

**LOS NUEVOS TÍTULOS HABILITANTES
DE ACTIVIDADES PRIVADAS DE LA ADMINISTRACIÓN
TRAS LA DIRECTIVA DE SERVICIOS**

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

VANESSA ESPINOSA MOLINA

Dirigido por:

JUAN A. UREÑA SALCEDO

Valencia, 2015

ÍNDICE

Abreviaturas	9
Introducción	13

CAPÍTULO I

LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA: RÉGIMEN JURÍDICO TRADICIONAL

I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

1. Evolución jurídico-dogmática	17
1.1. La autorización en el siglo XIX	18
1.2. La teoría clásica y sus transformaciones	20
1.2.1. Impulso dogmático	20
1.2.1.1. La doctrina italiana	20
1.2.1.2. La doctrina alemana	22
1.2.2. La doctrina española hasta la primera mitad del siglo XX	24
1.3. La revisión del concepto a finales del siglo XX	28
1.3.1. La preexistencia del derecho	28
1.3.2. Posturas intermedias	30
1.3.3. Negación del derecho preexistente: carácter constitutivo de la autorización	33
2. Significado	34
3. Caracterización general	37
3.1. Acto administrativo	38
3.1.1. Carácter unilateral	38
3.1.2. Acto declarativo de voluntad	39
3.2. Control preventivo del interés público tutelado	39
3.3. El principio de proporcionalidad	42

II. CLASES DE AUTORIZACIONES

2.1. Simples y operativas	43
2.2. Regladas y discrecionales	45

III. SU DISTINCIÓN CON FIGURAS AFINES

3.1. Concesión	48
3.2. La comunicación previa	52
3.3. Otras técnicas	54
3.3.1. La dispensa	54
3.3.2. El problema de la inscripción registral	54

CAPÍTULO II

EL ACTUAL MARCO NORMATIVO DE LAS AUTORIZACIONES

I. ANTECEDENTES INMEDIATOS

1. La remoción de obstáculos a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios	60
2. Las Directivas sectoriales como instrumento de armonización parcial: autorizaciones generales y licencias individuales	63
2.1. Autorizaciones generales	64
2.2. Licencias individuales	65
2.3. La liberalización de actividades y servicios esenciales en la legislación española: Breve referencia	67
3. La revisión de la doctrina establecida: la restricción de las autorizaciones previas por su carácter obstaculizador de la libertad. La jurisprudencia del TJUE.	69
4. La Directiva de Servicios	71
4.1. Elaboración y aprobación de la Directiva de Servicios	72
4.2. Fundamentos: la remoción de obstáculos a la libertad de establecimiento	77
4.3. El régimen jurídico de las autorizaciones en la Directiva de Servicios.....	79
4.3.1. Condiciones mínimas de los regímenes de autorización	79
4.3.2. Otros requisitos para el establecimiento de los servicios	84
4.3.2.1. Prohibición de solapamiento con otros regímenes de autorización	84
4.3.2.2. Exigencia de una sola autorización para todo el territorio nacional ...	85
4.3.2.3. Su recurribilidad	86
4.3.3. Características del procedimiento de autorización	86

4.3.4. Requisitos prohibidos	88
4.3.5. Requisitos por evaluar	89
4.3.6. Duración de las autorizaciones	90
4.3.7. ¿Un cambio de paradigma con esta Directiva?	90

II. LA RECONDUCCIÓN DE LA TÉCNICA AUTORIZATORIA EN ESPAÑA TRAS LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

1. La transposición de la Directiva de Servicios al ordenamiento jurídico español. Breve apunte de la distribución de competencias	94
2. Legislación estatal de transposición	97
2.1. La elaboración de los proyectos de ley de transposición y las críticas vertidas al respecto	97
2.2. La Ley 17/2009, de 23 de noviembre	104
2.3. La Ley 25/2009, de 22 de diciembre	109
2.4. Otras normas de reforma	111
a) Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales	112
b) Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio ..	113
c) Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley de Ordenación del comercio minorista	114
d) Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible	115
e) Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio	116
f) Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado	117
g) Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local	120
h) Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficacia	121
3. Legislación autonómica de transposición	125
3.1. La prolija actividad legislativa de transposición de las Comunidades Autónomas: una visión general	126
3.2. Técnicas legislativas utilizadas	127
3.3. Consideraciones sobre algunas de las reformas sectoriales llevadas a cabo.....	130
3.4. Especial referencia a la Comunidad Autónoma de Cataluña	131
4. Problemática de la transposición en el ámbito local	133
4.1. Las ordenanzas municipales, el Derecho de la UE y el Derecho español	133

4.2. La reserva de ley para la exigencia de autorización o licencia	139
4.3. La adaptación de ordenanzas y procedimientos	142

III. PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE DISCIPLINAN EL RÉGIMEN DE LAS AUTORIZACIONES

1. La predeterminación normativa suficiente del contenido de las atribuciones que se confieren a la autoridad administrativa	146
2. El replanteamiento de la distinción entre autorizaciones regladas y discrecionales.....	146
3. El requisito de la proporcionalidad	147
4. Concurrencia de razones imperiosas de interés general	149
5. La apelación a la regla de la mínima intervención	151
5.1. Las modificaciones de la Ley 30/1992	151
5.2. Modificaciones en la Ley 7/1985	153
5.2.1. Ley 25/2009, de 22 de diciembre	153
5.2.2. Ley de Economía Sostenible	154
5.2.3. Ley 12/2012, de 26 de diciembre	155
5.2.4. Ley 20/2013, de 9 de diciembre	156
5.2.5. Ley 27/2013, de 27 de diciembre	157
6. El principio de máxima simplificación	159
7. La ampliación del ámbito del silencio positivo	160
7.1. El punto de partida en la Ley 30/1992	160
7.2. Las reformas en la transposición de la Directiva de Servicios	161
7.2.1. La Ley 17/2009: las regulaciones por silencio	161
7.2.2. La Ley 25/2009: modificación del artículo 43 de la Ley 30/1992	162
7.3. El silencio administrativo en la Ley de Economía Sostenible	163
7.4. Consideraciones finales	165
8. La duración indeterminada de la licencia para el ejercicio de una actividad	169
9. La revisión de las autorizaciones	169

CAPÍTULO III

LA SUSTITUCIÓN DE LAS AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS POR COMUNICACIONES PREVIAS Y DECLARACIONES RESPONSABLES

1. Introducción: El control a posteriori, un pilar básico de la Directiva de Servicios	173
2. Antecedentes legislativos	175
2.1. Regulación en el Derecho español	177
2.1.1. Las comunicaciones a la Administración	177
2.1.2. Las declaraciones “juradas” o “responsables”	179
2.1.3. Antecedentes autonómicos: Cataluña	183
a) Decreto 179/1995, de 13 de junio, de obras, actividades y servicios de Cataluña	183
b) Decreto 106/2008, de 6 de mayo	186
c) Ley 20/2009, de 4 de diciembre	188
d) Ley 11/2009, de 6 de julio	190
e) Valoración	191
2.2. Regulación en el Derecho italiano	195
2.2.1. La Ley italiana número 241, de 7 de agosto de 1990	195
2.2.2. La Ley italiana número 69, de 18 de junio de 2009	197
2.2.3. El Decreto-ley número 78, de 31 de mayo de 2010	198
3. Definición de ambas figuras en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre	199
3.1. Delimitación conceptual	200
3.2. Aspectos comunes	203
3.3. Diferencias entre ambas figuras, según la Ley 25/2009	204
3.3.1. Desde el punto de vista del objeto	205
3.3.2. Desde la perspectiva de la manifestación del interesado	209
3.3.3. El valor de la proclamación de autenticidad en las declaraciones responsables	211
4. Fundamento	214
4.1. La simplificación administrativa	216
4.2. La autorregulación	220
5. La clásica discusión sobre la naturaleza jurídica	222
6. Régimen jurídico	224
6.1. Procedimiento administrativo	224
6.1.1. Consideraciones generales	224
a) Un procedimiento sui generis	224
b) La exigencia de norma reguladora del procedimiento	227
c) La existencia de criterios estrictamente reglados	229
d) La necesidad de modelos normalizados	231
6.1.2. Disposiciones generales del procedimiento administrativo	232

a) Iniciación e instrucción del procedimiento	233
b) Terminación del procedimiento	235
c) Régimen del silencio	236
c.1. Silencio positivo	236
c.2. Distinción entre la autorización administrativa concedida por silencio administrativo positivo, y el régimen de comunicación previa con derecho a veto	238
c.3. Otros apuntes doctrinales	240
7. Clases de comunicaciones previas por sus efectos	242
7.1. Ausencia de veto: ejercicio instantáneo de la actividad e, incluso, el ejercicio anticipado	243
7.2. La comunicación previa con control represivo	244
7.3. El veto de la Administración: eficacia demorada	245
8. El control de las actividades comunicadas	246
8.1. Control operativo de las actividades por la Administración	247
8.1.1. Cuestiones generales	247
8.1.2. Presupuestos y justificación	248
8.1.3. Plazo para el ejercicio de la potestad de control	252
8.1.4. El régimen sancionador	254
a) Sobre la subsanación	255
b) La carencia de reglas procedimentales	256
8.2. Control operativo de actividades por entidades colaboradoras de control técnico. Breve referencia a los OCA's en la Comunidad Valenciana	257
9. El régimen de la responsabilidad	262
9.1. La falta de control previo y la responsabilidad por daños	262
9.2. El visado colegial y la responsabilidad del redactor del proyecto	264
9.3. La débil posición de terceros	265
10. Las tasas municipales en los supuestos de comunicación previa al inicio de las actividades	266
10.1. La naturaleza jurídica de las actuaciones de control y su incidencia respecto a la tasa	268
10.2. Las modificaciones del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales para regular la tasa por actuaciones de verificación a posteriori	269
10.3. La necesidad de prestación del servicio y su justificación	271
10.4. Conclusiones	272
11. Otras consideraciones.....	274
CONCLUSIONES	277
Bibliografía	285
Apéndice normativo y jurisprudencial	297

ABREVIATURAS

AD	Revista de Documentación Administrativa.
AJA	Actualidad jurídica Aranzadi.
CC.AA.	Comunidades Autónomas.
CDGAE	Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.
CE	Constitución española de 1978.
CEE	Comunidad Económica Europea.
CES	Consejo Económico y Social.
DA	Documentación Administrativa
DS	Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.
EE.LL.	Entidades locales.
IEF	Instituto de Estudios Fiscales.
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LGUM	Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.
LOAPA	Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico.
LOTT	Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.
LPACAP	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
LRJ-PAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
LRSAL	Ley 20/2013, de 19 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.
QDL	Quaderns de Dret Local.

RAD	Revista Aranzadi Doctrinal.
RAMINP	Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre.
RAP	Revista de administración pública.
RDDA	Revista Digital de Derecho Administrativo.
REDA	Revista española de derecho administrativo.
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
REDE	Revista española de derecho europeo.
REL	Revista de estudios locales.
REP	Revista de Estudios Políticos.
REVL	Revista de Estudios de la Vida Local.
RGDA	Revista general de derecho administrativo.
RSCL	Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TC	Tribunal Constitucional.
TCEE	Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TRLCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, texto refundido

de la Ley de Contratos del Sector Público.

- TRLS:** Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, texto refundido de la Ley de Suelo.
- TRLHL** Real Decreto Legislativo 2/2014, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.
- TSJ** Tribunal Superior de Justicia.
- TUE** Tratado de la Unión Europea.

INTRODUCCIÓN

I

El objeto de este trabajo es analizar y reflexionar sobre un instituto clásico del Derecho administrativo como es la autorización, la excusa, nos fue aportada, ya hace algunos años, por la Directiva de Servicios de 2006.

Resulta cada vez más frecuente que el Derecho de la Unión Europea, que nació con un cariz exclusivamente económico y ajeno a la soberanía de los Estados, obligue a reformar la legislación administrativa de los Estados miembros. Así sucedió, por ejemplo, con la contratación administrativa, con el principio de confianza legítima que se incorporó a la Ley 30/1992, por la vía de la armonización del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, y así sucede con la libre prestación de servicios.

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, persigue suprimir o, cuanto menos, minimizar los requisitos administrativos que los ordenamientos de los Estados miembros exigen para la prestación de los servicios.

La preferencia por las alternativas a los regímenes de autorización que no impliquen una intervención administrativa previa al inicio de cualquier actividad, enfáticamente proclamada en la citada Directiva de 2006, ha elevado al máximo el protagonismo de otras técnicas alternativas a las que dicha norma se refiere: las comunicaciones previas y las declaraciones responsables.

Así como el estudio del régimen jurídico de la autorización es clásico en la ciencia del Derecho Administrativo, no puede decirse lo mismo de las comunicaciones previas y las declaraciones responsables. Estas técnicas han estado presentes en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo su utilización en el sistema legal español es tan pretérita como inexplorada. Existen, desde el siglo pasado, múltiples ejemplos en diversas regulaciones; sin embargo todas ellas se caracterizan por establecer con poco detenimiento un régimen jurídico a todas luces precario. La inexistencia de una teoría general a la que acudir en interpretación de esta figura dificulta en muchas ocasiones su aplicación, sobre todo y más aún, cuando resulta facultativa. La expansión actual de las mismas, convirtiéndolas en regla general frente a las autorizaciones administrativas, abre un panorama nuevo, en gran medida oscuro y desconocido por la falta de práctica y de reglas jurídicas que lo ordenen. A estas cuestiones, también, nos acabamos refiriendo en esta tesis.

En España, ha sido la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, la que ha incorporado al ordenamiento interno el contenido de la Directiva. Si bien se limita a enumerar los principios y directrices que deben inspirar la organización y el funcionamiento de las Administraciones públicas en materia de prestación de servicios. Fue la Ley

25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, la que reformó hasta un total de 48 leyes estatales que afectaron a cerca de 7.000 procedimientos distintos.

