

XVI SEMINARIO SOBRE GESTIÓN PÚBLICA LOCAL. LA ADMINISTRACIÓN QUE  
DEMANDA LA CIUDADANÍA: *EL RETO DE HACER SENCILLO LO COMPLEJO*  
**LA INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN LAS ORDENANZAS  
REGULADORAS DE LOS SERVICIOS**

*David Ordóñez Solís*

Magistrado, doctor en Derecho y miembro de la Red de Expertos en Derecho de la  
Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial

“La función preventiva del gobierno es mucho  
más propensa al abuso, en perjuicio de la  
libertad, que la función punitiva”, John Stuart  
Mill, *On liberty*, 1859<sup>1</sup>.

**Sumario: I. INTRODUCCIÓN II. LAS ORDENANZAS MUNICIPALES Y LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN EL CONTEXTO NORMATIVO EUROPEO Y ESPAÑOL** 1. La Directiva de servicios como instrumento para facilitar la realización de las libertades económicas fundamentales: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia 2. La aplicación normativa de la Directiva de servicios en España: legislación básica estatal y legislación autonómica de desarrollo 3. Las ordenanzas municipales, el Derecho de la Unión Europea y el Derecho español **III. EL CONTENIDO DE LAS ORDENANZAS MUNICIPALES Y EL CUMPLIMIENTO DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS** 1. Las Ordenanzas municipales y los regímenes de autorización municipal (licencias, declaraciones responsables y comunicaciones previas y libertad en materia de servicios) 2. Las Ordenanzas municipales y el régimen administrativo sancionador 3. Las Ordenanzas fiscales: las tasas derivadas de los regímenes de autorización y de libertad **IV. LAS ORDENANZAS MUNICIPALES, LA DIRECTIVA DE SERVICIOS Y EL CONTROL JUDICIAL** 1. El control de legalidad de las disposiciones generales locales y la Directiva de servicios ante la jurisdicción contencioso-administrativa 2. El incumplimiento de la reglamentación local española del Derecho de la Unión Europea ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo **V. CONCLUSIÓN**

## **I. INTRODUCCIÓN**

La aplicación de la Directiva de servicios en el mercado interior está poniendo a prueba la capacidad de los Parlamentos, de los Gobiernos y de las Administraciones en España para transformar un sector particularmente importante y visible de nuestra economía y de nuestra sociedad<sup>2</sup>. Aun cuando la imaginación del Gobierno y de las Cortes Generales, así como de los Gobiernos y de los Parlamentos autonómicos resulta al menos nominalmente pintoresca al apoyarse en una *ley paraguas* y en *leyes ómnibus* y se han ensayado las más variadas técnicas legislativas (leyes, decretos-leyes, decretos legislativos, etc.), lo cierto es que el esfuerzo legislativo y administrativo parece excepcional.

De hecho, nunca antes, con la diferencia que supuso en 1986 la recepción del acervo del Derecho de las Comunidades Europeas con motivo de la adhesión de España, se había producido un cambio normativo y una adaptación administrativa de tanta envergadura cuantitativa pero también cualitativa que, asimismo, tendrá sus efectos en la

---

<sup>1</sup> John Stuart Mill, *Sobre la libertad y comentarios a Tocqueville*, ed. de Dalmacio Negro Pavón y trad. Cristina García Cay, Espasa Calpe, Madrid, 1991, p. 206: «The preventive function of government, however, is far more liable to be abused, to the prejudice of liberty, than the punitive function».

<sup>2</sup> Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (*DOUE* n° L 376, de 27 de diciembre de 2006, p. 36).

interpretación y la aplicación por los tribunales españoles del Derecho de la Unión y del renovado Derecho español<sup>3</sup>.

Pero también cuando el proceso de transposición de la Directiva, para el que se contaba con tres años, ha revelado, especialmente cuando el 28 de diciembre de 2009 ya había terminado, se pudo observar las deficiencias en la colaboración y en la coordinación legislativa y administrativa en España.

Mi objetivo consiste en determinar los efectos jurídicos de la Directiva de servicios en las ordenanzas municipales y a tal efecto me parece necesario exponer tres aspectos: normativo, administrativo y judicial.

En primer lugar y por lo que se refiere a las relaciones entre normas, me interesa analizar las que resultan de la interacción entre las libertades económicas fundamentales contenidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Directiva de servicios, la legislación básica estatal, la legislación autonómica de desarrollo y, en fin, las ordenanzas municipales. Como puede observarse la secuenciación temporal antes apuntada resulta sensiblemente diferente en cuanto se plantea el problema de la primacía del Derecho de la Unión o la jerarquía normativa en España.

En segundo lugar, en relación con la aplicación administrativa derivada de la incorporación de la Directiva de servicios y de su transposición a través de las ordenanzas municipales, me propongo abordar tres cuestiones transversales reguladas por las ordenanzas municipales: el régimen de autorización (lo que incluye las licencias, las comunicaciones previas y las declaraciones responsables), el régimen sancionador que refuerza la aplicación del régimen de autorización correspondiente y las tasas municipales relacionadas con el régimen de intervención que se haya establecido.

Por último, expongo los aspectos más generales de lo que supondrá el control por los tribunales contencioso-administrativos españoles y del control del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, de la Directiva de servicios, por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

## **II. LAS ORDENANZAS MUNICIPALES Y LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN EL CONTEXTO NORMATIVO EUROPEO Y ESPAÑOL**

Las ordenanzas municipales deben ajustarse tanto al Derecho de la Unión Europea como al Derecho interno español. Ahora bien, estas relaciones son particularmente complejas y de distinta naturaleza: así y en relación con el Derecho de la Unión Europea, la aplicación del Tratado constitutivo y de la Directiva de servicios es

---

<sup>3</sup> De acuerdo con el Ministerio de Economía y Hacienda, *Informe sobre la transposición de la Directiva de servicios*, Madrid, 29 de abril de 2010, pp. 2-3, sólo por lo que se refiere a la transposición normativa y hasta abril de 2010, los datos son realmente abrumadores en España: se habían modificado 50 leyes y 118 Reales Decretos del Estado central; habían sido afectadas 199 leyes, 546 decretos, 174 órdenes y 6 resoluciones de las Comunidades Autónomas. Pero quedaban por adaptarse normativamente, en sus reglamentos y ordenanzas, las Entidades locales que, como señala el citado *Informe*, p. 68, son 8.115 municipios, 38 diputaciones provinciales, 7 cabildos insulares, 4 consejos insulares y 3 diputaciones forales con potestad reglamentaria.

sensiblemente diferente de la relación de las ordenanzas con las leyes estatales básicas y leyes autonómicas de desarrollo adoptas en España para ajustarse a las exigencias de la Directiva de servicios.

### **1. La Directiva de servicios como instrumento para facilitar la realización de las libertades económicas fundamentales: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia**

Al referirse a la transposición de la Directiva de servicios y, especialmente, cuando se plantea la cuestión de su ámbito de aplicación, no puede olvidarse que su finalidad es «facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios».

Esto quiere decir que la propia base jurídica de la Directiva de servicios está asentada en las libertades económicas fundamentales del Tratado constitutivo<sup>4</sup>. Lo que también explica que la Directiva de servicios deba partir de un contexto de libertad económica en los términos queridos por el Tratado constitutivo. Pero también debe tenerse en cuenta el efecto directo reconocido por la jurisprudencia a las libertades económicas fundamentales y al ámbito de aplicación, sin duda más amplio, del régimen general establecido en el Tratado constitutivo en relación con las eventuales exclusiones contenidas en la Directiva de servicios.

Precisamente, la Directiva de servicios se concibe como un instrumento normativo de aplicación del Tratado hasta el punto de que el legislador comunitario confiesa las estrategias posibles y la finalmente elegida en el preámbulo de la Directiva: «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» (apartado 6)<sup>5</sup>.

El contexto de libertad económica supone, en lo que se refiere a la transformación experimentada con la aplicación de la Directiva de servicios, un cambio de paradigma

---

<sup>4</sup> La evolución constitucional de la Unión Europea no ha afectado a la esencia de las libertades económicas fundamentales del mercado común y del mercado interior; en cambio, la numeración e incluso la denominación del Tratado constitutivo han variado pasando, por lo que se refiere al derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios, de estar regulados en los artículos 52 y siguientes del Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE, desde el Tratado de Roma de 1957) o en los artículos 43 y siguientes del Tratado de la Comunidad Europea (TCE, desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht el 1 de noviembre de 1993) hasta los vigentes artículos 49 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, en vigor el 1 de diciembre de 2009 como resultado de las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa).

<sup>5</sup> Sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con los entes locales, véase, por ejemplo, la sentencia de 29 de noviembre de 2001, François De Coster (C-17/00, *Rec.* p. I-9445); sentencia de 5 de octubre de 2004, CaixaBank France (C-442/02, *Rec.* p. I-8961); sentencia de 8 de septiembre de 2005, Mobistar SA / Municipio de Fléron, y Belgacom Mobile SA (C-544/03 y C-545/03, *Rec.* p. I-7723); sentencia de 17 de julio de 2008, Corporación Dermoeestética (C-500/06, *Rec.* p. I-5785); y el auto de 24 de octubre de 2008, Marc Vandermeir (C-364/08, *Rec.* p. I-8087).

en el régimen de autorizaciones administrativas de servicios. De hecho, la Directiva de servicios da por supuesto un régimen de libertad que sólo excepcionalmente y cumpliendo una serie de requisitos puede restringirse con un régimen de autorizaciones (no discriminatorias, necesarias y proporcionadas). Esto explica, por ejemplo, procedimentalmente, que, ante el eventual establecimiento de reglas del silencio, este sólo pueda ser, salvo excepciones también convenientemente justificadas, positivo. Es decir y en los términos que resultan del artículo 13.4 de la Directiva de servicios: «A falta de respuesta en el plazo fijado o ampliado con arreglo al apartado 3, se considerará que la autorización está concedida. No obstante, se podrá prever un régimen distinto cuando dicho régimen esté justificado por una razón imperiosa de interés general, incluidos los legítimos intereses de terceros».

