

EL IMPACTO DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN EL DERECHO LOCAL

RAFAEL JIMÉNEZ ASENSIO(*)

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.– II. UNA INCORPORACIÓN «TARDÍA» DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS AL DERECHO ESTATAL Y UNA INCORPORACIÓN «INCOMPLETA» POR PARTE DEL DERECHO AUTONÓMICO. SUS CONSECUENCIAS SOBRE EL NIVEL LOCAL DE GOBIERNO.– III. LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE ARAGÓN COMO CONDICIONANTE DEL PROCESO DE ADAPTACIÓN DE LA NORMATIVA LOCAL A LA DIRECTIVA DE SERVICIOS Y A LA LEY 17/2009: BREVES CONSIDERACIONES.– IV. LA ADAPTACIÓN DE LA NORMATIVA LOCAL A LA DIRECTIVA DE SERVICIOS Y A LA NORMATIVA BÁSICA ESTATAL: PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS Y (ALGUNOS) PROBLEMAS ABIERTOS.– V. REFLEXIONES FINALES.– BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: Este artículo tiene por objeto analizar el complejo proceso de adaptación del Derecho local a los presupuestos de la Directiva de Servicios (Directiva 2006/123/CE). Esa complejidad encuentra su explicación en la tardía adaptación del Derecho del Estado y, asimismo, en la tardía e incompleta adaptación del Derecho de las Comunidades Autónomas. El cambio de paradigma que implica la Directiva de Servicios en el ámbito de intervención administrativa (es decir, el tránsito de una «Administración de autorización» a una «Administración de supervisión y control») y el consiguiente proceso de liberalización, encuentra muchas dificultades para hacerse efectivo en los gobiernos locales. En este estudio se analizan los diferentes procesos de adaptación que se están produciendo en el ámbito local (ciertamente pocos todavía), así como se aportan una serie de propuestas metodológicas para poder llevar a cabo el proceso de adaptación de las normas locales a la Directiva de Servicios.

Palabras clave: Directiva de servicios; eliminación de barreras; simplificación; derecho local.

(*) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra y Socio-Director del Estudio de Consultoría Sector Público S.L. Asimismo, en la actualidad es Director de la Fundación Democracia y Gobierno Local. No obstante, las opiniones vertidas en este artículo —que han sido escritas con anterioridad a ese nombramiento— lo son exclusivamente a título personal y en mi condición de profesor universitario.

El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación financiado por el MICINN (Ref. DER2008-04499)

ABSTRACT: The object of this article is to analyze the complex process of adapting local government law to the measures set forth by the Services Directive (Directive 2006/123/EC). This complexity can be explained by the late transposition of both national and regional law. Local Governments find great difficulties to adapt their structures to the new paradigm designed by the Services Directive in the field of administrative action (ie, the transition from an Administration based on «the authorization technique» to an Administration that focus its attention on «supervision and control») and to the consequent liberalization process. In this article I analyze the different transposition processes that are taking place locally (still a few). I also provide a number of methodological proposals to carry out the process of adapting local regulations to the Services Directive.

Key words: Service activities; elimination of barriers; simplification.

I. PLANTEAMIENTO

El presente estudio se enmarca en el seno de un número monográfico de la Revista Aragonesa de Administración Pública dedicado al impacto de la denominada Directiva «Bolkenstein» y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo, y tiene por objeto el análisis específico del impacto que ese proceso de incorporación de la Directiva de Servicios (Directiva 2006/123, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior) está teniendo en el Derecho Local.

Planteado así el objeto, eludiré de entrada analizar otras cuestiones que, ligadas estrechamente con la anterior, se analizan en otros estudios del presente número monográfico. Aún así, como se verá de inmediato, no es fácil estudiar el impacto que tal Directiva está teniendo sobre el Derecho Local sin hacer mención obligada, siquiera sea sucintamente, del complejo e inacabado proceso de incorporación de las previsiones de esa norma comunitaria al Derecho interno español.

Por tanto, con carácter incluso telegráfico, deberé prestar atención asimismo a algunas claves que han condicionado ese proceso de transposición en el Derecho estatal y en el Derecho autonómico. Y la explicación a lo anterior es muy simple. Conforme se verá en detalle, la transposición local de esa Directiva de Servicio está muy condicionada —dada la estructura institucional del gobierno local y el sistema de fuentes del Derecho imperante— por las soluciones (buenas, malas, completas o incompletas) que han adoptado o adopten los niveles de gobierno estatal y autonómico. El margen de autonomía decisional en este terreno es francamente limitado, y aunque existe —como también se verá— un cierto recorrido para la adopción de decisiones políticas (y, por ende, normativas) autónomas en sede local, lo cierto es que la «depen-

dencia» local de lo que se haga en sede estatal y autonómica es un dato real del que no podemos prescindir en este análisis.

Expuesto lo anterior, resulta obvio señalar que este trabajo centrará su foco de atención en *el primer e inmediato impacto que produce la Directiva de Servicios sobre el mundo local: el proceso de adaptación normativa (principalmente, de Ordenanzas)*, pues ese es el enfoque que se deriva de un tratamiento sobre la incidencia de tal Directiva en el Derecho Local. Pero, a mi juicio, este impacto no es ni el más directo ni mucho menos aún el más importante. Sí que es el más inmediato. El impacto real de la Directiva de Servicios sobre el ámbito local de gobierno se proyectará, principalmente, en la esfera de la simplificación administrativa, en el proceso de racionalización de estructuras organizativas y de la política de recursos humanos de la entidad, así como en la puesta en marcha del sistema de Ventanilla Única de la Directiva de Servicios con el fin de vehicular a través de medios electrónicos la demanda de información como la tramitación y resolución de cualquier iniciativa económica que pretenda establecerse o prestar servicios en el ámbito local. Pero estos son temas que se tratan en otros trabajos del presente número monográfico de esta Revista.

En efecto, en el plano interno, las Administraciones Públicas locales se enfrentan con unos retos de enorme magnitud para hacer efectivas las previsiones recogidas en la propia Directiva de Servicios. Más aún, dado el carácter de norma de principios que tiene la propia Directiva de Servicios, así como la Ley 17/2009, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se puede hablar —como ya lo ha hecho reiteradamente la doctrina— de una suerte de cambio de paradigma en el modo y manera de vertebrarse las relaciones entre la Administración Pública y los prestadores de servicio.

No cabe duda que los instrumentos de intervención de que dispone la Administración Pública (y, por lo que ahora interesa) la Administración Local, dan un vuelco importante y —como se ha recordado hasta la saciedad— se pretende llevar a cabo un tránsito de una Administración Pública basada esencialmente (cuando no de forma exclusiva) en una intervención previa vía licencia o cualquier otro régimen de autorización, a una Administración Pública de intervención «ex post», esto es, de supervisión, inspección, comprobación o control. Cómo se haga ese ajuste y cuanto tiempo se tarde en llevarlo a cabo son posiblemente las cuestiones clave para valorar en perspectiva si el proceso de transposición de la Directiva de Servicios se lleva a cabo finalmente con éxito, ya sea completo o relativo, o más bien se salda con un soberano fracaso.

Fíjese el lector que he utilizado la expresión «se pretende». Y esta matización es importante, pues el cambio de paradigma y de cultura de la orga-

nización que se ha de producir para hacer efectivo ese tránsito también lo es. Es verdad que, desde el Derecho Administrativo español (no desde el Derecho Constitucional que prácticamente ha permanecido mudo o insensible frente a este cambio) se han alzado voces autorizadas que mostraban con toda su crudeza las dificultades que ese tránsito o viaje tendría para llegar a buen puerto.

No seré yo quien refute tales argumentos. Pero conviene no perder de vista que el proceso de incorporación o de transposición de la Directiva de Servicios comenzó nada más insertarse ésta en el Diario Oficial de la Unión Europea (aunque apenas muy pocos se percibieron inicialmente de su enorme impacto), continuó luego dentro de los márgenes (incumplidos en gran medida) de transposición al Derecho interno que finalizaron (sin pena ni gloria) el 28 de diciembre de 2009, y ha proseguido después durante el año casi transcurrido desde esa fecha, puesto que aún queda mucho trabajo por hacer en el ámbito autonómico y, especialmente, en el espacio local de gobierno. Queda aún pendiente, como veremos, una buena parte de ese proceso de transposición normativa (al menos en el plano autonómico y local), pero queda aún mucho más abierto todo el impacto organizativo, tecnológico, así como de recursos humanos. El éxito o fracaso de esta aventura se sitúa, en primer lugar, en la racionalización de los marcos normativos, pero también, en segundo lugar, en un profundo cambio de cultura organizativa y de forma de hacer las cosas. Y este es el más difícil de hacer.

Con esto quiero decir que si nos fijamos exclusivamente en el proceso de transposición local de los principios y reglas de la Directiva de Servicios al Derecho interno, bien se puede afirmar que el proceso acaba de comenzar y en buena parte de los municipios españoles ni siquiera se ha dado aún el pistoletazo de salida. El marco regulador de los servicios en España se está liberalizando con muchas resistencias y no pocas dificultades, y ello no ayuda precisamente a la mejora de la competitividad ni a la reactivación de la (aletargada) actividad económica.

Pero es que, además, el proceso de adaptación del marco normativo estatal y autonómico a la Directiva de Servicios no puede darse, de ninguna de las maneras, por cerrado. El Estado (poder central) es cierto que ha llevado a cabo un proceso de transposición más avanzado y generalizado que el resto (aunque con no pocos problemas, como luego detallaré), pero nadie puede avalar que todas y cada una de sus medidas hayan sido acertadas ni menos aún adecuadas —o, mejor dicho, ajustadas— al Derecho de la Unión Europea. Las Comunidades Autónomas están llevando a cabo, por su parte, procesos de adaptación de su marco normativo a la Directiva de Servicios mucho más lentos y, lo que es peor aún, de muy baja calidad y discutibles en buena parte de su contenidos.

Ante este estado de cosas, los entes locales se encuentran muchas veces maniatados, otras condicionados y, en no pocas ocasiones, simple y sencillamente desconcertados o desorientados. Si los marcos normativos de referencia (estatal y autonómico) no desbrozan claramente el camino, las expectativas de realizar una transposición adecuada en clave local son sencillamente impensables.

Este estudio se articula a través de cuatro grandes ejes. En primer lugar, y sin perjuicio de que estas cuestiones hayan sido tratadas con mucho más rigor por otros trabajos de este mismo número monográfico, es necesario ocuparse brevemente de identificar cuáles han sido las claves del proceso de transposición de la Directiva de Servicios en el Derecho estatal (poder central) y en el Derecho autonómico. Sin una breve referencia a estos temas sería imposible afrontar con mínimo éxito lo que se me ha pedido.

En segundo lugar, es pertinente asimismo dedicar unas breves reflexiones al inadecuado marco jurídico autonómico de Aragón, pues sobre ese marco, en principio, deberían desplegarse los procesos de adaptación normativa a la Directiva de Servicios de los diferentes entes locales de esta Comunidad Autónoma.