El artículo 1.2 de la Ley 25/2009 como se expondrá, modifica el artículo 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, contemplando en su apartado 1.c) la declaración responsable y la comunicación previa; mientras que el artículo 2.3 añade un nuevo artículo 71 bis a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, relativo a la declaración responsable y a la comunicación previa. A esta primera modificación le han seguido una serie de reformas operadas por el legislador estatal con el fin de llevar a cabo una unificación jurídica sobre la materia. Aquí incluiremos incluso, algunas referencias a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por otra parte, diferente es la postura de las normas autonómicas que, a partir de la publicación de la Directiva de Servicios, se dictan haciendo acopio de la declaración responsable sin esperar a la transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico español por parte de las Cortes Generales. Nada impide que tanto las Comunidades Autónomas como las Entidades Locales, puedan dictar normas de su competencia incorporando las disposiciones previstas en una norma de objetivos como es una Directiva. En este sentido, serán analizadas en la presente exposición las normas de dos Comunidades Autónomas (Cataluña y Madrid), destacando sus luces y sombras en determinadas materias, así como las distintas técnicas legislativas utilizadas por las Comunidades Autónomas para llevar a cabo la transposición de la Directiva.

La técnica de las declaraciones responsables ya se venía admitiendo en nuestro ordenamiento jurídico con carácter previo a la Directiva de Servicios, a través del Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de Cataluña, aprobado por Decreto 179/1995, de 13 de junio. Es una técnica menos restrictiva de la libertad individual que se ha erigido en una alternativa a supuestos legales de exigencia de licencia, marcando la tendencia a liberalizar las actividades intervenidas. La regulación en Cataluña de esta nueva técnica, a pesar de las muchas incógnitas sobre su funcionamiento, tuvo el mérito de impulsar a algunos legisladores autonómicos hacia una reconstrucción de los medios de control de la actividad privada.

La pregunta que cabe formularse es cuál es la aportación de la Ley Ómnibus. Y la respuesta, en nuestra opinión, no es otra que al introducir el artículo 71 bis en la Ley 30/1992, la declaración responsable y la comunicación previa, ambas pasan a convertirse en una regulación general y básica. Esto es, lejos de afectar a relaciones sectoriales por la vía de la especialidad, desde la Ley 30/1992 la declaración responsable y la comunicación previa se incardinan en el procedimiento administrativo común, cuya regulación, como veremos en el apartado correspondiente, presenta algunas carencias al no regular determinados aspectos sobre los que la doctrina viene llamando la

atención desde hace años, situación que no parece vaya a mejorar con la entrada en vigor, en 2016, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Con la intención de buscar ejemplos liberalizadores en esta materia, hemos esbozado el modelo italiano que, en los últimos años, ha apostado por una serie de iniciativas normativas estatales, precisamente siguiendo una línea flexibilizadora.

De lo hasta aquí expuesto podemos concluir afirmando, a modo de síntesis, que los nuevos rumbos jurídicos y sociales impregnados por principios propios del Derecho de la Unión Europea, llaman a un replanteamiento de la tradicional y perenne técnica autorizatoria de la licencia, y que, a nuestro juicio, hasta la fecha, sólo de forma parcial se ha conseguido.

II

En el primer capítulo de este trabajo estudiaremos el régimen jurídico tradicional de la autorización administrativa. Asimismo, se analiza la evolución jurídico-dogmática de esta técnica de intervención y, en particular, la cuestión central que viene preguntándose la doctrina después de un siglo, esto es, si la autorización administrativa levanta un obstáculo que se opone al ejercicio de un derecho preexistente o, por el contrario, la autorización tiene un carácter constitutivo o declarativo.

En el Capítulo II se aborda el estudio del actual marco normativo de las autorizaciones que, a través 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, se inserta en nuestro ordenamiento. Se parte, para ello, del estudio de los antecedentes normativos inmediatos que ya recogían los principios del Derecho comunitario relativos a la remoción de obstáculos a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios. Asimismo, analizamos el régimen jurídico de las autorizaciones que regula la Directiva; la compleja transposición de ésta a nuestro ordenamiento a través de la legislación estatal y autonómica, destacando, asimismo, la problemática suscitada en el ámbito local derivada de dicha transposición, en concreto, la necesidad de adaptación de Ordenanzas y procedimientos.

Finalmente en este Capítulo examinaremos los principios jurídicos que disciplinan el régimen de las autorizaciones administrativas, a raíz de la aplicación de la la Directiva de Servicios y, en particular, el requisito de proporcionalidad, la necesidad de concurrencia de razones imperiosas de interés general, la apelación a la regla de la mínima intervención, el principio de máxima simplificación, así como la ampliación del ámbito del silencio positivo.

Por último, el Capítulo III se dedica al estudio del régimen jurídico de las comunicaciones previas y las declaraciones responsables, tal y como vienen ordenadas legal y reglamentariamente. Analizada la naturaleza de ambos regímenes, se plantean, entre otras, las siguientes cuestiones: la primera es la relativa al procedimiento, su existencia y la posibilidad de intervención administrativa posterior al

plazo previsto por la norma; la segunda, consiste en el régimen jurídico de control y responsabilidad diseñado para estas técnicas de intervención; finalmente, hacemos una especial referencia al papel que juegan las entidades colaboradoras, el deterioro de la posición de los terceros que resulten afectados, así como la exacción de tasas municipales aplicables en los supuestos de comunicación previa al inicio de la actividad.

CAPÍTULO I

LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA: RÉGIMEN JURÍDICO TRADICIONAL

I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

La autorización es una institución jurídica que desde sus orígenes ha llegado hasta nuestros días atravesando numerosos avatares y transformaciones. Pero, curiosamente, pese a su antigüedad, sigue siendo una figura compleja y difícil, que despierta numerosos e interesantes interrogantes, a los que el Derecho Administrativo no ha podido ofrecer una regulación uniforme, como veremos, por muy diversas razones.

Es a partir del siglo XIX, cuando la doctrina científica comienza a plantearse una adecuada comprensión de la institución, intentando una construcción coherente de la figura que aporte las respuestas necesarias a los problemas que plantea, período que constituye el punto de partida para el estudio de la institución y a la que se dedica el presente Capítulo.

1. Evolución jurídico-dogmática

Dentro de los títulos habilitantes, la autorización administrativa ha ocupado tradicionalmente una posición de centralidad. La autorización es, la técnica que permite compatibilizar el desarrollo de actividades socialmente deseables con el necesario control de los riesgos potenciales que éstas pueden presentar respecto de intereses públicos relevantes. Esta propiedad explica su éxito como instrumentos de regulación, y la especial atención que la figura ha merecido en la doctrina administrativista, que ha dedicado enormes esfuerzos a la tarea de su elaboración teórica.

Como veremos a continuación, sin embargo, la evolución de la legislación positiva ha generado una considerable diversificación de estas figuras típicas, que en la actualidad presentan manifestaciones muy diferentes entre sí, tanto por lo que se refiere a sus aspectos funcionales como en lo que atañe a su régimen jurídico. Casi podría concluirse, ya veremos, que lo importante, una vez más, no es el *nomen iuris* sino el concreto régimen legal de la actividad que se autoriza.

La cuestión central que viene preguntándose la doctrina, después de más de un siglo es, si la autorización administrativa levanta un obstáculo que se opone al pleno ejercicio de un derecho o libertad preexistente o, por el contrario, la autorización tiene un carácter constitutivo o declarativo, si se quiere, y permite perfeccionar las facultades que corresponden a los ciudadanos para que las ejerciten en plenitud.

1.1. La autorización en el siglo XIX

En las primeras décadas del Estado constitucional no existe una conceptualización suficiente de la autorización como técnica de intervención administrativa. Es en la obra de ALEJANDRO OLIVÁN, donde se encuentra un atisbo de construcción jurídica en relación con la autorización. Al analizar la materia administrativa, este autor se refiere a los fines generales de policía administrativa, que justifican la intervención de la Administración. Se hacen referencias a la inspección administrativa, o incluso, a determinadas concesiones, pero la autorización no figura como una categoría jurídica diferenciada¹.

A mediados del siglo XIX, la autorización administrativa se proyectó sobre dos ámbitos característicos: la policía y el dominio público. La comprensión de la institución que se tiene en ese momento, coincide en lo sustancial con la actual, sin embargo, su construcción jurídico-dogmática resulta todavía insuficiente. La expresión autorización se utiliza indistintamente con la de la licencia y, a veces, también con la de permiso.

COLMEIRO, en su obra “Derecho administrativo español”, dice que el fin de la Administración es la satisfacción de las necesidades materiales y morales de los pueblos, presentes y futuras. De ahí se desprende que la acción administrativa tenga que ser antes preventiva que represiva, por ser esta última más análoga a la acción judicial. En este marco, este autor va dando cuenta de cómo la autorización administrativa, como un acto de imperio, es utilizada de manera casuística por la Administración, principalmente como una técnica de policía, en sus distintas manifestaciones: sanitaria interior; de orden público; beneficencia; mendicidad; enseñanza; espectáculos públicos; ejercicio de profesiones por extranjeros; imprenta; creación de compañías mercantiles, ferias y mercados; y carruajes públicos².

Por su parte, DUGUIT define el servicio público como “toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social y porque, además, es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurada sino mediante la intervención de la fuerza gobernante [...]. Los gobernantes estarán, por tal virtud, obligados a

¹ OLIVÁN, A., *De la Administración pública con relación a España*, 1843 (reeditado por IEP, Madrid, 1954, pp. 79 y ss.).

² Así, se exige autorización administrativa para: la apertura de escuelas; exhumación y traslación de cadáveres; ejercicio de las profesiones médicas, elaboración y venta de medicinas; pasaportes y pases que habilitan para viajar dentro del radio de 8 leguas del domicilio; licencias de armas; permisos para organizar rifas. Las Corporaciones locales que dirigían establecimientos particulares de beneficencia habían de ser autorizadas por el gobierno; el Alcalde concedía las licencias para las cuestaciones públicas y domiciliarias. La mendicidad no podía ejercerse sin licencia de las autoridades administrativas, que debían constatar el estado de pobreza y sus motivos. Se necesitaba una autorización previa del gobierno para el establecimiento de un colegio privado de segunda enseñanza. Los Alcaldes tenían atribuida la competencia para conceder o denegar permiso para toda clase de diversiones públicas. Se requería también autorización previa para la constitución de teatros y compañías ambulantes. Los extranjeros transeúntes no podían ejercer las artes liberales, ni los oficios mecánicos, sin autorización de los *jefes políticos*. Así, se necesitaba autorización administrativa para la constitución de compañías mercantiles, COLMEIRO Y PENIDO, M., *Derecho administrativo español*, tomo I, Madrid, 1850, pp. 305-547.

intervenir para reglamentar, para organizar, para controlar esta actividad, para reprimir todos los actos contrarios a su realización, para sancionar todos los actos conformes a su objeto [...] todo acto del gobernante carece de valor cuando persiga un objeto distinto del propio del servicio público. El servicio público es el fundamento y el límite a la vez del poder gubernamental”³.

Esta falta de caracterización no impide que, como acabamos de decir, la razón de ser de la autorización administrativa haya sido ya intuida en esta época. En el contexto y mentalidad del siglo XIX, el sometimiento de determinadas actuaciones a la previa obtención de una autorización administrativa se explica por la necesidad de comprobar que la iniciativa privada no daña a terceros o al interés general. Y salvando las distancias, no es otra la razón que justifica las autorizaciones en nuestros días. En el último cuarto del siglo XIX, la autorización aún no había adquirido carta de naturaleza como categoría jurídico-pública específica. En el *Diccionario de legislación y Jurisprudencia ESCRICHE* la autorización se define como la prestación del consentimiento para que una persona haga alguna cosa que no podía hacer sin este requisito.⁴

La relevancia pública de la autorización estriba en su exigencia respecto de determinadas actuaciones de la Administración, o incluso, como expresión de un fuero privilegiado de los empleados públicos que, hasta la Constitución de 1869, sin ella, no podían ser procesados judicialmente por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones. Por su parte, la licencia se aplica a los servidores públicos, para significar su separación total del servicio, o bien el permiso para dejar por algún tiempo el servicio activo o diferir la toma de posesión de un destino. Finalmente, la autorización se aplica al control preventivo de determinadas actividades, como la licencia para el uso simple de armas y de caza. En cualquier caso, aún no se ha llegado a avanzar en la construcción dogmática de esta técnica de intervención administrativa⁵. Ejemplo de esta situación es la clasificación que realiza SANTAMARÍA DE PAREDES respecto de los actos que comprende la potestad ejecutiva, entre los que no se citan las autorizaciones administrativas. Así, para el citado autor, la potestad ejecutiva comprende, en sentido estricto, la actividad de la administración, es decir, la serie de hechos que puede realizar en el ejercicio de sus funciones, el cumplimiento de lo legislado y de lo que reglamenta, la efectución de lo que manda y sanciona dentro de su esfera”.

³ SANTOFIMIO GAMBOA, J. O., “León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público”, *RDDA*, núm. 5, 2011, *cit.*, pp. 73-74.

⁴ ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, voz *Autorización*, tomo I, Imprenta de Eduardo Cuesta, Madrid, 1874, pp. 920 y ss.

⁵ El artículo 30 de la Constitución de 1869 disponía que no sería necesaria la autorización previa para procesar ante los tribunales ordinarios a los funcionarios públicos, cualquiera que fuera el delito que cometiesen. La escasa efectividad de este precepto motivo la aprobación de la orden circular de 11 de junio de 1870, que recordó la imperatividad de dicho mandato. ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de...*, pp. 922-923.

Lo expuesto no es más que un claro ejemplo de la enorme diversidad del objeto de las autorizaciones. Se ha dicho, incluso, que la autorización presenta “una heterogeneidad tal de variantes, que resulta imposible reconducirla institucionalmente a una sola realidad”, MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho administrativo económico*, vol. I, La Ley, Madrid, 1988, p. 189. En alguna ocasión, nuestro Tribunal Supremo ha compartido estos razonamientos. Así, en Sentencia de 30 de enero de 2002 (RJ 2002/1712), se indica que “la autorización o licencia, no constituye, pues, una realidad única sino plural. Y hablar del pluriverso de las autorizaciones no es huera retórica sino escueta descripción de la realidad”, FJ 5.

