas situaciones básicas de suelo son en principio compatibles con las clasificaciones y categorías autonómicas que se encuentran presentes en la legislación de las Comunidades Autónomas, inspiradas en la anterior Ley estatal 6/1998, de 13 de abril, de Régimen de Suelo y Valoraciones. No son plenamente equiparables, situaciones y clases, pero no son conceptos irreconciliables. Las Comunidades Autónomas, en ejercicio de su competencia urbanística, pueden continuar con la técnica urbanística de dividir el suelo en clases de urbano, urbanizable y no urbanizable, o bien prescindir de la misma, siempre que se vean respetadas las delimitaciones y criterios básicos de utilización y deberes establecidos por el legislador estatal.

De esta manera, si bien no puede identificarse plenamente suelo clasificado por el Derecho urbanístico andaluz como no urbanizable, y suelo en situación básica estatal rural, sí puede decirse que todo el suelo no urbanizable se encuentra en situación básica rural.

El derecho o facultad al aprovechamiento urbanístico o *cuasi urbanístico* depende de lo que disponga la legislación y, por remisión de ésta, el planeamiento; no es una facultad intrínseca al derecho de propiedad. De ahí que se pueda hablar de aprovechamiento de suelo rural no susceptible de transformación urbanística (*aprovechamiento rural*), y aprovechamiento del suelo susceptible de transformación

¹ Ha sorprendido en algún sector de la doctrina esta renuncia a la clasificación de suelo, por cuanto incluso el Tribunal Constitucional, en su sentencia 61/1997, de 20 de marzo, entendió que era acorde con el reparto constitucional de competencias que por parte del legislador básico estatal se definieran las clases de suelo, al integrar las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de propiedad (artículo 149.1.1ª de la Constitución). Vid. BULLEJOS CALVO, C., <<Situaciones básicas de suelo>>, *Enciclopedia Jurídica*, Tomo 21, Madrid, 1ª edición 2008-2009, La Ley, pág. 11939.

urbanística y del suelo urbanizado, donde puede hablarse de aprovechamiento urbanístico.

Por consiguiente, de la legislación de suelo y urbanística puede inferirse que todo suelo es susceptible de uso y aprovechamiento; no obstante, su materialización o implantación efectiva de un uso o aprovechamiento determinado deberá venir permitido por el planeamiento territorial, ambiental y urbanístico, atendiendo a la situación básica de suelo, clasificación (suelo urbano, urbanizable y no urbanizable) y calificación (uso asignado al terreno o suelo en particular).

Sentadas las anteriores consideraciones, los terrenos que se encuentren en situación básica de suelo rural, pueden a su vez dividirse en los siguientes:

1º Terrenos no susceptibles de actuaciones de transformación urbanística a través de actuaciones de urbanización (suelo no urbanizable o rústico, a tenor de la clasificación de suelo de las Comunidades Autónomas).

2º Terrenos para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado (suelo urbanizable en la terminología empleada por la legislación urbanística autonómica).

En puridad no puede hablarse de aprovechamiento urbanístico o edificabilidad, ni tampoco de facultad de participación en actuaciones de urbanización, en el caso de los terrenos no susceptibles de transformación urbanística (suelo no urbanizable). Más correcto sería el empleo del término *aprovechamiento rural* –no urbanístico- o, como emplea la doctrina², uso *cuasi urbanístico*.

La propia Ley de Suelo estatal y el Texto Refundido de 2008 subsiguiente, en la regulación jurídica de la utilización del suelo rural, distingue entre utilización o aprovechamiento rural ordinario o primario y aprovechamiento rural extraordinario o excepcional, además de las singularidades que plantea la utilización del suelo rural protegido.

a.- Aprovechamiento rural ordinario o primario de suelo rural:

² Tal denominación viene siendo utilizada por algún autor; por ejemplo, GUTIÉRREZ COLOMINA, V., <<Régimen del suelo no urbanizable. Las actuaciones de interés público>>, en *Derecho urbanístico de Andalucía*, Coord. por Fernando Otonín Barrera, Alfonso J. Vázquez Oteo, Enrique Sánchez Goyanes, Madrid, 2ª edición 2006.

Los terrenos que se encuentren en el suelo rural se utilizarán de conformidad con su naturaleza, debiendo dedicarse, dentro de los límites que dispongan las leyes y la ordenación territorial y urbanística, al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales (artículo 13.1, primer párrafo del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008).

Ello no quiere decir que en dicho suelo no puedan ejecutarse instalaciones o construcciones, en tanto que es una facultad del derecho de propiedad realizar las instalaciones y construcciones necesarias para el uso y disfrute del suelo con arreglo a su naturaleza ordinaria o primaria, derivada de la utilización racional de los recursos naturales. Así, pueden realizar usos de aprovechamiento de los recursos naturales y ejecutarse instalaciones y construcciones vinculadas a dichos usos ordinarios, con arreglo a las determinaciones que contemple la legislación y el planeamiento territorial y urbanístico.

En lo que respecta a este aprovechamiento ordinario del suelo no urbanizable, la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía no define las características del tipo de construcciones e instalaciones que podrán desarrollarse con tal naturaleza, al ser propias de una actividad agrícola, ganadera, forestal o cinegética o cualquier otra vinculada a una utilización racional de los recursos naturales. De ahí que resulta conveniente que sea el planeamiento territorial o urbanístico el que desarrolle las actividades, así como las construcciones, edificaciones o instalaciones propias de la utilización racional de los recursos naturales³.

³ En el Derecho comparado autonómico sí pueden verse algunos casos de determinación de las características de las construcciones propias vinculadas a actividades de dicha naturaleza. Puede citarse a título de ejemplo, el artículo 48 del Reglamento de la Ley de urbanismo de la Comunidad Autónoma de Cataluña, aprobado por Decreto 305/2006, de 18 de julio. Según éste, se pueden considerar construcciones propias de una actividad agrícola, ganadera o forestal (con carácter excluyente), las siguientes:

- Las destinadas específicamente a la crianza de animales o al cultivo de especies vegetales.
- Las destinadas a la guarda de maquinaria y utensilios al servicio de actividades forestales, de crianza de animales o de cultivo de especies vegetales.
- Las destinadas al almacenamiento, conservación, manipulación, envasado y transformación de productos, así como las destinadas a prestación de servicios. En ambos casos, es requisito imprescindible que se hayan originado (los productos) o tengan como destino (los servicios), de forma exclusiva, una unidad de explotación agrícola o ganadera o un conjunto de estas unidades de explotación, integradas bajo una dirección empresarial común. Los terrenos objeto de construcción siempre deben formar parte de dicha unidad de explotación o conjunto.
- Las destinadas al almacenamiento, conservación y prestación de servicios propios de centros de jardinería. Es requisito imprescindible que en la finca en la que se ubiquen estas construcciones se desarrollen actividades de cultivo o vivero de especies vegetales.

Por lo que se refiere al procedimiento de autorización de estas construcciones e instalaciones, y dejando al margen la cuestión atinente a la actividad, están sujetas únicamente a licencia urbanística, de carácter *directo*, sin mediatización de una autorización específica para su implantación en suelo no urbanizable, al estar vinculado el uso al aprovechamiento racional y ordinario de los recursos naturales.

b.- Aprovechamiento rural extraordinario del suelo no urbanizable: usos excepcionales

Con carácter excepcional, dice el artículo 13.1, segundo párrafo, del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008, por el procedimiento y con las condiciones previstas en la legislación de ordenación territorial y urbanística, podrán legitimarse actos y usos específicos que sean de interés público o social por su contribución a la ordenación y el desarrollo rurales o porque hayan de emplazarse en el medio rural. En estos casos, con carácter excepcional, los instrumentos de ordenación urbanística pueden determinar un índice de edificabilidad máxima sobre parcela, de ahí que algún autor señale que en estos casos también se produce aprovechamiento urbanístico o edificabilidad.

En la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía se han incluido bajo la rúbrica de actuaciones de interés público las actuaciones en suelo no urbanizable que comportan un aprovechamiento *cuasi* urbanístico⁴. De conformidad con el apartado 1 del artículo 42 de la LOUA⁵, <<son actuaciones de interés público en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable las actividades de intervención singular, de promoción pública o privada, con incidencia en la ordenación urbanística, en las que concurren los requisitos de utilidad pública o interés social, así como la procedencia o necesidad de implantación en suelos que tengan este régimen jurídico. Dicha actuación habrá de ser compatible con el régimen de la correspondiente categoría de este suelo y no inducir a la formación de nuevos asentamientos. Dichas actividades pueden tener por objeto la realización de edificaciones, construcciones, obras e instalaciones, para la implantación en este suelo de infraestructuras, servicios, dotaciones o equipamientos, así como para usos industriales, terciarios, turísticos u otros análogos, pero en ningún caso usos residenciales>>.

De conformidad con la legislación estatal básica de suelo y la normativa urbanística de las Comunidades Autónomas, la implantación de usos extraordinarios en suelo no urbanizable precisa de una intervención administrativa que habilite su materialización para dichos terrenos, recibiendo diversas denominaciones en el

⁴ Capítulo V del Título I de la LOUA.

⁵ En la redacción dada por el apartado 2 del artículo 27 de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo.

derecho comparado autonómico⁶.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y como precisa con carácter generalizado el artículo 42.3 de la LOUA, las Actuaciones de Interés Público requieren la aprobación del Plan Especial o Proyecto de Actuación⁷ pertinente y el otorgamiento, en su caso, de la preceptiva licencia urbanística, sin perjuicio de las restantes autorizaciones administrativas que fueran legalmente preceptivas. La aprobación del Plan Especial o del Proyecto de Actuación tiene como presupuesto la concurrencia de los requisitos enunciados en el primer apartado del artículo 42 de la LOUA y conllevará la aptitud de los terrenos necesarios en los términos y plazos precisos para la legitimación de aquélla. Transcurridos los mismos, cesará la vigencia de dicha cualificación.

c.- Utilización del suelo rural protegido:

Como dispone el apartado 4 del artículo 13 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008, la utilización de los terrenos con valores ambientales, culturales, históricos, arqueológicos, científicos y paisajísticos que sean objeto de protección por la legislación aplicable, quedará siempre sometida a la preservación de dichos valores, y comprenderá únicamente los actos de alteración del estado natural de los terrenos que aquella legislación expresamente autorice. Sólo podrá autorizarse la delimitación de los espacios naturales protegidos o de los espacios incluidos en la Red Natura 2000, reduciendo su superficie total o excluyendo terrenos de los mismos, cuando así lo justifiquen los cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada. La alteración deberá someterse a información pública, que en el caso de la Red Natura 2000 se hará de forma previa a la remisión de la propuesta de descatalogación a la Comisión Europea y la aceptación por ésta de tal descatalogación.

⁶ Por citar algunos casos, se puede autorizar el uso industrial, a través de Proyectos Supramunicipales en la Comunidad de Aragón, o bien mediante Plan especial industrial en Asturias o como Planes especiales de zonas de interés general en La Rioja. En la Comunidad valenciana se faculta la adquisición de una serie de aprovechamientos (mineros y extractivos, industriales y productivos, turísticos deportivos, recreativos, de ocio y terciarios), a través de la declaración de interés comunitario. Otras Comunidades Autónomas utilizan como instrumento para permitir estos aprovechamientos atípicos la Calificación Territorial o Urbanística (Canarias, Castilla-La Mancha). En la Comunidad Balear se reguló que las actividades que se declararan de interés general conllevaban un aprovechamiento atípico del suelo al que se le confería una consideración urbanística y del que solo resultaba atribuible el 90% al titular de la parcela y el porcentaje restante a la Administración.

⁷ En otras Comunidades Autónomas la misma denominación sirve para dar formato jurídico a una figura distinta, en el seno de la gestión urbanística, como es el caso del Derecho urbanístico de la Comunidad de Castilla y León.