El tercer y principal eje de desarrollo del presente trabajo se sitúa en el ámbito local y pretende dar respuesta a cuáles son los condicionantes de ese proceso de adaptación de la normativa local a la Directiva de Servicios y, más en concreto, establecer unos criterios metodológicos para la adaptación de la normativa local a la Directiva de Servicios y a las previsiones de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre. Establecidos tales criterios metodológicos, el siguiente paso transitará por identificar las formas de adaptación que, al igual que ha sucedido en el Derecho estatal y en el Derecho autonómico, han dado lugar a un amplio y dilatado catálogo de soluciones normativas. Y, en fin, cerraremos este apartado con alguna referencia sucinta a «modelos de Ordenanzas» que puedan servir de referencia para aquellas entidades locales que impulsen ese proceso de adaptación.

En cuarto y último lugar se pretenden extraer de todo lo anterior una serie de conclusiones o, mejor dicho, una valoración de carácter general que nos dé algunas pautas explicativas de por qué los niveles locales de gobierno están viviendo este importante proceso con unas dosis evidentes de incertidumbre, una fuerte carga de desorientación y no pocas experiencias «trucadas», insatisfactorias o, incluso, contradictorias entre sí. El primer diagnóstico que se puede hacer del problema, transcurridos casi once meses desde la superación de la fecha prevista en la Directiva («a más tardar el 28 de diciembre de 2009»), es, a mi juicio, categórico: las entidades locales españolas, con algunas excepciones que no son en su mayor parte ejemplos de buenas prácticas en el proceso de

transposición, no han llevado a cabo todavía la necesaria adaptación de su normativa a la Directiva de Servicios. Intentaremos identificar cuáles son los motivos y cuáles las posibles soluciones.

En todo caso, es preciso advertir que —tal como se indicaba— la posición institucional de las entidades locales en la «cadena de transposición» es, sin duda, la más débil y posiblemente la más compleja para poder incorporar cabalmente las previsiones de la Directiva de Servicios. Sin perjuicio que se defienda, como aquí lo haremos, un poder normativo local con márgenes razonables de configuración normativa en este campo, lo cierto es que la autonomía local (y, por ende, la potestad normativa local como manifestación de esa autonomía) se despliega «en el marco de la Ley». Y si la Ley dispone de baja calidad reguladora o simplemente omite sus obligaciones de incorporar el Derecho de la Unión Europea, a las entidades locales se les sitúa en una posición de incomodidad institucional evidente. Veremos cómo se puede ensayar resolver ese difícil cuadro de situación.

II. UNA INCORPORACIÓN «TARDÍA» DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS AL DERECHO ESTATAL Y UNA INCORPORACIÓN «INCOMPLETA» POR PARTE DEL DERECHO AUTONÓMICO. SUS CONSECUENCIAS SOBRE EL NIVEL LOCAL DE GOBIERNO

La complejidad del sistema institucional español desde la perspectiva territorial, así como por consecuencia necesaria la complejidad de la arquitectura del sistema de fuentes del Derecho en cuanto expresiones formales del poder político, no hacían fácil entre nosotros una adaptación normativa del ordenamiento jurídico español a la Directiva de Servicios.

Todo eso lo sabíamos. También sabíamos que nuestros instrumentos de cooperación intergubernamental están rotos o, peor aún, nunca prácticamente han funcionado. La transversalidad material de la Directiva de Servicios suponía una afectación de intensidad variable (pero en todo caso muy alta) a todos los niveles de gobierno territorial existentes en España. Algo se intentó hacer en el plano de la coordinación del proceso por parte de la Administración del Estado, pero si nos atenemos a los resultados el balance final es sencillamente muy poco optimista.

Es cierto que el Ministerio de Economía y Hacienda intentó pilotar el proceso. Y en sus primeros pasos parecía que lo podía conseguir o, al menos que iba por el buen camino. Pero no cabe duda que los cambios en el seno del propio Ministerio, así como —sobre todo— el fuerte impacto de la crisis financiera y económica de los años 2007-2008, y sus letales efectos sobre la economía española en 2009 y 2010, provocó que la atención del propio

Ministerio se desviara hacia cómo conducir el barco del Estado en un agitado mar plagado de tempestades que a punto han estado de provocar un naufragio colectivo del país en su conjunto.

Ante este complejo cuadro, que no conviene olvidar, la Directiva de Servicios es presentada en 2009 por la nueva Ministra de Economía y Hacienda como una de las medidas de choque para hacer frente a la crisis económica. Se airean datos sobre el impacto que tendrá sobre el crecimiento del PIB en términos porcentuales e, incluso, se barajó que su incorporación al Derecho interno vendría con «un pan en los brazos»: la creación de 130.000 nuevos empleos. Una luz de esperanza en una economía que mostraba una vez más signos evidentes —como explicara Luís Gámir— de uno de los males endémicos de la economía española: la «adicción al desempleo».

La Memoria Económica que acompañó al Proyecto de Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, utilizaba esas cifras. Pero, obviamente, partía de un «a priori» que no ha venido siendo aplicado en la práctica: que se produciría una amplia revisión de los marcos reguladores de esas actividades de servicios en la línea de la liberalización prevista en la propia Directiva. Pero tampoco se tuvo en cuenta otro factor en nada despreciable: la crisis económica iba a suponer (ha supuesto y supondrá) una ralentización de las actividades de servicio e, incluso, muchos más cierres que aperturas. Por tanto, esos cantos de sirena ministeriales pronto se han convertido en papel mojado.

La difícil arquitectura institucional de España, la coyuntura política y la compleja situación económica han dificultado la correcta transposición de la Directiva de Servicios al plano interno y, sobre todo, han minimizado sus efectos inmediatos. Pero en mi modesta opinión, siendo cierto lo anterior, también se han cometido numerosos errores.

El Estado (poder central) ha cometido algunos y las Comunidades Autónomas otros tantos. La estrategia de transposición fue muy lenta por parte de la Administración del Estado. La opción por incorporar la Directiva de Servicios a través de una «Ley horizontal» (mal llamada «Ley Paraguas», ¿paraguas de qué?, cabe preguntarse) fue poco afortunada, pero mucho menos aún lo fue la lentísima tramitación de esa Ley que no entró en vigor —atienda el lector al dato— hasta el 26 de diciembre de 2009.

Obviamente, Comunidades Autónomas y entes locales esperaron a que esa Ley estuviera publicada en el BOE y entrara en vigor para llevar a cabo sus respectivos procesos de adaptación normativa. Empezábamos mal. Así, una vez alcanzada la simbólica fecha del 28 de diciembre de 2009 el panorama no pasaba de ofrecer un sombrío cuadro: el Estado —acuciado por la Presidencia de turno de la Unión Europea— había aprobado esa «Ley horizontal»,

también precipitadamente la denominada «Ley ómnibus» (Ley 25/2009), pero tan sólo muy pocas Comunidades Autónomas habían publicado normas con rango y fuerza de ley adaptando parte (tan sólo parte) de su normativa a la Directiva de Servicios y a la Ley 17/2009, que tenía la condición de básica en su integridad. Las entidades locales que había llevado a cabo algunos procesos de adaptación se contaban con los dedos de una mano y, posiblemente, sobraba alguno.

¿Por qué el legislador estatal se inclinó por esta vía de transponer la Directiva primero a través de una Ley horizontal? No es momento de entrar aquí en estos temas, únicamente digamos que el Gobierno central justificó esa opción con un triple argumento: a) Se quería un enfoque más ambicioso (ir «más allá» de la Directiva) que mejorara la competitividad de nuestra economía de servicios; b) La Ley tendría naturaleza básica y, por tanto, cabía presumir que «desplazaba» a la legislación autonómica que la contradijera; y c), en fin, el hecho de incorporar los contenidos de una Directiva de Servicios a una Ley básica del Estado tendría efectos pedagógicos sobre las Administraciones territoriales y les «metería presión» para llevar a cabo ese proceso de adaptación normativa.

El hecho cierto es que la inserción de la Ley 17/2009 en nuestro sistema jurídico podría haber dado lugar (en otro contexto económico de crecimiento) a infinidad de problemas jurídicos que prácticamente no se han planteado hasta la fecha (aunque no son pocos los que comienzan a aparecer en escena y otros muchos que están larvados: la doctrina administrativista tiene aquí una tarea importante de reconstrucción dogmática de muchas instituciones), pero su retraso en la tramitación y aprobación ha tenido un efecto «dominó» sobre el resto de niveles de gobierno hasta el punto que ha demorado en exceso unos necesarios (por imprescindibles) procesos de adaptación normativa.

Tampoco ha ayudado la tardanza, y en algunos casos imprecisión, de la denominada «Ley ómnibus». Aprobada al límite de tiempo (entró en vigor el 27 de diciembre de 2009), se trata de una Ley «parcialmente ómnibus» (no recoge la regulación del comercio minorista ni la evaluación de impacto ambiental) y, paradójicas de la vida, «parcialmente horizontal». En efecto, las medidas recogidas en el Título I de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, se denominan gráficamente «Medidas horizontales», y contienen una serie de previsiones normativas, por lo que ahora interesa, que se proyectan sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas en general y, en concreto, algunas otras de modificación del marco normativo básico de régimen local.

Y esta Ley, o al menos esos contenidos horizontales, sí que eran importantes y necesarios para que las entidades locales pusieran en marcha sus respectivos procesos de adaptación. Son muchas las previsiones básicas que afectan a las

entidades locales (y al resto de Administraciones Públicas en otros casos), pero la regulación de la intervención de la Administración Pública en la actividad de los ciudadanos (prestadores) o el régimen jurídico en materia de silencio administrativo (con la discutible previsión de la disposición adicional cuarta), así como la «porosa» y «abierta» regulación (por su remisión a la «legislación sectorial») del régimen de declaración responsable y comunicación previa, son cuestiones que deberían haber estado mucho antes resueltas normativamente con el fin de que las Administraciones públicas pudieran haber llevado a cabo procesos de adaptación ordenados y ajustados en el tiempo a las exigencias del Derecho de la Unión Europea.

La reforma de la Ley de ordenación del comercio minorista (Ley 1/2010) se llevó a cabo fuera del plazo previsto en la Directiva, pero más importante es que se trata de una transposición más que discutible del Derecho de la Unión Europea sobre todo en lo que afecta al (mal) denominado «urbanismo comercial» y, en concreto, a las grandes superficies. Cabe subrayar que la normativa anterior a la adaptación a la Directiva de Servicios sobre Comercio minorista del Estado (Ley 7/1996) y de las Comunidad Autónoma de Cataluña (18/2005) está a la espera de Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A tal efecto, el 7 de octubre de 2010 la Abogada General Eleonor Sharpston dictaminó (con la importancia que tienen los dictámenes de los Abogados Generales) que consideraba contraria a la libertad de establecimiento y prestación de servicios del Tratado la normativa estatal y catalana sobre comercio minorista por discriminar a las grandes superficies. Pronto habrá sentencia del TJUE, y todo parece apuntar que las tesis de la Abogada General se impondrán en el Tribunal de Justicia. Si eso fuera así, la doctrina que al efecto se dicte tendrá una importancia fuera de lugar sobre una mala adaptación de la Directiva de Servicios que han hecho tanto el Estado a través de la Ley 1/2010, como numerosas Comunidades Autónomas, entre ellas la de Aragón (Decreto-Ley 1/2010).