Esta potestad se desarrolla en una serie de actos: de representación, de fe pública y registro, de investigación y clasificación, de información y apreciación, de instrucción, de dirección e impulsión, de vigilancia, de inspección y comprobación, de fuerza, de tutela, de gestión económica, de gracia y de dispensa⁶.

1.2. La teoría clásica y sus transformaciones

A finales del siglo XIX, en los ámbitos germánico e italiano, tiene lugar una serie de aportaciones doctrinales que desencadenan el proceso de configuración dogmática de la autorización como categoría jurídico-administrativa específica, con contornos bien definidos.

Esta teoría se caracteriza por responder a una doble finalidad: de una parte, el concepto de autorización se construye frente al de concesión; de otra, el criterio de delimitación conceptual propuesto se refiere a la diferente naturaleza jurídica de una y otra figura, y, especialmente, a la diversa relación que la decisión administrativa habilitante presenta, en uno y otro caso, con la esfera jurídica del particular.

1.2.1. Impulso dogmático

1.2.1.1. La doctrina italiana

En la doctrina italiana, la autorización se construye como un acto que habilita al particular para el ejercicio de un derecho del cual ya es titular. ORESTE RANELLETTI, define la autorización como una declaración de voluntad, en virtud de la cual un órgano de la Administración permite que un sujeto de derecho ejercite un deber o un poder, previa comprobación de que dicho ejercicio es compatible con el interés general. Este autor propone un criterio de delimitación conceptual entre las autorizaciones y las concesiones referido a los efectos que la decisión administrativa tiene sobre el patrimonio jurídico del administrado: mientras que las segundas crean *ex novo* derechos subjetivos, la autorización sería una técnica dirigida a la remoción de un límite impuesto al ejercicio de un derecho subjetivo preexistente en la esfera jurídica del particular. El solicitante es titular del derecho ya antes del otorgamiento del título. Lo que ocurre es que este derecho se encuentra en estado de potencia, de modo tal que su actualización requiere el otorgamiento de la autorización, previa valoración administrativa de las exigencias del interés tutelado por la ley. La autorización administrativa es, así, un acto declarativo respecto del derecho subjetivo⁷.

En 1903, DONATI aporta la siguiente definición de autorización: declaración de voluntad por la que un ente u órgano de la Administración pública permiten que otros sujetos ejerciten un derecho o

⁶ SANTAMARÍA DE PAREDES, V., *Curso de Derecho Administrativo*, 6ª dic., Establecimiento topográfico de Ricardo Fe, Madrid, 1903, pp. 64 y ss.

⁷ RANELLETTI, O., “Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative”, en *Giurisprudenza italiana*, 1894, XLVI, IV, pp. 7-83.

poder propio, previa valoración de la oportunidad de tal ejercicio en relación con el interés específico que el sujeto autorizante debe tutelar⁸.

En esta misma línea, SANTI ROMANO parece mantener la concepción tradicional de la autorización, como un acto que faculta al particular para ejercitar un derecho del cual ya es titular, aunque en estado potencial, ya que sin la previa habilitación administrativa no puede ejercitarse.⁹

GIANNINI, por su parte, incluye dentro de la categoría de los actos autorizatorios una variedad de figuras, tales como permisos, habilitaciones, dispensas y autorizaciones, declarativas y constitutivas. Por lo que aquí interesa basta señalar que la autorización puede presentar según los casos carácter declarativo o constitutivo. Las autorizaciones declarativas presuponen que el particular interesado es titular de una situación jurídica subjetiva, cuyo ejercicio ha sido, no obstante, sometido a la condición de la previa obtención de la autorización administrativa. Por el contrario, las autorizaciones constitutivas, o licencias, tienen un efecto más intenso sobre la esfera jurídica del particular, puesto que, lejos de limitarse a activar la posibilidad de ejercer ese poder jurídico, crean una situación jurídica nueva y autónoma. Todos los actos autorizatorios se caracterizarían así por otorgar a su destinatario una situación jurídica nueva, consistente en poder desarrollar lícitamente la actividad autorizada. En lugar del derecho preexistente, es el efecto constitutivo el que opera aquí como criterio para perfilar el concepto de autorización administrativa. En todo caso, el principal mérito de la orientación doctrinal que inaugura este autor probablemente sea el de colocar como centro del discurso los efectos innovadores que para la esfera jurídica del destinatario presentan todas las autorizaciones administrativas, y también, por tanto, las que más fielmente responden al modelo tradicional de la autorización policial¹⁰.

No obstante lo anterior, al constatar que algunas regulaciones legales de las concepciones más tradicionales otorgaban a las Administraciones públicas poderes discrecionales tan amplios que les permitían, indiferentemente, otorgarlas o negarlas o condicionarlas con cargas de todo tipo, comenzó a debilitarse la aceptación general de la teoría del derecho subjetivo preexistente, produciéndose una ruptura, especialmente porque la autorización salió de su ámbito original que era el orden público, para extenderse a todos los campos a los que la Administración fue ampliando su actividad, tanto de carácter social como económico. La tesis de SANDULLI, promovida a mitad del siglo XX, aunque sin apartarse de la doctrina clásica, marcó la distinción entre dos tipos de autorizaciones: i) aquellas que suponen la ampliación de la esfera jurídica del destinatario, licencias, y ii) aquellas otras en las que el ejercicio de la potestad administrativa se limita a comprobar el cumplimiento de condiciones o a habilitar para el ejercicio de una actividad, esto es, autorizaciones propiamente tales, aprobaciones, habilitaciones. Las primeras crearían *ex novo* la situación jurídica

⁸ DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, Archivio Giuridico “Filipo Serafin”, 1903, p. 22.

⁹ ROMANO, S., *Corso di Diritto Amministrativo. Principi Generali*, terza edizione riveduta, Cedam, Padova, 1937, p. 243.

¹⁰ GIANNINI, M. S., *Diritto Amministrativo*, volume secondo, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 609 y ss.

subjetiva, mientras que las segundas podrían seguir siendo concebidas como actos de remoción de un límite impuesto al ejercicio de un derecho, que preexiste en estado de potencia y que se expande con motivo de la autorización. La relación entre las autorizaciones no constitutivas y la esfera jurídica del particular se explica a partir de la distinción entre derecho subjetivo, entendido como una situación estática reconocida por el ordenamiento, y facultad, entendida como situación dinámica que presupone la titularidad de aquél. Las autorizaciones no constitutivas operarían tan solo sobre este segundo plano, actualizando las facultades ya latentes en el derecho subjetivo, y, por tanto, expandiendo más que constituyendo este último. Por el contrario, la tesis de la expansión del derecho ya presente, como se vio *supra*, en RANELLETTI, no se aplicaría a las licencias¹¹.

1.2.1.2. La doctrina alemana

En la literatura alemana, en 1883, MEYER incluye las autorizaciones entre los actos administrativos de naturaleza jurídico-pública. Las autorizaciones se contraponen a los mandatos y prohibiciones policiales. Se trata de actos de policía a través de los que se permite a alguien el ejercicio de determinadas actuaciones. El presupuesto es, por tanto, la existencia de una limitación legal a la genérica libertad de actuación. La autorización permite a su titular la realización de actuaciones que, con carácter general, están prohibidas a los restantes ciudadanos¹².

En 1895, SEYDEL niega que las autorizaciones tengan contenido alguno, destacando con ello su carácter puramente declarativo. Este autor parte del principio de libertad industrial, garantizado por el derecho privado, que excluía la competencia de la Administración para impedir o autorizar el ejercicio de la industria. En consecuencia, la Administración no autoriza, sino que simplemente declara en cada caso si la actividad del particular se encuentra dentro de los límites fijados por la ley¹³.

En ese mismo período, OTTO MAYER define la autorización como un acto administrativo que levanta la prohibición previamente establecida por la norma de policía, tras la comprobación de que el ejercicio de la actividad inicialmente prohibida en el caso concreto, no entraña perjuicios para el interés general. En sus palabras, se trata de una situación de prohibición policial con reserva de autorización.

Para este autor, la autorización significa simplemente el restablecimiento de la libertad; no tiene contenido propio. No da a quien lo obtiene nada que ya no tuviera sin él. El otorgamiento de la autorización supone que la prohibición general se torna sin efecto para ese caso; la libertad se

¹¹ SANDULLI, A.M., *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzatori*, RTDP, 1957, pp. 784 y ss.

¹² MEYER, G., *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes*, Teil I, Duncker & Humboldt, Leipzig, 1883; Teil II, 1885, pp. 27, 65 y 70 (citado por LAGUNA DE PAZ, J. C., *La autorización administrativa*, Cívitas, Navarra, 2006, p. 40).

¹³ SEYDEL, *Das Gewerbepolizeirechet nach der Reichsgewerbeordnung*, 1985, p. 69 (citado por SALA ARQUER, J. M., *La revocación de los actos administrativos en el Derecho español*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974, pp. 240-241).

restablece como si no existiera la prohibición. En cambio, su denegación significa el mantenimiento de la prohibición para el particular, por lo que tal acto debe considerarse como una limitación de la libertad del sujeto. La autorización policial de OTTO MAYER es, pues, un acto administrativo de carácter declarativo, a través del cual la Administración constata la inexistencia de razones de orden público que impidan el inicio y desarrollo de la actividad, y que, lejos de tener como efecto la atribución de un derecho subjetivo de libertad, presupone su existencia

Desde estas premisas, en el caso de que la norma defina una potestad reglada, el particular es titular de un derecho público subjetivo al otorgamiento de la autorización. En cambio, si se configura una potestad discrecional, el particular tiene sólo una posibilidad, una esperanza que según la delimitación de los intereses que deben tomarse en cuenta y según las circunstancias exteriores del asunto, tiene más o menos probabilidades de realizarse. Todo ello hace que la autorización sea una figura jurídica de perfiles nítidamente diferenciados de la concesión pese a que, a veces, se haya confundido con ella.

La autorización, dice MAYER, no tiene carácter excepcional. Al contrario, la prohibición de policía con reserva de permiso se dirige a las manifestaciones de la vida individual que no son consideradas en absoluto como perturbadoras del buen orden de la cosa pública, pero que pueden presentar una perturbación según la persona de la cual emanan, según la manera como la empresa está instalada, administrada y dirigida. Es este riesgo, a comprobar en cada caso concreto, lo que justifica la intervención de la Administración.

Con todo, este autor es también consciente de la intensidad de la intervención administrativa que supone el sometimiento de una actividad a previa autorización, indicando que esta prohibición es el ataque más fuerte a la libertad que puede hacerse en nombre del solo interés de la vigilancia; y cuanto más amplia es la facultad de descartar la prohibición, cuanto más libertad tiene la autoridad para la apreciación, tanto más grave resulta este atentado. En consecuencia, la intervención pública debe ser estrechamente considerada desde los parámetros de la proporcionalidad¹⁴.

En la doctrina alemana contemporánea se ha generalizado un planteamiento respecto de las autorizaciones discrecionales cuya correcta comprensión exige tener en cuenta las particularidades de su regulación del acceso a la justicia administrativa. En el caso de las autorizaciones regladas se mantiene plenamente vigente la tesis del restablecimiento de la libertad. Y, además, lo hace con todas las consecuencias: si el solicitante del título satisface los requisitos previstos por la

¹⁴ MAYER O., *Derecho administrativo alemán*, vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1950, pp. 59 y ss. Resaltar, en este punto, que el principio de proporcionalidad sigue siendo, en la actualidad, uno de los pilares básicos que condiciona la utilización de las técnicas autorizatorias. Así, p. ej., la Directiva de Servicios de 2006, señala, en su considerando 54, que “la posibilidad de acceder a una actividad de servicios solo debe quedar supeditada a la obtención de una autorización por parte de las autoridades competentes cuando dicho acto cumpla los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad (...)”, [vid., igualmente, considerando 56 y arts. 15.3.c) y 16.1.c)]. Más recientemente, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (cuya entrada en vigor tendrá lugar el próximo 3 de octubre de 2016, ex Disp. final octava), sigue recogiendo el principio de proporcionalidad como criterio que debe presidir la actuación de las Administraciones Públicas que establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad (art. 4.1).

regulación, de modo tal que concurre el supuesto de hecho previsto por la norma, la Administración estará obligada a aplicar la consecuencia jurídica, y el particular tendrá un derecho subjetivo perfecto al otorgamiento de la autorización. Por el contrario, en el caso de las autorizaciones discrecionales, la Administración puede dejar de aplicar aquella aún cuando concurre el supuesto de hecho, de forma que aquí no podría hablarse con rigor de una pretensión como la descrita. En su lugar, la doctrina y la jurisprudencia afirman la existencia de un derecho a obtener una decisión sin vicios en el ejercicio de la discrecionalidad. Debe observarse que esta tesis descansa en la identificación entre el derecho a desarrollar la actividad y el derecho a obtener la autorización, y conduce por tanto a la negación del primero en el caso de las autorizaciones discrecionales.

1.2.2. La doctrina española hasta la primera mitad del siglo XX

La doctrina española no es ajena al progreso científico que experimenta la autorización con el cambio de siglo. ROYO VILLANOVA sitúa a la autorización, permiso o licencia entre los medios de policía. De esta forma, la autoridad administrativa no prohíbe de manera absoluta el desarrollo de ciertas actividades, pero supedita su ejercicio a la previa comprobación de que queda asegurado el interés público. La autorización no siempre consolida derechos subjetivos perfectos (licencia para establecer una fábrica), sino que a veces da lugar a situaciones de mero interés legítimo, en todo momento subordinadas a las conveniencias del tráfico (licencia para instalar un puesto de periódicos en la vía pública)¹⁵.