Asimismo, la aplicación directa de las libertades económicas fundamentales contenidas en el Tratado constitutivo atenúa, en cierto modo, las exclusiones que ha establecido la propia Directiva de servicios. De este modo y, por ejemplo, si bien el artículo 2.2.f) de la Directiva de servicios señala que no se aplica a «los servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado», no impide que tal sector quede sometido directamente a las exigencias de las libertades económicas fundamentales en los términos interpretados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>6</sup>.

Me permito ilustrar esta situación con dos ejemplos recientes referidos a España en ámbitos en que, por una parte y en relación con la legislación catalana de equipamientos comerciales, aun cuando hubiesen estado sometidos a la Directiva de servicios esta no era aún aplicable; y, por otra parte, en relación con las oficinas de farmacia asturianas que, a pesar de no aplicárseles ni antes ni ahora la Directiva de servicios, la regulación nacional y la autonómica están sometidas a las libertades económicas fundamentales.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea está a punto de fallar sobre la compatibilidad del régimen de autorizaciones exigido en Cataluña para el establecimiento de grandes superficies. No obstante, ya se ha pronunciado la abogada general en unas Conclusiones muy significativas que anuncian una sentencia en términos muy similares del Tribunal de Justicia por la que, muy probablemente, se declare que la legislación aplicable en Cataluña es contraria a las libertades económicas

---

<sup>6</sup> En el amplísimo preámbulo de la Directiva de servicios se lleva a cabo, por ejemplo, un ejercicio del concepto de ‘razones imperiosas de interés general’ que ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a los artículos 43 y 49 del Tratado y que puede seguir evolucionando: «La noción reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia abarca al menos los ámbitos siguientes: orden público, seguridad pública y salud pública, en el sentido de los artículos 46 y 55 del Tratado, mantenimiento del orden en la sociedad, objetivos de política social, protección de los destinatarios de los servicios, protección del consumidor, protección de los trabajadores, incluida su protección social, bienestar animal, preservación del equilibrio financiero de los regímenes de seguridad social, prevención de fraudes, prevención de la competencia desleal, protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, protección de los acreedores, garantía de una buena administración de justicia, seguridad vial, protección de la propiedad intelectual e industrial, objetivos de política cultural, incluida la salvaguardia de la libertad de expresión de los diversos componentes (en especial, los valores sociales, culturales, religiosos y filosóficos de la sociedad), la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, mantenimiento de la diversidad de prensa, fomento de la lengua nacional, conservación del patrimonio nacional histórico y artístico y política veterinaria» (apartado 40).

fundamentales<sup>7</sup>. En sus Conclusiones la abogada general Sharpston analiza la legislación estatal y, en particular, la Ley catalana de grandes superficies de 2005, es decir, cuando ya se estaba tramitando lo que luego sería la Directiva de servicios aprobada al año siguiente, llegando a la conclusión de que contiene regulaciones contrarias al derecho de establecimiento consagrado por el Tratado constitutivo<sup>8</sup>. En su argumentación la abogada general no utiliza referencia alguna a la Directiva de servicios en la medida en que la Comisión Europea deducía el incumplimiento de la vulneración del artículo 43 del Tratado CE y en tanto que las normas españolas se habían adoptado antes de entrar en vigor la Directiva y antes de que hubiese terminado el plazo de transposición<sup>9</sup>.

Y el segundo ejemplo es también revelador de que el Tratado constitutivo y sus libertades fundamentales se aplican a las oficinas de farmacia aun cuando no hubiese estado en vigor o aun cuando no fuese aplicable la Directiva de servicios<sup>10</sup>.

El Tribunal de Justicia se pronuncia en su sentencia de 1 de junio de 2010, José Manuel Blanco Pérez y María del Pilar Chao Gómez, sobre la apertura de las oficinas de farmacia y la aplicación directa de las libertades económicas fundamentales<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> TJUE, Conclusiones de la abogada general Eleanor Sharpston, de 7 de octubre de 2010, Comisión / España (legislación sobre equipamientos comerciales en Cataluña) (C-400/08).

<sup>8</sup> La única referencia a la Directiva de servicios en sus Conclusiones la hace la abogada general cuando recuerda el procedimiento precontencioso donde, frente al dictamen motivado de la Comisión en el que ponía de manifiesto el incumplimiento por España del artículo 43TCE: «En su respuesta de 3 de enero de 2008, el Reino de España confirmó su intención de modificar la legislación impugnada, pero indicó que las modificaciones se llevarían a cabo en el marco de la ejecución de la ‘Directiva servicios’» (apartado 28). Las normas españolas impugnadas por la Comisión Europea ante el Tribunal de Justicia son: la Ley estatal 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, la Ley catalana 18/2005, de 27 de diciembre, de equipamientos comerciales, el Decreto catalán 378/2006, de 10 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 18/2005 y el Decreto catalán 379/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan territorial sectorial de equipamientos comerciales.

<sup>9</sup> En el apartado 134 de sus Conclusiones, la abogada general eleva esta propuesta al Tribunal de Justicia: «Declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 CE al adoptar o mantener en vigor las siguientes disposiciones: –Artículo 4, apartado 1, de la Ley catalana 18/2005, en la medida en que prohíbe implantar grandes establecimientos comerciales fuera de la trama urbana consolidada de un número limitado de municipios. –Artículos 7 y 10, apartado 2, del Decreto catalán 379/2006, junto con el anexo 1 de dicho Decreto, en la medida en que tales disposiciones limitan la autorización de nuevos hipermercados y exigen que tales hipermercados no absorban más del 9 % del consumo de productos de uso cotidiano o el 7 % del consumo de productos de uso no cotidiano. – Artículo 6, apartado 2, de la Ley estatal 7/1996, artículo 8 de la Ley catalana 18/2005 y artículo 14, apartado 1, letra b), del Decreto catalán 378/2006, en la medida en que dichas disposiciones exigen la aplicación de un límite de cuota de mercado y un límite de efectos sobre el comercio minorista existente, más allá de los cuales no podrán crearse nuevos establecimientos comerciales grandes o medianos. – Artículos 6 y 7 de la Ley 18/2005, en la medida en que disponen que una solicitud de licencia se entenderá tácitamente desestimada si no ha sido expresamente estimada dentro de un plazo determinado, y, por consiguiente, restringen más la libertad de establecimiento que un régimen con arreglo al cual una solicitud sea tácitamente estimada si no ha sido expresamente desestimada dentro del referido plazo. – El artículo 26 del Decreto 378/2006, en la medida en que regula la composición de la Comisión de Equipamientos Comerciales de tal forma que confiere un peso significativo a los intereses del comercio anteriormente existente, excluyendo a los grupos de interés medioambiental y de protección de los consumidores».

<sup>10</sup> David Ordóñez Solís, “La regulación española de las oficinas de farmacia en el contexto del mercado único y a la luz de la jurisprudencia europea”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* n° 10, julio-agosto de 2009, pp. 9-30.

<sup>11</sup> TJUE (Gran Sala), sentencia de 1 de junio de 2010, José Manuel Blanco Pérez y María del Pilar Chao Gómez (C-570/07 y C-571/07, pendiente de publicación en la *Recopilación*).

El litigio se había planteado ante el Tribunal Superior de Justicia de Asturias entre dos aspirantes a obtener la titularidad de una oficina de farmacia y el Principado de Asturias que había desarrollado la legislación básica estatal y aplicaba un procedimiento de adjudicación de 26 oficinas de farmacia. A las preguntas de la Sala de lo Contencioso-administrativo, el Tribunal de Justicia, por una parte, responde: «el artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que **no se opone, en principio**, a una normativa nacional, como la controvertida en los asuntos principales, que impone límites a la concesión de autorizaciones de establecimiento de nuevas farmacias, al disponer que: – en principio, en cada zona farmacéutica, sólo se podrá crear una farmacia por módulo de 2.800 habitantes; – tan sólo podrá crearse una farmacia adicional si se sobrepasa dicha proporción, la cual se creará por la fracción superior a 2.000 habitantes, y – cada farmacia deberá respetar una distancia mínima respecto de las farmacias preexistentes, que es, por regla general, de 250 metros» (apartado 113). Pero, por otra parte, el Tribunal de Justicia le explica al tribunal asturiano: «Sin embargo, **el artículo 49 TFUE se opone** a tal normativa en la medida en que las normas de base de 2.800 habitantes o de 250 metros impidan la creación de un número suficiente de farmacias capaces de garantizar una atención farmacéutica adecuada en las zonas geográficas con características demográficas particulares, lo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional» (apartado 114).

Esta respuesta tan matizada y a la vez ambigua propiciará que se sigan planteando cuestiones de este tipo, vayan o no a parar el Tribunal de Justicia y que girarán en torno al efecto directo del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios en un ámbito, como el de los servicios sanitarios, al que, ciertamente, no se aplica la Directiva de servicios pero que debe acomodarse a las exigencias del Tratado constitutivo<sup>12</sup>.