Tal como veremos, en esa Ley se incorpora una nueva regulación del artículo 54 de la Ley relativo a la venta ambulante (ámbito material éste de indudable importancia para los municipios) y, a partir de ese cuadro normativo, el Gobierno aprobó el Real Decreto 199/2010, de 26 de febrero, por el que se desarrollan *con carácter básico* las previsiones del citado artículo 54 en materia de venta ambulante o no sedentaria. Es harto dudoso que el Estado pueda hacer uso en este caso de un título competencial, también horizontal o transversal, como es el previsto en el artículo 149.1.13 CE (ordenación general de la economía o, más exactamente, de bases y coordinación de la planificación económica general), para justificar una regulación de detalle vía reglamento que desplaza (o condiciona «pro futuro») Leyes autonómicas en una materia intrínsecamente de competencia autonómica como es la de comercio

interior. Este Real Decreto ha sido objeto de la interposición de un conflicto de competencias por parte del Gobierno de la Generalidad de Cataluña y, en concreto, el Consejo de Garantías Estatutarias en el Dictamen previo a la interposición del mismo (fechado el 14 de julio de 2010) consideró que el citado Real Decreto vulneraba el orden constitucional de competencias.

El Estado ha llevado a cabo otras muchas modificaciones vía reglamentaria que inciden sobre sectores materiales afectados por la Directiva de Servicios, pero particularmente —por su importancia para el ámbito local de gobierno— cabe recoger aquí el Real Decreto 2009/2009, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales con el fin de adaptarlos a la Directiva de Servicios y a la Ley 17/2009. La sorpresa evidente de esa modificación reside en el carácter básico que se le ha dado a la misma, lo que inmediatamente conduce a preguntarnos hasta qué punto ese Reglamento preconstitucional puede tener esa naturaleza de básico. Rápidamente se ha de responder que no. Sólo son básicos, en principio, esos preceptos modificados como consecuencia de ser desarrollo de una Ley (la 17/2009) que ha sido calificada con ese carácter por el propio legislador. Asimismo, puede tener interés, entre otras muchas reformas, dejar simplemente noticia de la reciente publicación del Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio, que, como es obvio, incide también en el plano local.

La adaptación de la normativa autonómica a la Directiva de Servicios está siendo, por regla general, tardía o muy tardía, timorata, así como no exenta de innumerables contradicciones o pendiente en muchos casos de «una segunda vuelta» que adecue de forma más correcta el marco normativo vigente a la propia Directiva de Servicios.

Y este punto es particularmente importante para el correcto desarrollo de un proceso de adaptación normativa por parte de las entidades locales. Porque, tal como se verá, los niveles locales de gobierno tienen principalmente una dependencia normativa de los marcos reguladores autonómicos, puesto que son principalmente las Leyes sectoriales aprobadas por las Comunidades Autónomas (Urbanismo, medio ambiente, espectáculos públicos, actividad comercial, etc.), las que determinan una serie de regímenes de autorización que, en buena medida, son antagónicos con los principios y reglas previstos en la Directiva y en la Ley 17/2009. Si no se cambian esos marcos reguladores la posición de las entidades locales es francamente difícil para afrontar razonablemente ese proceso de liberalización que demanda el Derecho de la Unión Europea.

En efecto, una adaptación tardía o una mala adaptación de la normativa autonómica por parte de los poderes públicos competentes, conlleva necesariamente una hipoteca de cualquier proceso de adaptación normativa

a los presupuestos comunitarios y estatales por los gobiernos locales. Luego matizaremos esta afirmación. Pero, en principio, cabe poner de relieve que buena parte de las entidades locales españolas están cautivas de la inacción del legislador autonómico o, lo que es peor, de una acción equivocada o muy reducida en su planteamiento en lo que afecta a la adecuación del marco normativo a la Directiva de Servicios.

Es imposible en estos momentos pretender dar cuenta, ni siquiera someramente, de cuál es el proceso de adaptación de la legislación autonómica (o de la normativa reglamentaria) a la Directiva de Servicios y a la Ley 17/2009. Tal tarea excede con mucho los limitados objetivos de este trabajo y presumo que habrá sido hecha en otros estudios del presente número monográfico de esta Revista.

Únicamente se puede poner de relieve que al finalizar el año 2009 (esto es, antes del 28 de diciembre de ese año) eran muy pocas las Comunidades Autónomas que habían aprobado algunas Leyes (mucho menos aún Reglamentos) de adaptación a la Directiva de Servicios y a la Ley 17/2009. En la mayor parte de los casos se trataba de leyes sectoriales, y principalmente en el campo de la actividad comercial con el fin de «excepcionar» de la aplicabilidad de los principios de la Directiva a las «grandes superficies». Hubo alguna regulación un poco más genérica en cuanto al ámbito material, como fue la andaluza (Decreto Ley 3/2009, de 22 de diciembre). Pero tales experiencias normativas no dejaban de ser una excepción en el campo de una transposición que —de acuerdo con las previsiones de la propia Directiva— se debía llevar a cabo «a más tardar» antes de la reiterada fecha de 28 de diciembre de 2009.

El flagrante incumplimiento de ese plazo por parte de la inmensa mayoría de las Comunidades Autónomas no se puede justificar ante las instituciones comunitarias como consecuencia de la tardanza en aprobarse por parte del Estado la legislación básica (pues tal normativa, a efectos del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, era sencillamente superflua y, en todo caso, es a todas luces indiferente en términos de Derecho de la Unión Europea los problemas internos que España haya tenido en orden a la ejecución de ese Derecho de la Unión Europea). Dicho de otro modo: *las Comunidades Autónomas no tenían ninguna justificación objetiva para no haber adaptado su propia normativa con anterioridad a la fecha prevista en la Directiva de Servicios*. Si no lo hicieron fue por desidia, por falta de voluntad o valentía política o, sencillamente, porque no querían enfrentarse a determinados sectores de su electorado cuando ya se había pasado el ecuador de la mayor parte de las legislaturas autonómicas.

Pero lo más grave de esta anomia normativa es que «desarmaba» completamente a las entidades locales, cuyo margen de maniobra (al condicionarse su

potestad normativa al «marco de la Ley») era formalmente mucho más limitado para ensayar un proceso de adaptación normativa de sus respectivas Ordenanzas y demás disposiciones a la Directiva de Servicios sin que previamente se hubiesen aprobado las Leyes que le sirven de cobertura.

Se objetará a lo anterior que las instituciones locales están —como ha reconocido la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia— sujetas al Derecho de la Unión Europea y las propias autoridades locales deben aplicar este Derecho de la Unión Europea con preferencia a la Ley interna, cuando la norma comunitaria sea plenamente ejecutiva o se pueda predicar de la misma efecto directo. Pero en este caso —no conviene olvidarlo— no nos encontramos ante un proceso de transposición convencional, en el que una Directiva comunitaria es transpuesta por una o dos leyes estatales o autonómicas, sino que dada la transversalidad del ámbito material de «servicios» recogido en la propia Directiva, así como los centenares o miles de disposiciones normativas afectadas por ese proceso, una aplicación elemental del principio de seguridad jurídica aconseja que sea *cada legislador o cada poder normativo competente el que de forma ordenada y en cadena lleve a cabo ese proceso de adaptación normativa a la Directiva de Servicios, con el fin de que las contradicciones, antinomias o lagunas sean las mínimas posibles.*

A mayor abundamiento, el problema adquiere una mayor complejidad desde el punto en el cual los poderes locales ya no están sólo aplicando Derecho de la Unión Europea (que también), sino asimismo Derecho interno, puesto que la Ley 17/2009, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, es una ley básica y, en principio, ha procedido a desplazar aquella legislación autonómica que la contradiga. Pero esta opción de principio, aparentemente sencilla en su enunciado, tiene enormes complejidades aplicativas. En efecto, la Ley 17/2009, como recordara el Dictamen 99/2008 del Consejo de Estado, es una Ley de «principios» y no deja de ser complejo para el operador jurídico (y más aún para el funcionario local) deducir de esa regulación de principios recogida en la Ley 17/2009 una antinomia con lo previsto en una regla prevista en la Ley autonómica «sectorial» que regula, por ejemplo, un régimen de autorización administrativa para el ejercicio de determinada actividad de servicio.

La legislación autonómica está ayudando muy poco (en algunas ocasiones casi nada) en el proceso de adaptación que tienen que llevar a cabo las entidades locales de su propia normativa a la Directiva de Servicios. Sobre este punto volveré más adelante.

Desde un punto de vista formal los procesos de adaptación de la legislación autonómica a la Directiva de Servicios pueden ser calificados de dispares, cuando no caóticos. El hilo conductor es inexistente y, aunque ese modo de

proceder pueda encontrar una justificación cabal en clave del principio constitucional de autonomía, no es menos cierto que —tanto desde el punto de vista formal como, más aún, del material— se deberían haber buscado fórmulas (vía concertación o cooperación horizontal) que condujeran a la búsqueda de soluciones más homogéneas.

La consecuencia de este caótico proceso de transposición puede ser, precisamente, la contraria de la buscada por la normativa comunitaria. La desarticulación del sistema de transposición autonómica de la Directiva de Servicios puede complicar, más que simplificar, los marcos reguladores de las diferentes actividades de servicio, estableciendo diferencias —que de hecho ya las está habiendo— entre los diferentes marcos reguladores: unos apuestas por medidas de liberalización efectiva, otros por una liberalización tibia y algunos por una liberalización aparente. Ni que decir tiene que el prestador de servicios comunitario se encontrará así con una suerte de reedición de fronteras o barreras jurídicas que no le ayudará precisamente en el intento de establecerse o prestar servicios en diferentes partes del territorio español.

Ese pluralismo de soluciones formales y materiales en los procesos de adaptación han dado lugar a una serie de propuestas en sede de Consejo de Estado o de doctrina que han abogado incluso por la aprobación de Leyes de armonización o de echar mano de la garantía estatal del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea con el fin de aprobar una serie de regulaciones que fueran más uniformes y, ciertamente, facilitarían la configuración de un sistema regulatorio en el que las actividades de servicio fueran realmente liberalizadas. Creo —como dije en otro lugar— que se trata de «soluciones fuertes», dudosamente ajustadas al ordenamiento constitucional, pero lo que sí parece cierto es que, una vez visto el resultado (o parte del resultado), la heterogeneidad de las soluciones adoptadas territorialmente pueden suponer un relativo fraccionamiento del mercado de servicios y una complejidad normativa y burocrática añadida para que los prestadores puedan establecerse y ejercer servicios en España (dependiendo, obviamente, de las dispares reglas que en cada territorio se están aprobando).

Desde un punto de vista formal, como decía, las soluciones han sido de lo más variopinto. Veamos algunos ejemplos.

Ninguna Comunidad Autónoma ha optado por aprobar Ley alguna que tuviese el carácter exclusivo de Ley horizontal o de Ley paraguas. Sí que es cierto, no obstante, que en diferentes Leyes autonómicas sí que se han incorporado previsiones normativas que afectan a materias horizontales (por lo que a este estudio respecta, por ejemplo, en materia de régimen local). Esta opción de no aprobar leyes horizontales puede obedecer a la inutilidad o al carácter superfluo de las previsiones recogidas en la ley estatal de ese carácter.

Sin embargo, alguna Comunidad Autónoma sí que se ha inclinado por aprobar una «Ley Ómnibus», en la que en un solo texto normativo con rango y forma de Ley se lleve a cabo la adaptación del marco legislativo autonómico presuntamente afectado por la Directiva de Servicios. Fue el caso, por ejemplo, de la Ley 7/2009, de 17 de diciembre, de Castilla-La Mancha de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva de Servicios. La misma solución se está adoptando en el País Vasco, donde se ha elaborado un Anteproyecto de Ley Ómnibus, pendiente aún de aprobación.