Asimismo, FERNÁNDEZ DE VELASCO define la autorización como un acto administrativo que no crea derechos, sino que permite su ejercicio, al suprimir las limitaciones que impiden su actuación. Este autor incorpora, pues, la doctrina clásica de la autorización. De otro lado, define las concesiones administrativas como “actos unilaterales que producen consecuencias recíprocas para concedente y concesionario, sin que exista entre ellos una relación de tipo contractual, sino más bien la que resulta de una situación reglamentaria, o sea, fijada libremente por la Administración; y manteniéndose por parte de ésta la facultad de modificarla o suspenderla en el caso de que lo requieran las necesidades de orden administrativo”. Las concesiones se configuran, pues, como actos unilaterales con consecuencias bilaterales o recíprocas¹⁶.

Por su parte, GASCÓN Y MARÍN simplemente se refiere a las autorizaciones al desarrollar la clasificación de los actos administrativos. Las autorizaciones “permiten el goce de ciertos derechos al particular” y no son obligatorias, sino facultativas para la Administración. Al mismo tiempo, este

¹⁵ ROYO VILLANOVA, A., *Elementos de Derecho Administrativo*, 21ª edic., Librería Santarén, Valladolid, 1948, p. 344.

¹⁶ FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., *El acto administrativo*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1929, pp. 128 y 165-167.

autor incluye las autorizaciones entre los actos constitutivos; pero sorprende que no las relacione entre los medios de policía.¹⁷

A finales de los años cincuenta y sesenta del siglo XX, el intervencionismo del Estado -por esos años en plena expansión- parecía dejar estrecha a la autorización, tal y como venía siendo delimitada desde comienzos de siglo. De ahí que una corriente doctrinal impulse un replanteamiento de la naturaleza de la autorización (de policía).

Claro exponente de dicha corriente fue VILLAR PALASÍ, autor que se muestra partidario de la comprensión clásica de la autorización, que presupone la preexistencia del derecho a realizar la actividad y, por tanto, tiene naturaleza declarativa. Sin embargo, al mismo tiempo, este autor siembra la semilla de la crisis conceptual, al aceptar la difuminación de la distinción entre la autorización y la concesión, debida al intervencionismo en el sector industrial.

Con una perceptible influencia de la doctrina italiana, VILLAR PALASÍ lleva a cabo un esfuerzo de delimitación de la naturaleza jurídica de esta institución. En términos generales, defiende el concepto tradicional de autorización, ligada a la denominada *función de control de actividades privadas* (FRANCHINI), que abarca “todos los procedimientos preventivos necesarios, de consentimiento de la Administración para que un particular pueda desarrollar una actividad determinada a la que, en principio, está legitimado”. De esta forma, la autorización se define como una “declaración de voluntad con la que un sujeto o un órgano de la Administración pública permite que otros ejerciten un Derecho o un poder propio, previa valoración de la oportunidad de tal ejercicio, en relación al interés específico que el sujeto autorizado debe tutelar” (DONATI, FRANCHINI)¹⁸.

La autorización se distingue así de los *actos de habilitación* -incluidas las admisiones-, de naturaleza constitutiva, que no suponen en todo caso en el particular “un substrato preexistente de derecho subjetivo, válido, aunque no operante, como elemento de legitimación para la actividad a la que se le habilita”. También se separa de los *permisos* -como actos próximos a las llamadas concesiones constitutivas-, que tienen naturaleza constitutiva, expansionan y amplían la esfera jurídica del particular. Frente a estas técnicas, la autorización se “inserta en una esfera de libertad, cuyo ejercicio está, sin embargo, coartado por la necesidad de obtener dicho título administrativo”. “La autorización implica un juicio de valor, un contraste y confrontación entre el derecho subjetivo y el interés público singular que se contempla, para cuya tutela se sujeta a necesaria autorización el ejercicio del derecho. Formalmente no se trata de un acto gravoso, sino de beneficio al particular, pero no amplía la esfera de sus derechos subjetivos ni lo hace por medio de una minoración de la esfera jurídica de la Administración (...). La autorización es así concebible como un acto

¹⁷ GASCÓN Y MARÍN, J., *Tratado de Derecho Administrativo*, tom I, 13ª edic., Editorial Reus, Madrid, 1955, pp. 192 y 447-448.

¹⁸ VILLAR PALASÍ, J. L., *La intervención administrativa en la industria*, tomo primero, IEP, Madrid, 1964, pp. 303-305.

reintegrativo de la libertad (...). Las facultades inherentes al derecho subjetivo (...) estaban ya potencialmente en el derecho preexistente. Pasan a ser actuales, con posibilidad de su ejercicio por la autorización¹⁹.

La autorización es, pues, simplemente un presupuesto necesario para la legitimidad de la actuación del particular autorizado, que es de naturaleza enteramente privada. La diferencia entre la autorización y la *licencia* -sigue diciendo- estriba en que esta última “no sirve a una composición de intereses, sino que se ciñe a la mera *declaración de licitud*”²⁰.

Como vemos, de sus anteriores palabras puede deducirse que VILLAR PALASÍ es partidario de la concepción tradicional de la autorización. Con todo, acto seguido -también de la mano de la doctrina italiana (SANDULLI, FRANCHINI)-, este autor advierte acerca de la crisis conceptual de la categoría²¹. El incremento del intervencionismo, especialmente en la actividad económica, contribuye a la difuminación de las fronteras entre la autorización y la concesión²². Así, en la autorización industrial -aunque es una autorización en sentido técnico- no puede decirse que exista un derecho subjetivo preexistente, “sino sólo una libertad industrial, término radicalmente distinto del de derecho subjetivo”. En consecuencia, estas autorizaciones se definen como *actos constitutivos de los derechos de libertad* (KORMANN). La autorización -termina diciendo- “no implica tanto una *remoción de límites*, el apartamiento de la prohibición genérica en el caso concreto, cuanto la creación de un *deber positivo* de alcanzarla, antes de ejercitar la actividad”²³.

Por su parte, VILLAR PALASÍ advierte acerca de las necesarias matizaciones que hay que hacer en nuestro Derecho a la teoría de la autorización, tal como había sido definida por los autores italianos y alemanes. “Esta concepción, que *prima facie* se nos aparece como puramente lógica, y por ello con validez universal -dice este autor-, choca directamente con nuestra normativa en puntos de detalle”²⁴. A estos efectos, entiende que la fijación de límites temporales a la autorización -que son admisibles en nuestro Derecho- es incoherente con esta construcción jurídica. Por otra parte, “al otorgar la autorización, no queda ya excluida toda actividad administrativa, sino que por el mismo

¹⁹ VILLAR PALASÍ, J. L., *La intervención...*, pp. 305-308.

²⁰ VILLAR PALASÍ, J. L., *Ibidem...*, *cit.*, p. 310.

²¹ VILLAR PALASÍ, J. L., *La intervención...*, *cit.*, pp. 303, 314 y ss. También MEILÁN GIL, J. L., advierte de las dificultades para mantener la pureza de la distinción entre autorización y concesión, debido a una realidad extraordinariamente multiforme, “Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión. (A propósito del régimen jurídico de las Centrales Lecheras)”, *RAP*, núm. 71, 1973, pp. 59 y ss. y 84 y ss.

²² VILLAR PALASÍ, J. L., “La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo”, *RAP*, núm. 3, 1950, p. 67, nota 26; y voz *Concesiones administrativas*, “Nueva Enciclopedia Jurídica Seix”, vol. IV, Barcelona, 1952, pp. 696 y ss.

²³ VILLAR PALASÍ, J. L., *La intervención...*, *cit.*, pp. 319-320.

²⁴ VILLAR PALASÍ, J. L., voz *Concesiones administrativas*, *cit.*, p. 697. Vid. también la distinción entre concesión y la autorización demanial en su trabajo “Naturaleza y regulación de la concesión minera”, *RAP*, núm. 1, 1950, pp. 90 y ss.

clausulado de la autorización -similar al de una concesión- el incumplimiento de las condiciones lleva aparejada la caducidad del permiso, de análoga forma a lo que sucede en las concesiones”²⁵.

Para VILLAR PALASÍ, la propia función de la autorización policial es la tutela del interés público, forzando a la actividad económica y social a seguir los derroteros más convenientes para las necesidades públicas. Ello hace que se difuminen las fronteras entre la autorización y la concesión²⁶. En resumen y en su opinión, la doctrina clásica de la autorización no sirve en nuestro país, al ser calificada por VILLAR como “construcción logicista de espaldas a la realidad jurídica y social”, también del ordenamiento italiano.

Esta conclusión, sin embargo, no le lleva a negar la distinción conceptual entre ambas, ni a prescindir de un esfuerzo de categorización, que permita comprender la realidad, pese a las cautelas con que recomienda siempre tratar las categorías jurídico-administrativas. La diferencia esencial entre la autorización y la concesión se encuentra, a su juicio, “en el carácter excluyente y privativo que es inherente a la segunda”. “La idea central de la distinción, que configura el concepto de la concesión administrativa y permite lograr su unidad, es con ello la noción del privilegio regalista, como *lex in privos lata...* un uso o derecho excluyente, que es justamente lo que tipifica la concesión frente a la autorización”²⁷.

Dando un paso adelante, otro grupo de autores se aparta de la comprensión tradicional de la autorización.

En este sentido, T. R. FERNÁNDEZ, a propósito de la legislación industrial, destaca la crisis del concepto tradicional de autorización administrativa, superado por el nuevo intervencionismo económico, con limitación de operadores, que sitúa el interés público -y no tanto a la libertad- en el primer plano.

Este autor llama la atención acerca de las dificultades de continuar manteniendo el concepto tradicional de autorización, cuya vigencia ha querido ser salvada mediante su flexibilización y adaptación a la realidad cambiante, que se manifiesta en la aceptación de la transmisibilidad de las autorizaciones, así como de su contingentación²⁸. En su opinión, este proceso ha desembocado en

²⁵ VILLAR PALASÍ, J. L., voz *Concesiones administrativas, cit.*, p. 697.

²⁶ “Así, la efectiva creación de un Derecho que supone hoy la autorización, el condicionamiento continuativo de la misma, su caducidad por incumplimiento, el valor económico que implica, la discrecionalidad en su denegación [SSTS de 4 de diciembre de 1917 y 5 de octubre de 1918], la intangibilidad de la autorización, una vez otorgada y en situación de cumplimiento de condiciones, respecto a la administración [STS de 8 de octubre de 1925], y, en definitiva, la distinta perspectiva de función social frente a la libertad económica descontrolada, suponen de suyo el derrumbamiento de las antiguas murallas que separaban el concepto de autorización de la concesión”, VILLAR PALASÍ, J. L., voz *Concesiones administrativas, cit.*, p. 697.

²⁷ VILLAR PALASÍ, J. L., voz *Concesiones administrativas, cit.*, pp. 696 y ss.

²⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Inscripciones y autorizaciones industriales”, *RAP*, núm. 52, 1967, pp. 421 y ss.

una crisis del esquema tradicional de la autorización, respecto del cual está justificada una crítica frontal²⁹.

La autorización -dice T.R. FERNÁNDEZ, razonando sobre la legislación industrial de los años sesenta- es un concepto construido en unas circunstancias históricas en las cuales la libertad no era un mero principio informador, sino un verdadero régimen jurídico. Sin embargo -fruto del intervencionismo público, en unos años en que estaba en auge la planificación indicativa-, el significado de la libertad industrial ha cambiado: ésta no es más que una declaración genérica de capacidad; lo importante no es el derecho o la libertad preexistentes, sino el interés público, que antes funcionaba como simple límite. Por otra parte, la legislación hace que la autorización industrial (inscripción) no sea una simple remoción de límites para el ejercicio de una libertad, sino que -al limitar el número de empresarios autorizados- sitúa a su titular en una situación de ventaja efectiva, que les convierte en colaboradores cualificados de la Administración en la consecución de los objetivos fijados en el plan. En definitiva -afirma este autor-, la intervención administrativa en la instalación de nuevas industrias “está más cerca de la idea concesional que de la técnica autorizatoria, dada la posición o *status* privilegiado que el industrial adquiere a consecuencia de la inscripción o de la autorización de su industria³⁰.”

1.3. La revisión del concepto a finales del siglo XX

El principal punto de desencuentro doctrinal sigue radicando en la naturaleza de la autorización y, consiguientemente, en la posición jurídica del particular frente a la Administración otorgante. En concreto, existen tres planteamientos: i) El clásico, relativo a la preexistencia del derecho a realizar la actividad, que la autorización sólo declara; ii) Las posturas intermedias, que parten de la preexistencia del derecho a realizar la actividad, que -con unos u otros matices- después corrigen, especialmente en el caso de las autorizaciones discrecionales; iii) y, finalmente, el de la negación de la preexistencia del derecho a realizar la actividad, lo que hace que la autorización tenga carácter constitutivo.

1.3.1. La preexistencia del derecho

La comprensión tradicional de la autorización no ha dejado de ser mantenida por un sector de la doctrina. En los años sesenta -pese a que soplan vientos de cambio-, MARTÍN-RETORTILLO declara que no pretende “revisar, ni siquiera en parte, la configuración tradicional de la autorización administrativa”. La autorización aumenta la capacidad de los sujetos a los que se dirige, pero sin

²⁹ MARTÍN MATEO, R., “Silencio positivo y actividad autorizante”, *RAP*, núm. 48, 1965, denuncia la complejidad de la intervención administrativa -especialmente en el mundo económico-, en relación con muchas de cuyas manifestaciones no encaja el concepto tradicional de autorización: “sólo forzando los esquemas puede seguirse hablando de remoción de los límites que impiden el ejercicio de las libertades”, *cit.*, pp. 212 y ss...

³⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Inscripciones y autorizaciones industriales*, *RAP*, núm. 52, 1967, *cit.*, pp. 439 y ss.

que tal aumento determine el surgimiento de un “nuevo derecho, sino tan sólo en la posibilidad de su ejercicio”³¹.