## **2. La aplicación normativa de la Directiva de servicios en España: legislación básica estatal y legislación autonómica de desarrollo**

Para realizar la transposición de la Directiva de servicios había un razonable plazo de tres años; sin embargo las prisas llegaron el último año de modo que sólo se pudo realizar una transposición normativa parcial y formal dentro de plazo, es decir, antes del 28 de diciembre de 2009: así ocurrió con la adopción de algunas leyes estatales básicas y de aquellas leyes autonómicas adoptadas, como consecuencia de la parsimonia de legislador estatal, de manera atropellada a finales de 2009. De hecho, en 2010 tanto el Estado como las Comunidades Autónomas han adoptado nuevas e importantes leyes para cumplir la obligación de incorporar la Directiva de servicios. Sin embargo y teniendo en cuenta las características específicas del ordenamiento español, la renovación normativa de las Entidades locales sólo podía producirse escalonadamente: primero adoptando la legislación estatal básica; a continuación, esta legislación debía ser desarrollada por la legislación autonómica; y, por último, y a partir del marco normativo de la Directiva de servicios, de la legislación básica estatal y de la legislación autonómica respectiva, pueden ejercer su potestad reglamentaria las Entidades locales,

---

<sup>12</sup> Véase, por ejemplo, la petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Granada (España) el 18 de diciembre de 2008 — Carlos Sáez Sánchez y Patricia Rueda Vargas / Junta de Andalucía y Manuel Jalón Morente y otros (C-563/08) (DOUE n° C 69, de 21 de marzo de 2009, p. 21).

en particular y por lo que ahora importa, pueden adoptar las correspondientes ordenanzas municipales.

Sin embargo, la concentración de la aprobación de la legislación estatal a finales de 2009 y la precipitada actividad legislativa autonómica, fundamentalmente en diciembre de 2009, han impedido que las ordenanzas municipales se adaptasen a las exigencias de la Directiva de servicios antes del 28 de diciembre de 2009.

La incorporación de esta Directiva de servicios afecta de una manera sustancial a competencias básicas del Estado, en los términos enunciados por el artículo 149.1 de la Constitución española, en cuanto se refiere a materias que se entrecruzan y solapan: la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (apartado 1), las bases y coordinación de la planificación general (apartado 13), el régimen jurídico de las Administraciones y del procedimiento administrativo común (apartado 18) o la legislación básica sobre protección del medio ambiente (apartado 23)<sup>13</sup>.

La legislación básica estatal requerida para transponer al Derecho español la Directiva de servicios se llegó a aprobar en gran parte dentro de plazo mediante dos leyes adoptadas en noviembre y diciembre de 2009; sin embargo, en 2010 ha seguido la adopción de leyes estatales básicas hasta el punto de que no se sabe cuándo terminará esta renovación legislativa.

En primer lugar, la Ley estatal 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, está en vigor desde el 25 de diciembre de 2009<sup>14</sup>. Esta Ley, conocida con la poco afortunada e impropia denominación de *Ley paraguas* enuncia principios de gran generalidad y alcance, que debían ser plasmados a través de las leyes estatales sectoriales.

En segundo lugar, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en vigor desde el 27 de diciembre de 2009<sup>15</sup> y denominada también con poca imaginación *Ley omnibus*, modifica 48 leyes estatales en áreas tan diversas como la administración pública, el consumo, los servicios profesionales, el empleo, los servicios industriales y construcción, la energía, los transporte y comunicaciones, el medioambiente y la agricultura, la sanidad o la propiedad intelectual.

Pero también se aprobó, ya fuera del plazo establecido, la Ley estatal 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> David Ordóñez Solís, “Las licencias, el silencio positivo y la responsabilidad de las Administraciones locales después de la Directiva de Servicios”, *El Consultor de los Ayuntamientos* nº 9/2010, Madrid, 15 de mayo de 2010, pp. 1411-1429.

<sup>14</sup> BOE nº 283, de 24 de noviembre de 2009.

<sup>15</sup> BOE nº 308, de 23 de diciembre de 2009.

<sup>16</sup> BOE nº 53, de 2 de marzo de 2010.

Por último, está tramitándose en las Cortes Generales el proyecto de Ley de la Economía Sostenible con idéntico objetivo y, lo que es más temible, con similar técnica legislativa ‘omnicomprensiva’<sup>17</sup>.

Una valoración general de la normativa básica estatal de transposición de la Directiva de servicios permite observar, en primer lugar, que el cumplimiento es parcial, que la transposición normativa no es completa; de hecho, así lo dicen expresamente y en los mismos términos la *Ley paraguas*, la *Ley ómnibus* y la Ley del comercio minorista<sup>18</sup>.

En segundo lugar, la transposición es muy confusa en la medida en que amplía la aplicación de la Directiva de servicios a ámbitos que nada tienen que ver, como es el caso del mismo procedimiento administrativo general y el régimen del silencio; regula ámbitos expresamente excluidos por la Directiva como los transportes, aunque, ciertamente, sometidos al Tratado constitutivo; y sobre otros nada señala o deja para intervenciones normativas posteriores. En fin, algunas Comunidades Autónomas han impugnado ante el Tribunal Constitucional algunos aspectos de la transposición, en particular, algunas disposiciones competenciales de la *Ley ómnibus*<sup>19</sup>.

El segundo nivel normativa de transposición en España de la Directiva de servicios está constituido por la legislación autonómica de desarrollo. A tal efecto, el panorama legislativo y reglamentario autonómico resulta inabarcable a la vista de la transposición murciana<sup>20</sup>, balear<sup>21</sup>, castellano-manchega<sup>22</sup>, madrileña<sup>23</sup>, andaluza<sup>24</sup>, castellano-leonesa<sup>25</sup>, gallega<sup>26</sup>, catalana<sup>27</sup>, navarra<sup>28</sup>, aragonesa<sup>29</sup>, riojana<sup>30</sup> y cántabra<sup>31</sup>.

---

<sup>17</sup> Proyecto de Ley de Economía Sostenible, aprobado por el Consejo de Ministros celebrado en Sevilla el 19 de marzo de 2010 (*BOCG*, Congreso de los Diputados nº A-60-1 de 9 de abril de 2010, p. 1); en su exposición de motivos el Gobierno de la Nación explica: «la Ley de Economía Sostenible viene a continuar el esfuerzo de remoción de obstáculos administrativos iniciado con las normas de transposición de la Directiva de Servicios, pero, además, asume la necesidad de incidir en otros aspectos que resultan en la actualidad negativos para la situación de nuestra economía o que son susceptibles de simplificación y agilización». En septiembre de 2010 seguía tramitándose en el Congreso de los Diputados pero la previsión del Gobierno de la Nación era que se aprobase definitivamente, después de haber pasado por el Senado, en diciembre de 2010.

<sup>18</sup> Sendas disposiciones finales segundas de la Leyes estatales 17/2009, 25/2009 y 1/2010 indican: «Mediante esta Ley se incorpora parcialmente al Derecho español la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior».

<sup>19</sup> Véanse los recursos de inconstitucionalidad de Cataluña (recurso nº 6851/2010; contra el artículo 5.5, disposición transitoria cuarta y disposición final primera de la Ley 25/2009) y de Canarias (recurso nº 6883/2010; contra los artículos 18.5 y 35 de la Ley 25/2009) (*BOE* nº 252, de 20 de octubre de 2010).

<sup>20</sup> Ley murciana 12/2009, de 11 de diciembre, por la que se modifican diversas Leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (*BORM* nº 296, 24 de diciembre de 2009).

<sup>21</sup> Ley balear 8/2009, de 16 de diciembre, de reforma de la Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears para la transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (*BOE* nº 26, 30 de enero de 2010).

<sup>22</sup> Ley castellano-manchega 7/2009, de 17 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los Servicios en el Mercado Interior (*BOE* nº 256, de 22 de octubre de 2010).

<sup>23</sup> Ley madrileña 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa Madrileña (*BOE* nº 63, de 13 de marzo de 2010).

<sup>24</sup> Decreto-ley andaluz 3/2009, de 22 de diciembre, por el que se modifican diversas leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior (*BOJA* nº 250, de 24 de diciembre de 2009); y Decreto andaluz 80/2010, de 30 de marzo, de simplificación de trámites administrativos y de

La transposición por los legisladores autonómicos ha sido también y necesariamente a última hora pero dentro del plazo en Murcia, Islas Baleares, Castilla-La Mancha, Madrid, Andalucía y Castilla y León, y en el resto de los casos ha sido una incorporación tardía. En tales circunstancias las técnicas legislativas utilizadas varían, aunque se pueden distinguir cuatro tipos de transposición: mediante una ley autonómica ordinaria, a través de una ley autonómica de bases de delegación en el Gobierno regional, por decreto-ley adoptado por el Gobierno autonómico, o, en fin, mediante simples normas autonómicas reglamentarias.

El primer modelo, que es el más común y más seguro, como puede ser el murciano, el balear, el castellano-manchego, el madrileño, el gallego, el navarro o el cántabro, desarrolla las bases estatales mediante una ley más o menos sustanciosa y que, en gran medida, tiene en cuenta el marco normativo estatal, aunque en algunos casos los procedimientos legislativos estatales y autonómicos fueran paralelos. En este sentido, la Ley foral navarra señala: «El Estado, iniciador del proceso de transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico español, ha dictado una Ley de carácter básico, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en la cual se contienen los principios generales de la Directiva de Servicios y se fijan los criterios comunes para llevar a cabo el correspondiente proceso de adaptación normativa en las Comunidades Autónomas. La Administración del Estado completa su proceso de transposición con otra Ley de carácter sectorial mediante la cual modifica distintas leyes estatales afectadas por las disposiciones de la Directiva de Servicios».

---

modificación de diversos Decretos para su adaptación al Decreto-ley 3/2009, de 22 de diciembre, por el que se modifican diversas Leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva relativa a los Servicios en el Mercado Interior (*BOJA* nº 69, 12 de abril de 2010); y, en fin, la Ley andaluza 3/2010, de 21 de mayo, por la que se modifican diversas Leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior.