En algunas Comunidades Autónomas (aquellas, obviamente, que reformaron sus Estatutos e incluyeron en su seno este tipo específico de fuente del Derecho) se ha echado mano de la figura del Decreto-Ley con el fin de proceder a adaptar toda la legislación autonómica a la Directiva de Servicios (Decreto-Ley 3/2009 en Andalucía o Decreto-Ley 1/2010 en Aragón) o sólo una parte (Decreto-Ley 1/2009 de Cataluña, de ordenación de los equipamientos comerciales). Como ya indiqué en otro lugar, es más que discutible que en estos casos esté justificado el uso de esa disposición legislativa provisional, puesto que difícilmente se cumple el presupuesto de hecho habilitante (extraordinaria y urgente necesidad), dado que la Directiva de Servicios, cuando se procedió a la aprobación y publicación de esos Decretos-Leyes ya llevaba en vigor tres o más años.

Más ortodoxa es la técnica de la delegación legislativa a través de una Ley de Bases para que el Gobierno apruebe un Decreto Legislativo, posiblemente una de las vías más idóneas —como ya apuntara el Consejo de Estado— para adaptar una legislación transversal y muy técnica a los principios y reglas de la Directiva de Servicios. En este caso está plenamente justificado el recurso a esta figura, tal como la ha hecho por ejemplo la Generalidad de Cataluña (Ley 5/2010, de 26 de marzo, de bases de delegación en el Gobierno de la potestad legislativa para la adecuación de las normas con rango de ley a la Directiva de Servicios; y Decreto Legislativo 3/2010, de 5 de octubre).

Y, en fin, el listado no termina aquí, puesto que las soluciones «formales» de adaptación han pasado en ocasiones a través de un proceso de modificación de disposiciones legales de las Comunidades Autónomas por medio de las denominadas «Leyes de acompañamiento de los Presupuestos Generales de la Comunidad».

En suma, sea cual fuere la forma, el problema real es el tiempo y el contenido. Sobre todo si se analiza el problema desde la óptica local. A mayor retraso en la transposición autonómica, más retraso acumulado que se produce en el ámbito local (con las peliagudas consecuencias, de momento no transitadas, de la derivación de las responsabilidades por incumplimiento a la Administración Pública que no haya procedido a la adaptación en tiempo y

forma). Pero el punto de inflexión está en los contenidos: si la adaptación del legislador autonómico es insuficiente, de baja calidad o sencillamente se aparta de los principios y reglas de la Directiva de Servicios y de la Ley 17/2009, las posibilidades de que una entidad local haga una correcta adaptación de su normativa a lo previsto por la Directiva o por parte del legislador básico es sencillamente impensable o, francamente, muy difícil de transitar en la práctica. En efecto, la solución pasaría por la aprobación de una Ordenanza que contradiga lo previsto en una ley autonómica, pero que se ajuste a los principios y reglas contenidos en la Directiva de Servicios y en la legislación básica del Estado. La cultura institucional y jurídica dominante en nuestros gobiernos y administraciones locales difícilmente asumiría —al menos con carácter general— esa compleja operación normativa, que en algunos casos es sencillamente inviable (por ejemplo, cuando se «llama» exclusivamente a la Ley para que sea ésta fuente del Derecho la que determine un determinado aspecto del régimen jurídico de una actividad: régimen de autorización, silencio administrativo, etc.). Bien es cierto que en aquellos casos en los que la antinomia sea evidente (y más adelante se ponen algunos ejemplos) la Ordenanza local debería optar por introducir en su seno las soluciones esbozadas por el legislador comunitario y estatal, dejando de lado aquella legislación autonómica que sea claramente contradictoria con esos postulados.

III. LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE ARAGÓN COMO CONDICIONANTE DEL PROCESO DE ADAPTACIÓN DE LA NORMATIVA LOCAL A LA DIRECTIVA DE SERVICIOS Y A LA LEY 17/2009: BREVES CONSIDERACIONES

Tampoco es esta sede lugar apropiado para llevar a cabo un detenido análisis de cómo se está procediendo por parte de la Comunidad Autónoma de Aragón a transponer la Directiva de Servicios y adaptar la legislación autonómica a la misma y a la propia Ley 17/2009. En efecto, este objeto es analizado detalladamente en otro estudio de este mismo número de la Revista.

Pero no es menos cierto que, tal como decíamos, las entidades locales aragonesas, dependiendo cómo se lleve a cabo ese proceso de adaptación, podrán a su vez incorporar los principios y reglas de la Directiva de Servicios a su propia normativa local con mayores o menores garantías de éxito.

El Gobierno de Aragón ya había aprobado en el año 2008 un Decreto Ley (1/2008, de 30 de octubre) de medidas administrativas urgentes para facilitar la actividad económica, pero en esa normativa —sin perjuicio de su conexión temática con alguno de los objetivos de la propia Directiva— no se cita ni una sola vez la Directiva de Servicios ni en la exposición de motivos ni

en el articulado. En su articulado se recogen temas relativos a la simplificación administrativa, se regula la declaración responsable y se contienen reglas sobre la adaptación de procedimientos. Pero nada se decía de la adaptación de contenidos materiales.

Alcanzada la fecha del 28 de diciembre de 2009, el Gobierno aragonés no había elaborado aún un marco normativo que adaptara su normativa propia a las previsiones de la Directiva de Servicios y de la Ley 17/2009. Y hubo que esperar hasta la aprobación del Decreto-Ley 1/2010, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón (Boletín Oficial de Aragón núm. 66, de 5 de mayo de 2010), para que la Comunidad Autónoma dispusiera de una norma con rango y fuerza de ley a través de la cual se pretendía (otra cosa es que se consiguiera) llevar a cabo ese proceso de adaptación normativa.

El Decreto-Ley 1/2010 es (o pretende ser) una Norma «ómnibus»; esto es, a imagen y semejanza de la Ley estatal su finalidad era llevar a cabo a través de una sola norma la adaptación de la normativa autonómica con rango de ley a la Directiva de Servicios y a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio.

No es momento, tal como se indicaba, de llevar a cabo un análisis detenido del contenido de ese Decreto-Ley, pero sí que quisiera traer a colación cuáles son sus rasgos distintivos, puesto que en buena medida muchas de las limitaciones y condicionantes con los que se encontrarán las entidades locales aragonesas proceden de la citada disposición legislativa. Las notas más relevantes serían las siguientes:

- a) Se trata de *una adaptación, sin duda, tardía*, puesto que se lleva a cabo más de cuatro meses después de finalizado el plazo máximo que otorgara la Directiva de Servicios para su transposición. Este retraso supone —como se dirá— un necesario retraso acumulado o en cadena de las entidades locales aragonesas, puesto que si no se ha reformado la legislación autonómica los márgenes de inseguridad jurídica para aplicar la Directiva de Servicios y la Ley 17/2009 son más que evidentes, sobre todo teniendo en cuenta que la legislación autonómica se encontraba completamente inadaptada a tal marco normativo.
- b) Es, asimismo, *una adaptación formalmente discutible*. Formulado en términos de interrogación: ¿Es razonable utilizar la figura del Decreto-Ley casi tres años y medio después de aprobada la Directiva de Servicios o transcurridos seis meses desde la aprobación de la Ley básica estatal (Ley 17/2009)? No creo que en este caso se pueda justificar, a pesar de los esfuerzos dialécticos que realiza la exposición de motivos, el cumplimiento cabal del presupuesto de hecho habilitante, esto es, de

cuáles son las razones que avalan la extraordinaria y urgente necesidad. Si discutible era, tal como decíamos, la utilización del Decreto Ley en los casos andaluz (Decreto 3/2009, de 22 de diciembre) y catalán (Decreto-Ley 1/2009, de 22 de diciembre), más aún lo es el caso de recurrir tan extemporáneamente a esa figura normativa excepcional.

- c) *La adaptación es, además, materialmente insuficiente en lo que afecta a su contenido.* No entraremos aquí en un examen analítico de la legislación sectorial aragonesa, pero al menos traigamos a colación —por lo que luego se dirá— el evidente caso de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón (¡observen la fecha de aprobación, cuando estaba plenamente vigente para los Estados miembros la propia Directiva de Servicios!). Evidentemente se objetará de inmediato que las «normas urbanísticas» quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, tal como recoge el considerando 9 del texto comunitario. Pero, como bien expuso en su momento Torres Cobas, una cosa es que a las normas urbanísticas no se les apliquen los principios y reglas comunitarios, pero otra muy distinta es que aquellas disposiciones que regulen el acceso a las actividades de servicios o su ejercicio (por mucho que se encuentren insertas en «Normas urbanísticas») queden también fuera de la aplicabilidad de la Directiva. La cobertura formal (en este caso Ley de Urbanismo, pero podría ser también un instrumento de planeamiento) no puede servir de excusa para huir materialmente de la aplicabilidad de los principios y reglas de la Directiva. Piénsese, además, que salvo esa escueta mención recogida en el Considerando 9, nada se dice al respecto en el articulado de la Directiva y, menos aún, en el contenido de la Ley 17/2009, donde ni siquiera se recoge tal referencia en la exposición de motivos de la Ley. En consecuencia, algunas de estas licencias (y particularmente, la licencia de apertura) deberían haber sido revisadas de acuerdo con los principios de la norma comunitaria y de la legislación básica aprobada. Lo mismo cabría decir de aquellas otras licencias previstas en la legislación sectorial no modificada por el Decreto Ley 1/2010, como por ejemplo las licencias de funcionamiento.
- d) *La adaptación, por último, puede ser considerada como materialmente inadecuada en algunos puntos.* Pongamos sólo algunos ejemplos en los que, a nuestro juicio, se detecta esa inadecuación material en la transposición. A saber:
- a. El primero es el conjunto de medidas relativas a la Administración Local y que suponen una modificación parcial de algunos puntos de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón.

- i. El artículo 193 queda redactado de acuerdo con las previsiones recogidas por el legislador básico en materia de intervención de las entidades locales en la actividad de los particulares.
- ii. Un punto polémico aparece en la regulación recogida en el artículo 194.2 («autorizaciones y licencias»), pues de su redacción literal se advierten determinados márgenes de apreciación discrecional que casarían mal con las previsiones de la Directiva de Servicios en torno al carácter reglado de las autorizaciones.
- iii. En el redactado de esos preceptos para adaptarlos a la Directiva se ha seguido en buena medida algunas previsiones que ya estaban recogidas en el REBASO (Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón).
- iv. El nuevo artículo 194 bis de la Ley pretende establecer una regulación de la comunicación previa «o» (¿no debería ser «y»?) la declaración responsable. En primer lugar, establece una previsión que no resuelve ninguno de los problemas enunciados, puesto que se dice expresamente que «salvo que una ley sectorial establezca lo contrario», las entidades locales a través de sus Ordenanzas podrán sustituir el régimen de autorización (o de licencia) por una comunicación previa o (aquí sí que la conjunción «o» encuentra pleno sentido) declaración responsable. Por tanto, si el legislador sectorial sigue manteniendo «a capa y espada» la necesidad de un régimen de autorización previa (aunque ello contradiga lo previsto en la Directiva de Servicios y en la Ley 17/2009), la Ley de Administración Local veda que las Ordenanzas puedan sustituir ese régimen de licencia por otro más proporcional y menos incisivo en el acceso a las actividades de servicio. Esta regulación ya estaba recogida en el propio REBASO, aunque sólo se hacía mención a la «comunicación previa» y no a «la declaración responsable». Compleja situación en la que quedan las entidades locales aragonesas si —como es el caso— el legislador autonómico lleva a cabo una adaptación incompleta o «tramposa». En segundo lugar, el régimen previsto de comunicación previa y declaración responsable se puede calificar de muy insuficiente. Es obvio que el legislador básico estatal (Ley 25/2009) reenvía a la legislación sectorial para la concreción de ese régimen jurídico, pero no habría impedimento alguno para que fuera el legislador horizontal (y en este caso el

legislador autonómico de régimen local) el que dotara de una mejor y más segura regulación de ambos instrumentos.