Desde estos presupuestos, el citado autor, reacciona frente a la tendencia expansiva que -en un momento de incremento de funciones y actividades públicas- estaba sufriendo la idea concesional, en detrimento de la autorización administrativa. Para ello, sale al paso de una serie de causas que han contribuido a un cierto debilitamiento y cercenamiento de esta técnica³². Así, se pone de manifiesto cómo la variedad de régimen que acompaña a las distintas autorizaciones (carácter reglado o discrecional, potestativo o no de la conducta, intervención *a priori* o *posteriori*, etc.) no perjudica la unidad de técnica administrativa, “*en razón de la titularidad del derecho que se ejercita, y de la posición que respecto al mismo ofrece la conducta de la Administración*”. Frente a la concesión, los actos autorizatorios -entre los que incluye también las aprobaciones- presuponen “la titularidad de un derecho en el administrado, cuya gestión personal y propia se trata precisamente de actualizar”. En definitiva, este autor rechaza que la autorización deba ser considerada una técnica exclusiva de la función de policía, entendida además en su sentido más restringido y débil. Ello supone revalorizar el papel de la autorización, que no ha de entenderse como una intervención meramente formal, ya que valorar la posibilidad del ejercicio de un derecho tiene la mayor trascendencia.

TORNOS MAS reacciona frente a la idea de que el carácter discrecional de la autorización convierta la posición jurídica del ciudadano en la de mero titular de un interés legítimo. Cuando hay un derecho fundamental implicado, hay que ver qué papel puede jugar legítimamente la discrecionalidad. El administrado, dice este autor, es titular de un derecho al ejercicio de la venta ambulante (en el caso que estudia se trata de la actividad de venta ambulante, conectada con la libertad de empresa), que puede condicionarse en su ejercicio, y que se concretará al obtener la autorización, pero al que la norma administrativa no puede reconvertir en un mero interés legítimo. Sin embargo, más adelante, al analizar la autorización administrativa para poder llevar a cabo una actividad ferial, TORNOS afirma que la discrecionalidad que acompaña a este acto sitúa “al que se dirige a la Administración en la posición de interesado, carente de derecho subjetivo a exigir de la Administración un acto de contenido positivo”³³.

La autorización, dice BOCANEGRA, es el “acto por el que se comprueba la inexistencia de obstáculos al ejercicio de un derecho ya preexistente en el patrimonio jurídico del particular y se permite, por tanto, su ejercicio, levantando la prohibición genérica existente”. Asimismo, este autor destaca las siguientes notas características: i) En primer lugar, que “la autorización, en cuanto

³¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias”, *RAP*, núm. 24, 1957, p. 148.

³² MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias”, *RAP*, núm. 24, 1957, *cit.*, pp. 149 y ss.

³³ TORNOS MAS, J., “Comercio interior y exterior”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho Administrativo Económico*, vol. II, La Ley, Madrid, 1991, pp. 631-632 y 674.

presupone la existencia de un derecho en el patrimonio jurídico del particular, puede ser obtenida mediante silencio administrativo positivo, a través de un acto presunto, mientras que, significativamente, en los ámbitos tradicionalmente propios de la concesión administrativa, como son el dominio y el servicio público, el silencio administrativo tendrá siempre un efecto desestimatorio de la solicitud del particular. ii) En segundo lugar, “hay que decir que si bien es verdad que el acto de autorización es favorable al particular, el sometimiento de una actividad a autorización constituye una auténtica inmisión en el derecho preexistente del ciudadano, a través de su prohibición general de ejercicio, que ocasionalmente puede llegar a ser muy problemático”³⁴.

1.3.2. Posturas intermedias

La concepción clásica de la autorización, en lo sustancial, es acogida por GARRIDO FALLA. No obstante, este autor distingue entre el derecho a realizar la actividad y el derecho a obtener la autorización: la afirmación de la preexistencia del derecho se hace así compatible con el reconocimiento de un mero interés legítimo a la obtención de la autorización, cuando ésta sea discrecional.

Este autor admite la delimitación de la autorización que proporciona FRANCHINI, quien (en la línea de DONATI) la define como una declaración de voluntad mediante la que un sujeto o un órgano de la Administración permite que otros ejerciten un derecho o poder propio, previa valoración de la oportunidad de tal ejercicio, en atención al interés específico que el sujeto autorizante debe tutelar³⁵. De esta definición se desprenden las notas características de la autorización. En primer lugar, presupone un derecho o facultad preexistente en el sujeto autorizado. La intervención administrativa suprime los obstáculos para el ejercicio de determinados derechos, levantando para el sujeto autorizado la limitación establecida por la norma de policía³⁶. En segundo lugar, toda autorización consiste funcionalmente en la valoración de la oportunidad del ejercicio de un derecho (discrecionales), o bien en la comprobación de las circunstancias objetivas previstas por la ley como condicionamientos de dicho ejercicio (regladas)³⁷.

GARRIDO FALLA reconoce que el *derecho a realizar la actividad* es un derecho de los ciudadanos, que es consecuencia de la naturaleza misma de la actividad: no se trata de un sector o espacio social publicado, sino simplemente ordenado por normas de policía³⁸. De acuerdo con los preceptos constitucionales, se trata, por tanto, de un ámbito regido por el principio de libertad de empresa (art.

³⁴ BOCANEGRA SIERRA, R., *Lecciones sobre el acto administrativo*, 3ª edic., Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 52.

³⁵ FRANCHINI, F., *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'Amministrazione e i privati*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 10.

³⁶ Conforme a la STS de 2 de abril de 1982, la autorización no supone transferencia de facultades administrativas al particular, sino la eliminación de los obstáculos establecidos en el ordenamiento jurídico para el ejercicio de su derecho.

³⁷ GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, 13ª edic., Tecnos, Madrid, 2002, *cit.*, pp.570-573.

³⁸ GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, 11ª edic., Tecnos, Madrid, 2002, *cit.*, p. 177.

38 CE) y, en general, de libre desenvolvimiento de la personalidad (art. 10.1 CE). Cuestión distinta es el *derecho a la obtención de la autorización*, que depende de que la iniciativa privada reúna o no las condiciones que la norma considera indispensables para su compatibilidad con el interés general, que pueden ser objeto de una apreciación reglada o discrecional por parte de la Administración. En este contexto, la autorización no confiere ningún derecho *ex novo* al particular, sino que se limita a remover los obstáculos que impone la norma de policía para el ejercicio de alguno de los que ya estaban en su patrimonio jurídico³⁹.

Ahora bien, en el caso de potestades discrecionales “no cabe esgrimir en vía jurisdiccional un derecho subjetivo”, ya que con ellas simplemente estamos en presencia de intereses legítimos o derechos condicionados⁴⁰. Todo ello, naturalmente, sin renunciar al control judicial de su ejercicio⁴¹. En definitiva, el particular no tendría un auténtico derecho subjetivo a la obtención de la autorización, sino un interés legítimo o un derecho condicionado.

T. R. FERNÁNDEZ define la autorización como “un acto de la Administración por el que ésta consiente a un particular el ejercicio de una actividad privada, aunque inicialmente prohibida con fines de control administrativo de su ejercicio, constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente”.⁴² Con todo, la preexistencia del derecho solamente puede defenderse en las autorizaciones regladas (como ocurre con las urbanísticas). En cambio, en el caso de potestades discrecionales, no existe un derecho subjetivo, sino un poder genérico de desenvolvimiento de la personalidad.

³⁹ GARRIDO FALLA, F., “Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas”, *RAP*, núm. 28, 1959, *cit.*, p. 27. También en el mismo sentido ENTRENA CUESTA, R., “Las licencias en la legislación local”, *REVL*, núm. 107, 1959, *cit.*, p. 649. PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 2003, *cit.*, p. 650. PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Comentario al artículo 611”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por ALBADALEJO GARCÍA, M., Edersa, Madrid, 1987, p. 262.

⁴⁰ GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, 11ª edic., Tecnos, Madrid, 2002, *cit.*, p. 177.

⁴¹ En este capital aspecto ha insistido FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., en *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991. También FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pp. 632 y ss.; DÍEZ LEMA, J. M., *Subvenciones y crédito oficial en España*, Instituto de Estudios Fiscales-Instituto de Crédito Oficial, Madrid, 1985, pp. 141 y ss. Sobre el control judicial de la potestad discrecional, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1999; PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993 y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo”, *RAP*, núm. 38, 1962, pp. 159 y ss. UREÑA SALCEDO, J. A., “El principio de Servicio objetivo a los intereses generales y su control por los tribunales”, *DA*, núm. 289, 2011, pp. 69 y ss.

⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 9ª edic., Thomson-Civitas, Madrid, 2004. Este último autor, destaca el carácter cada vez más ilusorio de la existencia de un derecho preexistente, que en la mayor parte de los casos “no es un derecho subjetivo propiamente tal, sino solamente un poder genérico de libre desenvolvimiento de la personalidad cuya concreción encuentra, precisamente, en la autorización ya otorgada su título específico de concreción y contenido... La crisis del esquema tradicional se ha hecho especialmente aguda a partir del momento en el que, rebasando el ámbito propio del orden público..., en función del cual fue pensado dicho esquema, la autorización se ha visto trasplantada al complejo campo de las actividades económicas, en el que se le hace jugar sistemáticamente un papel que no se reduce ya al simple control negativo del ejercicio de derechos, sino que se extiende a la regulación misma del mercado, con el propósito decidido de orientar y encauzar positivamente la actividad autorizada en el sentido de una objetivos previamente programados o al menos, implícitamente definidos en las normas aplicables... En estas circunstancias hablar de un derecho preexistente no sólo es excesivo, sino que está en abierta contradicción con la realidad de las cosas, que muestra con toda claridad hasta qué punto difieren las posiciones del sujeto autorizado antes y después de la autorización”, pp. 136 y 137.

La configuración clásica del derecho preexistente no es un elemento definitorio de las autorizaciones, sino solamente de las de carácter reglado⁴³. La autorización -dice este autor- es un acto que actúa sobre actividades que la norma considera como propias de los particulares, lo cual es suficiente para distinguirla de las concesiones, que operan a partir de una previa *publicatio*, que hace que los Poderes públicos ostenten sobre el sector una titularidad primaria de la que disponen libremente.

En cambio -en el caso de las licencias urbanísticas-, T.R. FERNÁNDEZ sostiene que responden “enteramente a la concepción clásica -que aquí sigue siendo válida- de esta clase de actos, con los que la Administración remueve los obstáculos que se oponen al libre ejercicio de un derecho del que ya es titular el sujeto autorizado, previa comprobación de que dicho ejercicio no pone en peligro interés alguno protegido por el ordenamiento. En realidad, el propietario tiene un derecho preexistente, el de propiedad... El derecho a edificar no se concede, pues, por la licencia, se tiene ya desde el momento en que se cumplen en plazo los deberes legales, si bien, para su ejercicio concreto, es preciso superar el control preventivo en que todo mecanismo autorizador consiste”⁴⁴.

Por su parte, PAREJO ALFONSO considera las autorizaciones como actos reglados y declarativos, que otorgan un derecho que ya preexiste en el solicitante. Asimismo, constata la existencia de autorizaciones próximas a las concesiones, discrecionales, de carácter constitutivo.

Este autor admite con claridad que la autorización opera sobre actividades y derechos de titularidad privada. La consecuencia es que la autorización no incide sobre la actividad o el derecho mismo, sino exclusivamente sobre su ejercicio. La autorización se emplea en los casos en que el control preventivo que la Administración lleva a cabo “se limita a la estricta comprobación objetivo-jurídica de la observancia de las condiciones y requisitos normativamente definidos con carácter general, es decir, en que dicho control se construye en términos de potestad reglada”⁴⁵. De ahí se desprende que la autorización es un acto reglado, debido, declarativo -al no otorgar un derecho que ya preexiste en el solicitante- y favorable, ya que remueve la prohibición normativa de ejercicio de la actividad o del derecho.

Ahora bien, a continuación, este autor destaca que no todas las autorizaciones responden a este modelo ideal, diferenciándose en la intensidad del control administrativo y las características de la materia. Desde esta perspectiva, se distinguen tres tipos de autorizaciones: i) las aprobaciones, homologaciones, verificaciones y autocertificaciones; ii) las clásicas autorizaciones, de carácter reglado, que representan un acto de mera comprobación de los requisitos legales para el legítimo

⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso... cit.*, p. 137. Asimismo, JIMÉNEZ BLANCO, A., “Régimen general de las licencias”, en MUÑOZ MACHADO, S., (dir), *Tratado de Derecho Municipal*, tomo II, 3ª edic., Iustel, Madrid, 2011, pp. 2049-2062.

⁴⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Manual de Derecho Urbanístico*, 18ª edic., El Consultor, La Ley-Actualidad, Madrid, 2005, pp. 208-209.

⁴⁵ PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 2003, *cit.*, pp. 650-654.

ejercicio del derecho que se pretende; iii) las autorizaciones, próximas a las concesiones, de carácter discrecional, en las que el acto administrativo pasa a ser, “incluso y en realidad, constitutivo de un derecho que antes no podía decirse, con propiedad y en rigor, que existiera plenamente en la esfera del ciudadano. Todo ello explica que no sea posible reconducir la enorme variedad de regulaciones de las autorizaciones a un único régimen sustantivo. En opinión de PAREJO, hay autorizaciones cuyo régimen se acerca mucho a verdaderas concesiones, en relación con las cuales, parece que el acto administrativo de otorgamiento contribuiría a la definición de la actividad. Las características sustantivas del derecho o la actividad objeto de control, o bien la limitación del número de autorizaciones, transforman cualitativamente estas autorizaciones: dejan de ser regladas y tienen el carácter constitutivo de un derecho del que carecía antes el ciudadano⁴⁶.

1.3.3. Negación del derecho preexistente: carácter constitutivo de la autorización

El abandono de la concepción clásica de la autorización administrativa ha sido defendido por algunos autores, no tanto desde un intento de reconstrucción general de la categoría, sino más bien a la luz de la concreta normativa sectorial que analizan.

Así, en relación con las *actividades clasificadas*, se ha negado el carácter declarativo de la autorización, que disciplina hacia el futuro el ejercicio de la actividad, sujeta a una normativa cambiante⁴⁷.