<sup>25</sup> Decreto-Ley castellano-leonés 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León (*BOCL* nº 247, de 26 de diciembre de 2009).

<sup>26</sup> Ley gallega 1/2010, de 11 de febrero, de modificación de diversas leyes de Galicia para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

<sup>27</sup> Ley catalana 5/2010, de 26 de marzo, de bases de delegación en el Gobierno de la potestad legislativa para la adecuación de normas con rango de ley a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. (*BOE* nº 100, 26 de abril de 2010) y el Decreto Legislativo catalán 3/2010, de 5 de octubre, para la adecuación de normas con rango de Ley a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (*DOGC* nº 5729, de 6 de octubre de 2010).

<sup>28</sup> Ley Foral navarra 7/2010, de 6 de abril, de modificación de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra, para su adaptación a la directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior (*BOE* nº 129, de 27 de mayo de 2010).

<sup>29</sup> Decreto-ley aragonés 1/2010, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón, de modificación de diversas Leyes de la Comunidad Autónoma de Aragón para la transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (*BOA* nº 86, de 5 de mayo de 2010).

<sup>30</sup> Decreto riojano 25/2010, de 30 de abril, de modificación de diversos Decretos para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el Mercado Interior (*BOLR* nº 55, 7 de mayo de 2010).

<sup>31</sup> Ley de Cantabria 2/2010, de 4 de mayo, para la modificación de la Ley de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del Comercio de Cantabria, y de otras normas complementarias para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (*BOE* nº 131, de 29 de mayo de 2010).

Asimismo, la Ley cántabra reconoce en su preámbulo el carácter limitado de la legislación autonómica que debe completarse con la propia regulación de la Unión Europea y con la legislación autonómica y la reglamentación local: «Desde un punto de vista de técnica legislativa, las anteriores consideraciones provocan que la Directiva no requiera de un único acto de transposición, sino que va a exigir de todo un proceso dinámico de adaptación del ordenamiento jurídico autonómico a la nueva realidad. Así, la transposición de la Directiva ha de suponer una necesaria combinación tanto de medidas legislativas, como de medidas no legislativas de índole organizativo o práctico, encaminadas hacia la eliminación de aquellos obstáculos administrativos que puedan dificultar el ejercicio de las citadas libertades fundamentales consagradas ya en el propio Tratado Constitutivo, sobre todo en relación con la prestación de todos aquellos servicios que se realizan por cuenta propia conforme a un método económico. Con ello no se persigue si no la afirmación de la seguridad jurídica necesaria para el efectivo ejercicio de las citadas libertades fundamentales, creando un marco legal que impida el establecimiento de cualquier tipo de restricción por parte de los poderes públicos competentes en cada territorio».

El segundo modelo, consistente en una Ley de bases de delegación en el Gobierno autonómico de la potestad legislativa para la adecuación de normas con rango de ley a la Directiva, se ha utilizado en Cataluña<sup>32</sup>.

Por una parte, la Ley catalana detalla 13 leyes autonómicas que deberán ser objeto de adecuación por el Gobierno catalán y, por otra parte, su artículo 2 dispone: «son bases de la delegación, en calidad de principios y criterios a los que debe ajustarse el Gobierno en la elaboración de los correspondientes decretos legislativos, las disposiciones de la Directiva 2006/123/CE, en lo que se refiere a las materias objeto de delegación». En la parte dispositiva de la Ley catalana se omite cualquier referencia a la Ley estatal 17/2009 dando a entender que la transposición de la Directiva se hace directamente por Cataluña<sup>33</sup>.

En ejercicio de la delegación legislativa, el Gobierno autonómico adoptó el Decreto Legislativo catalán 3/2010, de 5 de octubre, para la adecuación de normas con rango de Ley a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. En el preámbulo del Decreto legislativo se refiere al proceso estatal de implementación de la Directiva de servicios que «requiere adaptar la normativa catalana con rango legal a los criterios y principios de la DSMI [Directiva de servicios del mercado interior]. Con esta finalidad, este Decreto Legislativo prevé la supresión de los regímenes de autorización que afectan el ejercicio o el acceso a una actividad de servicios y que no se justifican por una razón imperiosa de interés general. Además, en los casos en los que está justificado el mantenimiento de un régimen de autorización, este se revisa a fin de que responda a los

---

<sup>32</sup> Este técnica de la Ley de bases de delegación se utilizó en 1986 tanto por el Estado como por Cataluña y el País Vasco para transponer las primeras directivas aplicables como consecuencia de la adhesión de España a las Comunidades Europeas; véanse más detalles en mi libro *La ejecución del Derecho comunitario europeo en España*, Civitas, 1993, Madrid.

<sup>33</sup> Nótese, no obstante, que también en la Ley cántabra se pretende dar la misma impresión aunque se señala en el preámbulo: «la presente Ley tiene como único objetivo incorporar al ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma de Cantabria la Directiva 2006/123/CE, modificando las normas afectadas en todo aquello en que resulten contrarias o incompatibles con sus disposiciones y siempre bajo el más escrupuloso respeto a lo recogido en la legislación estatal básica en la materia».

principios de proporcionalidad y no discriminación. Por otra parte, las modificaciones normativas que introduce el presente Decreto Legislativo comportan la eliminación de todos los requisitos que la DSMI prohíbe y de los que no se ajustan a lo que prevén los artículos 15 y 16 de la DSMI. Finalmente, en todos los casos, las modificaciones introducidas comportan la adaptación del régimen sancionador al nuevo marco normativo»<sup>34</sup>.

El tercer modelo, por el que se ha optado en Andalucía, Castilla y León, y Aragón, utiliza el decreto-ley autonómico. La incorporación de la Directiva y el desarrollo normativo de la Ley estatal básica mediante decreto-ley es, ciertamente, muy atrevido en cuanto que se basa en la urgencia de incorporar una directiva que tenía un plazo de transposición de tres años y, aunque se retrasase el legislador estatal básico hasta el último día, constituye una importantísima renovación legislativa para despacharla con una norma de naturaleza urgente y en manos del Gobierno autonómico. Ciertamente en el caso de los Decretos-leyes andaluz y castellano-leonés se consiguió respetar el plazo de transposición de la Directiva. Sin embargo, los razonamientos contenidos en el preámbulo del Decreto-ley andaluz suscitan bastantes dudas de que esté justificado acudir a este procedimiento tan expeditivo.

En cualquier caso, la obra titánica de transposición de la Directiva parece que solo acaba de empezar porque, como revela la DF 1ª del Decreto-ley aragonés: «En las materias que son de competencia de la Comunidad Autónoma de Aragón de conformidad con el Estatuto de Autonomía de Aragón, mediante este Decreto-ley se incorpora parcialmente al Derecho aragonés la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior». También en este caso el preámbulo del Decreto-ley aragonés se alinea claramente y sin complejos con la previa intervención legislativa estatal, subraya: «el artículo 93.2 señala que la Comunidad Autónoma de Aragón aplica y desarrolla el Derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias».

Asimismo y en el caso de Andalucía, las prisas iniciales, achacables al legislador estatal, han sido remediadas con regulaciones específicas que se pudieron adoptar en 2010<sup>35</sup>.

En algunos casos, como en La Rioja, se adopta simplemente y en un ámbito técnico el mero Decreto autonómico «sin perjuicio de la tramitación de posteriores adecuaciones

---

<sup>34</sup> Decreto Legislativo catalán 3/2010, de 5 de octubre, para la adecuación de normas con rango de Ley a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (*BOE* n° 257, de 23 de octubre de 2010).

<sup>35</sup> En virtud de la citada Ley andaluza 3/2010 y en los términos que resultan de su preámbulo se suprimen: «La licencia comercial específica previa a la licencia municipal de los grandes establecimientos comerciales, prevista en el Título IV de la Ley 1/1996, de 10 de enero. Los límites inferiores a 2.500 metros cuadrados de superficie útil de exposición y venta para la consideración de gran superficie minorista. Las pruebas económicas para fundamentar la decisión de otorgamiento de la licencia comercial específica. Las disposiciones que permitían la intervención en el procedimiento de autorización de personas que representan los intereses comerciales ya presentes en el mercado. La licencia comercial específica para los establecimientos de descuento y de venta de restos de fábrica con una superficie útil de exposición y venta mínima de 400 metros cuadrados. La tasa autonómica por la tramitación de la licencia comercial. Las inscripciones previas en el Registro de Comerciantes y Actividades Comerciales de Andalucía, en el Registro General de Comerciantes Ambulantes de Andalucía y en el Registro de Ferias Comerciales Oficiales de Andalucía. Los obstáculos a la libertad de establecimiento de los prestadores pertenecientes a los Estados miembros, y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros en la organización de las ferias comerciales».

normativas a realizar de forma independiente a este Decreto, dado el carácter específico y técnico de las materias que regulan».

### **3. Las ordenanzas municipales, el Derecho de la Unión Europea y el Derecho español**

El hecho de que la reglamentación de las Entidades locales requiera una previa regulación estatal y autonómica no le priva de mantener relaciones directas con el Derecho de la Unión Europea ni, desde luego, de respetar el principio de jerarquía normativa del Derecho interno español.

En relación con el Derecho de la Unión Europea, las ordenanzas municipales quedan sometidas a las consecuencias de los principios de primacía y de efecto directo. Por esa razón, aun cuando las ordenanzas son el último escalón normativo en España deben garantizar, por encima de las leyes estatales básicas y de la legislación autonómica de desarrollo, la aplicación directa de las libertades económicas fundamentales consagradas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y de algunas disposiciones claras e incondicionales de la misma Directiva de servicios.

