



CRITERIOS DE APLICACIÓN – AGENCIA
23 de noviembre de 2020

CA-03 AGENCIA /2020

CA 03/2020: ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA ORDENANZA PARA LA APERTURA DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS

I. ANTECEDENTES.

Con motivo de la constitución de un derecho de superficie sobre un inmueble municipal, se ha suscitado la cuestión relativa al ámbito de aplicación de la Ordenanza para la Apertura de Actividades Económicas y la intervención de la Agencia de Actividades. Desde el año 2014 se ha considerado que la competencia para la intervención en los procedimientos de licencia y declaración responsable en inmuebles gestionados por las Administraciones Públicas entraba dentro del ámbito de aplicación de la Ordenanza Municipal de Tramitación de licencias urbanísticas. No obstante, en la aplicación práctica de este criterio se ha venido planteando dudas interpretativas que aconsejan su reconsideración.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA ORDENANZA DE APERTURA DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS Y DE LA ORDENANZA DE TRAMITACIÓN DE LICENCIAS URBANÍSTICAS.

La Ordenanza para la apertura de actividades económicas en la ciudad de Madrid (OAAEE) de 28 de febrero de 2014 establece en su artículo 3 el ámbito de aplicación de la Ordenanza y, por ende, el ámbito de actuación de las Entidades colaboradoras en materia urbanística.

En su artículo 3.1 se señala que las disposiciones de la ordenanza se aplican a cualquier actividad económica, incluidas las de prestación de servicios, y a las obras que sean precisas para su implantación o modificación.

En el apartado 2 de este artículo 3 se recoge su ámbito de exclusión, categorizado con los siguientes criterios:

- 1) El tipo de uso sobre el que recae la actuación
- 2) El sujeto que la va a realizar y
- 3) La naturaleza del terreno sobre el que recae.

Así, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ordenanza:

- “a) El uso residencial, sus instalaciones especializadas, elementos comunes o dotaciones, incluido el uso de garaje aparcamiento como dotación al servicio de los edificios.
- b) Cualquier actuación cuya titularidad corresponda a las Administraciones Públicas, sus Organismos Autónomos, Entidades de Derecho Público o Empresas públicas, así como representaciones diplomáticas u organismos internacionales, o se realicen sobre inmuebles gestionados por las mismas.



9801FFD73AC31ECE

Información de Firmantes del Documento



c) Las actuaciones urbanísticas que se realicen sobre bienes de dominio público y precisen de la obtención de la correspondiente autorización o concesión demanial, salvo si se trata de locales individuales en mercados municipales sujetos al régimen de concesión.

d) Las actuaciones que afecten a los siguientes usos urbanísticos, u otros usos que aun no estando recogidos en este listado estén previstos como usos autorizables o compatibles de alguno de ellos:

i. Dotacional zona verde.

ii. Dotacional Servicios de las Administraciones Públicas.

iii. Dotacional Servicios infraestructurales, en sus clases de abastecimiento de agua, saneamiento y residuos sólidos.

iv. Dotacional para la Vía Pública.

v. Dotacional para el Transporte.

e) Las actuaciones que afecten simultáneamente a varios usos urbanísticos ubicados en un mismo inmueble, y alguno de ellos estuviera excluido de esta ordenanza.

Quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación de la presente ordenanza las actuaciones que afecten únicamente y de forma autónoma al uso terciario comercial y terciario recreativo de consumo de comidas y bebidas, vinculados o supeditados a alguno de los supuestos mencionados en el apartado anterior, salvo que se soliciten por las Administraciones públicas, sus Organismos Autónomos, Entidades de Derecho Público o Empresas Públicas, o que se encuentren vinculadas al uso dotacional para el transporte."

La interpretación del artículo 3.2 de la OAAEE es clara en lo que se refiere a los usos que quedan fuera de su ámbito de aplicación: el uso residencial de su apartado a), los usos recogidos en el apartado d) y aquellas actuaciones vinculadas al uso dotacional para el transporte.