2.- Objeto y naturaleza jurídica de los Proyectos de Actuación. La incidencia de la Directiva comunitaria del mercado interior de servicios sobre las autorizaciones en suelo no urbanizable

El objeto de los Proyectos de Actuación (así como de los Planes Especiales asimilados para suelo no urbanizable) es la declaración de idoneidad o aptitud de un terreno para ser sede de una actuación de interés público o social y, por consiguiente, es el cauce legal previsto en la Comunidad Autónoma de Andalucía para facultar que en un terreno en suelo no urbanizable pueda implantarse un uso no vinculado directamente al aprovechamiento de los recursos naturales, permitiéndose su compatibilización. Por consiguiente, no se precisa Proyecto de Actuación para los usos ordinarios vinculados directamente con el aprovechamiento de los recursos naturales, que tanto el legislador estatal de suelo como la ley urbanística andaluza cifran en usos agrarios, ganaderos, cinegéticos, forestales y de similar naturaleza.

Según esto, el Proyecto de Actuación no es una autorización directa para materializar usos en suelo no urbanizable, sino que vendrá secuenciado por la posterior licencia urbanística de obras, siendo igualmente preciso que la actividad, en caso de que resulte preceptivo, disponga del resto de autorizaciones y licencias para su instalación y funcionamiento, sin perjuicio de su viabilidad a través de cualquier otra técnica de intervención administrativa más novedosa en la medida que vayan teniendo acogida en nuestro Derecho los postulados de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios de mercado interior, tales como la comunicación previa o declaración responsable.

Ello es debido a que en gran parte los usos que se pretendan implantar en suelo no urbanizable, serán generadores de una actividad económica de servicios y, por consiguiente, la Directiva de Servicios resultará de aplicación, por lo que la pervivencia de un régimen de autorización administrativa previa a la implantación de una actividad de servicios, deberá quedar justificada en una <<razón imperiosa de interés general>>, en los términos que se define en los considerandos y articulado de la misma, y viene siendo reconocido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁸.

⁸ Sobre la incidencia de la Directiva de Servicios en el ámbito local, vid, BULLEJOS CALVO, CARLOS, <<Aplicación práctica de la Directiva de Servicios en las Ordenanzas locales. Formularios en las fases de identificación y evaluación de la normativa local afectada y sobre simplificación administrativa y ventanilla única>>, *Revista Electrónica CEMCI*, nº 3, abril-junio 2009.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica de los Proyectos de Actuación, sobre la misma se abre un debate no acabado, dados los contornos jurídicos de esta figura urbanística, en los términos que viene recogida en la LOUA, y su posicionamiento estructural en la propia ley. Sobre el particular pueden defenderse dos posturas enfrentadas: la que postula su naturaleza de plan o instrumento de ordenación urbanística y la que lo relega a una técnica de intervención administrativa de sesgo autorizatorio (como acto administrativo, en definitiva), desgajada de carácter normativo.

En una primera aproximación podría decirse que no nos encontramos ante una disposición administrativa de carácter general, por cuanto el ámbito territorial de actuación es limitado y singularizado a una parcela o terreno.

Frente a esta interpretación, las razones que apuntarían a la sistematización de los Proyectos de Actuación como auténticos planes urbanísticos, serían las siguientes:

a.- Se regulan en el Título I de la LOUA, denominado de la Ordenación Urbanística, junto con el resto de las figuras de planeamiento y de ordenación.

b.- Los Planes Especiales claramente vienen recogidos como instrumentos de planeamiento en el artículo 14 de la LOUA cuando se refieren a actuaciones en suelo no urbanizable.

c.- El Legislador distingue entre Planes Especiales y Proyectos de Actuación a los solos efectos de afectar a mayor o menor territorio (dos Municipios, incidencia supramunicipal, etc.).

d.- El contenido de los Planes y de los Proyectos de Actuación en suelo no urbanizable es el mismo.

No obstante, debe entenderse que los Proyectos de Actuación no son en puridad instrumentos de ordenación urbanística o planes urbanísticos y, por tanto, no adquieren el carácter de disposición administrativa de carácter general, y ello en base a los siguientes razonamientos:

a.- Más allá de su recepción en el Derecho urbanístico andaluz, figuras similares de intervención administrativa en el Derecho comparado autonómico reciben el tratamiento de actos administrativos, como es el caso de la Declaración de interés comunitario en la legislación urbanística valenciana, la cual se posiciona en una técnica de intervención administrativa autorizatoria (no normativa).

b.- Los Proyectos de Actuación vienen recogidos dentro del Título I de la LOUA, denominado “Ordenación urbanística”, pero no se relacionan en el listado de los instrumentos de ordenación urbanística.

c.- La finalidad de los proyectos de actuación, con arreglo al artículo 42 de la LOUA, es declarar la idoneidad o aptitud para legitimar un uso atípico, de índole cuasi urbanística, en terrenos de suelo no urbanizable, y para ello se sigue la tramitación prevista en el artículo 43 de la LOUA, que no se ajusta al procedimiento para la aprobación de los planes urbanísticos, sino que se contempla un procedimiento *ad hoc*, el cual no se asimila plenamente al genérico para la aprobación de las normas reglamentarias locales, previsto en el artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local⁹.

d.- El procedimiento contemplado en la LOUA trae causa del previsto en la legislación estatal precedente, el cual no venía caracterizado como una norma local, sino como un procedimiento de intervención administrativa de carácter autorizatorio, que en algunos supuestos era de carácter bifásico al precisar de un acto de aprobación posterior de la Administración autonómica.

e.- Para terminar, y sin perjuicio de que podrían entrar en consideración más aspectos, el Proyecto de Actuación no adquiere la condición de permanencia en el tiempo, por cuanto los aprovechamientos extraordinarios o atípicos del suelo no urbanizable no pueden entenderse con carácter intemporal, al venir así fijado en la LOUA. Por consiguiente, la ausencia de la característica de permanencia en el tiempo se aleja, en parte, de los cánones clásicos de las disposiciones de carácter general, aunque de por sí sola, no es excluyente.

La dialéctica apuntada es una muestra de los perfiles poco precisados de la figura del proyecto de actuación en el Derecho urbanístico andaluz, que a falta de un

⁹ No existe una aprobación inicial o provisional y otra definitiva, como ocurre de manera universalizada en los planes urbanísticos y en el resto de normas locales, sino que nos encontramos únicamente con un acto de aprobación, atribuido al Pleno, sin perjuicio de un acto de *admisión a trámite*, residenciado en el titular de la Alcaldía. El plazo de información o exposición al público no es de treinta días, como mínimo, como es habitual para la producción de normas locales, sino de veinte días, el cual es el genérico de la información pública prevista en el artículo 86.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Igualmente, la LOUA no exige la publicación del Proyecto de Actuación (o de las disposiciones que pudieran tener carácter general), sino sólo de la resolución de aprobación (acuerdo del Pleno de la Corporación).

desarrollo reglamentario, deberá quedar desarrollado en los planes urbanísticos propios de cada Municipio, principalmente en lo que respecta a los requisitos, condicionantes y determinaciones para la implantación de usos atípicos o extraordinarios en suelo no urbanizable, para reducir el margen de discrecionalidad propiciado por la propia Ley urbanística andaluza.

Las consecuencias de seguir una o otra interpretación sobre la naturaleza jurídica de la figura de los proyectos de actuación, en un nivel práctico, son elevadas, sirviendo dos como ejemplo:

- Si se parte de la concepción como instrumento o plan urbanístico, y dado su carácter reglamentario, no podría ser objeto de delegación su aprobación por el Pleno – en los municipios de régimen común- en otro órgano municipal, al venir establecida la atribución de la aprobación que ponga fin a la tramitación municipal de los Planes y demás instrumentos de ordenación previstos en la legislación urbanística, como indelegable (artículo 22.2.c de la LBRL, en relación con el apartado 3 de dicho artículo).

- El recurso que procedería contra la aprobación del Proyecto de Actuación, únicamente podría accionarse en sede jurisdiccional, ante los Tribunales Superiores de Justicia (artículos 8.1 y 10 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), sin que fuera posible la interposición de recursos de índole administrativa (art. 107.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común).

3.- La interrelación de técnicas de intervención administrativa sobre actuaciones en suelo no urbanizable y conexión con los Proyectos de Actuación

Como se puede colegir de la organización territorial del poder en nuestro Estado, de los repartos territoriales y sectoriales de materias y diversidad de centros productores de normas, la tarea de posicionar debidamente los trámites que integran un Proyecto de Actuación, en el discurrir torrencial de autorizaciones sectoriales previstas en nuestro sistema jurídico, es de una complejidad superlativa.

Imaginemos el caso de una actuación en suelo no urbanizable, que a su vez esté incluida en el Anexo I de la Ley 7/2007, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, y en el Decreto 78/2002, de 26 de febrero, por el que se aprueban el Nomenclátor y el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por lo que resultará de aplicación dicha normativa a la actividad (sin perjuicio del entrecruzamiento de diversas normas sectoriales para la actividad o elementos de la misma).

Desde la perspectiva del Derecho urbanístico andaluz, parece darse a entender que la declaración de interés público o social accionada a través de un Proyecto de Actuación, es previa a cualquier otro instrumento de intervención administrativa¹⁰.

Ahora bien, desde la óptica de la normativa ambiental, el diseño y prioridad en la tramitación cambia, por cuanto a tenor del artículo 17 de la Ley de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, denominado <<Concurrencia con otros instrumentos administrativos>>, a tenor del cual la obtención de una autorización ambiental no eximirá a los titulares o promotores de cuantas otras autorizaciones, concesiones, licencias o informes resulten exigibles según lo dispuesto en la normativa aplicable para la ejecución de la actuación. Las actuaciones sometidas a los instrumentos de prevención y control ambiental no podrán ser objeto de licencia municipal de funcionamiento de la actividad, autorización sustantiva o ejecución sin la previa resolución del correspondiente procedimiento regulado en esta Ley.

Esta situación de difícil encaje de los instrumentos administrativos de intervención en las actividades, en gran parte motivada de la diversificación sectorial de la que hacen gala los distintos centros productores de normas a nivel global, provoca numerosas reticencias e inseguridad institucional a la hora de posicionar las distintas actuaciones administrativas para la implantación de actividades, y qué decir en lo que respecta al particular promotor de la actividad. De ahí el gran reto de coordinación que conlleva la puesta en acción de la denominada *ventanilla única* prevista en la Directiva comunitaria de servicios¹¹, que tendrá reflejo inminente en las leyes estatales de transposición y resto de normas autonómicas, locales y de los entes públicos afectados por la misma.

De todas formas, y en ejercicio de las técnicas normativas de compatibilización previstas hoy día en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, tales como la celeridad e impulsión simultánea¹², podrán accionarse con carácter simultáneo, en tanto no venga prohibido por el ordenamiento, tanto los procedimientos para la autorización ambiental como para la declaración de interés público o social para su implantación en suelo no urbanizable. En definitiva, la declaración de actuación de interés público en suelo no urbanizable no es apta para la materialización efectiva del uso o aprovechamiento sobre el terreno, por lo que, en principio, daría igual el

¹⁰ A esta interpretación podría llegarse del tenor del apartado 3 del artículo 42 de la LOUA, que dice: <<Las Actuaciones de Interés Público requieren la aprobación del Plan Especial o Proyecto de Actuación pertinente y el otorgamiento, en su caso, de la preceptiva licencia urbanística, sin perjuicio de las restantes autorizaciones administrativas que fueran legalmente preceptivas>>.

¹¹ Aunque no es obligatoria la existencia de una única *ventanilla única*.