Ahora bien y en relación con el Derecho interno español, las ordenanzas municipales están sometidas al principio de jerarquía respecto de las leyes estatales básicas y de la legislación autonómica de desarrollo y también deben estar habilitadas legislativamente en ámbitos particularmente sensibles a la reserva de ley como el administrativo sancionador o el tributario.

Desde el punto de vista práctico y del ciudadano, el retraso en adoptar el marco legislativo estatal y, obviamente, de desarrollar el marco legislativo autonómico, han hecho que por lo general los Ayuntamientos no hayan adaptado sus ordenanzas a las exigencias del Derecho de la Unión Europea.

Hasta ahora y en lo que va de 2010 no se aprecia una adaptación generalizada de la reglamentación municipal en lo que se refiere a la Directiva de servicios. A tal efecto, el propio Gobierno de la Nación eligió un grupo de ciudades integrado por Madrid, Valencia, Toledo, Valladolid, Granada, Huesca, L'Hospitalet de Llobregat, Rubiá, Vilamarín, Viana do Bolo, Ourense, Xinzo de Limia, Castro Caldelas, Cortejada, Bande, Verín, Ribadavia y Barbadás, donde se comprobó que las ordenanzas más afectadas eran: «quioscos, publicidad exterior, venta ambulante, mercados municipales (mayoristas y minoristas), terrazas y veladores, licencias de actividad, apertura y funcionamiento de establecimientos (en general): en esta tipología se encuentran tanto las Ordenanzas sustantivas, reguladoras del correspondiente procedimiento, como las fiscales, reguladoras de las tasas exigibles, protección contra el ruido, protección del medio ambiente atmosférico, telecomunicaciones, energía solar, servicios funerarios»<sup>36</sup>.

No obstante, se observan casos singulares de regulación mediante ordenanzas que son tan estimables como meritorias pero ponen de manifiesto la debilidad de las estructuras administrativas central y autonómicas a la hora de prestar apoyo a las Entidades locales.

Por lo general, se han seguido dos estrategias: la aprobación de una ordenanza

---

<sup>36</sup> Ministerio de Economía y Hacienda, *Informe sobre la transposición de la Directiva de servicios*, ob. cit., pp. 69 a 71.

transversal o la adopción de modificaciones específicas en las ordenanzas tradicionales<sup>37</sup>.

El Ayuntamiento de Granada se adelantó a la legislación estatal y autonómica adoptando el 13 de abril de 2009 la Ordenanza Municipal reguladora de Licencias de Instalación y de Apertura o Funcionamiento de establecimientos y actividades<sup>38</sup>. Y esta misma estrategia ha sido la seguida, por ejemplo, por el Ayuntamiento de Vitoria que adoptó el 25 de junio de 2010 la Ordenanza de modificación de varias ordenanzas para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio<sup>39</sup>.

Siguiendo la estrategia general, la Diputación de Barcelona elaboró una Ordenanza municipal tipo con el fin de que fuese utilizada por los ayuntamientos barceloneses<sup>40</sup>. En el mismo sentido, un Ayuntamiento cordobés ha considerado necesario y conveniente reproducir, en sustancia, la *Ley paraguas* a través de una Ordenanza de carácter general<sup>41</sup>.

A la vista de la Directiva de servicios, las ordenanzas municipales han de aplicar una técnica legislativa que tenga en cuenta «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» (apartado 45 del preámbulo de la Directiva de servicios).

El artículo 10.1 de la Directiva de servicios subraya el carácter reglado de las licencias en estos términos: «Los regímenes de autorización deberán basarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con

---

<sup>37</sup> Petra Mahíllo García, “La incidencia de la Directiva de servicios en la normativa local y el proceso de adaptación de la misma”, *Cuadernos de Derecho Local* nº 23, junio de 2010, pp. 7-11.

<sup>38</sup> Las últimas modificaciones fueron publicadas en el *BOP* de Granada nº 4, de 8 de enero de 2010. En su preámbulo señala la Ordenanza: «El objeto principal de esta Modificación llevada a cabo en la presente Ordenanza es determinar a través de la misma, y circunscrita a nuestra ciudad, el objetivo principal de la Directiva Europea de Servicios consistente en garantizar el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios. Con tal finalidad y vistas las leyes tanto estatales como autonómicas que van a acoger y desarrollar los principios citados, este Ayuntamiento ha entendido necesaria la eliminación de los procesos de autorización previa que, como queda determinado en esta norma municipal, se sustituirán por notificaciones posteriores o declaraciones en las que los prestadores de servicios se responsabilizarán del cumplimiento de los requisitos necesarios para el correcto funcionamiento de la actividad. La calidad de las prestaciones, en la mayoría de los casos, se garantizará, por tanto, no a través de autorizaciones previas sino de inspecciones y controles *a posteriori*».

<sup>39</sup> Ayuntamiento de Vitoria, Ordenanza de modificación de varias ordenanzas para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (*Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava* nº 88, de 6 de agosto de 2010).

<sup>40</sup> Diputación de Barcelona, Anunci de la Diputació de Barcelona, sobre aprovació d'un model tipus d'ordenança municipal, Ordenanza municipal tipo reguladora del libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio en el ámbito territorial de la entidad local (*DOGC* nº 5588, de 16 de marzo de 2010). Una traducción en castellano de esta Ordenanza se recoge en la revista *Cuadernos de Derecho Local* nº 23, junio de 2010, pp. 78-91.

<sup>41</sup> Ayuntamiento de Benamejí, Ordenanza municipal reguladora del libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio en el municipio de Benamejí para la adaptación de su normativa a la Directiva 2006/123/CE (*BOP de Córdoba* nº 78, de 29 de abril de 2010, p.4188); en el preámbulo se señala: «La presente Ordenanza se ha redactado a la luz de dichas Leyes y viene a establecer el marco al que se deberán sujetar todos los procedimientos y trámites que el Ayuntamiento tenga establecido o vaya a establecer para la prestación de servicios sujetos a la Directiva».

el fin de que dicha facultad no se ejerza de forma arbitraria». Y seguidamente ofrece las características de los criterios que en su caso se exijan: «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; g) ser transparentes y accesibles».

En fin, el artículo 10.3 de la Directiva de servicios contiene una previsión para el caso de que para una misma actividad se exijan dos o más autorizaciones: «Las condiciones de concesión de una autorización para un nuevo establecimiento no deberán dar lugar a solapamientos con los requisitos y controles equivalentes o comparables en lo esencial por su finalidad a los que ya esté sometido el prestador en otro Estado miembro o en el mismo Estado miembro».

Asimismo, el procedimiento de las licencias debe cumplir una serie de requisitos que enuncia el artículo 13 de la Directiva de servicios.

En primer lugar, «los procedimientos y trámites de autorización deberán ser claros, darse a conocer con antelación y ser adecuados para garantizar a los solicitantes que su solicitud reciba un trato objetivo e imparcial»; y, del mismo modo, «no deberán tener carácter disuasorio ni complicar o retrasar indebidamente la prestación del servicio. Se deberá poder acceder fácilmente a ellos y los gastos que ocasionen a los solicitantes deberán ser razonables y proporcionales a los costes de los procedimientos de autorización y no exceder el coste de los mismos».

En segundo lugar, la Directiva de servicios exige: «Los procedimientos y trámites de autorización deberán ser adecuados para garantizar a los interesados que se dé curso a su solicitud lo antes posible y, en cualquier caso, dentro de un plazo de respuesta razonable, fijado y hecho público con antelación. El plazo no comenzará a correr hasta el momento de la presentación de toda la documentación. Cuando la complejidad del asunto lo justifique, la autoridad competente podrá ampliar el período una sola vez y por un tiempo limitado. La ampliación y su duración deberán motivarse debidamente y se notificarán al solicitante antes de que haya expirado el período original».

También en cuanto se refiere al procedimiento de concesión de licencias ha de tenerse en cuenta, en cumplimiento de la Directiva de servicios, que el artículo 10 de la Ley 17/2009 prohíbe la «Intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes relativas al establecimiento para el ejercicio de una actividad de servicios, sin perjuicio de la actuación de colegios profesionales y consejos generales y autonómicos de colegios profesionales, como autoridades competentes, en el ámbito de las competencias que les otorga la ley. Esta prohibición se extiende a organismos como las cámaras de comercio y a los interlocutores sociales en lo que concierne al otorgamiento de autorizaciones individuales, pero esa prohibición no afectará a la consulta de organismos como las cámaras de comercio o de los interlocutores sociales sobre asuntos distintos a las solicitudes de autorización individuales, ni a una consulta del público en general».

### III. EL CONTENIDO DE LAS ORDENANZAS MUNICIPALES Y EL CUMPLIMIENTO DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

Era fácil imaginar durante el proceso de transposición de la Directiva de servicios que la reglamentación municipal, incluidas desde luego las ordenanzas, serían el último y decisivo eslabón de la aplicación normativa. De hecho, el Gobierno central ha propiciado la colaboración y la coordinación en este ámbito que, no obstante, se ha visto notablemente alterado por la tardía aprobación de la legislación estatal y de la legislación autonómica<sup>42</sup>. Asimismo, se ha podido comprobar que los ámbitos municipales más afectados por la transposición de la Directiva de servicios se refieren a los regulados por las Ordenanzas relativas a comercio, sanidad, transportes, medioambiente, energía, deporte, espectáculos públicos y sociedad de la información y comunicaciones<sup>43</sup>.

Dado el amplísimo panorama de la regulación local afectada por la Directiva de servicios, me limito a examinar tres cuestiones relevantes de la reglamentación municipal: el procedimiento de autorización, el régimen administrativo sancionador y los tributos locales tal como han sido afectados, en mayor o menor medida, por la aplicación de la Directiva de servicios.