En relación con la autorización ambiental integrada, se ha negado la preexistencia del derecho a realizar la actividad, debido a su carácter discrecional y a su temporalidad. Como señala FORTES MARTÍN, “el derecho preexistente constituye una entelequia jurídica que ha sustentado utópicamente toda la construcción de la autorización administrativa (...), la cambiante realidad desde el punto de vista ambiental, obliga de forma inexorable a superar el dogma del derecho preexistente en la construcción de la autorización administrativa⁴⁸.”

REVUELTA PÉREZ razona que la discrecionalidad de la autorización ambiental integrada “parece reñida con la afirmación de la preexistencia de un derecho. De ahí que esta autorización -más que como remoción de los límites al ejercicio de un derecho preexistente- puede calificarse como constitutiva de derechos para su titular. Adicionalmente, se dice que la limitación temporal de estas autorizaciones las aproxima a las concesiones, “en la medida en que un acto que incide en la esfera

⁴⁶ PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 2003, p. 652.

⁴⁷ Para FERNÁNDEZ FARRERES, G. J., “Industria”, en MARTÍN-RETORTILLO S., *Derecho Administrativo Económico*, vol. II, La Ley, Madrid, 1988, la tradicional concepción del “derecho preexistente” a la obtención de la licencia o autorización en la medida en que se cumplan y observan los requisitos exigidos para su otorgamiento, suponiendo éste, además, el pleno agotamiento de los efectos de la licencia -lo que explicaría la relación “derecho preexistente-remoción de límites”- no termina de adecuarse plenamente a la licencia de apertura referida a establecimientos e instalaciones en los que se desarrollan actividades clasificadas con arreglo al RAMINP, *cit.*, p. 465.

⁴⁸ FORTES MARTÍN, A., *El régimen jurídico de la autorización ambiental integrada*, La Ley, Ecoiuris, Madrid, 2004.

jurídica de los particulares casa en principio mejor con una configuración temporal tendencialmente indefinida, sin perjuicio de la posibilidad de revocación por cambio de circunstancias”⁴⁹.

Por su parte, SANZ RUBIALES considera que la autorización “levanta el obstáculo para el ejercicio de un derecho preexistente”. Ahora bien, teniendo en cuenta que la atmósfera, el aire, es un bien colectivo, difícilmente se puede aceptar que los particulares ostenten un previo derecho a contaminarla, derecho que reconocería la autorización ambiental (...). Al igual que en el caso de los vertidos (donde los particulares tienen derecho únicamente a realizar vertidos no contaminantes, de grado cero)... y las autorizaciones de vertido en aguas superficiales otorgan el derecho a utilizar el poder depurador del agua (...), la asignación de la cuota de emisión no reconoce un derecho previo, sino que lo otorga; más en concreto, lo “transfiere”...”⁵⁰.

2. Significado

Como hemos adelantado en líneas anteriores, la autorización es una de las tradicionales técnicas de intervención administrativa. Son múltiples las manifestaciones de este instrumento de actuación pública, cuya importancia no ha dejado de crecer con el tiempo. La Administración pública decimonónica se sirve ya de la autorización como herramienta para el desarrollo de sus tareas de policía. La licencia se utiliza también tempranamente para permitir determinados usos del dominio público. Con todo, la mayor expansión de la autorización se produce con la superación del Estado liberal por el Estado social de Derecho, que a lo largo del siglo pasado multiplica la responsabilidad de los poderes públicos en orden a garantizar que el ejercicio de las actividades privadas sea conforme con las exigencias que marca el interés general⁵¹.

Las dos últimas décadas del siglo XX se han caracterizado por un repliegue de la técnica autorizatoria, debido a la liberalización y desregulación de servicios y actividades. Sin embargo, el éxito de la autorización como técnica de intervención no puede hacernos olvidar sus servidumbres y límites. La autorización representa una traba para la actuación empresarial y una carga para la Administración. Además, con frecuencia, el desarrollo de una iniciativa se sujeta, no a una, sino a múltiples autorizaciones. La multiplicación de procedimientos y controles formales que ello significa no siempre parece encontrarse debidamente justificada. En otros términos, el control preventivo que instrumenta la autorización administrativa sólo es legítimo en la medida en que constituya una actuación necesaria y proporcionada. No hay que olvidar que no todas las iniciativas tienen por qué sujetarse a controles administrativos previos. Por otra parte, existen técnicas

⁴⁹ REVUELTA PÉREZ, I., *El control integrado de la contaminación en el Derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 281-284.

⁵⁰ SANZ RUBIALES, I., “Una aproximación al nuevo mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero”, *REDA*, núm. 125, 2005, p. 55.

⁵¹ GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, 11ª edic., Tecnos, Madrid, 2002, pp. 141 y ss. Vid., también ALBI, F., *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960, pp. 685 y ss.

alternativas, como, por ejemplo, la comunicación previa que también pueden proteger los intereses en juego.

La profusión en el empleo de la autorización administrativa no impide que sobre ella aún se proyecten extensas zonas de penumbra. La propia construcción de la autorización como categoría jurídica unitaria siempre ha sido, también, objeto de discusión. Sus dificultades se presentan, tanto por cuestiones terminológicas como fundamentalmente por razones de fondo.

La dialéctica que acompaña a la autorización se ha visto propiciada por la variedad terminológica que emplea la normativa, la jurisprudencia, y aún la propia doctrina. Se utilizan a este respecto expresiones como autorización, permiso o licencia, diversidad terminológica también compartida por los países de nuestro entorno. Se ha dicho que la distinción entre autorización, licencia y permiso se debe al origen iusprivatista de estos términos. No han faltado quienes, tras ello, han querido descubrir una dispar naturaleza de estas categorías. En Italia a comienzos del siglo XX, DONATI distingue dos tipos de autorizaciones: por un lado, las autorizaciones propiamente dichas, que comportan una apreciación discrecional por parte de la Administración y, en consecuencia, que tienen carácter negocial; y, por otro lado, las autorizaciones regladas, las licencias, a las que falta dicho carácter negocial⁵².

También en nuestro país ha habido autores que, tras la variedad terminológica, han querido descubrir diferencias sustantivas. Así, ÁLVAREZ GENDÍN distingue dos categorías: por un lado, la autorización, que se reserva a la habilitación administrativa para el ejercicio de actividades (“es todo acto administrativo por el cual se deja ejercer un derecho a una persona o varias, una vez demostrado que se reúnen los requisitos legales, por razón de policía ordinariamente”); y, por otro, el permiso administrativo, que se aplica a la utilización del dominio público (“es el que otorga el dominio público a un particular con o sin trabas fiscales, y sin derecho de indemnización si se retira”). El propio VILLAR PALASÍ parece diferenciar las autorizaciones en sentido estricto, de otorgamiento discrecional, de las licencias y permisos, de carácter reglado. En el ámbito local, ALBI entiende que la licencia se diferencia de la autorización, únicamente recogida en el artículo 17 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, dando lugar a dos instituciones diversas⁵³.

⁵² DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, Archivio Giuridico “Filipo Serafin”, 1903, pp. 42 y ss. También BENVENUTI ha entendido que la *licenza edilizia* no es una autorización, sino un acto intermedio entre ésta y la concesión, al que denomina *consenso*, *I limiti dello, ius aedificandi e la natura giuridica della licenza edilizia*. Contra la postura de BENVENUTI reaccionó GIANINNI en la *RTDP*, núm. 4, 1957, p. 909. Estos trabajos son citados por ENTRENA CUESTA, R., en “Las licencias en la legislación local”, *REVL*, núm. 107, 1959, p. 642.

⁵³ ÁLVAREZ GENDÍN, S., *Los contratos*, p. 203 (citado por ALBI, F., *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960, *cit.*, pp. 672 y 693). En el mismo sentido, VILLAR PALASÍ, J. L., “Naturaleza y regulación de la concesión minera”, *RAP*, núm. 1, 1950, p. 92.

La realidad, más allá de la discusión doctrinal, es que los términos, en general, fueron y son indistintamente utilizados por las normas, sin más criterio que la rutina en su aplicación a unos y otros sectores. Como posteriormente veremos, todos ellos se refieren a la misma técnica de intervención administrativa a la que de forma genérica reservamos la calificación de autorización⁵⁴.

Con frecuencia, el legislador estatal procede a la mecánica incorporación a nuestro ordenamiento de normas del Derecho comunitario, sin haber llevado a cabo su previa traducción jurídica⁵⁵. ARROYO JIMÉNEZ expresa una seria preocupación por la dogmática jurídica existente, la cual se enfrenta, además, con el difícil reto que plantea la progresiva construcción de un Derecho Administrativo europeo. No obstante, para LAGUNA DE PAZ lo verdaderamente relevante es definir con precisión las categorías singulares que la denominación de título habilitante agrupa: concesiones, autorizaciones, comunicaciones previas e inscripciones registrales, dado que desde su punto de vista el concepto de título habilitante no tiene más que un valor puramente descriptivo⁵⁶.

Todas las autorizaciones tienen en común el control preventivo que un sujeto realiza respecto de la actuación de otro, con el fin de comprobar que reúne las condiciones que permiten entender que dicho comportamiento no dañará sus intereses, o los de aquellos cuya salvaguardia tenga encomendada. La diversidad del objeto de las autorizaciones, inevitablemente, diversifica su

⁵⁴ En este sentido, MARTÍN-RETORTILLO, S., “Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias”, *RAP*, núm. 24, 1957, señala que la perspectiva generalmente asumida por la doctrina ha sido muy distinta. Esta se ha detenido casi siempre en minimizadores detalles, relevando y tratando de matizar como figuras propias y totalmente diversas lo que, en definitiva, no eran sino facetas de una análoga manifestación de voluntad, que perseguía además un mismo fin. Las diferenciaciones y matices que entre las autorizaciones, licencias, aprobaciones, etc., se han señalado insisten, buscando diferencias siempre en la forma o en el tiempo en que se realizan tales actos administrativos, y pueden aparecer, como se ha indicado recientemente, como un tanto inoperantes desde una perspectiva estructural de tales actos. No defendemos que sean figuras absolutamente idénticas, que no lo son. Los efectos de una conducta del particular, por ejemplo, serán distintos en relación con la aprobación ó autorización que pueda requerirse, pues mientras la primera influye sobre la eficacia de aquella conducta, la segunda lo hace sobre la validez de la misma. Ahora bien, a pesar de esta diversidad, toda esta clase de actos ofrece, sin embargo, una analogía suficiente como para agrupar tales manifestaciones de la voluntad administrativa estructuralmente en forma unitaria. Todas ellas pertenecen a un mismo género común autoritario, distinto del concesional, y en el que confluyen la titularidad de un derecho en el administrado, cuya gestión personal y propia se trata precisamente de actualizar. En relación con ella, aquel tiene una determinada pretensión per se, fundamentada en una posición jurídica concreta - derecho o interés-; esta actualización, hay que acomodarla con un interés público. Y así, la autorización, entendida en su sentido amplio, decide, pues, sobre la existencia o no de tal acomodación. Por eso también la necesidad de la misma para hacer posible, a priori o a posteriori, la plena adhesión del comportamiento del particular en concreto, con el interés público., *cit.*, pp. 149 y ss.

⁵⁵ Así, p.ej., la Ley General de Telecomunicaciones de 1998 denominó “autorizaciones generales” a lo que, en realidad, no eran más que comunicaciones previas a la Administración, seguidas de inscripción registral, reservando la denominación de licencias individuales para las auténticas autorizaciones administrativas.

⁵⁶ ARROYO JIMENEZ, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2004. LAGUNA DE PAZ, J. C., *La autorización administrativa*, Cívitas, Navarra, 2006, p. 34.

régimen jurídico. Se ha dicho, incluso, que la autorización presenta “una heterogeneidad tal de variantes, que resulta imposible reconducirlo institucionalmente a una sola realidad”⁵⁷.

Pese esta variedad o heterogeneidad, en nuestro ordenamiento español, la autorización ofrece una trama conceptual y jurídica suficiente, que permite su consideración como categoría unitaria. En concreto, todas las autorizaciones coinciden en los siguientes aspectos: i) La Administración lleva a cabo un control previo del ejercicio de actividades privadas. Se trata de una fiscalización de la legalidad u oportunidad del ejercicio de la actividad. ii) La razón de ser del control previo de la actividad, en unos casos es su potencial dañoso para terceros o para el interés general y, en otros, la intensidad de uso que comporta. iii) La posición jurídica del particular se caracteriza por la preexistencia del derecho a realizar la actividad, en los términos previstos en la normativa. iv) Finalmente, la autorización es un acto declarativo de derechos, que confiere a su titular una situación jurídicamente protegida, sin perjuicio de su necesaria adaptación a las cambiantes exigencias del interés general.

Como hemos dicho, creemos que la consideración de la autorización como institución unitaria es perfectamente posible y, además, permite identificar un conjunto de reglas propias que ayudan a interpretar la normativa sectorial y a llenar los vacíos que ésta pueda dejar.

3. Caracterización general

La autorización es un acto mediante el que la Administración realiza un control preventivo de la legalidad u oportunidad del ejercicio de una actividad en régimen de libre iniciativa. De acuerdo con la definición legal dada en el artículo 1.2 del Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la LRJ-PAC los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, las autorizaciones son “actos administrativos, cualquiera que sea su denominación específica, por los que, en uso de una potestad de intervención legalmente atribuida a la Administración, se permite a los particulares el ejercicio de una actividad, previa comprobación de su adecuación al ordenamiento jurídico y valoración del interés público afectado.”

Desde una perspectiva más analítica, como seguidamente veremos, la autorización es un acto administrativo que declara el derecho a la realización de una actividad de libre iniciativa o a un aprovechamiento del dominio público, previo control de su legalidad u oportunidad⁵⁸.

⁵⁷ MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho administrativo económico*, vol. I, La Ley, Madrid, 1988, advierte acerca de las dificultades de categorizar de las autorizaciones administrativas, siempre apegadas a los concretos sectores de intervención: la autorización para la constitución y establecimiento de una entidad bancaria se dice, nada tiene que ver, con la necesaria para la circulación y uso de los medicamentos y productos sanitarios, p. 189. En la misma línea, más recientemente, LÓPEZ MENUDO, F., Voz “Autorización”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo I, Civitas, Madrid, 1995, afirma que “resulta prácticamente imposible dar una definición universal de la misma, habida cuenta la variedad de su objeto y las fórmulas que encierra”, *cit.*, p.712. Asimismo, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. II, 1ª edic., Iustel, Madrid, 2004, indica que las disparidades normativas son tales “que resulta imposible trazar las líneas generales de un régimen común, que, sencillamente no existe”, *cit.*, p. 267.