Junto con este criterio de exclusión, la ordenanza recoge otros dos parámetros para delimitar su ámbito de actuación:

- Por razón del sujeto, quedan excluidas todas las actuaciones cuya titularidad corresponda a las Administraciones Públicas, sus Organismos Autónomos, Entidades de Derecho Público o Empresas públicas, así como representaciones diplomáticas u organismos internacionales, **o se realicen sobre inmuebles gestionados por las mismas**.
- Por razón del objeto sobre el que recaen, quedan fuera de su ámbito de aplicación las actuaciones urbanísticas que se realicen **sobre bienes de dominio público**, salvo si se trata de locales individuales en mercados municipales sujetos al régimen de concesión.

Coherentemente con esta regulación, la Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias Urbanísticas (OMTLU), en su redacción de 29 de abril de 2014, establece un ámbito de aplicación en el que se incluyen todas las actuaciones relacionadas en el artículo 3.2. de la OAAEE.

III. CONSIDERACIONES AL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA ORDENANZA, INTERPRETACIÓN DEL TÉRMINO "INMUEBLES GESTIONADOS POR LAS MISMAS".

El ámbito de aplicación de la Ordenanza no ofrece dudas en lo que se refiere a los usos. Más problemático ha resultado en la práctica determinar cuál es el contenido real de las previsiones que afectan al sujeto y al tipo de bien sobre el que recaen las exclusiones previstas en esta regulación.

Información de Firmantes del Documento



MYRIAM PEÓN GONZALEZ - GERENTE AGENCIA DE ACTIVIDADES
URL de Verificación: http://intranet.munimadrid.es:8090/VECSV_WBCONSULTAINTRA/VerificarCove.do

Fecha Firma: 23/11/2020 12:24:39
CSV : 9801FFD73AC31ECE



Ya se ha señalado cómo la ordenanza excluye todas las actuaciones *cuya titularidad corresponda a las Administraciones Públicas y otros organismos y entidades o empresas que dependan de las mismas, además de las representaciones diplomáticas u organismos internacionales*. A continuación, van a realizarse algunas precisiones sobre estos términos.

a) Actuaciones cuya titularidad corresponda a las Administraciones Públicas

El término “actuaciones *cuya titularidad corresponda a las Administraciones Públicas*” es necesario interpretarlo en el sentido de que se trata:

- a) De *actuaciones promovidas* directamente por las Administraciones Públicas, por utilizar la terminología prevista en el artículo 4 e) de la OMTLU.
- b) O de actuaciones que entran dentro del *ejercicio directo* de las competencias de las Administraciones Públicas. A tales efectos, puede considerarse que existe un ejercicio *directo* cuando la competencia es ejercitada directamente por una Administración con medios propios y sin la intervención de terceros.

Igualmente, el enunciado “Administración Pública” hay que enmarcarlo dentro de la definición del artículo 2.3. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, conforme al cual:

“Tienen la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2”.

Por su parte, el apartado 2 de esta Ley se refiere a los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas. De manera que ya en el término “Administración Pública” queda comprendido los organismos y empresas de derecho público que dependen del Ayuntamiento de Madrid.

Cuando una Administración Pública ejerza *directamente* una actuación de su competencia o promueva una intervención en cualquier acto de edificación o uso del suelo, estaremos en presencia de uno de los supuestos de exclusión de la OAAEE y, por tanto, de aplicación de la OMTLU, con independencia del uso al que afecten.

b) Inmuebles gestionados por las mismas

Con carácter general, cualquier inmueble gestionado por alguno de los sujetos enunciados en los párrafos anteriores (*Administraciones Públicas, sus Organismos Autónomos, Entidades de Derecho Público o Empresas públicas, así como representaciones diplomáticas u organismos internacionales*) quedaría excluido de la aplicación de la OAAEE, en virtud del tenor literal de su artículo 3. 2. Sin embargo, la cuestión se centra en identificar qué es lo que se entiende por *inmueble gestionado por una Administración Pública*.

Sobre esta cuestión, con fecha 24 de junio de 2014 se emitió informe interpretativo de la Subdirección General de Régimen Jurídico, en el que se concluyó que dentro del concepto de inmueble gestionado por una Administración Pública, a efectos de la aplicación de la OMTLU, quedaban incluidos todos los inmuebles susceptibles de reportar una rentabilidad económica a la Administración por formar parte de su patrimonio, independientemente de si el mismo era utilizado por la propia Administración o por un tercero público o privado.