#### **1. Las Ordenanzas municipales y los regímenes de autorización municipal (licencias, declaraciones responsables y comunicaciones previas y libertad en materia de servicios)**

El régimen de autorizaciones en el ámbito local después de la Directiva de servicios cuenta con una nueva regulación de la Ley de Bases de Régimen Local que, sin embargo, parece que no es completa, a la vista de nuevas propuestas de modificación. Asimismo, en algunos casos, no se han adaptado las normas autonómicas pertinentes; en fin, tanto en unos casos como otros se plantea el alcance normativo de la reglamentación municipal, tanto en sus reglamentos como, obviamente, en las propias ordenanzas municipales.

El nuevo marco regulador estatal está constituido por la reforma de la Ley de Bases de Régimen Local que en el artículo 84 establece los presupuestos de la intervención municipal. Y a tal efecto se refiere expresamente a las ordenanzas y bandos; a las licencias, comunicaciones previas o declaraciones responsables; al control preventivo y al control posterior; y, en fin, a las órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo<sup>44</sup>. Asimismo e inspirándose en la

---

<sup>42</sup> Ministerio de Economía y Hacienda y Ministerio de Administraciones Públicas, *Directiva de servicios: Manual de evaluación para las entidades locales. Guía orientativa para la evaluación de la normativa potencialmente afectada por la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior*, Madrid, febrero de 2009.

<sup>43</sup> Ministerio de Economía y Hacienda, *Informe sobre la transposición de la Directiva de servicios*, ob. cit., Madrid, 29 de abril de 2010, p. 69.

<sup>44</sup> El tenor del artículo 84.1 de la Ley de Bases de Régimen Local es como sigue: «Las Entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios: a) Ordenanzas y bandos. b) Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. No obstante, cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se estará a lo dispuesto en la misma. c) Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen

Directiva de servicios, la Ley de Bases de Régimen Local enuncia como principios de la intervención local, la igualdad de trato, la necesidad y la proporcionalidad.

Lo sorprendente de este artículo 84 de la Ley de Bases de Régimen Local es que, aun dirigiéndose a todo tipo de intervención municipal, responde al régimen de autorización establecido por la Directiva de servicio. Del mismo se deduce que hay un régimen de libertad que sólo puede limitarse restrictivamente con controles anteriores o posteriores; seguidamente podría establecerse un régimen de autorización basado en la comunicación previa o la declaración responsable; y, en fin, como límite más intenso se mantiene el régimen de las licencias. En este mismo sentido se expresa la reforma del Reglamento de servicios de las corporaciones locales cuyo objetivo es «la introducción de nuevas formas de control de la actividad más eficaces, pero menos gravosas para ciudadanos y empresas»<sup>45</sup>.

El nuevo artículo 5 del Reglamento de Servicios dispone: «La intervención de las corporaciones locales en la actividad de sus administrados se ejercerá por los medios y principios enunciados en la legislación básica en materia de régimen local»<sup>46</sup> y de manera complementaria el nuevo artículo 22.1 del mismo Reglamento establece: «La apertura de establecimientos industriales y mercantiles podrá sujetarse a los medios de intervención municipal, en los términos previstos en la legislación básica en materia de régimen local y en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio»<sup>47</sup>.

Pero es que el proyecto de Ley de Economía Sostenible contiene nuevas e importantes reformas de la Ley de Bases de Régimen Local. Por el modo de legislar y por el hecho de no recoger estas previsiones en la *Ley omnibus*, bien podría deducirse la laguna actual, en este período que paradójicamente es transitorio, hasta que se complete el marco jurídico local. Por tanto, parece que al legislador estatal, a pesar de la lenta planificación legislativa con motivo de la transposición de la Directiva de servicios para lo que tuvo tres años de plazo, se le olvidó algo importante.

En efecto y, en primer lugar, parece que el legislador estatal con carácter básico establece una habilitación general del régimen de licencias y del control preventivo. Así, el futuro artículo 84.bis de la Ley de Bases de Régimen Local tendría este tenor: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo. No obstante, podrán someterse a licencia o control preventivo aquellas

---

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».

<sup>45</sup> Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (BOE nº 313, de 29 de diciembre de 2009). En particular, se deroga el artículo 8 del Reglamento de servicios conforme al cual: «Las corporaciones podrán sujetar a sus administrados el deber de obtener, previa licencia en los casos previstos por la Ley, el presente reglamento u otras disposiciones de carácter general».

<sup>46</sup> La versión anterior del artículo 5 del Reglamento era: «La intervención de las Corporaciones Locales en la actividad de sus administrados se ejercerá por los siguientes medios: a) ordenanzas, reglamentos y bandos de policía y buen gobierno; a) sometimiento a previa licencia, y c) órdenes individuales, constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo».

<sup>47</sup> La redacción anterior de este artículo 22.1 del Reglamento de servicios era como sigue: «Estará sujeta a licencia la apertura de establecimientos industriales y mercantiles».

actividades que afecten a la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico, la seguridad o la salud públicas, siempre que la decisión de sometimiento esté justificada y resulte proporcionada. En caso de existencia de licencias o autorizaciones concurrentes entre una entidad local y alguna otra Administración, la entidad local deberá motivar expresamente en la justificación de la necesidad de la autorización o licencia el interés general concreto que se pretende proteger y que éste no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente».

Se trata, por tanto, de una habilitación legal específica para el establecimiento de licencias municipales y de control preventivo. En el caso de las licencias, este artículo 84bis reitera el régimen general de libertad que, no obstante, restringe a continuación y habilita para exigir licencias en el caso de las «actividades que afecten a la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico, la seguridad o la salud públicas». También, la nueva regulación propuesta exige justificar la necesidad de más de una autorización.

Asimismo, con carácter complementario, el legislador básico estatal pretende aprobar un artículo 84 ter de la Ley de Bases de Régimen Local con el este tenor: «Cuando el ejercicio de actividades no precise autorización habilitante y previa, las Entidades locales deberán establecer y planificar los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de la misma por los interesados previstos en la legislación sectorial». Se trata de una nueva restricción al régimen de libertad y pretende reforzar y justificar las trabas que se estimen convenientes por parte de las Entidades locales. En la medida en que la Directiva de servicios define como régimen de autorización «cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio», resulta patente el intento de habilitar el establecimiento de nuevos regímenes de autorización, enervando, de este modo, los efectos liberalizadores de la Directiva de servicios.

En segundo lugar y en cada Comunidad Autónoma se plantea cuál es el alcance de la legislación autonómica de desarrollo y hasta qué punto puede condicionar la autonomía local. Sobre este particular, el Gobierno de la Nación considera: «Un porcentaje importante de las Ordenanzas reguladoras de los procedimientos y trámites afectados por la Directiva de Servicios traen su causa de la legislación estatal y autonómica reguladora del sector de que se trate. En estos supuestos, resulta imprescindible conocer con carácter previo el sentido de la modificación de estas leyes para compatibilizarlas con la Directiva de Servicios a fin de proceder a la modificación de la normativa local. Y ello con independencia de que, una vez aprobadas las correspondientes modificaciones legislativas, y la propia Ley paraguas, devendrán inaplicables los requisitos previstos en las Ordenanzas que resultes incompatibles con dichas leyes»<sup>48</sup>.

Asimismo, se plantea la cuestión de qué ocurre si no hay legislación autonómica de desarrollo, es decir, si en este caso pueden adoptarse convenientemente las ordenanzas

---

<sup>48</sup> Ministerio de Economía y Hacienda, *Informe sobre la transposición de la Directiva de servicios*, ob. cit., p. 69.

municipales. En algunos casos, la falta de actividad legislativa resulta particularmente sorprendente<sup>49</sup>.

## **2. Las Ordenanzas municipales y el régimen administrativo sancionador**

En el artículo 1.5 de la Directiva de servicios se aprecia el efecto de esta regulación en el Derecho sancionador nacional al que, con carácter general, refiere como Derecho penal: «La presente Directiva no afecta a la normativa de los Estados miembros en materia de Derecho penal. Sin embargo, los Estados miembros no podrán restringir la libertad de prestar servicios mediante la aplicación de disposiciones de Derecho penal que regulen o afecten específicamente al acceso o ejercicio de una actividad de servicios eludiendo las normas establecidas en la presente Directiva».

Por tanto, de adoptarse un régimen administrativo sancionador que contraría la regulación de la Unión Europea en materia de servicios, como consecuencia del efecto directo del Tratado constitutivo y la invocación de la Directiva, sería contrario al Derecho de la Unión y, en cualquier caso, inaplicable. De este modo, resulta habitual en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la legalidad de una sanción administrativa o penal dependa en último término de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión.

El Consejo de Estado se refería precisamente a esta cuestión al emitir su dictamen relativo al proyecto de la que luego sería Ley 25/2009: «sería útil contar con una regulación expresa de esta materia en cada una de las leyes que prevén estas figuras, que deberían, además, modular las sanciones en atención a la irregularidad cometida, pues ciertamente no puede equipararse, con carácter general, la gravedad que supone la falsedad con la que conlleva una mera incorrección o inexactitud. La regulación de estos extremos en las leyes sectoriales en cada caso aplicables no sólo es más correcta desde el punto de vista de la técnica legislativa, sino también necesaria para salvaguardar el principio de seguridad jurídica, que debe protegerse de modo especial en el ámbito sancionador»<sup>50</sup>.

La Ley 25/2009 introduce precisamente en algunas de las 48 leyes sectoriales modificadas la tipificación de infracciones administrativas relacionadas por lo general con el ejercicio de las actividades sin licencia o, muy frecuentemente, la falsedad o la inexactitud de las declaraciones responsables.