- b) El segundo ejemplo se manifiesta en la adaptación que se ha hecho en algunas cuestiones de la adaptación de la Ley de actividad comercial de Aragón.
- i. Si discutible es —a pesar de lo establecido en la exposición de motivos de la Ley 1/2010— considerar que las grandes superficies de más de 2.500 metros cuadrados estarán sujetas a licencia comercial autonómica, más aún lo es que reglamentariamente, «atendiendo siempre a fundadas razones de interés general», se puedan determinar «zonas especialmente vulnerables» en las cuales no sea preciso alcanzar la citada superficie de 2.500 metros cuadrados para tener la consideración de gran superficie.
 - ii. El Decreto Ley lleva a cabo, asimismo, una ecuación incorrecta, puesto que para justificar la exigencia de licencia comercial en las grandes superficies echa mano de la noción de «protección del interés general», sin exponer cuáles son las razones imperiosas de interés general que justifican la excepción al régimen de liberalización de actividades de servicios en este ámbito.
 - iii. Discutible es, igualmente, la adecuación a las previsiones de la Directiva de Servicios de la exigencia de que toda persona física o jurídica que pretenda desarrollar una actividad comercial en Aragón deba comunicar sus datos al Registro General de Empresarios de Comercio y Establecimientos Mercantiles, no impidiendo el ejercicio de la actividad comercial pero sí anudando a la no inscripción responsabilidades de tipo sancionador.
- c) Y el tercero es la regulación puntual de la Venta Ambulante. En este punto se modifica también la regulación recogida sobre esta materia en la Ley de ordenación e la actividad comercial de Aragón, pero la duda que cabe en este punto es en qué medida esa normativa se adecua a lo previsto en el Real Decreto 199/2010, que regula la venta ambulante y que tiene la naturaleza de norma básica dictada al amparo del artículo 149.1.13 CE. No es momento de adentrarnos en esta problemática, pero el Decreto Ley orilla cualquier referencia a tal normativa (y menos aún a su consideración como básica), planteándose de inmediato al operador local la pregunta de qué normativa debe aplicar en el caso de producirse alguna antinomia entre ambos marcos reguladores. El caso no está exento de interés porque la (presunta) normativa básica está reco-

gida en un Real Decreto que es anterior en el tiempo a la entrada en vigor de la modificación efectuada de la Ley de ordenación de la actividad comercial de Aragón. ¿Debe el operador local interpretar que el legislador autonómico ha considerado que la norma reglamentaria estatal no tiene la consideración —pese a que se dice expresamente— de legislación básica?; ¿debería aplicar, por el contrario, la norma reglamentaria básica con prelación a la Ley autonómica posterior al considerar que esta incurre en un vicio de incompetencia o, mejor dicho, a que contraviene lo dispuesto en una Norma básica, aunque ésta tenga rango reglamentario?

La conclusión de todo lo expuesto no puede ser más obvia. La adaptación que ha llevado a cabo la Comunidad de Aragón de su legislación autonómica a la Directiva de Servicios y a la Ley 17/2009, así como al resto de la legislación básica aplicable, puede considerarse como tardía, discutible en cuanto a la fuente elegida para llevarla a cabo (Decreto-Ley), insuficiente e inadecuada materialmente, por lo que parece razonable pensar que es tan sólo el primer paso en un proceso de transposición que deberá ser más ambicioso y corregir los primeros errores detectados y las omisiones de aquellos marcos normativos sectoriales que ni siquiera han sido objeto de adaptación hasta el momento a la Directiva de Servicios.

Pero el proceso de adaptación de la normativa autonómica no termina, como es obvio, en el nivel legislativo, sino que se ha de proyectar necesariamente sobre aquellas disposiciones reglamentarias que estén igualmente afectadas. Y, en el caso de Aragón, se ha de tener en cuenta la existencia del Reglamento de Bienes, Actividades, Obras y Servicios (Decreto 347/2002, de 19 de noviembre). La importancia del REBASO para el objeto que nos ocupa está fuera de todo tipo de duda, y resulta meridianamente claro que su contenido ha quedado directamente afectado en buena parte por las previsiones de la Directiva de Servicios y de la Ley 17/2009. De hecho se puede afirmar contundentemente que muchas de sus previsiones han quedado desplazadas por la entrada en vigor de las Leyes 17/2009, 25/2009 o, incluso, por el Real Decreto 2009/2009, así como, en su caso, derogadas por las modificaciones puntuales que el Decreto Ley 1/2010 lleva a cabo de la Ley de Administración Local de Aragón.

Desconocemos si el Gobierno de Aragón está llevando a cabo un proceso de adaptación de ese marco normativo que es, sin duda, enormemente relevante para las entidades locales de Aragón en el ámbito de las actividades de servicio. Pero, en todo caso, sí que podemos afirmar que con ese cuadro normativo existente no resultará sencillo al poder normativo local identificar qué aspectos del citado Reglamento se han visto afectados de forma directa por la Directiva de Servicios o, en particular, por las leyes y disposiciones

reglamentarias de incorporación de la citada Directiva al Derecho interno. Lo que sí puede afirmarse categóricamente es que los presupuestos conceptuales en los que se asienta el citado Reglamento (una Administración de intervención, por regla general, a través de regímenes de autorización) contrastan vivamente con la filosofía en la que se asienta el proceso de liberalización de las actividades de servicio iniciado con la propia Directiva.

En efecto, en la exposición de motivos del REBASO se hace una llamada expresa a que la intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos estará sujeta, por regla general, a previa licencia o autorización. Es meridianamente obvio que tal presupuesto conceptual es insostenible en estos momentos. No obstante, cabe señalar que el REBASO, en los tiempos que fue aprobado, supuso un evidente paso adelante en la dirección que luego ratificó la propia Directiva y la legislación española de adaptación al Derecho interno de la misma. En efecto, la apuesta por los criterios de simplificación, sencillez y eficacia en la tramitación de los procedimientos de adjudicación de licencias, así como la flexibilización de algunos procedimientos de licencia y su conversión en actos de comunicación previa, se enmarcan en esa línea. En la exposición de motivos del REBASO se indica expresamente que a través de la técnica de comunicación previa «se puede agilizar y facilitar el ejercicio de la actividad de los particulares».

A pesar de esos avances y de esa inicial concepción abierta, el REBASO hace una clara opción por mantener la licencia de actividades clasificadas o de protección ambiental para la realización de obras, la implantación de instalaciones o, en general, el ejercicio de actividades que resulten molestas, insalubres, nocivas o peligrosas de conformidad con la normativa reguladora de tales actividades o en la legislación sectorial de medio ambiente.

En conclusión, es indispensable, por necesidad objetiva y por razones de seguridad jurídica, que el Gobierno de Aragón proceda a la mayor brevedad a la modificación del citado Reglamento, pues no en vano es una pieza sustancial de la ordenación de las actividades de servicio por parte de los entes locales. El Gobierno central, como se ha visto, ya procedió —aunque de forma un tanto tímida— a reformar el viejo Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 para adaptarlo a la Directiva de Servicios y a la las Leyes 17/2009 y 25/2009. Lo mismo debería hacer el Gobierno de Aragón con el fin de dar respuesta cabal a las necesidades de los entes locales de la Comunidad Autónoma.

IV. LA ADAPTACIÓN DE LA NORMATIVA LOCAL A LA DIRECTIVA DE SERVICIOS Y A LA NORMATIVA BÁSICA ESTATAL: PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS Y (ALGUNOS) PROBLEMAS ABIERTOS

No cabe la menor duda que el impacto de la Directiva de Servicios sobre el nivel local de gobierno es muy importante, y sobre todo lo será mucho más conforme el proceso vaya asentándose y los miedos, así como las resistencias a asumir el cambio de paradigma, desaparezcan paulatinamente (lo que ya se anticipa no será fácil).

En estos momentos únicamente nos interesa centrar la atención en el proceso de adaptación de la normativa local a los nuevos presupuestos conceptuales derivados de la Directiva de servicios y de su incorporación en el Derecho interno. Dejaremos de lado, como ya advertíamos al inicio de este trabajo, los innegables impactos organizativos, de gestión procedimental, tecnológicos, de recursos humanos e, inclusive, económico-financieros que tal proceso puede acarrear. Esta es una óptica del problema muy importante, pero cuyo tratamiento excede con mucho el limitado objeto del encargo que se me hizo en su día.

Si detenemos la atención en el proceso de adaptación normativa que deben llevar a cabo las entidades locales, rápidamente advertiremos que la situación del nivel local de gobierno es una posición débil por muchos motivos, pero principalmente por los siguientes:

- a) La adaptación de la normativa a la Directiva de Servicios debería haber sido un proceso mucho más ordenado tanto en clave de coordinación como de intergubernamentalidad. No se trabajó con una programación temporal realista ni siquiera se hizo cronograma alguno que fuera razonable. Y el mundo local ha terminado pagando los platos rotos de tanta improvisación.
- b) En efecto, al necesitarse una «adaptación en cascada», dada la innegable «dependencia» del gobierno local de las decisiones legislativas y normativas previas que debían adoptar tanto el Estado como las Comunidades Autónomas, se hubiese requerido una más pronta y clara adaptación del marco estatal y autonómico con el fin de dejar la vía expedita para que las entidades locales impulsaran sus procesos de modificación normativa.
- c) La adaptación estatal está ya bastante ultimada, aunque el retraso en materializarla en algunos ámbitos ha consumido mucho tiempo y energías y ha dejado al poder normativo autonómico y, sobre todo, local, «fuera de juego» en lo que al cumplimiento de plazos corresponde.