¹² Artículos 74 y 75 de la LRJ-PAC.

posicionamiento de este instrumento de intervención administrativa –antes o después-. Parece que el último lugar vendrá dado por la licencia urbanística de obras (acompañado o no de la licencia de instalación de actividad, en aquellos casos en que legalmente venga exigida), y para ello el órgano municipal o de la Entidad Local Autónoma competente, deberá verificar, a modo de cláusula de cierre del sistema, que se han producido todos los instrumentos de intervención administrativa¹³ exigidos por el ordenamiento para la instalación y materialización efectiva de un uso *cuasi urbanístico* en suelo no urbanizable¹⁴.

4.- Requisitos para la declaración de una actuación de interés público

Con carácter general, las construcciones, edificaciones o instalaciones deberán cumplir los siguientes requisitos, a tenor del apartado 1 del artículo 42 de la LOUA:

a.- Deberá tratarse de actividades de intervención singular, con ello se apunta a su incidencia atípica y excepcional de uso y aprovechamiento del suelo no urbanizable, y al carácter especial o particularizado para su implantación, que requiere un pronunciamiento caso por caso, sin ser válida una declaración *genérica* por parte de un Ente local para una clase de actividades.

b.- Requisitos de utilidad pública o interés social: toman razón de la legislación precedente estatal, donde ya venía articulado un procedimiento especial para la autorización de usos constructivos y aprovechamientos excepcionales del suelo no urbanizable. Ello denota que en todo caso en el expediente, sobre la base del Proyecto de Actuación que deberá presentar el promotor de la actuación, deberá quedar justificada la concurrencia de utilidad pública o interés social para la instalación de la misma, más allá de las miras exclusivamente empresariales o de rentabilidad productiva privada. Se insiste en que la motivación no debe tomarse como algo mecánico (<<para cubrir el expediente>>), sino que en el expediente y en la decisión municipal debe primar el reconocimiento y concurrencia de un interés público (utilidad pública o interés social), por encima de las expectativas privadas de rentabilidad económica privada.

¹³ En la modalidad que fuere: desde las clásicas autorizaciones administrativas en la denominación prevista en las normas, hasta las más novedosas técnicas de intervención, tales como la comunicación previa y la declaración responsable, que vayan teniendo entrada en nuestro sistema jurídico o, añadimos en clave personal, la declaración de innecesariedad de acto de intervención administrativa, tras la elevación a categoría que pretende la futura modificación de los artículos 42 de la LRJ-PAC y del artículo 84 de la LBRL.

¹⁴ Sin perjuicio de las posteriores actuaciones de intervención administrativa una vez se instale la actividad, que fueren exigidos para la puesta en funcionamiento de la actividad, o se accionen en ejercicio de potestades de inspección y control posterior.

Sobre este requisito se traza la siguiente dicotomía: si nos encontramos ante una potestad discrecional o ante conceptos jurídicos indeterminados.

Un sector doctrinal defiende la consideración de que el requisito de utilidad pública o interés social y su reconocimiento a través de la declaración aprobada en sede administrativa a través del Pleno de la Corporación local, no es una potestad discrecional para la misma, sino que estamos ante conceptos jurídicos indeterminados, por lo que no habría discrecionalidad ni, por tanto, distintas alternativas justas.

En distinto sentido se encuentran determinados pronunciamientos jurisdiccionales y otro sector doctrinal, que inclinan la balanza hacia el reconocimiento de dosis de discrecionalidad en la decisión administrativa de aprobación de la declaración como actuación de interés público¹⁵.

Al margen de este debate, lo cierto es que la tendencia más lógica debería ser reducir al máximo la discrecionalidad, para evitar con el ejercicio de la potestad que se incurra en un mero *decisionismo* de una determinada Corporación ante un proyecto que

¹⁵ Vid. FERNÁNDEZ FERRERAS, CARLOS, <<La declaración de interés comunitario en la Ley del suelo no urbanizable de la Comunidad Valenciana>>, *Práctica Urbanística*, nº 58, Sección Estudios, Marzo 2007, pág. 26, La Ley. Al respecto señala la STSJ Comunidad Valenciana de 5 de febrero de 2004 que «la Declaración de Interés Comunitario no es sino la forma en que, por excepción, actividades que no podrían llevarse a cabo en un lugar determinado, por razones urbanísticas, pueden ser, no obstante, autorizadas», y que «de toda la normativa anteriormente expuesta se desprende también que el cumplimiento de todos los requisitos no supone, con carácter automático, el nacimiento de un derecho a la obtención de la Declaración de Interés Comunitario, primero por su carácter excepcional y segundo por el componente discrecional que se desprende de la normativa analizada». Por su parte, la STSJ Comunidad Valenciana de 26 de noviembre de 2004 señala que la Declaración de Interés Comunitario viene a suponer el ejercicio por parte de la Consellería competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo de su potestad discrecional de ordenación territorial y urbanística. Y, en similares términos, puede verse también la STS de 29 de enero de 2003, en la que se dice que «La Declaración de Interés Comunitario para el ejercicio de las actividades reguladas en la Ley 4/1992 de las Cortes Valencianas constituye una decisión que ha de adoptarse, según el artículo 16.2 in fine de dicha Ley, entre otros criterios de carácter reglado, atendiendo a la mayor oportunidad y conveniencia de la localización propuesta frente a otras áreas de suelo no urbanizable, lo que supone el ejercicio de una potestad discrecional que corresponde en último extremo a la Administración (...)». Como expresa el autor indicado en la presente anotación, estos criterios aparecen también recogidos en el artículo 33.1 de la Ley 10/2004, de 9 de diciembre, del Suelo No Urbanizable de la Comunidad Valenciana cuando señala que esta declaración deberá estar motivada y fundarse en: a) Una positiva valoración de la actividad solicitada; b) La necesidad de emplazamiento en el suelo no urbanizable; c) La mayor oportunidad y conveniencia de la localización propuesta frente a otras zonas del suelo no urbanizable; y d) La racional utilización del territorio.

se le presente. Y para ello, dadas las pautas escuetas de la regulación de esta figura y su ejercicio administrativo en la LOUA, deberá ser el planeamiento urbanístico (normalmente el general) el que reduzca los aspectos discrecionales, tanto a la hora de declarar un proyecto como de interés público, como a la hora de establecer las condiciones y requisitos para su implantación sobre suelo no urbanizable (altura, ocupación en parcela o *edificabilidad*, separación a linderos, tipos de usos principales y complementarios, requisitos de conexión y servicios de la actividad, etc.).

c.- Procedencia o necesidad de emplazamiento en el medio rural: la LOUA no exige con carácter ineludible la necesidad u obligatoriedad de emplazamiento en el medio rural, al señalar igualmente la *procedencia* de dicho emplazamiento, con lo cual apunta a su compatibilidad. Deberá justificarse la ubicación concreta propuesta y de su incidencia urbanístico-territorial y ambiental, así como de las medidas para la corrección de los impactos territoriales o ambientales.

d.- Adecuada funcionalidad de la actividad y de las construcciones, infraestructuras y servicios públicos existentes en su ámbito territorial de incidencia (artículo 42.5.B.d de la LOUA).

e.- Viabilidad económico-financiera de la actuación, para lo que deberá igualmente justificarse el plazo de duración de la cualificación urbanística de los terrenos (artículo 42.5.C.b de la LOUA).

f.- Compatibilidad con el régimen urbanístico de la categoría de suelo no urbanizable, correspondiente a su situación y emplazamiento (artículo 42.5.C.d de la LOUA).

g.- No inducción de la formación de nuevos asentamientos (artículo 42.5.C.e de la LOUA).

5.- Actuaciones que precisan Proyecto de Actuación

Analizamos a continuación qué tipo de actuaciones, sin ánimo exhaustivo, precisan la tramitación de un Proyecto de Actuación para su implantación en suelo no urbanizable, al considerarse como usos y aprovechamientos atípicos o extraordinarios sobre dicho tipo de suelo, los cuales se considera que si bien no están directamente vinculados con la utilización racional y sostenible de los recursos naturales del mismo, están autorizados o declarados como compatibles, por disposición legal y, por remisión de ésta, al venir contemplados en los instrumentos de planeamiento territorial y urbanísticos y, en su caso, en los instrumentos de ordenación de carácter medioambiental.

a.- Implantación en suelo no urbanizable de infraestructuras, servicios, dotaciones o equipamientos¹⁶.

b.- Actividad industrial: entre los usos recogidos expresamente en la LOUA se encuentran las actividades industriales. Asimismo, y como ya se ha mencionado anteriormente, deberá verificarse que la actividad precise o no una intervención administrativa a través de un instrumento de prevención y control ambiental.

c.- Explotación de recursos geológicos o hidrológicos: Ante estos supuestos pueden existir dos tipos de aprovechamiento: el derivado de la implantación de instalaciones, construcciones o edificaciones sobre la parcela o terrenos afectados, que obviamente precisa de aprobación de un Proyecto de Actuación, como también lo precisaría la actividad extractiva o de explotación minera que no precisara ningún tipo de edificación, por cuanto dicha actividad, si bien supone una utilización o aprovechamiento de los recursos naturales, conlleva una *transformación* o uso extraordinario, con mayor intensidad que otros usos denominados convencionalmente como ordinarios del suelo no urbanizable¹⁷.

En este tipo de construcciones se incluyen las propias de una explotación de recursos naturales procedentes de actividades extractivas, siempre que incluyan las instalaciones destinadas al primer tratamiento y selección de estos recursos, y en el caso de que produzcan un menor impacto ambiental si se realizan en el lugar de origen.

d.- Explotaciones agroganaderas de carácter *cuasi industrial*: En el caso de construcciones propias de actividades agrícolas, ganaderas, de explotación de recursos naturales o rústicas en general, este procedimiento sólo se debe seguir si se superan los umbrales establecidos por el planeamiento urbanístico general. Es muy recomendable que el planeamiento determine qué tipo de construcciones, edificaciones o instalaciones se consideran actos de aprovechamiento ordinario o típico del suelo no urbanizable, y cuáles rebasan esta consideración (por su entidad, dimensión, extensión,

¹⁶ Por consiguiente, deberá exigirse Proyecto de Actuación para la instalación de infraestructuras y redes de servicios y dotaciones para su servicio a parcelas en suelo no urbanizable (en alguna Comunidad Autónoma se precisa que se trataría de redes de suministro e instalaciones de carácter o titularidad privada), así como para la implantación de equipamientos en suelo no urbanizable.

¹⁷ A tenor del artículo 49 del Reglamento de desarrollo de la Ley de Urbanismo de Cataluña, citado, se consideran actividades de explotación de recursos naturales, las actividades extractivas, así como cualquier otra actividad de utilización del suelo que comporte cambios en la configuración natural de los terrenos y que no pueda calificarse como agrícola, forestal o ganadera.

m² de construcción, número de unidades de ganado, etc.), para ser considerados aprovechamientos de carácter extraordinario. Una explotación ganadera, a título de ejemplo, puede conllevar la implantación de numerosas instalaciones, construcciones (naves), silos, etc., así como los servicios e infraestructuras correspondientes (acceso, abastecimiento de energía eléctrica y agua, generación de residuos –purines-, etc.). Asimismo, deberá justificarse el cumplimiento de la normativa del sector agroganadero, los planes especiales de protección del medio físico y, en su caso, el sometimiento de la actividad a la autorización ambiental que correspondiere¹⁸.

e.- Actividades de generación de energía renovable¹⁹.

f.- Construcciones para la prestación de servicios vinculados a la red viaria²⁰.

g.- Actuaciones del sector turístico²¹.

h.- Actuaciones con fines culturales, recreativos, deportivos, docentes y sociales.