Así, por ejemplo, en la redacción del artículo 13.3.c) de la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología tipifica como infracción administrativa: «c) Incumplir las obligaciones relacionadas con la presentación de la declaración responsable en el Registro de Control Metrológico»; de modo que para la calificación de la infracción en artículo 13.4 de la misma Ley dispone: «Las infracciones se calificarán como leves, graves y muy graves

---

<sup>49</sup> Por ejemplo, en el caso del Principado de Asturias la regulación autonómica ha sido muy escasa; esto no ha impedido, sin embargo, que se adoptase la Resolución de 29 de junio de 2010, de la Consejería de Cultura y Turismo, por la que se aprueban los modelos de declaración responsable y comunicación previa aplicables a las actividades turísticas en el Principado de Asturias (*BOPA* nº 172, de 26 de julio de 2010); la Resolución contiene varios modelos y se funda simplemente en la Directiva de servicios y en las Leyes estatales 17/2009 y 25/2009.

<sup>50</sup> Consejo de Estado (Pleno), Dictamen nº 779/2009, de 21 de mayo de 2009, sobre el Anteproyecto de Ley de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley .../... sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

atendiendo a los criterios de riesgo para la salud, posición en el mercado del infractor, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración social producida, generalización de la infracción y reincidencia».

Prácticamente con la misma técnica, en el Texto refundido de la Ley de aguas se tipifican como infracciones en el artículo 116.3 las siguientes conductas: «i) La no presentación de declaración responsable o el incumplimiento de las previsiones contenidas en la declaración responsable para el ejercicio de una determinada actividad o de las condiciones impuestas por la Administración para el ejercicio de la misma. j) La inexactitud, falsedad u omisión en los datos, manifestaciones o documentos que se incorporen o acompañen a la declaración responsable». En este sentido y en el artículo 117 se preceptúa: «Las citadas infracciones se calificarán reglamentariamente de leves, menos graves, graves o muy graves, atendiendo a su repercusión en el orden y aprovechamiento del dominio público hidráulico, a su trascendencia por lo que respecta a la seguridad de las personas y bienes y a las circunstancias del responsable, su grado de malicia, participación y beneficio obtenido, así como al deterioro producido en la calidad del recurso».

En cambio, se modifica la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria añadiendo al artículo 31.2 la tipificación de estas conductas como infracciones graves: «k) La inexactitud, falsedad u omisión en cualquier dato, o manifestación, de carácter esencial, sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos señalados en la declaración responsable o la comunicación aportada por los interesados. l) La realización de la actividad sin cumplir los requisitos exigidos o sin haber realizado la comunicación o la declaración responsable cuando alguna de ellas sea preceptiva».

También se ha modificado el artículo 54 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, con el fin de añadir la siguiente infracción grave: «s) El ejercicio de la actividad de instalación y mantenimiento de equipos y sistemas de telecomunicación sin haber efectuado la declaración responsable o sin cumplir los requisitos a los que se refiere el artículo 42.2 [que establece el régimen de declaración responsable sobre el cumplimiento de los requisitos relativos a la capacidad técnica y a la cualificación profesional para el ejercicio de la actividad, medios técnicos y cobertura mínima del seguro]».

En fin, la reforma de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias, ha consistido en añadir en el artículo 21.3 estas dos nuevas infracciones graves: «h) La no presentación de declaración responsable o el incumplimiento de las previsiones contenidas en la declaración responsable para el ejercicio de una determinada actividad o de las condiciones impuestas por la Administración para el ejercicio de la misma. i) La inexactitud, falsedad u omisión de los datos, manifestaciones o documentos que se incorporen o acompañen a la declaración responsable».

Obviamente, este respaldo legal del régimen sancionador será necesario para que pueda desencadenarse la regulación normativa municipal en materia de sanciones y, desde luego, para que puedan imponerse las sanciones que sean necesarias. Pero debe puntualizarse que si bien nada se podría objetar al establecimiento de un régimen administrativo más o menos represivo, lo cierto es que el mismo debe atender a la naturaleza y al alcance de las infracciones tipificadas. Pues, como señala Táboas Bentanachs, «una cosa sería la necesaria comprobación de inexactitud, falsedad u

omisión de datos, manifestaciones o documentos, y otra cosa sería la radical sencillez de la comprobación de la no presentación de la declaración responsable o comunicación»<sup>51</sup>.

### **3. Las Ordenanzas fiscales: las tasas derivadas de los regímenes de autorización y de libertad**

El artículo 2.3 de la Directiva de servicios prevé que no se aplique «a la fiscalidad»; pero, evidentemente, la Directiva se constituye en un límite frente a la creación y a la aplicación de impuestos, en particular locales o regionales, en virtud de los cuales se vulnera el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios. Así lo ha comprendido en sus justos términos el *Manual de evaluación para las entidades locales*, al referirse a la exclusión de la fiscalidad por la Directiva: «Debe tenerse en cuenta que esta excepción no implica necesariamente la exclusión de las Ordenanzas fiscales, ya que éstas pueden en ciertos casos estar relacionadas con un régimen de autorización de una actividad de servicios»<sup>52</sup>.

Se plantea si pueden cobrar los Ayuntamientos una tasa por la concesión de una autorización<sup>53</sup>. La respuesta de la Directiva es, en principio, positiva; sin embargo, está sometida a una serie de requisitos, en particular, el establecido en el artículo 13.3 de la Directiva de servicios conforme al cual: «los gastos que ocasionen a los solicitantes deberán ser razonables y proporcionales a los costes de los procedimientos de autorización y no exceder el coste de los mismos».

Del mismo modo, la respuesta del legislador español está contenida en la propuesta de reforma contenida en el proyecto de Ley de Economía Sostenible y referida al futuro artículo 20.4.i) del Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales de tal modo que las entidades locales podrán establecer tasas por cualquier supuesto de prestación de servicios o de realización de actividades administrativas de competencia local: «Otorgamiento de las licencias de apertura de establecimientos, así como por la realización de la actividad de verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación sectorial cuando se trate de actividades no sujetas a autorización o control previo»<sup>54</sup>.

Es muy interesante el examen que hace la abogada general Sharpston de la tasa exigible por la concesión de una licencia en sus Conclusiones en el recurso por incumplimiento relativo a la legislación de grandes superficies comerciales en Cataluña. En este caso y tal como lo indica la abogada general, la Comisión Europea consideraba que las tasas no se correspondían con el coste de la tramitación y eran desproporcionadas; en cambio, España explicó ante el Tribunal de Justicia que la tasa se fijaba en función del metro cuadrado de la superficie de venta proyectada y para calcular el importe se dividieron los costes de tramitación generados en 1994 y 1995 por el número de metros cuadrados

---

<sup>51</sup> Manuel Táboas Bentanachs, “La proyección de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, en los ámbitos urbanístico y medioambiental”, *Cuadernos de Derecho Local* nº 23, junio de 2010, pp. 77.

<sup>52</sup> Ministerio de Economía y Hacienda y Ministerio de Administraciones Públicas, *Directiva de servicios: Manual de evaluación para las entidades locales*, antes citado, p. 9.

<sup>53</sup> Emilio Aragonés Beltrán, “Las repercusiones tributarias de la Directiva de servicios en el ámbito local”, *Cuadernos de Derecho Local* nº 23, junio de 2010, pp. 29-60.

<sup>54</sup> El tenor de la legislación vigente es únicamente en relación con las licencias de apertura de establecimientos.

correspondientes a esos años, y desde entonces ha ido actualizándose en función de la inflación; asimismo, el pago de las tasas se realiza de forma fraccionada, para que los solicitantes que desistan del proyecto no tengan que pagar la totalidad de éstas, y que su importe equivale normalmente, en promedio, a un 0,1 % del coste total del proyecto.

La abogada general ofrece, en primer lugar, un argumento sobre la bondad de las tasas que resultará poco creíble para los escépticos frente a la burocracia: «La imposición de tasas por la tramitación de solicitudes de licencia parece un medio muy apropiado para garantizar que las solicitudes hayan sido estudiadas con detenimiento y que el necesario control de su conformidad con los objetivos medioambientales, urbanísticos y de protección de los consumidores no imponga una carga excesiva al contribuyente» (apartado 123). Y, en segundo lugar, reputa justificadas las tasas aplicadas en Cataluña y considera convincente la explicación dada por España: «dicho método, si bien no ofrece un resultado que refleje los costes reales con total exactitud en cada caso, reflejará no obstante los costes globales con razonable exactitud, y probablemente se desviará poco de los costes reales en cada caso concreto. Admito que una tasa por metro cuadrado es un criterio objetivo, que tiene la ventaja de que permite prever el coste del procedimiento de tramitación con absoluta transparencia. Asimismo, creo poco probable que una tasa cuyo importe equivale, en promedio, al 0,1 % aproximadamente del coste del proyecto disuada a los operadores, aun cuando ese 0,1 % pueda constituir una suma considerable en términos absolutos» (apartado 126).

Ahora bien, es necesario plantearse si cabe gravar con tasas las comunicaciones previas o las declaraciones responsables dado que resultan situaciones que están al límite por tratarse de formas de intervención mínima y, en consecuencia, los costes difícilmente pueden ser disuasorios y en todo caso deben ser proporcionados a la actividad administrativa desplegada. Una solución que al menos cuantitativamente parece razonable es la adoptada por el Ayuntamiento de Granada en su Ordenanza fiscal para 2010 que fija un sistema coherente y que, no obstante, siempre estará bajo sospecha de ajustarse a las obligaciones de la Unión Europea<sup>55</sup>. Por tanto y en los términos que ha señalado Aragonés Beltrán «el problema real con que se van a encontrar las entidades locales frente a la Directiva de servicios, no va a referirse al hecho imponible (tanto del ICIO como de las tasas por el otorgamiento de licencias o ejercicio de las subsidiarias facultades de comprobación o control), sino a la hora de poder justificar las cuantías de las respectivas tasas»<sup>56</sup>.