- d) Más grave ha sido el caso de la legislación autonómica, que, como se ha visto, ha sido en muchos casos tardía e incompleta. La clave de bóveda de este proceso es la mala calidad de la adaptación de la legislación sectorial, que condiciona, limita e impide (aunque no necesariamente) una respuesta razonable por parte del poder normativo local.
- e) Es cierto, en cualquier caso, que por parte de los niveles locales de gobierno ha habido una insensibilidad bastante elevada ante el proceso de adaptación. En ocasiones se ha producido, incluso, un fuerte desconocimiento de las implicaciones reales que la Directiva de Servicios tenía sobre el ámbito local. El «pistoletazo de salida» (o la sensibilización generalizada por el problema) se dio en el momento en que apareció publicada en el BOE de 24 de noviembre de 2009 la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Los responsables políticos no han valorado ni evaluado los impactos y la importancia que el tema tenía. Y los funcionarios, acuciados por el «día a día», no han podido dedicar el tiempo necesario para impulsar un proceso de reforma del marco normativo que, de hacerse bien, es bastante intenso (aunque depende en buena medida de lo que haga, al fin y a la postre, el legislador sectorial autonómico).
- f) Tampoco ha habido una buena campaña de difusión de las consecuencias que tenía la Directiva de Servicios sobre el nivel local de gobierno. La Administración del Estado y las Administraciones autonómicas, agobiadas respectivamente por sus procesos de transposición, no han prestado apenas atención al dato local, mostrando una vez más una insensibilidad manifiesta por aquel nivel de gobierno en el que debían descansar muchas de las medidas de liberalización de actividades de servicio. Algo, aunque más bien tarde, han hecho las asociaciones de municipios y algo, igualmente, han hecho algunas entidades locales específicas. Pero la tarea de adaptación es, sencillamente, hercúlea, y difícilmente la pueden llevar a cabo entidades locales (la inmensa mayoría de dimensiones muy pequeñas para crear valor añadido o simplemente para gestionar cabalmente el problema) que tienen, por lo común, serias deficiencias de funcionamiento en las cuestiones más básicas en sus respectivas organizaciones.

A partir de estos presupuestos esquemáticamente expuestos, cabe detectar que el proceso de adaptación de las normas locales a la Directiva de Servicios está siendo un proceso lento y hasta cierto punto «aparente» o «formal». Por un lado, se ha comenzado —salvo excepciones singulares— muy tarde, en la práctica totalidad de los casos en el año 2010, y todavía hoy la inmensa mayoría de los municipios españoles no han procedido a hacer efectivo ese

proceso de adaptación normativa. Las entidades locales que han llevado a cabo algunas modificaciones de su normativa para adaptarlas a la Directiva lo han hecho con una concepción muy limitada; esto es, se trata por lo común de procesos de adaptación muy timoratos en su alcance, unas veces por decisión propia de la entidad y otras muchas porque el marco normativo autonómico sectorial no deja espacios de configuración para proceder a una adaptación cabal de la normativa comunitaria.

Los problemas pueden aparecer en lo que afecta a las responsabilidades por incumplimiento que se puedan derivar en su día, y sobre todo la reconducción de tales responsabilidades al ámbito local como consecuencia de no haber llevado a cabo «en tiempo y forma» los deberes u obligaciones derivados de la Directiva de Servicios.

En este sentido llama la atención como el Informe que remitió el Gobierno español en enero de 2010 a Bruselas en torno a la aplicación de la Directiva de Servicios en el Derecho interno, únicamente recogía unas pocas páginas (y redactadas de forma genérica) dedicadas a los entes locales. Veremos cuáles son las exigencias comunitarias una vez cerrada la primera fase del proceso de evaluación recíproca. Cabe presumir que el foco de atención de la Comisión Europea se proyectará en los primeros momentos sobre la legislación estatal y autonómica, especialmente sobre aquellos temas estrella tales como «el urbanismo comercial», donde claramente el legislador básico estatal y buena parte de los legisladores autonómicos han prescindido en algunos supuestos («urbanismo comercial») de los principios en los que se asienta la normativa comunitaria. No se advierte, en consecuencia, que en esta primera fase, ni siquiera en los primeros años, la Comisión focalice su punto de mira en la (in) acción de los poderes públicos locales en lo que afecta a la adaptación de su normativa a la Directiva.

Pero tampoco cabe descartar que haya algún tipo de intervención a medio plazo, pues lo que sí parece obvio es que las «barreras o fronteras jurídicas» que impiden la liberalización del sector servicios siguen siendo muy importantes e, inclusive, en buena parte de los casos siguen siendo las mismas (si no más) que las que existían antaño.

Al margen de la intervención de las autoridades comunitarias, que no se contempla a corto plazo, es evidente que puede haber otros mecanismos que reactiven ese proceso (hasta hoy truncado) de liberalización de servicios en el ámbito local. Pueden ser determinadas decisiones políticas las que empujen en esa dirección. La idea inicial del legislador estatal era esa precisamente: llevar a cabo una reforma audaz del marco normativo con el fin de mejorar la competitividad del sistema económico en lo que a actividades de servicio se refiere. Pero ese «enfoque ambicioso» —como así se denominaba— por

parte del legislador estatal no ha tenido su justa correspondencia en sede autonómica y, obviamente, tampoco en el ámbito local de gobierno. La ambición comenzó a decaer cuando el legislador básico se enfrentó con la actividad comercial, y decayó por completo cuando la mayor parte de las Comunidades Autónomas han llevado a cabo procesos de transposición tardíos, de carácter incompleto y, en ocasiones, timoratos o incluso tramposos. En ese proceso continuo y gradual de «desfallecimiento institucional de la regulación», el poder local parece que está contribuyendo —con su anomia o sus regulaciones exageradamente prudentes— a una liberalización «aparente y formal» de los servicios, que apenas tendrá repercusiones efectivas sobre la reactivación de la actividad económica.

Es cierto que uno de los factores que puede actuar como reactivo para el cuestionamiento de buena parte de los regímenes de autorización en el ámbito local es la judicialización de estos temas. Es pronto todavía para saber si esa judicialización será elevada o simplemente testimonial, pero tampoco conviene confiar demasiado en esta vía, porque la complejidad del marco normativo vigente en estos momentos, la inadaptación relativa de la legislación autonómica y la escasa respuesta del poder normativo local, configuran un cuadro francamente complejo para poder operar sobre el mismo con garantías de respuestas jurídicas claras.

El hecho evidente es que hay un retraso considerable por parte del nivel local de gobierno a la hora de adaptar su propia normativa a la Directiva de Servicios. Pero, al margen de ese retraso, lo que resulta obvio es que más temprano que tarde los entes locales deberán impulsar —si no lo han hecho ya— procesos de adaptación de sus normas a la Directiva de Servicios. Ese proceso de adaptación será complejo y se prolongará durante varios años. En muchos casos, dada la estructura minifundista de nuestro sistema local o dadas las limitaciones de medios y recursos de que disponen la inmensa mayoría de los municipios españoles, ese proceso deberá tener «ayudas externas», ya sea a través de la competencia funcional de asistencia técnica por parte de las Diputaciones Provinciales (u otros entes locales intermedios allí donde estas no existan) o, en su caso, por medio de asociaciones de municipios (FEMP o, en el caso de Aragón, FAMCP) que les presten la pertinente ayuda institucional para al menos adecuar sus normas locales a la Directiva de Servicios.

En realidad, el proceso de adaptación de la normativa local a la Directiva de Servicios no es realmente un proceso complejo o, al menos, no debe asustar, pues son mucho más difíciles los siguientes pasos que se deben dar para transponer la Directiva de Servicios, como son las obligaciones de resultado de implantar un proceso de Simplificación Administrativa y poner en marcha la Ventanilla Única de la Directiva de Servicios.

Para llevar a cabo ese proceso de adaptación, los entes locales necesitan, en primer lugar, unos criterios metodológicos que les ayuden en la tarea. Como es sabido, el entonces Ministerio de Administraciones Públicas (en colaboración con la FEMP y COSITAL) elaboró en el primer trimestre de 2009 un Manual de Evaluación para las Entidades Locales que recogía una detallada Guía para adaptar la normativa local a la Directiva. La idea inicial era, sin duda, buena. A imagen y semejanza de otros Manuales que circulaban en letra impresa o en la red, el Manual de Evaluación para las Entidades Locales pretendía cubrir una necesidad objetiva y proveer a las entidades locales de una metodología para llevar a cabo el proceso de adaptación normativa.

Ese Manual tiene, a mi juicio, algunos inconvenientes. El primero es que fue redactado cuando ni siquiera se había aprobado el Proyecto de Ley sobre libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, por lo que algunas cuestiones que se incluyeron posteriormente en el texto o durante la tramitación parlamentaria no se pudieron recoger obviamente en el Manual. Tampoco estaba redactado el Proyecto de Ley Omnibus, por lo que difícilmente el Manual podía tener en cuenta las medidas horizontales que se recogieron en la Ley 25/2009. Lo mismo se puede decir en relación con el comercio minorista o con la venta ambulante.

El segundo inconveniente radica, en mi modesta opinión, en que se trata de un Manual exageradamente detallado en lo que afecta a sus fases, que puede ser poco operativo para entidades locales pequeñas o que no tengan la sofisticación normativa que disponen entidades locales con un sistema de Ordenanzas muy completo y acabado.

Por lo que afecta a la metodología de la adaptación de las Ordenanzas locales a la Directiva de Servicios y a la legislación básica estatal, los pasos que cabría dar serían los siguientes:

- a) En primer lugar se requiere *una decisión política previa que se asiente en qué es lo que se quiere liberalizar y hasta qué punto*, todo ello dentro de los presupuestos conceptuales de la propia Directiva: esto es, ¿se quiere llevar a cabo una adaptación ambiciosa para atraer prestadores al término municipal?; ¿se quiere realizar una adaptación más limitada o prudente?; ¿qué intereses se pueden ver afectados por el proceso de adaptación?; ¿qué consecuencias políticas, económicas y sociales se producirán como consecuencia de este proceso en orden a la mejora de la competitividad institucional y a la atracción de inversiones? Este es un aspecto al que la política local, salvo excepciones muy singulares, ha dado la espalda: muy pocos políticos locales han valorado las consecuencias del impacto de la Directiva sobre el tejido económico de su respectiva entidad local. Falta, por

tanto, discurso o «narración» política para poder impulsar un complejo proceso operativo en tan importante materia. Hay «mucho ruido», pero falta construcción.

- b) En segundo lugar, cabe llevar a cabo un proceso de *Identificación de qué disposiciones normativas locales están afectadas por la Directiva de Servicios (normalmente, Ordenanzas)*. El proceso de identificación es relativamente sencillo, puesto que únicamente se trata de determinar los sectores de intervención municipal sobre los que la Directiva impacta frontalmente. Obviamente, se han de «apartar» aquellas Ordenanzas que están afectadas o manchadas por la Directiva, a efectos de analizar posteriormente su impacto. En esta fase de Identificación el consejo que se pueda dar es que el operador local actúe «con manga ancha»; esto es, los ámbitos afectados los interprete con flexibilidad. Siempre es mejor que queden «dentro» que no «fuera», al menos para permitir la siguiente fase de análisis donde se podrán confrontar mejor los problemas.
- c) Una vez identificadas las normas locales afectadas, estas deberían ordenarse en dos grandes ámbitos: 1) Ordenanzas que sean desarrollo de una ley estatal o autonómica previa, en la que se establezca el régimen de autorización o, en su caso, la liberalización pertinente; 2) Ordenanzas que sean «autónomas» y que no se correspondan con un desarrollo de una Ley previa. Obviamente en estas últimas el margen de configuración es mayor y la entidad local puede proceder a adaptarlas a la Directiva de Servicios bajo sus propios criterios políticos. Las únicas limitaciones proceden del artículo 5 de la Ley 17/2009, puesto que al exigirse una Ley o norma de Ley para establecer un régimen de autorización, si la entidad local suprime el régimen de autorización ya no lo podrá restablecer vía Ordenanza. En el primer caso, «Ordenanzas de desarrollo», que normalmente es el más frecuente, los problemas estriban en si el legislador autonómico ha adaptado en tiempo y forma su propia normativa o no, puesto que en los casos de no adaptación deja a la entidad local «atada de pies y manos» ante la inactividad o la actividad desviada del poder normativo autonómico.
- d) La siguiente fase del proceso sería la de *Análisis del contenido de las Ordenanzas con el fin de adecuarlas a la Directiva de servicios y a la legislación básica estatal o autonómica de desarrollo*. Es, sin duda, la fase crucial. Y en realidad tiene dos subfases marcadas con claridad. A saber:
 - a. La primera es someter a escrutinio el régimen de autorización como sistema excepcional de intervención. Sólo podrá mantenerse en aque-

llos casos en que el régimen de autorización no sea discriminatorio, sea necesario (obedezca a razones imperiosas de interés general) y sea proporcionado (no exista otra medida menos incisiva a través de la cual se obtenga el mismo resultado). Como puede presumirse, la entidad local sólo podrá llevar a cabo esta ponderación o evaluación en aquellos casos en que se trate de Ordenanzas «autónomas», puesto que si son «Ordenanzas de desarrollo» quien debe realizar la ponderación de si se mantiene o no un régimen de autorización es el legislador estatal o autonómico, en función de la competencia. Una vez determinado que debe existir un régimen de autorización entrarían en juego las limitaciones relativas al número de autorizaciones, su proyección espacial (territorial), temporal o numérica.