No obstante, la aplicación práctica de este criterio ha puesto de manifiesto situaciones en las que, a pesar de tratarse de inmuebles patrimoniales de las Administraciones, éstas no gestionan



9801FFD73AC31ECE



directamente su utilización, por haber cedido su explotación y uso a un particular a través de cualquiera de las formas jurídicas previstas en la legislación. Ello no justificaría la aplicación de la OMTLU pensada para actuaciones con una presencia directa y evidente de una Administración Pública.

En estos casos debemos entender que el conjunto de facultades que otorga una Administración sobre sus bienes a un tercero, formalizado a través del procedimiento que corresponda (concesión, contrato, cesión...) excluye de manera inmediata la gestión por la Administración, ya que, de otra manera, el tercero afectado por el negocio jurídico no podría ejercer sus facultades de forma plena y en los términos establecidos en el negocio jurídico que ha formalizado.

Ello no significa que la Administración pierda sus facultades de policía o pueda revocar la concesión o contrato correspondiente por motivos de interés público, sino que, simplemente, y a través del negocio jurídico pactado, se hace a un lado para permitir que sea un tercero el que gestione el bien correspondiente.

Así, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), consagra la posibilidad de establecer negocios jurídicos sobre sus bienes. Incluso cuando se trata de bienes de dominio público, afectos a un uso o servicio público, el artículo 97 LPAP determina que *“el titular de una concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión”*, y este título *“otorga a su titular, durante el plazo de validez de la concesión y dentro de los límites establecidos en la presente sección de esta ley, los derechos y obligaciones del propietario”*

Si esto es así y para los bienes de dominio público, a los que el ordenamiento jurídico otorga mayor nivel de protección, es claro que los terceros que formen parte de una relación contractual con la Administración tendrán al menos este tipo de prerrogativas para el uso y disfrute de los bienes patrimoniales de las Administraciones Públicas. A tal efecto, el artículo 106 LPAP señala, por ejemplo, que *“la explotación de los bienes o derechos patrimoniales podrá efectuarse a través de cualquier negocio jurídico, típico o atípico”*.

Asimismo, el artículo 111 LPA, relativo a la libertad de pactos, señala que *“los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre los bienes y derechos patrimoniales están sujetos al principio de libertad de pactos. La Administración pública podrá, para la consecución del interés público, concertar las cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico, o a los principios de buena administración”*.

Y en particular, según el apartado 2 de este artículo 111, *“los negocios jurídicos dirigidos a la adquisición, explotación, enajenación, cesión o permuto de bienes o derechos patrimoniales podrán contener la realización por las partes de prestaciones accesorias relativas a los bienes o derechos objeto de los mismos, o a otros integrados en el patrimonio de la Administración contratante, siempre que el cumplimiento de tales obligaciones se encuentre suficientemente garantizado. Estos negocios complejos se tramitarán en expediente único, y se regirán por las normas correspondientes al negocio jurídico patrimonial que constituya su objeto principal”*.

De manera que la propia Ley de Patrimonio establece mecanismos para el uso y aprovechamiento de los bienes de dominio público y patrimoniales.

Consecuentemente, y a los efectos de aplicación de una u otra ordenanza, cuando exista un negocio jurídico formalizado con un tercero por parte de una Administración en un inmueble patrimonial, ha de entenderse que ***la participación del tercero excluye la gestión de las***



9801FFD73AC31ECE



Administraciones, en el sentido de uso y explotación directa, ya que verdaderamente quien está gestionando el inmueble es el tercero a través de su correspondiente título jurídico. Esto sólo tendría relevancia práctica en lo que se refiere a los bienes patrimoniales de las Administraciones, dado que los de dominio público, como ya se ha mencionado, quedarían excluidos del ámbito de aplicación de la OAAEE por su propia calificación jurídica, tal y como indica expresamente la propia ordenanza.

Ello supone a la inversa que la exclusión del ámbito de aplicación de la OAAEE referido a *inmuebles gestionados por Administraciones Públicas* únicamente estaría pensado para aquellos casos en los una Administración Pública pasa a gestionar directamente, en el sentido de usar y explotar, un inmueble **que no es de su propiedad**, por ser bien patrimonial de otra Administración Pública o bien privado de un sujeto de derecho privado.