#### **IV. LAS ORDENANZAS MUNICIPALES, LA DIRECTIVA DE SERVICIOS Y EL CONTROL JUDICIAL**

---

<sup>55</sup> Ordenanza fiscal reguladora de la tasa por Licencias de Actividad para la Apertura de Establecimientos del Ayuntamiento de Granada (*BOP* Granada nº 239, de 16 de diciembre de 2009), cuyo artículo 4 dispone: «Las cuotas de tarifa para cada tipo de procedimiento son, por ejemplo, Actividades enumeradas en el Anexo I de la Ley 7/2007, de 9 de julio de Gestión integrada de Calidad Ambiental, 1.618,10 € Actividades excluidas del Anexo I de la Ley 7/2007, de 9 de julio de Gestión integrada de Calidad Ambiental, sometidas a autorización municipal, 797,31 € Actividades y establecimientos sujetos al Régimen de Declaración Responsable 398,66 € Actuaciones sujetas a régimen de comunicación previa 181,41 €».

<sup>56</sup> Emilio Aragonés Beltrán, “Las repercusiones tributarias de la Directiva de servicios en el ámbito local”, *ob. cit.*, p. 56.

Una vez transcurrido el plazo de transposición y aun cuando el marco jurídico estatal y autonómico esté incompleto, lo cierto es que la vida municipal sigue fluyendo y sigue planteando litigios que terminarán inevitablemente ante los tribunales.

Pues bien, la actuación de los tribunales es bastante previsible en aplicación de las reglas sobre la relación entre ordenamientos, entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho interno español, y entre el Derecho estatal, el Derecho autonómico correspondiente y, en su caso, el régimen jurídico local aplicable.

Me limito a continuación a analizar algunos de los aspectos más significativos de la intervención de los tribunales contencioso-administrativos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la aplicación de la Directiva de servicios y de las ordenanzas municipales.

### **1. El control de legalidad de las disposiciones generales locales y la Directiva de servicios ante la jurisdicción contencioso-administrativa**

La aplicación de las ordenanzas municipales puede poner de manifiesto la contradicción de estas con la Directiva de servicios o incluso con el propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al consagrar las libertades económicas fundamentales. Pero también puede plantearse el problema del intento de aplicar en el ámbito local una regulación estatal o autonómica que sea contraria al Derecho de la Unión Europea.

Pues bien, en estos supuestos las reglas de selección y de aplicación del Derecho son sumamente sencillas. Para el caso de que una ordenanza municipal, como cualquier otra disposición general o acto administrativo municipal, sea contraria a la Directiva de servicios, los jueces anularán la ordenanza municipal y, en su caso, el acto administrativo controvertido.

Del mismo modo, si al adoptar una ordenanza o un acto administrativo se advierte una contradicción entre la Directiva de servicios y una ley estatal o una ley autonómica, debe recordarse que el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea obliga al juez a dejar inaplicada la ley española, sea estatal o autonómica, frente a la norma de la Unión Europea.

Las anteriores reglas son importantes en la medida en que todos los actos administrativos, los de inspección, los sancionadores o los tributarios por ejemplo, deben ser examinados a la luz de su conformidad con el Derecho de la Unión, teniendo carácter anulatorio o, al menos, enervante frente a ellos y frente a las disposiciones de carácter general, sea de naturaleza legislativa o reglamentaria. En este caso y a diferencia de lo que ocurre respecto de las leyes—que no pueden ser inaplicadas por los jueces sino que deben esperar a su anulación por el Tribunal Constitucional— el Derecho de la Unión Europea faculta en último término a los jueces para anular los actos administrativos y las normas de naturaleza reglamentaria y para inaplicar las leyes internas.

En fin y hasta que el marco normativo se consolide apropiadamente, es lógico que la impugnación judicial tanto directa como indirecta de las ordenanzas, sea consecuencia, por ejemplo, de la revocación de una licencia, de la imposición de una sanción

administrativa o de la liquidación o recaudación ejecutiva de un tributo vinculado a la apertura de un negocio. En estos casos, los tribunales españoles pueden acudir al Tribunal de Justicia mediante el reenvío prejudicial para que interprete el alcance de las obligaciones contenidas en el Tratado constitutivo y en la Directiva de servicios.

## **2. El incumplimiento de la reglamentación local española del Derecho de la Unión Europea ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo**

Aparte de la intervención por vía prejudicial del Tribunal de Justicia y en cooperación con los jueces nacionales, la Comisión Europea puede recurrir al Tribunal de Luxemburgo con el fin de que, en términos declarativos, constate que España ha incumplido las obligaciones que derivan de la Directiva de servicios y que, en determinados supuestos, podría tener su origen en una ordenanza municipal o en un acto administrativo municipal.

En primer lugar, la propia transposición normativa de la Directiva de servicios por las Entidades locales, exige la comunicación de estas medidas a la Comisión Europea. Para cumplir esta obligación por parte del Estado, se han establecido obligaciones explícitas en la Ley 17/2009 conforme a cuya Disposición final 5ª: «A fin de hacer posible el cumplimiento de la obligación contenida en el artículo 44 de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, las Comunidades y Ciudades Autónomas y las Entidades Locales comunicarán a la Administración General del Estado, antes de 26 de diciembre de 2009, las disposiciones legales y reglamentarias de su competencia que hubieran modificado para adaptar su contenido a lo establecido en la Directiva y en la presente Ley».

En segundo lugar y por lo que se refiere al problema de la responsabilidad de las Administraciones locales, la transposición de esta Directiva de servicios por el Estado ha estado presidida por el temor al incumplimiento no del Estado sino de las Comunidades Autónomas y así lo revelan las confusas cláusulas sobre responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión. Pero es que, además, se trata de un temor que, a mi juicio, resulta injusto y, probablemente, es infundado.

A tal efecto, la Ley 17/2009 regula en su Disposición final cuarta la ‘Compensación de deudas en caso de responsabilidad por incumplimiento’ en estos términos: «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 les sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. La Administración del Estado podrá compensar dicha deuda contraída por la administración responsable con la Hacienda Pública estatal con las cantidades que deba transferir a aquella, de acuerdo con el procedimiento regulado en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. En todo caso, en el procedimiento de imputación de responsabilidad que se tramite se garantizará, la audiencia de la Administración afectada».

En realidad, esta cláusula tan poco apropiada y tan mal articulada sólo tiene por efecto infundir miedo a las Comunidades Autónomas y a los Entes locales sobre unas consecuencias de la responsabilidad cuya materialización resulta, en principio, difícil.

Por una parte, esta cláusula operaría cuando España sea condenada al pago de una sanción lo que sólo está previsto, por lo que ahora importa, para el caso de la ejecución forzosa de sentencias declarativas de incumplimiento. En cambio y, por otra parte, aunque este supuesto no es el que parece que haya tenido en cuenta el legislador estatal, podría plantearse el problema de que los particulares exigiesen a la Administración General del Estado y ante los tribunales nacionales, por ejemplo, ante los tribunales contencioso-administrativo, la indemnización por responsabilidad en la violación del Derecho de la Unión Europea. Sin embargo, lo más lógico y nada impide que se siga esta vía, es que la exigencia de responsabilidad por violación del Derecho de la Unión se formule frente a la Administración directamente responsable, la Administración General del Estado, las Administraciones autonómicas o las Administraciones locales.

## V. CONCLUSIÓN

Una vez terminado el plazo de transposición de la Directiva de servicios y bien como consecuencia de su apropiada aplicación o precisamente a falta de la misma, son aplicables nuevos y esenciales principios en el funcionamiento de las Administraciones españolas. Por una parte, el principio de libertad se erige en la clave del régimen administrativo de autorizaciones de actividades económicas y, en particular, de las afectadas por el ámbito de aplicación de la Directiva. De este modo, toda actividad económica está permitida salvo que haya una prohibición expresa. Pero es que cualquier régimen de autorización queda ahora bajo sospecha y, por ejemplo, en los procedimientos de autorización, salvo que se justifique expresamente, los efectos del silencio deben ser por regla general positivos. Asimismo, se impone el principio de simplificación y de facilidad de modo que es la Administración la que debe poner a disposición de los ciudadanos y de las empresas toda la información sobre aquellos supuestos excepcionales en que sea precisa una autorización. En fin, el nuevo régimen de la Directiva de servicios pone de manifiesto la necesidad de aplicar intensamente el principio de colaboración entre las Administraciones, de las españolas entre sí y respecto de las demás Administraciones europeas.

No hay duda de que durante un tiempo importante, desde el 28 de diciembre de 2009, el régimen local español ha quedado en parte muy disminuido y los riesgos de incumplimientos o de pérdidas de ingresos son muy reales a falta de una apropiada cobertura normativa, que deriva de la legislación estatal básica, de la legislación autonómica de desarrollo y de la propia regulación reglamentaria local.

En suma y aun cuando la aventura ha resultado estimulante el *paraguas* se ha quedado escaso y no ha impedido que nos empapemos y el *ómnibus* ha cargado con más de lo que podía soportar, por lo que no es extraño que el viaje haya sido menos provechoso de lo que debiera haber sido. Una aventura estimulante que aún no ha terminado y cuyos medios, desde el *paraguas* hasta el *ómnibus*, han sido menos efectivos de lo que hubiera sido deseable. Obviamente, parece que no hay duda de que en el España de las Autonomías nunca llueve a gusto de todos y no todos quieren ir al mismo sitio y en el mismo medio de transporte.