¹⁸ La Disposición transitoria 8ª del Reglamento de la Ley de Urbanismo de Cataluña, para el caso de que los umbrales no estén contemplados en el planeamiento general, determina los siguientes: ocupación en planta de 500 m², un techo total de 1.000 m² o una altura máxima de 10 m.

¹⁹ La STSJ de Andalucía de Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de 14 de abril de 2008, rec. 580/2005, señala la obligatoriedad de tramitar Proyecto de Actuación y, por consiguiente, prestación compensatoria, para los parques eólicos, puesto que aun cuando la finalidad es la producción de energía eléctrica mediante la utilización de recursos naturales, su implantación en suelo no urbanizable supone un aprovechamiento excepcional del mismo y, por tanto, precisa la declaración de actuación de interés público, la cual viene siendo reconocida en la práctica y recibe el aval de la jurisprudencia.

²⁰ A nivel de Derecho comparado autonómico, el artículo 52 del Reglamento de la Ley de Urbanismo de la Comunidad de Cataluña, se establece que, en cualquier caso, las construcciones para la prestación de servicios a la red viaria deben estar directamente vinculadas a una estación de suministro de carburantes, con las que deben formar un conjunto arquitectónico integrado. El apartado 2 de dicho precepto recoge una enumeración de estos servicios:

- Talleres de reparación de neumáticos y aparatos eléctricos de vehículos.
- Bares-restaurantes.
- Limpieza de vehículos.
- Comercio de venta de prensa periódica y artículos de primera necesidad.

El dimensionado y características de estas construcciones de servicios se justificarán de acuerdo con el tránsito de vehículos de la vía a la cual dan servicio, así como con la distancia con los núcleos urbanos existentes en el entorno con capacidad para ofrecer los mismos servicios. Esta justificación deberá contenerse en el proyecto o plan especial.

²¹ Usos de restauración, hotelero o similares; campamentos de turismo; actividades de turismo activo que precisen instalaciones fijas; etc.

i.- Actuaciones del sector sanitario

j.- Actuaciones de servicios funerarios.

k.- Instalaciones residuos: plantas para el tratamiento, valorización, depósito y eliminación de residuos.

l.- Viviendas unifamiliares: Se trata de uno de los aspectos que mayor problemática arroja, en gran parte derivada de la propia articulación de su regulación en la LOUA. Sobre el particular pueden señalarse las siguientes consideraciones:

- Como punto de partida sólo podrán construirse viviendas unifamiliares aisladas, que estén vinculadas a explotaciones agrarias o ganaderas. Por tanto, no resultaría admisible una vivienda en suelo no urbanizable vinculada a cualquier otro uso, aun cuando se declarara la utilidad pública o interés social del mismo.

- Su carácter aislado complica la aprobación de una tipología de construcciones destinadas a alojamiento temporal de trabajadores temporeros, dado su carácter *unifamiliar*, por lo que la catalogación de este tipo de alojamientos es difícil a tenor de la legislación autonómica.

- Si bien la construcción de una vivienda unifamiliar debe tramitarse a través de un Proyecto de Actuación, dicha actuación sobre suelo no urbanizable no viene categorizada legalmente como de *interés público*, al no ser de utilidad pública o interés social. El propio artículo 42 de la LOUA excluye que un uso *residencial* pueda ser declarado de interés público. No obstante ello, el artículo 52.1.B) de la LOUA exige Proyecto de Actuación, como se ha mencionado, lo cual denota una falta de coherencia interna de la propia figura, que únicamente podría salvarse de la consideración de que a través de Proyectos de Actuación pueden acometerse tanto actuaciones de interés público como otros usos extraordinarios sobre suelo no urbanizable, desprovistos de tal carácter (cuyo caso exponencial serían las viviendas unifamiliares aisladas, vinculada a un destino relacionado con fines agrícolas, forestales o ganaderos²²).

- Las actuaciones de conservación, rehabilitación o reforma de viviendas unifamiliares existentes no debería precisar la tramitación de Proyecto de Actuación, en rasgos generales, dejando a salvo lo que dispusiera a tal efecto el planeamiento urbanístico, por determinar así el artículo 52.1.B.c de la LOUA.

²² Es evidente que la consecuencia de ello es el gravamen de la actuación cuasiurbanística que supone la construcción de una vivienda en este tipo de suelo, con la prestación compensatoria recogida en el artículo 52 de la LOUA, en clara similitud con los deberes urbanísticos de las actuaciones de transformación urbana para suelo susceptible de ser urbanizado.

- La LOUA no establece los requisitos y determinaciones que deben reunir estas viviendas unifamiliares para que pueda entenderse que están directa y justificadamente asociadas a una explotación rústica, lo cual puede entrañar situaciones de abuso de derecho y la injerencia de elevadas dosis de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad autorizatoria, por lo que, a falta de un adecuado desarrollo reglamentario sobre esta cuestión, debe ser una vez más el planeamiento general el que redujera los elementos discrecionales del ejercicio de la potestad²³.

- Deberá tramitarse Proyecto de Actuación a usos y aprovechamientos naturales no localizados en la parcela de suelo no urbanizable²⁴.

6.- Supuestos de aprovechamientos extraordinarios del suelo no urbanizable que no se tramitan a través de Proyecto de Actuación

A continuación se exponen una serie de supuestos de aprovechamientos atípicos o extraordinarios del suelo no urbanizable que no se tramitan a través de un Proyecto de Actuación, por no ser necesario al conferirlo así la Ley o por haberse articulado un procedimiento distinto para su implantación en terrenos de tal naturaleza.

a.- En primer lugar, no se tramitará Proyecto de Actuación para los usos y aprovechamientos de carácter ordinario en relación con el destino y naturaleza del suelo no urbanizable.

b.- No se tramitará igualmente Proyecto de Actuación en los casos tipificados legalmente que por su dimensión intermunicipal o supramunicipal o características

²³ Pueden servir de orientación las siguientes pautas (recogidas parcialmente en algunas normas de derecho comparado autonómico, como es el caso del artículo 50 del Reglamento de la Ley de Urbanismo de Cataluña, citado anteriormente): La vivienda debe emplazarse en fincas que sean objeto *efectivo* de explotación agrícola, ganadera, forestal o similar. Dicha explotación debería estar configurada como unidad económica (a tenor de la legislación fiscal y sectorial) o formar parte de un conjunto integrado de unidades económicas bajo una dirección empresarial común. La dimensión física o económica de la explotación debe ser suficiente para justificar la implantación de uso de vivienda. Debería acreditarse la necesidad de vivienda con relación a funciones de vigilancia, asistencia, gestión o control directamente relacionadas con las características de la explotación, debiendo ser la misma residencia habitual del titular de la explotación o de quien ejerza estas funciones (puede dilucidarse la problemática que ello genera, en los casos que el titular de la explotación sea titular –propietario- de otras viviendas).

²⁴ Tal sería el caso de una instalación de una rehala de perros, por ejemplo, en una parcela que no tenga asignado aprovechamiento cinegético.

excepcionales del uso o aprovechamiento, deba encauzarse a través de un Plan Especial²⁵.

c.- No tienen la consideración de Actuaciones de Interés Público, las actividades de obras públicas ordinarias a que se refiere el artículo 143 de la LOUA, ni la implantación de infraestructuras y servicios para las que la legislación sectorial establezca un procedimiento especial de armonización con la ordenación urbanística²⁶ (artículo 42.2 de la LOUA).

d.- Como se ha señalado anteriormente, las actuaciones de conservación, rehabilitación o reforma de viviendas unifamiliares existentes no deberían precisar la tramitación de Proyecto de Actuación, con carácter general, por determinarlo así el artículo 52.1.B.c de la LOUA.

7.- Procedimiento y órganos competentes para la tramitación y aprobación de los Proyectos de Actuación

Con arreglo a la legislación estatal urbanística precedente a la LOUA, en algunos casos se establecía un procedimiento bifásico para la autorización de usos excepcionales y extraordinarios de índole constructiva sobre suelo no urbanizable, interviniendo en una primera fase el Ayuntamiento correspondiente, siendo secuenciado por una intervención autonómica de carácter aprobatorio.

En aras a simplificar su tramitación, se ha establecido un único tipo de procedimiento para la aprobación de los Proyectos de Actuación, en la que el

²⁵ Procede Plan Especial en el caso de actividades en las que concurra alguna de las circunstancias siguientes (artículo 42.4 de la LOUA):

- Comprender terrenos pertenecientes a más de un término municipal.
- Tener, por su naturaleza, entidad u objeto, incidencia o trascendencia territoriales supramunicipales.
- Afectar a la ordenación estructural del correspondiente Plan General de Ordenación Urbanística.
- En todo caso, cuando comprendan una superficie superior a 50 hectáreas.

²⁶ Ello ocurre por ejemplo con la implantación de instalaciones de producción de energía eléctrica solar o fotovoltaica, para instalaciones de potencia superior a 10 MW, en las que la tramitación del Proyecto de Actuación o Plan Especial se ve sustituido por un informe de la Consejería competente en materia de urbanismo (actualmente, Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12.5 de la citada Ley 2/2007, de 27 de marzo y en el Decreto 50/2008, por el que se regulan los procedimientos administrativos y tramitación aplicable a las instalaciones solares fotovoltaicas.

procedimiento es municipal, si bien se intercala en todo caso un informe de la Consejería competente en materia de urbanismo.

El procedimiento para la aprobación por el municipio de los Proyectos de Actuación se ajustará a los siguientes trámites, para lo que posteriormente se incorporarán modelos de referencia para su tramitación:

a) Solicitud del interesado acompañada del Proyecto de Actuación y demás documentación exigida en el artículo anterior.

b) Resolución sobre su admisión o inadmisión a trámite a tenor de la concurrencia o no en la actividad de los requisitos establecidos en el artículo anterior.

c) Admitido a trámite, información pública por plazo de veinte días, mediante anuncio en el Boletín Oficial de la Provincia, con llamamiento a los propietarios de terrenos incluidos en el ámbito del proyecto.

d) Informe de la Consejería competente en materia de urbanismo, que deberá ser emitido en plazo no superior a treinta días.

e) Resolución motivada del Ayuntamiento Pleno, aprobando o denegando el Proyecto de Actuación.

f) Publicación de la resolución en el Boletín Oficial de la Provincia.

Transcurrido el plazo de seis meses desde la formulación de la solicitud en debida forma sin notificación de resolución expresa, se entenderá denegada la autorización solicitada.

Sin perjuicio de lo anterior, transcurridos dos meses desde la entrada de la solicitud y del correspondiente Proyecto de Actuación en el registro del órgano competente sin que sea notificada la resolución de la admisión o inadmisión a trámite, el interesado podrá instar la información pública de la forma que se establece en el artículo 32.3 de la LOUA. Practicada la información pública por iniciativa del interesado, éste podrá remitir la documentación acreditativa del cumplimiento de este trámite y el Proyecto de Actuación al municipio para su aprobación. Transcurridos dos meses sin que haya sido notificada la resolución aprobatoria, ésta podrá entenderse desestimada.

8.- Efectos de la aprobación de un Proyecto de Actuación

Con arreglo a la LOUA, el promotor de una actuación de interés público aprobada a través de un Proyecto de Actuación (o una actuación sin tal carácter que haya precisado del referido instrumento urbanístico, como es el caso de una vivienda unifamiliar aislada), quedará obligado a lo siguiente (artículo 42.5.D de la LOUA):

a.- Las obligaciones correspondientes a los deberes legales derivados del régimen de la clase de suelo no urbanizable.

b.- El pago de la prestación compensatoria en suelo no urbanizable y la constitución de garantía, en su caso, de acuerdo con lo regulado en el artículo 52.4 y 5 de la LOUA²⁷.

c.- Solicitud de licencia urbanística municipal en el plazo máximo de un año a partir de la aprobación del Plan Especial o Proyecto de Actuación, salvo en los casos exceptuados por esta ley de la obtención de licencia previa.