⁵⁸ LAGUNA DE PAZ, J. C., *La autorización administrativa*, Civitas, Navarra, 2006, p. 53.

3.1. Acto administrativo

3.1.1. Carácter unilateral

Las autorizaciones son actos administrativos y en cuanto tales resoluciones de carácter unilateral. En nuestra literatura jurídica es constante esta comprensión de la autorización. Desde un punto de vista dogmático, algunos autores han hecho especial hincapié en el carácter unilateral de la autorización. En este sentido, ALBI afirma que en la autorización no existe nunca un contrato; o lo que es lo mismo, si existe contrato, no hay autorización. Esta técnica no puede dar lugar a una situación de obligaciones recíprocas entre la Administración y el sujeto autorizado. El interesado, dice este autor, no cumple una estipulación libremente convenida, si no que se constriñe a observar lo previsto en la normativa; en el otorgamiento de la autorización, la Administración se limita a comprobar si la situación subjetiva se ajusta a la norma y en caso de que así sea, a acceder a la pretensión del particular. Por lo demás, termina diciendo, éste tampoco puede introducir modulaciones singulares en su petición, que ha de adecuarse a la norma⁵⁹.

Conviene hacer notar, no obstante lo anterior, y de acuerdo con MUÑOZ MACHADO que, en el Derecho francés, la utilización de la autorización en el ámbito de gestión de servicios ha requerido “completar la unilateralidad característica de la técnica autorizatoria con algunos elementos procedentes del régimen de los contratos que permiten a la Administración establecer las condiciones a las que la actividad autorizada debe someterse en todo caso⁶⁰.”

Por tanto, y aunque creemos que puede seguir sosteniéndose la unilateralidad de este acto administrativo, ello no impide que el título incorpore un clausulado específico, en el que se repitan reglas de aplicación general o se introduzcan cláusulas accidentales, que contribuyan a definir el régimen concreto al que se sujete la actividad autorizada⁶¹.

⁵⁹ ALBI, F., *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960, pp. 684-685.

Por su parte, FERNÁNDEZ FARRERES, G., en su obra *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, IEF, 1983, sostiene que las subvenciones son actos administrativos necesitados de aceptación, aceptación que “no determina la naturaleza contractual del acto de otorgamiento, sino que se configura como presupuesto de validez del acto administrativo unilateral de subvención”. Con independencia de los contornos dogmáticos de la categoría del acto administrativo necesitado de aceptación, significar que este autor estima que es la unilateralidad “la característica típica del acto administrativo y no otras, como la decisión ejecutoria que obstaculizaría la naturaleza del acto administrativo de la subvención”, pp. 411 y ss. La misma tesis sostiene MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico*, La Ley, vol. I, Madrid, 1988, pp. 482 y 483.

⁶⁰ MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo I, Cívitas, Madrid, 2004, pp. 1212-1213.

⁶¹ Como señala LAGUNA DE PAZ, J. C., *La autorización administrativa*, Cívitas, Navarra, 2006, “(...) también cabe que la legislación se remita a la normativa contractual pública para completar determinados aspectos del régimen de las autorizaciones, especialmente el procedimiento de adjudicación. Es evidente que la aplicación de dicha normativa no convierte al titular de la autorización en un contratista de la Administración. Con todo, ha de ser una remisión medida. Si no se pone cuidado, pueden introducirse reglas que no sean conformes con la naturaleza de la autorización, que difiere del contrato. Así ocurre, por ejemplo, con el régimen de extinción.”, *cit.*, p. 54.

3.1.2. Acto declarativo de voluntad

La autorización es una declaración de voluntad dirigida a producir determinados efectos jurídicos vinculantes. En concreto, el acto declara el derecho a desarrollar una actividad, sin olvidar que, en algunos casos, la autorización comporta también el deber de llevarla a cabo.

Esta calificación no equivale a la autodeterminación propia del mundo jurídico privado, sino que es expresión de la legalidad al servicio del interés general. Esta delimitación del acto administrativo es claramente deudora de la comprensión del negocio jurídico, cuya traslación a las resoluciones administrativas no está exenta de problemas, por lo que a veces abiertamente se rechaza. La discusión sobre si los actos administrativos unilaterales son negocios jurídicos o no, teniendo que introducir en el análisis términos complejos y discutidos como son, la autonomía de la voluntad, discrecionalidad administrativa, legalidad de la Administración, etc., corre el peligro de convertirse en una discusión estéril. Lo más interesante de esta cuestión es que ha permitido aislar un tipo de acto administrativo que es la resolución administrativa por la que la Administración determina o fija un caso concreto, así como frente a otras actuaciones jurídicas de ésta en las que no se resuelve un caso concreto, como son las informaciones, las respuestas a consultas, las certificaciones, los dictámenes, las propuestas, etc.

Para ARROYO JIMÉNEZ lo característico de esta figura, frente a otro tipo de decisiones administrativas habilitantes, es que la potestad administrativa en cuestión no se limita a la inversión en el caso concreto de una prohibición relativa; la norma otorga aquí a la Administración un poder más intenso que, junto a lo anterior, comprende la configuración parcial del régimen jurídico al que estará sometido el operador habilitado. El alcance o extensión de ese poder será mayor o menor, en función de los términos en los que la norma atributiva de la potestad detalle o limite su ejercicio, pero en la presente figura la Administración gozará en todo caso de un cierto margen de apreciación autónoma respecto de la configuración del régimen aplicable al beneficiario del título⁶².

3.2. Control preventivo del interés público tutelado

Por regla general, la iniciativa privada, en sus diversas manifestaciones, se desarrolla sin más exigencias que el respeto a las normas, que simplemente actúan como un condicionante externo de la actividad. No obstante, hay actuaciones que requieren el control previo de la Administración.

Este control previo puede justificarse por: i) el riesgo de que la actividad lesione los derechos de terceros, el interés general y/o el bien demanial. En muchos casos, los intereses a proteger resultan directamente de la Constitución, especialmente de los principios rectores de la política social y económica, que han de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. ii) En segundo lugar, la intensidad de uso que entrañan. En muchos casos, se trata

⁶² ARROYO JIMENEZ, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2004, p. 511.

de usos que resultan imprescindibles para la realización de buena parte de las iniciativas sobre las que descansa nuestra convivencia colectiva, esto es, desde el tendido de infraestructuras para la prestación de servicios hasta los espacios de carga y descarga en las ciudades. La previa intervención de la Administración, no obstante, resulta necesaria para comprobar que con ello no se perjudica el fin primordial, del dominio público, que es su utilización por parte de todos.

La Administración, como se ha dicho, despliega sencillamente una actuación preventiva de control. Esta facultad administrativa varía en extensión e intensidad, en función del tipo de potestad que se ejercite. En las autorizaciones regladas, la Administración ha de limitarse a comprobar que el solicitante cumple las condiciones previstas en la normativa como garantía del bien común. En este caso, los jueces pueden controlar el fondo de la decisión administrativa; en las discrecionales, la norma encomienda a la Administración la valoración *ad casum* de la oportunidad del ejercicio de una actividad, dilucidando si es o no compatible con las exigencias del interés general. Los parámetros sobre los que se apoya este juicio son tan plurales como dimensiones tiene el interés público en los distintos ámbitos de responsabilidad de la Administración. El elemento discrecional puede consistir en la necesidad de efectuar valoraciones técnicas, “siempre opinables y en cuya formulación la Administración posee una cierta mayor prima de credibilidad en principio, o bien en la estimación acerca de la compatibilidad entre la actividad proyectada y el interés público”.⁶³

A este respecto, FERNÁNDEZ FARRERES razonando sobre las autorizaciones sobre transporte por carretera señala que “el hecho de que el otorgamiento sea reglado y no discrecional, nada significa acerca de la precisión con que las correspondientes normas hayan fijado los requisitos y condiciones exigibles para el otorgamiento de los títulos habilitantes o, incluso, para el establecimiento del servicio. De manera que, en el caso de las autorizaciones, aún no siendo discrecional, bien puede suceder que la configuración normativa de esos requisitos y condiciones dote a la Administración de importantes márgenes de apreciación en orden a verificar su efectivo cumplimiento. El otorgamiento, en esos casos, no deja de ser reglado, ya que la Administración no puede denegarlo por razones de mera conveniencia u oportunidad si el solicitante reúne los requisitos. Pero la realidad es que la decisión que se ha de adoptar no queda definitivamente predeterminada, al exigir un juicio previo acerca del cumplimiento de los mismos que puede llevar a muy diferentes apreciaciones y resultados finales. Situación ésta que aún se potencia más cuando el otorgamiento se vincula a la observancia de determinadas condiciones que, genéricamente previstas por la norma, hay que concretar individualizadamente en atención a las circunstancias específicas que concurren en cada caso (...), en la medida en que la discrecionalidad no exime a la decisión administrativa del control jurisdiccional y que la profundidad de ese control depende, en última instancia, de las circunstancias de cada caso, la tradicional distinción vinculada al carácter reglado o discrecional tiende a difuminarse o, cuando menos, a flexibilizarse. Por ello, una vez más, las calificaciones

⁶³ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, 1ª edic., vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999, p. 265.

apriorísticas necesariamente deben ser confrontadas con el efectivo régimen jurídico de la correspondiente actuación administrativa”⁶⁴.

Asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, indican que “cabe distinguir entre dos grandes modelos o sistemas abstractos de intervención, uno de signo represivo y otro de signo preventivo. El primero supone la existencia de una completa regulación previa de la actividad, dentro de la cual el ejercicio de ésta se entiende enteramente libre y no está sometido a control administrativo alguno. Sólo a posteriori, en los casos en que se compruebe que una concreta actividad se desarrolla fuera de los cauces de la reglamentación establecida, surge la reacción por vía de sanción administrativa o, incluso, penal, en su caso.

El sistema preventivo –continúan dichos autores- supone una intervención más intensa, una mayor restricción de la libertad, ya que a la regulación previa de la actividad mediante las normas correspondientes se une la comprobación, también previa, por la Administración de la adecuación a la misma, del concreto proyecto ideado por quien pretende ejercer dicha actividad, de forma que sólo cuando esa comprobación tenga un resultado satisfactorio se levantará la prohibición general que la ley reguladora establece, como punto de partida. Por lo demás, el sistema preventivo, al partir de una prohibición general, implica un control previo, individualizado de todas y cada una de las actividades que, en ejercicio de la libertad constitucionalmente reconocida, pretenden emprenderse; en tanto que el sistema represivo supone un control ocasional de aquellas actividades respecto de las cuales se advierten indicios de un presunto exceso⁶⁵.”

En definitiva, la autorización es una técnica puramente informativa, que permite a la Administración tener conocimiento de las actuaciones de los ciudadanos. Se trata de un instrumento de control que impone a la Administración el deber de verificar la legalidad y, en su caso,

⁶⁴ FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Los transportes por carretera y competencia”, en la obra colectiva coordinada por este mismo autor, *Transportes y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreos, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la Competencia*, Cívitas, Madrid, 2004, pp. 446-447.

⁶⁵ Como apuntan GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 7ª edic., Cívitas, Madrid, 1995, “el control preventivo, por ser tal, opera, además, sobre meras hipótesis, ya que en el momento en que se regula la actividad ésta, en concreto, aún no ha sido emprendida, lo cual hace entrar en juego, de ipso, un margen de apreciación notable sobre la eventual conformidad o disconformidad con el interés público de la actividad que pretende emprenderse, margen del que la Administración se beneficia, cosa que no sucede en el control a posteriori, propio del sistema represivo, ya que el objeto de éste no es una mera hipótesis, sino una realidad dada, la concreta realidad de la actividad que se viene ejerciendo”. Para estos autores, “el control previo que el sistema preventivo comporta, en todo caso, admite modalidades distintas, que suponen grados, también diferentes, de restricción o limitación de la libertad. Puede, en efecto, consistir...en una simple declaración, comunicación o notificación previa a la Administración de la actividad que el interesado se propone desarrollar, que puede (...), en su caso, dar lugar a una prohibición formal ulterior en el supuesto de que la actividad declarada no cumpla alguno de los requisitos previos en la norma aplicable. El nivel máximo de limitación es, sin embargo, el que resulta de la exigencia de una autorización previa, que es, por cierto la técnica más frecuentemente utilizada, hoy por hoy, entre nosotros.”

“Sin embargo, todas estas modalidades de intervención no son, ni pueden considerarse indiferentes o de uso puro y simplemente alternativo como, tradicionalmente, se ha venido entendiendo, en ausencia de una norma constitucional que obligara a apurar el análisis. La distinta intensidad de su respectiva incidencia en la libertad que es el punto de partida constitucionalmente obligado, determina que su concreta elección por el legislador ya no sea, como antes, enteramente libre para éste, que habrá de respetar en todo caso, los criterios inmanentes al sistema de libertades que la Constitución ha implantado”, p. 116.

oportunidad del ejercicio de la actividad, ponderando los intereses en juego de forma que la iniciativa privada resulte compatible con el bien común. Ello significa que la actuación de la Administración necesariamente tiene consecuencias jurídicas: el otorgamiento de la autorización crea una situación jurídica protegida para su titular, que se manifiesta en el régimen de los actos favorables; el ejercicio de la función de fiscalización, además, también, puede ser fuente de responsabilidad patrimonial para la Administración.

3.3. El principio de proporcionalidad

Someter una actividad a previa autorización no es disminuir la libertad, sino ordenarla. Como ha señalado una reiterada jurisprudencia, la autorización administrativa no es contraria a la libertad económica y, por tanto, tampoco a la libertad de empresa⁶⁶. La iniciativa privada, que puede ser ampliamente ordenada, puede ser también supeditada a previa habilitación administrativa, en garantía del interés general. Con todo, como cualquier otra intervención pública, la exigencia de autorización ha de tener su fundamento en la ley y resultar un medio necesario, eficaz y proporcionado para proteger los intereses implicados⁶⁷.