- b. La segunda consiste en «depurar» de las Ordenanzas locales los requisitos prohibidos o —como señalara en su día Muñoz Machado— de «la lista negra» y de la «lista gris», que también están prohibidos. La diferencia radica en que los requisitos recogidos en la lista negra tienen una prohibición absoluta y se deben eliminar en todo caso de cualquier normativa local que los incluya. Mientras que los recogidos en la lista «gris» pueden ser eliminados o, en su caso, mantenidos, pero si esta la opción deben ser objeto de evaluación de acuerdo con los criterios establecidos anteriormente: a) que no sean discriminatorios; que sean necesarios (que existan razones imperiosas de interés general que justifiquen su mantenimiento); y que sean proporcionados. Esta evaluación es muy importante, puesto que debe ser la que, a través del Ministerio de Asuntos Exteriores, se traslade posteriormente a la Comisión.
- e) En el proceso de *análisis* de la normativa local afectada se pueden identificar asimismo aquellos trámites o procedimientos que *deban simplificarse*, con el fin de adaptarse a las previsiones de la Directiva o, incluso, vayan más allá de esa normativa. Igualmente, se ha de tener en cuenta el régimen jurídico del silencio administrativo en cada caso existente. La simplificación, en todo caso, será un resultado posterior, pero nada impediría que también durante el proceso de adaptación de Ordenanzas se avanzara en ese proceso de simplificación.
- f) Una vez analizada y evaluada, en su caso, las Ordenanzas locales llega la última fase de ese proceso de adaptación normativa como es *la redacción de la propuesta de modificación y la tramitación de la reforma de las Ordenanzas locales de acuerdo con lo previsto en el sistema normativo local*. Es, posiblemente, una fase más sencilla que las anteriores, pues se trata de formalizar las decisiones político-técnicas adoptadas con anterioridad. Las complejidades de este proceso pue-

den provenir, por un lado, del trámite de información pública (en el caso que se presenten alegaciones por parte de determinados actores) y, sobre todo, en la configuración de las mayorías respectivas para aprobar la modificación de las respectivas Ordenanzas.

Y, en fin, puede ser oportuno en estos momentos traer a colación, siquiera sea muy sucintamente, *las plurales formas de adaptación por las que pueden optar las entidades locales a la hora de transponer la Directiva de Servicios*. A modo de apretada síntesis estas modalidades serían las siguientes:

- a) *Ordenanza Paraguas. Ordenanza Paraguas*. Es una modalidad de Ordenanza para adaptar la normativa local que tuvo cierto impulso en los inicios del proceso, por efecto reflejo de la solución estatal. La adoptaron, por ejemplo, Jerez de la Frontera y, más tarde, la Diputación de Barcelona y la FEMP (que hizo suyo el modelo elaborado por la Diputación de Barcelona). Tiene los mismos inconvenientes que la solución adoptada por el Estado a través de la Ley Horizontal. Se trata, en la mayor parte de sus enunciados, de una mera transcripción de los preceptos de la Ley estatal al ámbito local. Su intención era loable en sus finalidades: intentar dar una cobertura normativa mínima a las entidades locales y evitar así las posibles responsabilidades que se pudieran derivar por parte del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Ha sido acogida por decenas de municipios españoles y catalanes. La Ordenanza Tipo de la Diputación de Barcelona y de la FEMP incluía algunas previsiones más relativas a la aplicación sectorial de algunos de sus enunciados, por lo que iba más allá en este caso que una Ordenanza Paraguas.
- b) *Ordenanza Ómnibus*. No ha sido una modalidad muy transitada. La inició —salvo error u omisión por mi parte— el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz. Las ventajas de esta forma de actuar radican en la «unidad de acto» que implica aprobar todas las reformas de las Ordenanzas en una sola con un ahorro de plazos y trámites. Los inconvenientes proceden de la compleja lectura que para el ciudadano tiene un tipo de Ordenanza de esas características, que es un continuo remedo de Ordenanzas previas, lo que provoca un déficit de seguridad jurídica salvo que se lleve a cabo una refundición o publicación en su integridad de las Ordenanzas y Normas afectadas.
- c) *Ordenanzas sectoriales*. Es una modalidad de adaptación que tendría como hilo conductor el modificar una por una las diferentes Ordenanzas municipales y cualesquiera otras Normas afectadas por la Directiva de Servicios. La enorme ventaja es la claridad en el proceso de transposición y la seguridad jurídica que el mismo confiere. Los

inconvenientes pueden provenir de prolongarse en el tiempo el proceso de transposición. Un ejemplo típico de este tipo de Ordenanzas son las relativas a la Venta Ambulante.

- d) *Ordenanzas Mixtas (Horizontales y Sectoriales)*. Es una modalidad de Ordenanzas que ha ido proliferando en numerosas instancias locales y en otras entidades. Son Ordenanzas que tienen por objeto regular genéricamente las actividades de servicio y el régimen de acceso y ejercicio, así como la regulación de una serie de medidas horizontales, tales como la determinación de un régimen jurídico mínimo (normalmente ante la ausencia del legislador sectorial que no ha procedido a establecer tal régimen) de comunicación previa o de declaración responsable. Una de las primeras Ordenanzas en este sentido fue la del Ayuntamiento de Granada, posteriormente la Federación Andaluza de Municipios y Provincias optó por este sistema para una Ordenanza Tipo y, finalmente, la Federación Aragonesa de Municipios, Comarcas y Provincias ha elaborado un Modelo (abierto) de Ordenanza Horizontal y de Actividades de Servicios. Los inconvenientes más evidentes radican en su provisionalidad, esto es, su vigencia mientras el legislador sectorial no actúe. Y la ventaja mayor es que permite actuar a los entes locales aunque el legislador sectorial no haya intervenido, lo que exige en ocasiones dar preferencia aplicativa a la Directiva de servicios y a la normativa básica estatal frente a la anomia o mala adaptación del legislador autonómico.
- e) *Ordenanzas Fiscales*. La implantación de un nuevo modelo de intervención de las entidades locales sobre los prestadores supondrá, inevitablemente, la caída de determinados ingresos fiscales anudados a la obtención de licencias o de otro tipo de autorizaciones (principalmente, tasas). Ello hace necesaria la modificación de las Ordenanzas Fiscales para incorporar una tasa en los supuestos de las actividades administrativas de comprobación, inspección, supervisión y control como consecuencia de la sustitución del régimen de licencia por una comunicación previa o declaración responsable. La Ley de Haciendas Locales permite, en efecto, la implantación de tal tipo de tasas, pero se deben modificar las Ordenanzas Fiscales y prever, asimismo, su régimen jurídico. Las Ordenanzas Fiscales elaboradas por el Organismo Autónomo de Gestión Tributaria de la Diputación de Barcelona pueden ofrecer modelos de interés. También las Federaciones Andaluza y Aragonesa de Municipios han confeccionado tipos de Ordenanzas Fiscales con el fin de facilitar la tarea de los entes locales.
- f) *Otros tipos de adaptación*. Existen otros muchos tipos de adaptación de la normativa local a la Directiva de Servicios, pero básicamente

los tipos expuestos son los más significativos. En el Ayuntamiento de Córdoba (Boletín Oficial de la Provincia núm. 2, de 5 de enero de 2010), por ejemplo, se aprobó nada más entrar en vigor la Ley 17/2009 una Instrucción dirigida por el Alcalde a los diferentes servicios municipales en la que, bajo la forma de Bando, se explicitaba qué ámbitos y procedimientos habían quedado afectados por la Directiva de Servicios y la normativa básica estatal. Se trataba de una medida transitoria, pero que sin duda redundaba en la garantía del principio de seguridad jurídica y en el funcionamiento ordinario de la Administración municipal.

En suma, estos procesos de adaptación de la normativa local a las previsiones de la Directiva de Servicios y a la legislación básica pueden adoptar distintas formas, así como proyectarse sobre diferentes modos de regular sus contenidos. En cuanto a formas, no hay un patrón común, sino soluciones institucionales puntuales en cada caso. En mi opinión, las mejores formas de adaptación son las modalidades de Ordenanzas sectoriales, las Ordenanzas mixtas (Horizontales y sectoriales) y, obviamente como necesarias, las Ordenanzas Fiscales. Imaginativa, aunque sea una solución transitoria, es la Instrucción del Ayuntamiento de Córdoba. Y de calidad técnica contrastada —aunque es una transposición muy limitada en sus contenidos— es la Modificación de la Ordenanza Municipal reguladora de las licencias de instalación y de apertura o funcionamiento de establecimientos y actividades del Ayuntamiento de Granada.

Pero, en todo caso, se ha de tener en cuenta que cualquier proceso de adaptación de Ordenanzas locales debe partir del marco legislativo y normativo sectorial existente en cada Comunidad Autónoma, pues al fin y a la postre es esa legislación sectorial la que condicionará en última instancia las posibilidades efectivas de llevar a cabo una transposición ambiciosa o limitada de la propia Directiva de Servicios.

Tal como hemos visto, en el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón el problema procede principalmente —aunque no sólo— de la Ley de Urbanismo y de la regulación que se hace en la misma de la licencia de apertura. En efecto, puede suscitarse algún problema específico en primer lugar en lo que afecta a la licencia de apertura tal como está regulada en el artículo 232.1 de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón, pues allí se indica lo siguiente: «La licencia de apertura se exigirá para los establecimientos comerciales, industriales y de prestación de servicios que no precisen licencia ambiental de actividades clasificadas, y tenderá a asegurar que los locales e instalaciones reúnen las debidas condiciones de tranquilidad, seguridad y salubridad». Ni que decir tiene que esa regulación es reproducción casi literal (al menos parcial) del artículo 22.2 del Reglamento de Servicios de las Corpo-

raciones Locales. Pero, tal como se ha visto, dada la modificación producida por el Real Decreto 2009/2009, que ha dado nueva redacción al artículo 22.1 del citado Reglamento, cabe considerar que esa regulación básica desplaza a la autonómica y que, por consiguiente, la licencia de apertura en ese tipo de establecimientos puede ser perfectamente sustituida por decisión municipal por una declaración responsable o una comunicación previa. Por tanto, esta licencia puede ser perfectamente eliminada —de acuerdo con lo previsto en el artículo 22.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y de los principios de la Directiva de Servicios y de la Ley 17/2009— en virtud de las potestades normativas locales, pues si se trata de actividades exentas o inocuas es obvio que no hay una razón imperiosa de interés general que justifique su mantenimiento y que no puedan ser sustituidas por una declaración responsable o una comunicación previa.