II.- LA TRAMITACIÓN DE LOS PROYECTOS DE ACTUACIÓN

1.- Solicitud de tramitación de Proyecto de Actuación.-

D.D^a _____ con DNI nº _____
teléfono _____
Dirección _____ Código Postal _____
_____ Población _____ Provincia _____, en representación
de _____

EXPONE:

1. Que pretende llevar a cabo en suelo no urbanizable el desarrollo de la actuación que se describe en la documentación que integra el Plan Especial / Proyecto de Actuación que se adjunta a la presente solicitud.

2. Que en virtud de lo dispuesto por el artículo 42.5.D) de la Ley 7/2.002, de 17 de diciembre de Ordenación Urbanística de Andalucía, con la firma de la presente solicitud asume el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

a) Todas las correspondientes a los deberes legales derivados del régimen del suelo no urbanizable establecidos en la legislación y el planeamiento urbanísticos vigentes.

b) Solicitar licencia urbanística en el plazo máximo de un año a partir de la aprobación, en su caso, del Plan Especial / Proyecto de Actuación adjunto.

SOLICITA:

Que al amparo de lo dispuesto en el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, y artículos 42 y 43 de la Ley 7/2.002, de 17 de diciembre de Ordenación Urbanística de

²⁷ Puede consultarse BULLEJOS CALVO, CARLOS, <<La potestad normativa local sobre usos extraordinarios del suelo no urbanizable>>, *Revista Electrónica CEMCI*, nº 2, enero-marzo 2009.

Andalucía, se proceda a tramitar y aprobar el PLAN ESPECIAL / PROYECTO DE ACTUACIÓN adjunto.

En _____, a _____ de _____ de 200____ .

2.- Informe técnico para la admisión a trámite

Constan los siguientes HECHOS:

Se solicita con fecha de registro de entrada _____ la aprobación del Proyecto de Actuación consistente en _____.

CONSIDERACIONES TÉCNICAS Y URBANÍSTICAS DE APLICACIÓN

PRIMERA: La parcela ____ del Polígono _____ está destinada a uso agrario con una superficie de ____ hectáreas, y su clasificación según el planeamiento general del Municipio de _____, es de suelo no urbanizable en la categoría de suelo sin protección especial / de protección especial consistente en _____.

SEGUNDA: Se propone la tramitación previa del Proyecto de Actuación para proceder a la construcción/instalación de _____. Tras obtener la aprobación del Proyecto de Actuación se desarrollará el Proyecto Básico y de Ejecución de la misma, para poder obtener la correspondiente licencia de obras.

TERCERA: A tenor de lo previsto en el planeamiento general del Municipio (*Plan General de Ordenación Urbanística / Normas Subsidiarias de Planeamiento*) se comprueba que el uso es compatible con dicha clasificación y categorización de suelo. *Deberá quedar debidamente acreditada la compatibilidad del uso con el planeamiento general en caso de suelo no urbanizable no protegido, y con la protección específica en caso de suelo no urbanizable de tal naturaleza, con fundamentación en la legislación, instrumento ambiental, territorial o urbanístico que resulte de aplicación (Plan de Ordenación Territorial, Plan de Ordenación de los Recursos Naturales, Plan Rector de Usos y Gestión, Plan Especial de Protección del Medio Físico y Catalogación, etc.).*

CUARTA: La propuesta deberá ser tramitada como una Actuación de Interés Público, según la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, en su artículo 42, el cual dispone: "1. Son actuaciones de interés público en terrenos con el régimen del suelo no urbanizable las actividades de intervención singular, de promoción pública o privada, con incidencia en la ordenación urbanística, en las que concurran los requisitos de utilidad pública o interés social, así como la procedencia o necesidad de implantación en suelo que tengan este régimen jurídico (...). Dichas actividades pueden tener por objeto la realización de edificaciones,

construcciones, obras e instalaciones, para la implantación en este suelo de infraestructuras, servicios, dotaciones o equipamientos así como para usos industriales, terciarios, turísticos no residenciales u otros análogos”.

QUINTA: Las determinaciones/condiciones urbanísticas previstas en el planeamiento territorial, urbanístico o ambiental para este tipo de actuaciones son las que se indican a continuación²⁸:

- Altura máxima _____
- Unidad mínima de actuación (parcela mínima) _____
- La ocupación en parcela _____ (similar a la *edificabilidad*)
- Las fincas donde se implante una instalación de utilidad pública o interés social adquirirán la condición de indivisibles, haciéndose constar la misma mediante anotación en el Registro de la Propiedad (*en su caso*).

SEXTA: Igualmente, la actividad se encuentra recogida en:

- El Anexo I de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental (*en su caso*), al tratarse de _____ (por ejemplo, establecimiento hotelero en suelo no urbanizable –AAU-).

- En el Decreto 78/2002, de 26 de febrero, por el que se aprueban el Nomenclátor y el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por lo que resultará de aplicación dicha normativa a la actividad.

- Resultará de aplicación la normativa sobre clasificación y registro de establecimientos turísticos, con arreglo a la Ley 12/1999, del Turismo de Andalucía, así como los requisitos y obligaciones derivados de la normativa turística complementaria (campamentos de turismo, turismo activo, etc.).

- _____ (cualquier otra normativa sectorial que resultara de aplicación a la actividad).

²⁸ Como se ha analizado anteriormente en el estudio introductorio, el planeamiento general deberá no solo declarar la compatibilidad de usos y actuaciones (la conocida regulación *en positivo* que ha defendido la doctrina, entre cuyos principales valedores nos encontramos a Gutiérrez Colomina, V.), sino también las determinaciones, requisitos y condicionantes que deben tener los usos y aprovechamientos de carácter extraordinario sobre suelo no urbanizable, para evitar la indeterminación y las elevadas dosis de discrecionalidad que originaría su implantación sobre el mismo.

SÉPTIMA: En los proyectos y documentación técnica que sirva de soporte a la solicitud de instalación de actividad y de licencia urbanística que corresponda, deberá justificarse debidamente el cumplimiento de la normativa sectorial referenciada anteriormente.

OCTAVA: De acuerdo con lo previsto en el artículo 52.4 de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía, "Cuando la ordenación urbanística otorgue la posibilidad de llevar a cabo en el suelo clasificado como no urbanizable actos de edificación, construcción, obras o instalaciones no vinculados a la explotación agrícola, pecuaria, forestal o análoga, el propietario podrá materializar éstos en las condiciones determinadas por dicha ordenación y por la aprobación del pertinente Plan Especial o Proyecto de Actuación y, en su caso, licencia. Estos actos tendrán una duración limitada, aunque renovable, no inferior en ningún caso al tiempo que sea indispensable para la amortización de la inversión que requiera su materialización. El propietario deberá asegurar la prestación de garantía por cuantía mínima del diez por ciento de dicho importe para cubrir los gastos que puedan derivarse de incumplimientos e infracciones, así como los resultantes, en su caso, de las labores de restitución de los terrenos.

NOVENA: Con la finalidad de que se produzca la necesaria compensación por el uso y aprovechamiento de carácter excepcional del suelo no urbanizable que conlleva la actuación, con arreglo al apartado 5 del artículo 52 de la Ley 7/2002, citada, se establece una prestación compensatoria, que se devengará con ocasión del otorgamiento de la licencia con una cuantía de hasta el diez por ciento del importe total de la inversión a realizar para su implantación efectiva, excluida la correspondiente a maquinaria y equipos, que gestionará el municipio y destinará al Patrimonio Municipal de Suelo²⁹.

Sobre la base de los antecedentes y consideraciones técnicas y urbanísticas de aplicación, se INFORMA FAVORABLEMENTE la admisión a trámite del Proyecto de Actuación de referencia.

En _____, a __ de ____ de 200__.

Fdo. _____

3.- Admisión a trámite

²⁹ Vid. BULLEJOS CALVO, CARLOS, <<La potestad normativa local sobre usos extraordinarios del suelo no urbanizable>>, *op. cit.*

D. _____, SECRETARIO (SECRETARIO-INTERVENTOR) DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE _____

CERTIFICO: Que por resolución de Alcaldía / acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de _____, adoptado en sesión celebrada con fecha _____, se acordó, entre otros, (copiado literalmente del borrador del acta de dicha sesión, *en su caso*), lo siguiente:

“Con nº de registro de entrada ____ de _____, se presenta escrito por D.D^a _____, en representación de _____, adjuntando Proyecto de Actuación para _____, en _____, con referencia catastral _____³⁰, en el término municipal de _____.

Constan los siguientes HECHOS:

PRIMERO: Se solicita con fecha de registro de entrada _____ la aprobación del Proyecto de Actuación indicado.

SEGUNDO: Con fecha _____ se formula informe técnico favorable a la admisión a trámite por los servicios técnicos municipales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La parcela ____ del Polígono _____ está destinada a uso agrario con una superficie de ____ hectáreas, y su clasificación según el planeamiento general del Municipio de _____, es de suelo no urbanizable en la categoría de suelo sin protección especial / de protección especial consistente en _____.

SEGUNDO: Se propone la tramitación previa del Proyecto de Actuación para proceder a la construcción de _____. Tras obtener la aprobación del Proyecto de Actuación se desarrollará el Proyecto Básico y de Ejecución de la misma, para poder obtener la correspondiente licencia de obras.

TERCERO: A tenor de lo previsto en el planeamiento general del Municipio (*Plan General de Ordenación Urbanística / Normas Subsidiarias de Planeamiento*) se comprueba que el uso es compatible con dicha clasificación y categorización de suelo. *Deberá quedar debidamente acreditada la compatibilidad del uso con el planeamiento general en caso de suelo no urbanizable no protegido, y con la protección específica en caso de suelo no urbanizable*

³⁰ La referencia catastral deberá constar con carácter obligatorio en los expedientes y resoluciones administrativas (artículo 38 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo).

de tal naturaleza, con fundamentación en la legislación, instrumento ambiental, territorial o urbanístico que resulte de aplicación (Plan de Ordenación Territorial, Plan de Ordenación de los Recursos Naturales, Plan Rector de Usos y Gestión, Plan Especial de Protección del Medio Físico y Catalogación, etc.).

CUARTO: La propuesta deberá ser tramitada como una Actuación de Interés Público, según la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, en su artículo 42, el cual dispone: "1. Son actuaciones de interés público en terrenos con el régimen del suelo no urbanizable las actividades de intervención singular, de promoción pública o privada, con incidencia en la ordenación urbanística, en las que concurren los requisitos de utilidad pública o interés social, así como la procedencia o necesidad de implantación en suelo que tengan este régimen jurídico (...). Dichas actividades pueden tener por objeto la realización de edificaciones, construcciones, obras e instalaciones, para la implantación en este suelo de infraestructuras, servicios, dotaciones o equipamientos así como para usos industriales, terciarios, turísticos no residenciales u otros análogos".

QUINTO: Las determinaciones/condiciones urbanísticas previstas en el planeamiento territorial, urbanístico o ambiental para este tipo de actuaciones son las que se indican a continuación³¹:

- Altura máxima _____
- Unidad mínima de actuación (parcela mínima) _____
- La ocupación en parcela _____ (similar a la edificabilidad)
- Las fincas donde se implante una instalación de utilidad pública o interés social adquirirán la condición de indivisibles, haciéndose constar la misma mediante anotación en el Registro de la Propiedad (*en su caso*).

SEXTO: Igualmente, la actividad se encuentra recogida en:

- El Anexo I de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental (*en su caso*), al tratarse de _____ (por ejemplo, establecimiento hotelero en suelo no urbanizable –AAU-).

- En el Decreto 78/2002, de 26 de febrero, por el que se aprueban el Nomenclátor y el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por lo que resultará de aplicación dicha normativa a la actividad.