Puede concluirse que en aquellos casos en los que la actuación no recaiga sobre un bien inmueble de dominio público, sino patrimonial, y exista un tercero que promueva una actuación sobre el bien a través de un título jurídico formalizado con la Administración, se entenderá que no hay gestión directa del inmueble por parte de la propia Administración, sino que es el tercero el que está gestionando el bien inmueble, quedando dentro del ámbito de aplicación de la OAAEE, siempre y cuando, claro está, no se trate de alguno de los usos vedados a la aplicación de esta ordenanza.

IV. CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO DE SUPERFICIE CONSTITUIDO SOBRE INMUEBLES MUNICIPALES.

La normativa estatal vigente acerca del derecho de superficie está regulada en los artículos 53 y 54 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLS). El artículo 53.1 TRLS señala que “*el derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas*”

Por su parte, en el párrafo segundo de este apartado 1 se consagra que “*también puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo*”.

Como derecho real, el derecho de superficie se caracteriza, por tanto, por una disminución de las facultades del propietario del suelo en favor del superficiario, que disfrutará de los siguientes deberes y facultades:

- c) Realizar cualquier tipo de obra o construcción sobre el terreno.
- d) Ejercitar su derecho sobre aquellos elementos construidos ex ante.
- e) Transmitir o gravar su derecho de superficie.
- f) Ser titular del derecho de superficie y dueño de lo construido.

En contrapartida, el cedente y propietario del suelo está obligado a posibilitar el ejercicio del derecho de superficie, facilitando la construcción del edificio y su mantenimiento. Puede decirse en este sentido que es un derecho del superficiario el de construir y adquirir la propiedad temporal de lo edificado (modalidad ordinaria) o de la construcción ya existente (modalidad especial). Es la llamada propiedad superficiaria.

Información de Firmantes del Documento



Consecuentemente, las posiciones jurídicas del cedente y del cesionario quedan bien delimitadas a través del derecho de superficie, dotando al superficiario de una posición totalmente autónoma con relación al titular originario del terreno.

De manera que aún en el caso de que el cedente y propietario del terreno sea una Administración Pública, debe entenderse que el superficiario dispone de una serie de facultades y derechos que le independizan totalmente de la Administración cedente. En estos casos no cabría hablar de gestión directa de una Administración, ya que, en virtud del título jurídico por el que se haya instituido el derecho de superficie, el propio superficiario ejerce con total plenitud las facultades que le confiere este derecho.

Por lo tanto, en aquellos supuestos en los que se constituya un derecho de superficie por parte de una Administración en favor de un tercero, habrá que considerar que la gestión y la titularidad de la actuación corresponde a este tercero, y no a la Administración que confiere el derecho de superficie. De manera que si el uso al que está afecto el derecho de superficie no está dentro de los excluidos del ámbito de aplicación de la OAAEE, no cabrá la exclusión del ámbito de aplicación de esta ordenanza *por razón del sujeto que realiza la actuación*.

V. CONCLUSIONES.

- El artículo 3.2 de la OAAEE recoge un ámbito de exclusión, categorizado a través de los siguientes criterios: 1) el tipo de uso sobre el que recae la actuación; 2) el sujeto que la va a realizar y 3) la naturaleza del terreno sobre el que recae.
- Cuando una Administración Pública ejerza *directamente* una actuación de su competencia o promueva una intervención en cualquier acto de edificación o uso del suelo, estaremos en presencia de uno de los supuestos de exclusión de la OAAEE y, por tanto, de aplicación de la OMTLU, con independencia del uso al que afecten estas actuaciones.
- La explotación de un bien patrimonial por terceros implica que la Administración ya no gestiona directamente ese bien. Cuando la actuación pretendida no esté reservada a la intervención de una Administración Pública por razón del uso sobre el que recae, la tramitación del correspondiente medio de intervención se regirá por lo dispuesto en la OAAEE.
- En aquellos supuestos en los que se constituya un derecho de superficie por parte de una Administración en favor de un tercero, habrá que considerar que la gestión y la titularidad de la actuación corresponde a este tercero, y no a la Administración que confiere el derecho de superficie.



9801FFD73AC31ECE

Información de Firmantes del Documento

MYRIAM PEÓN GONZALEZ - GERENTE AGENCIA DE ACTIVIDADES
URL de Verificación: http://intranet.munimadrid.es:8090/VECSV_WBCONSULTAINTRA/VerificarCove.do

Fecha Firma: 23/11/2020 12:24:39
CSV : 9801FFD73AC31ECE