Por tanto, a través de la potestad normativa municipal (dada la inacción del legislador sectorial autonómico) se debería dar prevalencia aplicativa a la Directiva de servicios y a la legislación básica del Estado, interpretando que esa normativa autonómica sectorial ha quedado desplazada por la legislación básica del Estado o, sencillamente, es inaplicable por contradecir frontalmente lo previsto en el Derecho de la Unión Europea. Caso contrario, las posibilidades de interpretar adecuadamente ese régimen de licencia de apertura por parte de los municipios sería sencillamente inviable. Es cierto que esa Ley 3/2009 no ha sido directamente modificada por el Decreto Ley 1/2010, pero no lo es menos que la habilitación genérica que lleva a cabo el artículo 194 bis de la Ley de Administración Local de Aragón puede ofrecer una cobertura suficiente para afectar a ese tipo de licencias de apertura que difícilmente pueden sostenerse en estos momentos. Lo más razonable sería que, por criterios obvios de seguridad jurídica, el legislador sectorial aragonés en materia de urbanismo procediera a adaptar esos regímenes de licencias a la propia Directiva de Servicios y a la legislación básica del Estado. Lo mismo cabe decir de la necesaria e imprescindible adaptación (radical) del REBASO a la normativa comunitaria.

Y el mismo planteamiento podría ser llevado a cabo en lo que afecta a aquellas licencias de funcionamiento en espectáculos públicos y actividades recreativas que no tengan ningún tipo de incidencia medioambiental.

Obviamente, el poder normativo local —siempre respetuoso con las previsiones establecidas por el legislador— puede hallarse en una difícil encrucijada, pero el problema no es sólo de quién es la responsabilidad en caso de incumplimiento, sino también de que el gobierno local debe aplicar rectamente el Derecho de la Unión Europea y la propia legislación básica del Estado, y en un ordenamiento jurídico tan complejo como el nuestro se debe revitalizar la capacidad normativa local para adoptar, en determinadas circunstancias

y casos, decisiones normativas que, aunque aparentemente contradigan la ley sectorial, están basadas en un recto entendimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión Europea y de la aplicación preferente de éste en caso de colisión, así como de la aplicación de una legislación básica que es posterior en el tiempo a la legislación autonómica. Los modelos de Ordenanzas publicados —a efectos de ayuda institucional— por la FAMCP van en esta línea. No es, de todos modos, un tema sencillo ni fácil de resolver y si el legislador aragonés no lo remedia puede ser una fuente de conflictividad jurídica futura.

V. REFLEXIONES FINALES

Algunas entidades locales están en estos momentos llevando a cabo un proceso de adaptación normativa a la Directiva de Servicios. Ciertamente, otras muchas ni siquiera han comenzado a dar los primeros pasos, pero tendrán que hacerlo. Está siendo un proceso lento, desigual y muy condicionado por la actuación o inacción del legislador sectorial autonómico en cada Comunidad Autónoma.

No es momento todavía de hacer un balance. Estamos todavía en una fase prematura, sin perjuicio de que hayamos superado con creces los umbrales temporales marcados en la propia Directiva de Servicios. Nadie les ha dado un prórroga, aunque en general la práctica totalidad de las entidades locales se la han auto concedido. El cambio es de tal magnitud y las incertidumbres son tantas, que se ha impuesto la prudencia o, lo que es peor, un compás de espera a ver si se clarifica algo el confuso panorama.

La impresión generalizada, al menos después de observar algunos procesos de adaptación local en diferentes Comunidades Autónomas, es que se está produciendo un fenómeno peculiar. En primer lugar, se han puesto en marcha procesos de adaptación que tienen soluciones muy dispares, según municipios. Esta diversidad unas veces obedece a la diferenciación de los marcos normativos autonómicos sectoriales de referencia, pero otras encuentra su explicación en decisiones normativas autónomas de cada entidad local. La paradoja de este proceso es que se persigue una liberalización del acceso y de la prestación de servicios, pero en las entidades locales se está ejerciendo la potestad normativa de forma muy desigual, con lo que los marcos reguladores pueden llegar a ser muy plurales y las soluciones normativas locales muy diferentes entre sí. Este ejercicio, que se puede justificar en la propia autonomía local, debería ser corregido o, al menos, suavizado, mediante sistemas de cooperación local de carácter horizontal o por medio de la elaboración de propuestas o modelos normativos (relativamente) homogéneos por parte de

las asociaciones de municipios y provincias, de las Diputaciones provinciales o del resto de gobiernos locales intermedios, sin que ello fuera obstáculo a que posteriormente sobre esos marcos se pudieran adoptar por parte de cada entidad determinadas soluciones políticas diferentes.

Estos marcos heterogéneos, sobre todo si son muy intensos, pueden representar nuevos obstáculos o barreras a la libertad de establecimiento y prestación de servicios. No dejan de ser paradójicas, por ejemplo, las diferentes soluciones que se están dando, en función de la legislación autonómica o de las Ordenanzas locales, a la utilización de la comunicación previa o de la declaración responsable como medios de sustitución de los regímenes de autorización. Los legisladores sectoriales y las propias Ordenanzas locales optan indistintamente por una u otra fórmula, y además en ocasiones con contenidos muy diferentes. No es momento de tratar esta cuestión, pero ciertamente aquí hay un grave problema a resolver.

En suma, el proceso iniciado será largo y complejo. La adaptación normativa sólo es el primer paso de ese proceso. Aún así, en el ámbito local —por las razones expuestas— se está demorando en exceso. Muy posiblemente, dadas las implicaciones que tiene ese «cambio de paradigma» y la necesidad de adecuar las mentalidades y la organización a ese resultado, en una primera fase veamos (estamos viendo ya) transposiciones excesivamente prudentes, con cambios de decorado, con escasa valentía y hasta cierto punto temerosas o, incluso, como ya se ha señalado, «tramposas».

Es lógico que así sea, puesto que las resistencias al cambio son (y serán) en esta materia enormes. Los políticos no se plantean el problema. Los funcionarios están adaptados a una forma de hacer las cosas que tradicionalmente se asentaba en la figura de la licencia. La organización administrativa está construida bajo esos parámetros. Las funciones de inspección, supervisión y control se ejercían, pero normalmente cuando había una denuncia o se producía un hecho que requería tal intervención. No ha sido tradicional potenciar los servicios de inspección, puesto que la actividad administrativa principal era anterior a la puesta en marcha de la actividad de servicios.

Lo cierto es que los indicadores comparados muestra que en España iniciar una actividad de servicios es una tarea ímproba y nuestra competitividad padece muchos enteros. Cambiar ese estado de cosas no será fácil, pero no es que sea necesario, sino que es inevitable. Habrá que buscar puntos de equilibrio, llevar a cabo una adaptación por fases, inicialmente prudente y paulatinamente más ambiciosa, adecuar la organización y las personas a tales objetivos y, en fin, ordenar la transición. Dicho de otra manera: se debe apostar por un cambio planificado y gradual en el proceso de adaptación normativa (y no normativa) de la Directiva de Servicios por parte de nuestros

gobiernos locales. Para alcanzar el éxito (o, al menos, los resultados mínimos exigidos) es necesario que mejore muchos enteros la legislación sectorial autonómica, funcionen los instrumentos de cooperación horizontal y vertical, se articule correctamente la asistencia técnica a los municipios por parte de los gobiernos locales intermedios y, por último, los políticos locales y los altos funcionarios asuman la importancia que tienen las actividades de servicio para el desarrollo económico y la mejora de la competitividad de su propio territorio. Toda reforma institucional que vaya en esta dirección mejorará —cabe presumir— en la mejora de la competitividad y en un mayor desarrollo económico, que en estos tiempos de crecimiento tan anémico buena falta nos hace. Tarea difícil, pero inaplazable.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2009): *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios*. El LIBRO MARRÓN, Círculo de Empresarios/BBVA, Madrid, octubre.
- ARAGONÉS BELTRAN, E. (2010): «Las repercusiones tributarias de la Directiva de Servicios en el ámbito local», en *Cuadernos de Derecho Local* núm. 23.
- DE LA QUADRA SALCEDO, T. (director) (2009): *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006, relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid.
- DE LA QUADRA SALCEDO, T. (2009): «La Directiva de Servicios y la libertad de empresa», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7.
- DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. (2008): «Quo Vadis Bolkenstein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?», en *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 22.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2008): «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», en *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 22.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (2009): «La transposición de la Directiva de Servicios: aspectos normativos y organizativos en el Derecho español», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 32.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2010), *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho interno*, IVAP, Oñati.

- LAGUNA PAZ, J. C. (2009): «Directiva de Servicios: el estruendo del parto de los montes», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, Madrid.
- MAHILLO GARCÍA, P. (2010): «La incidencia de la Directiva de Servicios en la normativa local y el proceso de adaptación de la misma», en *Cuadernos de Derecho Local* 23.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2009), «Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios», en *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, núm. 21.
- (2010): «Las regulaciones por silencio (cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9.
- PAREJO ALFONSO, L. (2009): «La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkenstein. La interiorización, con paraguas y ómnibus, de su impacto en nuestro sistema», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6.
- PARICIO RALLO, E. (2009): «Cuestiones jurídicas sobre la aplicación de la Directiva de Servicios», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 21.
- (2010): «La aplicación material de la Directiva de Servicios», en *Cuadernos de Derecho Local* núm. 23.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. (2010), «De la intervención administrativa previa al control a posteriori: la reforma de procedimiento administrativo común a consecuencia de la directiva de servicios», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2.
- RIVERO ORTEGA, R. (Director) (2009): *Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Cívitas/Thompson Reuters, Madrid.
- RIVERO ORTEGA, R. (2009): «Reformas de Derecho Administrativo para 2010: la difícil transposición de la Directiva de Servicios en España», en *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 34.
- RODRÍGUEZ FONT, M. (2010): «Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local», en *Anuario del Gobierno Local 2009*, Institut de Dret Públic/Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona.
- TÁBOAS BENTANACHS, M. (2010): «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 medio ambiental», en *Cuadernos de Derecho Local* núm. 23.

- TORRES COBAS, F. (2009): «Los desafíos de la 'Directiva Bolkenstein' para las entidades locales: el adiós a las licencias y el posible renacer de las ordenanzas locales».
- (2010): «Problemas para una correcta transposición de la Directiva de Servicios al ordenamiento local», en *Anuario del Gobierno Local 2009*, Institut de Dret Públic/Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona.
- URRUTIA LIBARONA, I (2010): *Marco jurídico del libre acceso a las actividades de servicio y de ejercicio en la Comunidad Autónoma del País Vasco*, IVAP, Oñati.