³¹ Vid. anotación transcrita anteriormente en el informe técnico.

- Resultará de aplicación la normativa sobre clasificación y registro de establecimientos turísticos, con arreglo a la Ley 12/1999, del Turismo de Andalucía, así como los requisitos y obligaciones derivados de la normativa turística complementaria (campamentos de turismo, turismo activo, etc.).

- _____ (cualquier otra normativa sectorial que resultara de aplicación a la actividad).

SÉPTIMO: En los proyectos y documentación técnica que sirva de soporte a la solicitud de instalación de actividad y de licencia urbanística que corresponda, deberá justificarse debidamente el cumplimiento de la normativa sectorial referenciada anteriormente.

OCTAVO: De acuerdo con lo previsto en el artículo 52.4 de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía, "Cuando la ordenación urbanística otorgue la posibilidad de llevar a cabo en el suelo clasificado como no urbanizable actos de edificación, construcción, obras o instalaciones no vinculados a la explotación agrícola, pecuaria, forestal o análoga, el propietario podrá materializar éstos en las condiciones determinadas por dicha ordenación y por la aprobación del pertinente Plan Especial o Proyecto de Actuación y, en su caso, licencia. Estos actos tendrán una duración limitada, aunque renovable, no inferior en ningún caso al tiempo que sea indispensable para la amortización de la inversión que requiera su materialización. El propietario deberá asegurar la prestación de garantía por cuantía mínima del diez por ciento de dicho importe para cubrir los gastos que puedan derivarse de incumplimientos e infracciones, así como los resultantes, en su caso, de las labores de restitución de los terrenos.

NOVENO: Con la finalidad de que se produzca la necesaria compensación por el uso y aprovechamiento de carácter excepcional del suelo no urbanizable que conlleva la actuación, con arreglo al apartado 5 del artículo 52 de la Ley 7/2002, citada, se establece una prestación compensatoria, que se devengará con ocasión del otorgamiento de la licencia con una cuantía de hasta el diez por ciento del importe total de la inversión a realizar para su implantación efectiva, excluida la correspondiente a maquinaria y equipos, que gestionará el municipio y destinará al Patrimonio Municipal de Suelo³².

Vista la atribución conferida al Alcalde para la admisión a trámite de los Proyectos de Actuación, de conformidad con el art. 43 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación urbanística de Andalucía, y visto el dictamen que antecede

³² Vid. BULLEJOS CALVO, CARLOS, <<La potestad normativa local sobre usos extraordinarios del suelo no urbanizable>>, *op. cit.*

de fecha ____ de la Comisión Informativa y de Seguimiento (en su caso), RESUELVO / la Junta de Gobierno Local, por delegación del Alcalde (Decreto nº __ de __/__) por unanimidad, ACUERDA:

PRIMERO: Admitir a trámite el Proyecto de Actuación presentado por _____, para _____, en _____, con referencia catastral _____, en el término municipal de Alhama de Granada.

SEGUNDO: La presente admisión a trámite y, en su caso, aprobación del Proyecto de Actuación quedará en todo caso condicionada a lo que resulte de la resolución autonómica en relación con el instrumento de prevención y control ambiental que resulte de aplicación a la actividad, de conformidad con lo previsto en la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, por lo que en caso de que recaiga resolución desfavorable a la autorización ambiental, la misma operaría como condición resolutoria de la tramitación y aprobación del Proyecto de Actuación³³.

La actividad quedará condicionada al cumplimiento de la siguiente normativa (*en su caso*):

- Ley 12/999, del Turismo; Decreto 20/2002, de 29 de enero, de Turismo en el medio rural y turismo activo y disposiciones concordantes y complementarias en materia de establecimientos hoteleros; Decreto 47/2004, de 10 de febrero, de establecimientos hoteleros.
- Cumplimiento de la normativa sobre instrumentos de prevención y control ambiental (Ley 7/2007, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental).
- Ley 13/1999, de espectáculos públicos y actividades recreativas, Decreto 78/2002, de 26 de febrero, por el que se aprueban el Nomenclátor y el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Supletoriamente, el Reglamento estatal de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de 1982.
- Decreto 23/1999, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Sanitario de Piscinas de Uso Colectivo; Resolución de la Consejería de Salud de 21 de _____

³³ Como se ha mencionado anteriormente en el estudio introductorio, dada la construcción jurídica de las normas a impulso de centro productor sectorial, en caso de entrecruzamiento de técnicas de intervención administrativa resulta muy difícil la casación de controles y actos de intervención (autorizaciones, licencias y, en su caso, las nuevas técnicas de intervención como son la declaración responsable y la comunicación previa). En aras a la celeridad y cumplimiento simultáneo de trámites, principios positivizados en los artículos 74 y 75 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, en principio puede darse impulso simultáneo, salvo que no esté permitido por el ordenamiento.

noviembre de 2008, por la que se modifica el Anexo I del Reglamento Sanitario de Piscinas de Uso Colectivo; Resolución de 17 de junio de 2003, de la Dirección General de Salud Pública y Participación, por la que se actualizan los parámetros del Anexo I del Decreto 23/1993, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Sanitario de Piscinas de Uso Colectivo; y disposiciones concordantes y complementarias.

- Cumplimiento del planeamiento general urbanístico y, en su caso, Plan Especial de Protección del Medio Físico aplicable a la provincia _____
- Cumplimiento de la normativa estatal y andaluza sobre accesibilidad y eliminación barreras arquitectónicas
- Cumplimiento normativa básica de edificación y constructiva.
- Las fincas donde se implante una instalación de utilidad pública o interés social adquirirán la condición de indivisibles, haciéndose constar la misma mediante anotación en el Registro de la Propiedad (*en su caso*).

TERCERO: La actuación es compatible con el planeamiento urbanístico del Municipio de _____, a los efectos previstos en el art. 31.2.b) de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, como documentación a acompañar en la solicitud de Autorización Ambiental Unificada (*en su caso*), sin perjuicio de la aportación por el promotor de consulta previa efectuada a la Consejería de Medio Ambiente en la que se declarara la innecesariedad de dicho instrumento de prevención y control ambiental para la actuación concreta que se pretende sustanciar.

CUARTO: Someter el proyecto a información pública por plazo de veinte días, mediante anuncio en el Boletín Oficial de la Provincia, con llamamiento a los propietarios de terrenos incluidos en el ámbito del proyecto, en aplicación del art. 43.1.c) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre.

QUINTO: Notifíquese el presente acto a los interesados, con indicación de que al ser de trámite, no es susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de las acciones o vías impugnatorias que estimen oportuno interponer."

Y para que conste y surta sus efectos, y con la advertencia y salvedad del art. 206 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales³⁴, expido el presente certificado con el Vº Bº del Sr. Alcalde, en _____, a ____ de _____ de 200__.

Vº Bº EL ALCALDE,

³⁴ En caso de actos administrativos aprobados en un órgano colegiado resolutorio (Junta de Gobierno Local).

Fdo. _____

4.- Notificación de la admisión a trámite

Por la presente se le notifica a Vd. la resolución dictada por el Sr. Alcalde aprobada por Decreto nº ____ / el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada con fecha ____ de ____ de 200__, por delegación del Alcalde conferida por Decreto nº __, de __/__, y que es del tenor literal siguiente:

“ _____ ”.

Lo que se comunica a los efectos oportunos con la indicación de que el presente acto es de trámite, no siendo susceptible de recurso, con arreglo a lo dispuesto en el art. 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio, en su caso, del ejercicio de la información pública o realizar alegaciones en el supuesto del trámite de audiencia.

Todo ello sin perjuicio de que pueda ejercitar, en su caso, cualquier otro recurso que estime pertinente.

Lo que le comunico para su conocimiento y efectos en _____, a ____ de ____ de 200__.

EL/LA SECRETARIO/A,

Fdo. _____

5.- Anuncio de información pública

Por resolución de Alcaldía aprobada por Decreto nº __, de __/__, acuerdo de Junta de Gobierno Local adoptado en sesión celebrada con fecha _____, por delegación del Sr. Alcalde conferida por Decreto nº __, de __/__, se ha aprobado admitir a trámite el proyecto de actuación para _____, en polígono __ parcela __ del Catastro de Rústica de este término municipal, con referencia catastral _____, a instancia de D./D^a _____, en representación de _____.

El expediente se pone de manifiesto en la Secretaría de este Excmo. Ayuntamiento, durante el plazo de veinte días hábiles a contar desde el día siguiente al de la publicación de este anuncio en el B.O.P. para reclamaciones.

_____, a ____ de ____ de 200__.

El/La Alcalde/sa, Fdo.: _____

6.- Certificación sobre alegaciones tras la información pública

D. _____, SECRETARIO / SECRETARIO-INTERVENTOR DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE _____,

CERTIFICO

Que el expediente de aprobación de Actuación de interés público a través de Proyecto de Actuación para _____, en parcela __ del Polígono __ del Catastro de Rústica del término municipal de Alhama de Granada, finca en suelo en situación básica rural, suelo clasificado como no urbanizable, siendo promotor _____, tramitado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 42 y 43 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, ha permanecido expuesto al público por plazo de veinte días, mediante anuncio en el tablón de este Ayuntamiento (o, en su caso, en el tablón de anuncios electrónico de la sede electrónica) y en el Boletín Oficial de la Provincia de _____ n.º __, de fecha __ de __ de 200__, sin que durante dicho plazo se haya presentado alegación alguna / habiéndose presentado las siguientes alegaciones o reclamaciones: _____

Y para que conste, a los efectos del expediente de su razón, emito el presente certificado con el V.º B.º del Sr. Alcalde, en _____, a __ de _____ de 200__.

V.º B.º

El Alcalde,

Fdo.: _____

7.- Comunicación solicitando informe a la Consejería competente en materia de urbanismo

*ILTMO/A SR/A DELEGADO PROVINCIAL
CONSEJERÍA DE VIVIENDA Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO*

Por medio de la presente se da traslado de expediente tramitado en relación con actuación de interés público en suelo clasificado como no urbanizable a través de Proyecto de Actuación, para _____, en parcela __ del Polígono __ del Catastro de Rústica del término municipal de _____, parcela en suelo en situación básica rural, clasificada como no urbanizable, a instancia de D.Dª _____, en representación de _____.

Lo que se comunica a los efectos se emita el informe previsto por el artículo 43.1.d) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

En _____, a ___ de _____ de 200__.

EL/LA ALCALDE/SA,

Fdo. _____

8.- Diligencia de incorporación del informe de la Consejería competente en materia de urbanismo

DILIGENCIA por la que se hace constar que con fecha _____ ha quedado anotado en el Registro General de Documentos de este Excmo. Ayuntamiento (o Entidad Local Autónoma, en caso de delegación para su territorio vecinal), el informe emitido por la Consejería competente en materia de urbanismo, quedando incorporado al expediente de su razón, para la tramitación subsiguiente que corresponda.

9.- Informe-propuesta de resolución

El funcionario que suscribe, de conformidad con lo previsto en los artículos 172 y 175 del R.D. 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, emite el siguiente informe-propuesta de resolución.

Con nº de registro de entrada _____ de _____, se presenta escrito por D.D^a _____, en representación de _____, adjuntando Proyecto de Actuación para _____, en _____, con referencia catastral _____³⁵, en el término municipal de _____.

Constan los siguientes HECHOS:

PRIMERO: Se solicita con fecha de registro de entrada _____ la aprobación del Proyecto de Actuación indicado.

SEGUNDO: Con fecha _____ se formula informe técnico favorable a la admisión a trámite por los servicios técnicos municipales.

TERCERO: Se admite a trámite el Proyecto de Actuación por resolución de Alcaldía aprobada por Decreto nº _____, de fecha ___/___ (o bien, acuerdo de Junta de Gobierno Local, en caso de atribución delegada), sometiéndose a información pública

³⁵ La referencia catastral deberá constar con carácter obligatorio en los expedientes y resoluciones administrativas (artículo 38 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo).

mediante anuncio en BOP nº ____ de _____, con llamamiento a los propietarios de terrenos incluidos en el ámbito del proyecto.

CUARTO: Transcurrido el plazo de información pública no se han presentado / se han presentado las siguientes alegaciones, expuestas de manera sucinta: _____

QUINTO: Con fecha _____ se registra de entrada informe favorable de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio (nº de asiento _____).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El artículo 13 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, dispone con carácter general que «los terrenos que se encuentren en el suelo rural se utilizarán de conformidad con su naturaleza, debiendo dedicarse, dentro de los límites que dispongan las leyes y la ordenación territorial y urbanística, al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales. Con carácter excepcional y por el procedimiento y con las condiciones previstas en la legislación de ordenación territorial y urbanística, podrán legitimarse actos y usos específicos que sean de interés público o social por su contribución a la ordenación y el desarrollo rurales o porque hayan de emplazarse en el medio rural».

SEGUNDO: El artículo 42 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, regula las Actuaciones de Interés Público en terrenos clasificados como suelo no urbanizable, considerándose incluida la actividad propuesta en dicho precepto, no procediendo la formulación de un Plan Especial al no reunir ninguno de los requisitos del punto 4 del artículo 42, citado.

TERCERO: A tenor de dicho artículo, las actuaciones de Interés Público requieren la aprobación en el presente supuesto del Proyecto de Actuación presentado por el Promotor, así como el resto de licencias y autorizaciones administrativas que fueren legalmente preceptivas.

CUARTO: La acreditación de la utilidad pública o interés social que sustancia la actuación de interés público queda justificada³⁶, sucintamente, de la siguiente manera: _____, encontrándose la justificación plena de las anteriores circunstancias en el proyecto de actuación.

³⁶ La justificación de la existencia de utilidad pública o interés social debe quedar reflejada con rigor en la motivación (con absoluto rigor, dice la STSJ de Andalucía, Sala de Sevilla, Sección 2ª, de 9 de marzo de 2007, rec. 145/2005), dado el carácter excepcional del uso *cuasiurbanístico* del suelo no urbanizable.

CUARTO: La tramitación y contenido de los Proyectos de Actuación viene determinada en el artículo 43 de la Ley 7/2002, citada.

De conformidad con la exposición fáctica y jurídica que precede, y vista la atribución del Pleno de la Corporación para la aprobación de los Proyectos de Actuación, en virtud del artículo 43.1.e) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, se eleva a dicho órgano, previo dictamen que corresponda de la Comisión Informativa correspondiente, la siguiente PROPUESTA DE ACUERDO:

PRIMERO: Declarar la utilidad pública o interés social de la Actuación de Interés Público, según ha quedado justificada en la parte expositiva que antecede³⁷, promovida por _____, en representación de _____, para la construcción/instalación en suelo no urbanizable de _____ en la parcela ___ del polígono ___, con referencia catastral nº _____-, en el Municipio de _____.

SEGUNDO: Aprobar el Proyecto de Actuación que fundamenta la declaración de utilidad pública o interés social, redactado por _____.

TERCERO: La declaración de interés público o social se entenderá a los únicos efectos de conllevar la aptitud de los terrenos para la implantación de la actuación, sin perjuicio de que la materialización del uso y actividad requerirá la obtención del resto de licencias y autorizaciones administrativas que fueran legalmente procedentes, determinándose en la licencia de obras correspondiente la garantía y prestación compensatoria previstas en el art. 52.4 y 5 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre.

La actuación sólo podrá hacerse efectiva mediante la obtención de todas las demás autorizaciones pertinentes y mientras subsista la situación territorial, urbanística, ambiental o de cualquier otra índole en la que se otorgó³⁸.

La duración de la actividad será la prevista en el Proyecto de Actuación (_____ nº de años), sin perjuicio de su renovación.

CUARTO: La autorización de la actividad quedará condicionada:

- Al mantenimiento o implantación efectiva de la explotación.

³⁷ En el caso de viviendas unifamiliares no se declarará la actuación como de interés público, al no concurrir legalmente los requisitos de utilidad pública o interés social, sin perjuicio de que sí se proceda a la aprobación del Proyecto de Actuación.

³⁸ Así se expresa la STSJ Comunidad Valenciana de 5 de febrero de 2004, para las declaraciones de interés comunitario, similares a los proyectos de actuación en la Comunidad Autónoma andaluza.

- A solicitar licencia urbanística de obras en el plazo de un año.
- A la indivisibilidad de las fincas registrales en las que se emplacen, *en su caso* (si así se deriva del planeamiento urbanístico).

QUINTO: Remitir el presente acuerdo para su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia, a tenor del art. 43.1.f) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre.

SEXTO: Notifíquese al promotor de la actuación, con indicación de que el presente acto finaliza la vía administrativa, así como del régimen de recursos que con arreglo a derecho procedan.

Lo que se informa a los efectos oportunos, en _____, a __ de __ de 200__.

10.- Dictamen de Comisión Informativa

Integrado como propuesta de acuerdo en forma de dictamen en el apartado siguiente.

11.- Aprobación definitiva

D.D^a _____, SECRETARIO/A / SECRETARIO-INTERVENTOR DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE _____

CERTIFICO: Que en sesión ordinaria celebrada con fecha ____ el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de _____, emitió el acuerdo, entre otros, que copiado literalmente del borrador del acta de dicha sesión dice:

<<DICTAMEN:

Se da lectura por el Secretario del dictamen de la Comisión Informativa y de Seguimiento de _____, que resulta del siguiente tenor:

“Con nº de registro de entrada ____ de _____, se presenta escrito por D.D^a _____, en representación de _____, adjuntando Proyecto de Actuación para _____, en _____, con referencia catastral _____³⁹, en el término municipal de _____.

Constan los siguientes HECHOS:

³⁹ La referencia catastral deberá constar con carácter obligatorio en los expedientes y resoluciones administrativas (artículo 38 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo).

PRIMERO: Se solicita con fecha de registro de entrada _____ la aprobación del Proyecto de Actuación indicado.

SEGUNDO: Con fecha _____ se formula informe técnico favorable a la admisión a trámite por los servicios técnicos municipales.

TERCERO: Se admite a trámite el Proyecto de Actuación por resolución de Alcaldía aprobada por Decreto nº ____, de fecha __/__/__ (o bien, acuerdo de Junta de Gobierno Local, en caso de atribución delegada), sometándose a información pública mediante anuncio en BOP nº __ de ____, con llamamiento a los propietarios de terrenos incluidos en el ámbito del proyecto.

CUARTO: Transcurrido el plazo de información pública no se han presentado / se han presentado las siguientes alegaciones, expuestas de manera sucinta: _____

QUINTO: Con fecha _____ se registra de entrada informe favorable de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio (nº de asiento ____).

SEXTO: Con fecha _____, se emite informe-propuesta de resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El artículo 13 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, dispone con carácter general que «los terrenos que se encuentren en el suelo rural se utilizarán de conformidad con su naturaleza, debiendo dedicarse, dentro de los límites que dispongan las leyes y la ordenación territorial y urbanística, al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales. Con carácter excepcional y por el procedimiento y con las condiciones previstas en la legislación de ordenación territorial y urbanística, podrán legitimarse actos y usos específicos que sean de interés público o social por su contribución a la ordenación y el desarrollo rurales o porque hayan de emplazarse en el medio rural».

SEGUNDO: El artículo 42 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, regula las Actuaciones de Interés Público en terrenos clasificados como suelo no urbanizable, considerándose incluida la actividad propuesta en dicho precepto, no procediendo la formulación de un Plan Especial al no reunir ninguno de los requisitos del punto 4 del artículo 42, citado.

TERCERO: A tenor de dicho artículo, las actuaciones de Interés Público requieren la aprobación en el presente supuesto del Proyecto de Actuación presentado por el

Promotor, así como el resto de licencias y autorizaciones administrativas que fueren legalmente preceptivas.

CUARTO: La acreditación de la utilidad pública o interés social que sustancia la actuación de interés público queda justificada⁴⁰, sucintamente, de la siguiente manera: _____, encontrándose la justificación plena de las anteriores circunstancias en el proyecto de actuación.

CUARTO: La tramitación y contenido de los Proyectos de Actuación viene determinada en el artículo 43 de la Ley 7/2002, citada.

Debatido ampliamente el asunto, la Comisión dictamina, con los votos a favor _____, en contra _____, abstenciones _____, proponer al Pleno Municipal, órgano competente en virtud del art. 43.1.e) de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía, el siguiente ACUERDO:

PRIMERO: Declarar la utilidad pública o interés social de la Actuación de Interés Público, según ha quedado justificada en la parte expositiva que antecede⁴¹, promovida por _____, en representación de _____, para la construcción/instalación en suelo no urbanizable de _____ en la parcela ____ del polígono _____, con referencia catastral nº _____, en el Municipio de _____.

SEGUNDO: Aprobar el Proyecto de Actuación que fundamenta la declaración de utilidad pública o interés social, redactado por _____.

TERCERO: La declaración de interés público o social se entenderá a los únicos efectos de conllevar la aptitud de los terrenos para la implantación de la actuación, sin perjuicio de que la materialización del uso y actividad requerirá la obtención del resto de licencias y autorizaciones administrativas que fueran legalmente procedentes, determinándose en la licencia de obras correspondiente la garantía y prestación compensatoria previstas en el art. 52.4 y 5 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre.

⁴⁰ La justificación de la existencia de utilidad pública o interés social debe quedar reflejada con rigor en la motivación (con absoluto rigor, dice la STSJ de Andalucía de Sevilla, Sección 2ª, de 9 de marzo de 2007, rec. 145/2005), dado el carácter excepcional del uso *cuasiurbanístico* del suelo no urbanizable.

⁴¹ Vid. nota anterior transcrita en el epígrafe de informe-propuesta de resolución.

La actuación sólo podrá hacerse efectiva mediante la obtención de todas las demás autorizaciones pertinentes y mientras subsista la situación territorial, urbanística, ambiental o de cualquier otra índole en la que se otorgó⁴².

La duración de la actividad será la prevista en el Proyecto de Actuación (_____ nº de años), sin perjuicio de su renovación.

CUARTO: La autorización de la actividad quedará condicionada:

- Al mantenimiento o implantación efectiva de la explotación.
- A solicitar licencia urbanística de obras en el plazo de un año.
- A la indivisibilidad de las fincas registrales en las que se emplacen, *en su caso* (si así se deriva del planeamiento urbanístico).

QUINTO: Remitir el presente acuerdo para su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia, a tenor del art. 43.1.f) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre.

SEXTO: Notifíquese al promotor de la actuación, con indicación de que el presente acto finaliza la vía administrativa, así como del régimen de recursos que con arreglo a derecho procedan.”

DEBATE: .../...

VOTACIÓN Y ACUERDO: Sometido a votación el dictamen, se obtuvo el siguiente resultado: la totalidad de los _____ miembros que integran el Pleno Municipal estuvieron presentes en el momento de emitir el voto, votando a favor de la propuesta _____, en contra _____ y abstenciones _____, por lo que el Sr. Presidente declara aprobados los acuerdos precedentes, al existir el quórum legalmente exigido>>.

12.- Notificación de la aprobación definitiva

Por acuerdo adoptado por el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Alhama de Granada en sesión celebrada con fecha _____, se adopta el siguiente acuerdo, transcrito literalmente.

“ _____”.

El presente acuerdo pone fin a la vía administrativa conforme al art. 52.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, y contra la misma

⁴² Vid nota anterior transcrita en el epígrafe correspondiente al informe-propuesta de resolución.

usted podrá interponer directamente RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (arts. 25.1 de la Ley 29/1998 y 116.1 de la Ley 30/1992) ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo correspondiente de Granada, en el plazo de dos meses (art. 46.1 de la Ley 29/1998) a contar a partir del día siguiente al del recibo de la presente notificación.

No obstante, de manera potestativa podrá, con carácter previo al recurso judicial indicado, interponer RECURSO DE REPOSICIÓN⁴³ ante el mismo órgano que ha dictado el acto (art. 116.1 de la Ley 30/1992) en el plazo de un mes (art. 117.1 de la Ley 30/1992) a contar a partir del día siguiente al del recibo de la presente notificación, en cuyo caso no podrá interponer el recurso judicial contencioso-administrativo hasta que se haya resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición (art. 116.2 de la Ley 30/1992), lo que se produce transcurrido un mes desde su interposición sin que se haya notificado su resolución (art. 117.2 de la Ley 30/1992).

Todo ello sin perjuicio de que pueda ejercitar, en su caso, cualquier otro recurso que estime pertinente.

Lo que le comunico para su conocimiento y efectos en _____, a ___ de ____ de 200__.

EL/LA SECRETARIO/A,

Fdo. _____

13.- Publicación de la aprobación definitiva

Por acuerdo adoptado por el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Alhama de Granada en sesión celebrada con fecha _____, se adopta el siguiente acuerdo, transcrito literalmente.

“_____”.

El presente acuerdo pone fin a la vía administrativa conforme al art. 52.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, y contra el mismo podrá interponerse directamente RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (arts. 25.1 de la Ley 29/1998 y 116.1 de la Ley 30/1992) ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo correspondiente de Granada, en el plazo de dos meses

⁴³ Como se ha analizado anteriormente en el epígrafe referente a la naturaleza de los Proyectos de Actuación, en caso de que el Ayuntamiento o Entidad Local Autónoma (en caso de delegación en la materia para su territorio vecinal) entienda que se trata de un instrumento de planeamiento, los recursos ofrecidos deberán ir en coherencia con dicha naturaleza, por lo que únicamente será posible un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia, de conformidad con lo previsto en los artículos 8.1 y 10 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

(art. 46.1 de la Ley 29/1998) a contar a partir del día siguiente al del recibo de la presente notificación.

No obstante, de manera potestativa podrá, con carácter previo al recurso judicial indicado, interponerse RECURSO DE REPOSICIÓN⁴⁴ ante el mismo órgano que ha dictado el acto (art. 116.1 de la Ley 30/1992) en el plazo de un mes (art. 117.1 de la Ley 30/1992) a contar a partir del día siguiente al del recibo de la presente notificación, en cuyo caso no podrá interponer el recurso judicial contencioso-administrativo hasta que se haya resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición (art. 116.2 de la Ley 30/1992), lo que se produce transcurrido un mes desde su interposición sin que se haya notificado su resolución (art. 117.2 de la Ley 30/1992).

Todo ello sin perjuicio de que se pueda ejercitar, en su caso, cualquier otro recurso que se estime pertinente.

Lo que se publica para general conocimiento, en _____, a __ de __ de 200__.

El Alcalde / La Alcaldesa, Fdo. _____.

LEGISLACIÓN, BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN DE INTERÉS

Art. 13 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

Arts. 42, 43 y 52 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

BULLEJOS CALVO, CARLOS, <<La potestad normativa local sobre usos extraordinarios del suelo no urbanizable>>, *Revista Electrónica CEMCI*, nº 2, enero-marzo 2009.

- <<Aplicación práctica de la Directiva de Servicios en las Ordenanzas locales. Formularios en las fases de identificación y evaluación de la normativa local afectada y sobre simplificación administrativa y ventanilla única>>, *Revista Electrónica CEMCI*, nº 3, abril-junio 2009.

CANO MURCIA, ANTONIO, *El régimen del suelo no urbanizable o rústico: Comentarios, legislación, jurisprudencia*, Thomson-Aranzadi, 2006.

CANTÓ LÓPEZ, TERESA, *La vivienda en el suelo no urbanizable*, Iustel, 2007.

CATALÁN SENDER, JESÚS, <<Las construcciones agrícolas que son susceptibles de ser emplazadas en suelo no urbanizable. Requisitos legales y órganos competentes para el otorgamiento de licencias>>, *Actualidad Administrativa*, 1999, pág. 805, La Ley.

⁴⁴ Vid. nota anterior.

- <<Las construcciones relacionadas con la carretera y otras obras públicas que pueden emplazarse en suelo no urbanizable (gasolineras, plantas de hormigón o asfalto, restaurantes, etc.). Procedimiento administrativo de concesión de licencias y órgano competente para su otorgamiento>>, *Diario La Ley*, 1999, Ref. D-138, La Ley.

DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, *Las urbanizaciones ilegales en Andalucía*, Informe especial al Parlamento, julio 2000.

FERNÁNDEZ FERRERAS, CARLOS, <<La declaración de interés comunitario en la Ley del suelo no urbanizable de la Comunidad Valenciana>>, *Práctica Urbanística*, nº 58, Sección Estudios, Marzo 2007, pág. 26, La Ley.

FONT MONCLÚS, JOAN ANTON, *Urbanisme pràctic. Comentaris y formularis*. Bayer Hnos. Barcelona, 2008.

- <<Régimen del suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Cataluña>>, *Práctica Urbanística*, nº 79, Sección Estudios, Febrero 2009, pág. 18, La Ley.

GONZÁLEZ BLANCO, MARINA, <<Centros penitenciarios y suelo no urbanizable en la legislación de la Comunidad Autónoma de Madrid>>, *Práctica Urbanística*, nº 42, Sección Estudios, octubre 2005, pág. 19, La Ley.

GUTIÉRREZ COLOMINA, VENANCIO, *Régimen jurídico urbanístico del espacio rural: la utilización edificatoria del suelo no urbanizable*, Montecorvo, 1990.

- <<Un enfoque positivo del suelo no urbanizable y urbanizable programado>>, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 142, Montecorvo, Madrid, 1995.
- *Urbanismo y territorio en Andalucía. Régimen vigente tras la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía* (2ª edición), Aranzadi, 2003.
- <<Régimen del suelo no urbanizable. Las actuaciones de interés público>>, en *Derecho urbanístico de Andalucía*, Coord. por Fernando Otonín Barrera, Alfonso J. Vázquez Oteo, Enrique Sánchez Goyanes, Madrid, 2ª edición 2006.

MARTÍNEZ GARCÍA, JOSÉ IGNACIO, <<El régimen del suelo no urbanizable en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía>>, *Actualidad Administrativa*, nº 34, semana del 15 al 21 de septiembre de 2003, pág. 827, La Ley.

NEVADO-BATALLA MORENO, PEDRO T., <<Construcciones autorizables en suelo no urbanizable>>, en *Práctica Urbanística*, nº 46, Febrero 2006, pág. 55, La Ley.

PAREJA I LOZANO, CARLES, *Régimen del suelo no urbanizable*, Marcial Pons, Ediciones jurídicas, 1990.

- <<La evolución del derecho urbanístico en el suelo rústico o no urbanizable>>, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 225, abril-mayo 2006, pág. 295, Montecorvo.

RUIZ ARNÁIZ, GUILLERMO, *Régimen urbanístico del suelo rústico. En especial, la construcción de viviendas*, La Ley (Grupo Wolters Kluwer), Madrid, 2006.

SÁNCHEZ GOYANES, E. (Director), *Ley de Suelo. Comentario sistemático de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo*, La Ley-El Consultor, 2008.

VERA FERNÁNDEZ-SANZ, ALBERTO, <<La instalación de actividades industriales en suelo no urbanizable. Excepcionalidad e interés público>>, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 19, quincena del 15 al 29 de octubre de 2008, Ref. 3249/2008, La Ley.

VV.AA. *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía* (Dir. Gutiérrez Colomina, V.; Cabral González-Sicilia, A.), 2ª edición, Aranzadi, 007.

VV.AA. *Ley de ordenación urbanística de Andalucía: Estudios preliminares, comentarios a su articulado, formularios e índices*, Comares, 2ª edición, 2006.

VV.AA. *Derecho urbanístico de Andalucía. Comentarios a la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía*, Tirant lo Blanch, 2003.

VV.AA. *Enciclopedia Jurídica* (Coordinador General, Arnaldo Alcubilla, E.), Madrid, 1ª edición 2008-2009, La Ley.

OCIO

Desde el CEMCI queremos invitar a todos los lectores de nuestra Revista a empezar las vacaciones con ritmos del Sur. **Los días 17, 18 y 19 de Julio se celebrará en Alcalá la Real (Jaén) la XIII Edición del Festival musical Etnosur** que, en esta ocasión, estará dedicado al mundo del Flamenco.

A lo largo de estos tres días, en Alcalá la Real se darán cita todo tipo de visitantes, provenientes de distintos puntos geográficos, para disfrutar y participar en esta fiesta que se lleva a cabo, de forma simultánea, en todos y cada uno de los rincones de esta ciudad.

Cada año el Festival Etnosur muestra una producción especial, en esta ocasión se trata de **'Convivencias'**, un concierto que con la dirección especial del pianista sevillano Dorantes, reunirá en el escenario a los cantaores Lebrijano y Esperanza Fernández, acompañados por la bailaora Pastora Galván y por la guitarra de Pedro M^a Peña, entre otros. A este magnífico cartel, la dirección del festival ha querido añadir el acompañamiento de la Orquesta Filarmónica de Andalucía, dirigida por el director argentino, Tomás Gubitsch.

Además de esta producción, se contará con otras actuaciones musicales como los conciertos de noche del grupo segoviano Nuevo Mester de Juglaría, los granadinos Son de Nadie, los etíopes Dub Colossus, los italianos Luisa Cottiflogli Ensemble...

Pero Etnosur no es sólo música. El festival también ofrece un amplio abanico de posibilidades como talleres, narradores, ciclos de cine y video-documentales, circo, exposiciones, conferencias y muchos más.

El **Circo** es una de las áreas que cada año tiene más éxito. Tanto pequeños como grandes podrán disfrutar con el circo flamenco de Albadulake, con el Circo de la Sombra, acompañado por una banda de 7 músicos, o con el Circus Klezmer, inspirado en la tradición judía de humor, diversión y carisma.



En el **Aula de Literatura** van a intervenir conocidos escritores que debatirán algunos temas de importancia lingüística, como Luis García Montero que presenta la conferencia 'Adaptación de la poesía al Flamenco', o Almudena Grandes con 'Cómo se hacer una novela' y 'Lectura de poemas'. También se contará con la presencia de jóvenes escritores como Rafael Espejo, Ana Toledano y Josep M. Rodríguez. Además, se ofrece un concierto especial de Enrique Morente acompañado por los poemas de Luis García Montero.

Entre otras actividades que podremos encontrar en Alcalá estos días, estarán los narradores que animarán plazas y bares, los talleres tanto para niños como para adultos, los foros en los que se debatirán temas de actualidad, teatro, exposiciones, cine, retransmisiones en directo de programas de radio...



Y cuando estéis muy cansados, podréis descansar degustando comidas del mundo en la zona del **Pipiripao** o comprando algún recuerdo para los que quisieron ir y no pudieron, en la zona del **Zoco**. Si os acompañan niños, podréis dejarlos en la guardería **Atrapasueños**, donde hay actividades especiales para los más pequeños, durante los conciertos nocturnos.

Como es habitual, todas las actividades de Etnosur son gratuitas, habilitándose zonas de acampada asequibles a precios módicos. Si queréis tener más información, os podéis dirigir a la página del festival: www.etnosur.es .