La supeditación de una actividad a la previa obtención de una autorización administrativa constituye una restricción a los derechos de los ciudadanos; cuanto menos, a la libertad de empresa. La consecuencia es que sólo la ley puede imponer dicha exigencia, definir sus características, condiciones y límites. Dicha previsión de reserva legal aparecía ya recogida en el, hoy derogado, artículo 8 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, a cuyo tenor “las Corporaciones Locales podrán sujetar a sus administrados al deber de obtener previa licencia *en los casos previstos por la ley*, el presente Reglamento u otras disposiciones de carácter general⁶⁸. En definitiva, estas exigencias derivadas del principio de legalidad hacen que con ello se logre una progresiva concreción del mandato normativo y, consiguientemente, una reducción de la discrecionalidad administrativa de cara al otorgamiento de la autorización.

⁶⁶ El derecho a la libertad de empresa se encuentra recogido expresamente en el artículo 38 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.” Como ha señalado el Tribunal Constitucional, dicho precepto viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. El mantenimiento de estos límites está asegurado por una doble garantía: por un lado, la reserva de ley y por otro, la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer de un contenido esencial. No determina la Constitución cual debe ser este contenido esencial, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional el resolver las controversias que al respecto puedan plantearse. (SSTC 37/1981 y 109/2003).

La incorporación de España a la Unión Europea ha tenido, sin duda, en la libertad de empresa un importante apoyo. Las cuatro libertades comunitarias, a saber, libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, enmarcadas en un sistema de libre competencia real y efectivo constituyen elementos sustanciales de la organización económica que reconoce la Constitución.

⁶⁷ MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico*, vol. I, La Ley, Madrid, 1988, p. 191.

⁶⁸ El citado artículo 8 fue suprimido por el Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, por el que se modificó el Reglamento de Servicios de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido que el sometimiento de una actividad a autorización administrativa constituye una restricción a la libre prestación de servicios, por lo que deberá ser una medida necesaria, proporcionada y basada en requisitos objetivos y no discriminatorios⁶⁹.

Cuando no esté suficientemente justificada la autorización, ésta representa en todo caso un entorpecimiento inútil a la actividad privada. El simple retraso en la puesta en práctica de la actividad lleva consigo costes económicos no desdeñables para el sector privado, que en muchos casos después repercute a sus usuarios y a sus clientes⁷⁰.

En conclusión y como analizaremos posteriormente, no deben establecerse más limitaciones a la libertad que las estrictamente imprescindibles para garantizar el interés general en juego. La intervención pública en la actividad de los ciudadanos ha de ajustarse a los principios de congruencia con los motivos y fines justificativos y respeto a la libertad individual, debiendo escogerse siempre la intervención menos restrictiva para su ejercicio. A estas cuestiones y al principio de proporcionalidad nos referiremos, con más detalle, en el Capítulo II.

II. CLASES DE AUTORIZACIONES

Entre los diferentes supuestos autorizatorios, los cuales varían en función de sus elementos accidentales son dos las clasificaciones más importantes, reconociendo la existencia de otras muchas:

2.1. Simples y operativas

El concepto de autorizaciones simples hace referencia a aquellas cuyo objeto es la realización de una actuación concreta y determinada. La Administración lleva a cabo un control inicial de la actividad, con el fin de comprobar que su ejercicio no es contrario al interés general, seguido de la correspondiente vigilancia de su desarrollo. La relación entre la Administración y el sujeto autorizado se mantiene tan solo durante el tiempo que se emplea en la realización de dicha actividad, por lo que no se crea un vínculo permanente entre ambos. De ahí su calificación como

⁶⁹ En el mismo sentido, LAGUNA DE PAZ, J. C., “Nuevo marco jurídico de las actividades liberalizadas”, en BAÑO LEÓN, J. M., CLIMENT BARBERÁ, J. (coords.), *Nuevas perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al Profesor J. M. Boquera Oliver*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 1399 y ss.

⁷⁰ Las disposiciones del art. 4 en relación con el art. 1 del Reglamento (CE) n° 3577/92, del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros, únicamente permite someter la prestación de servicios regulares de cabotaje marítimo con destino u origen en islas o entre islas a la obtención de una autorización administrativa previa si: 1. Puede demostrarse la existencia de una necesidad real de servicio público, debida a la insuficiencia de los servicios regulares de transporte en una situación de libre competencia; 2. Se demuestra asimismo que dicho régimen de autorización administrativa previa es necesario y proporcionado al objetivo perseguido; y, 3. El referido régimen se basa en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano por las empresas interesadas.

autorizaciones de tracto instantáneo. Un ejemplo de ello sería el otorgamiento de una autorización de una manifestación, o para celebrar una carrera ciclista por una vía pública⁷¹.

Las autorizaciones operativas, por su parte, poseen una significación y utilidad completamente diversa. Estos actos habilitan para realizar una actividad de manera indefinida, o cuanto menos, continuada y tendencialmente permanente en el tiempo, son las denominadas autorizaciones de tracto sucesivo. Éstas crean una relación jurídica continuada entre la Administración y el sujeto autorizado, debido a que el ejercicio de la actividad se prolonga en el tiempo⁷².

En realidad, la calificación de que estas autorizaciones crean una relación jurídica continuada entre la Administración y el sujeto autorizado puede resultar equívoca. Esto no significa que la Administración pueda asumir una función más conformadora de la actividad. En estos casos, la razón y alcance de la intervención administrativa es la misma que en las autorizaciones simples. Cuestión distinta es que, en la medida en que se trata de desplegar una actividad a lo largo del tiempo, las exigencias que reclama el interés general respecto a la actividad autorizada puedan ir cambiando. De ahí que, en todo momento, la Administración puede acordar lo preciso para que la actividad se ajuste a las exigencias del interés público a través de una continuada función de policía, que no se agota con el otorgamiento de la licencia, sino que permite acordar el establecimiento de medidas correctoras y la revisión de éstas cuando se revelen ineficaces⁷³. Las autorizaciones operativas o de tracto sucesivo, como tendremos ocasión de comprobar, cada vez más son las normas las que limitan temporalmente y se someten pasado el plazo previsto a revisión de las

⁷¹ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, 2ª edic., vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000, p. 274.

⁷² A este respecto, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 27-3-1985 (RJ 1985, 1671) señalaba lo siguiente: “la moderna doctrina suele distinguir dos tipos de licencias bien diferenciadas: las de operación, en las cuales el ente que las otorga se desentiende de la ulterior actividad del sujeto autorizado, y las de funcionamiento, en las que dada la influencia que la actividad a desarrollar tiene para el interés público, se mantiene un constante intervencionismo de la Administración para supervisar si se está prestando en forma adecuada, de tal manera que surgen con motivo de la licencia una relación permanente de ambos sujetos con el fin de proteger en todo caso el interés público frente a vicisitudes y circunstancias que a lo largo del tiempo puedan surgir, lo que permite que se puedan realizar correcciones y adaptaciones de la licencia concedida cuando así lo exija el normal funcionamiento del servicio, lo que en definitiva supone una aplicación específica de la facultad que el art. 1 del RSCL establece en favor de los Ayuntamientos...” Con todo, no deben inducir a confusión las palabras del Tribunal de que las autorizaciones por operación permiten a la Administración desentenderse de la ulterior actividad del sujeto autorizado, lo que ocurre es que el objeto de la autorización no es una actividad desarrollada a lo largo del tiempo, sino una actuación concreta.

⁷³ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, 2ª edic., vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000, p. 275.

condiciones de la Administración. Esa revisión, en muchos casos, supone casi realmente el otorgamiento de una nueva autorización⁷⁴.

2.2. Regladas y discrecionales

El carácter reglado o discrecional de la autorización administrativa ha sido objeto de consideraciones contrapuestas en la doctrina. Una postura tradicional ha sido la consideración de las autorizaciones como actos discrecionales por naturaleza, al entender que es consustancial a esta técnica la composición entre el interés público y el privado.

Esta posición ha sido sostenida en la doctrina italiana, ligada a la comprensión de la autorización como un acto a través del cual la Administración valora la oportunidad del ejercicio de un derecho⁷⁵. En consecuencia, quedan extramuros de la autorización los actos que simplemente comportan una actuación administrativa de comprobación y que, por tanto, presuponen un derecho subjetivo a favor del peticionario, siempre que éste reúna las circunstancias objetivas predeterminadas por la ley⁷⁶. Ya hemos apuntado antes que se trataría de la distinción, para algunos autores, entre permisos y autorizaciones.

La autorización, según ROYO VILLANOVA, “se diferencia de la concesión en que ésta crea un derecho que no existía antes de este acto administrativo, pero se parece en que una y otra son actos discrecionales”⁷⁷. Asimismo, VILLAR PALASÍ entiende que la autorización en sentido estricto es de otorgamiento discrecional, mientras que la licencia y el permiso “deben otorgarse en todo caso, siempre que el administrado solicitante cumpla las condiciones o requisitos fijados de antemano”⁷⁸.

⁷⁴ Las autorizaciones demaniales siempre han estado a límites temporales. En cambio, frente a ello, a veces se ha negado que las autorizaciones de policía puedan estar sometidas a límites temporales. En este sentido, VILLAR PALASÍ, J. L. voz *Concesiones Administrativas*, “Nueva Enciclopedia Jurídica Seix”, vol. IV, Barcelona, 1952, dialécticamente, ha dicho, que si “la autorización es una pura remoción de límites, pierde su sentido una autorización temporal, que es perfectamente posible en nuestro Derecho”, *cit.*, p. 697. Sin embargo, desde un punto de vista dogmático, no hay inconveniente en admitir la sujeción de la autorización a límites temporales, siempre que se disponga un plazo suficiente para realizar la actividad. Cumplido el plazo, las autorizaciones podrán ser prorrogadas, como reflejo de los principios de proporcionalidad y economía procesal. Como es natural, la prórroga deberá mantenerse dentro de los límites de la autorización inicial, sin que puedan prorrogarse aquellas autorizaciones que, por tratarse de recursos limitados, deban ser objeto de una nueva licitación pública. Son las normas sectoriales a las que les corresponde establecer el concreto lapso temporal de vigencia de cada autorización. Así, por ejemplo, en las licencias de explotación de transporte aéreo que se concedan por primera vez, el plazo de otorgamiento es de un año, pudiendo renovarse después por períodos de cinco años (art. 9.1 de la Orden Ministerial de 12 de marzo de 1998, BOE. núm. 73, de 26 de marzo). En materia de juegos de azar, el artículo 10.6 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, establece, para las licencias generales, una duración de 10 años, pudiendo ser prorrogadas por un periodo de idéntica duración. *Vid.*, a este respecto, UREÑA SALCEDO, J. A., y AULLÓ COLOMA, NÚRIA, “Régimen legal de los juegos de azar en línea”, *El juego de azar on line en los nativos digitales*, Tirant Humanidades, Valencia, 2013, pp. 167-190.

⁷⁵ DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, Archivio Giuridico “Filipo Serafin”, 1903, pp. 42 y ss.

⁷⁶ GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, 13ª edic., vol. I, Tecnos, Madrid, 2012, p. 572.

⁷⁷ ROYO VILLANOVA, A., *Elementos de Derecho Administrativo*, 21ª edic., Librería Santarén, Valladolid, 1948, p. 102. En este sentido, *vid.*, igualmente, MEILÁN GIL, J. L., “Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión,” *RAP*, núm. 71, 1973, pp. 79 y ss.

⁷⁸ VILLAR PALASÍ, J. L., “Naturaleza y regulación de la concesión minera”, *RAP*, núm. 1, 1950, p. 92.

En esta línea, GARCÍA-TREVIJANO también es partidario de restringir las autorizaciones a los actos discrecionales, aunque reconoce la existencia de concesiones y autorizaciones vinculadas, en cuyo otorgamiento y contenido la Administración carece de potestad discrecional. “Cuando determinada posición jurídica de un administrado le viene reconocida directamente de la ley, y la Administración es un simple vehículo vinculado para comprobarla, el acto administrativo de ésta no es discrecional, no es, por tanto, negocial. En buena técnica, habría que reservar las palabras concesión y autorización para los actos discrecionales-negociales y en los casos de vinculación hablar tan solo de comprobaciones jurídicas. Las normas, sin embargo, utilizan ambos vocablos equivocadamente”⁷⁹, como apuntábamos unas líneas más atrás.

Es este también el partido que toma MANZANEDO, quien destaca que es preciso distinguir las autorizaciones de las constataciones regladas. Las primeras, necesariamente dan lugar a una labor administrativa de composición entre el interés público y el privado y, en consecuencia, son por naturaleza discrecionales. En las segundas, la Administración se limita a comprobar si el derecho cuyo ejercicio pretende el interesado reúne o no los requisitos preestablecidos en la norma; en caso afirmativo, su otorgamiento resulta inexcusable. De ahí que las constataciones regladas se consideren cargas en sentido técnico-jurídico⁸⁰.

No han faltado tampoco autores, tal vez más próximos en el tiempo que, en el extremo contrario, han defendido que las autorizaciones son actos reglados por naturaleza, sobre todo por contraposición a las concesiones.

PARADA entiende que el concepto de autorización debe limitarse a los casos en que no hay restricción en cuanto al número de beneficiarios posibles, ni discrecionalidad en su otorgamiento, mientras que la concesión debería aplicarse a los supuestos en que la normativa permite la discrecionalidad en su otorgamiento, o limita el número de beneficiarios. Así, “se debe partir, por ser más garantista, de la existencia de un derecho o libertad en el solicitante de la autorización y considerar ésta como un acto de control reglado que determina si se cumplen las exigencias legales o reglamentarias previstas en la norma (...). Por ello, en la mayor parte de los casos la cuestión de su otorgamiento o denegación se resuelve en un problema de valoración fáctica, que se traduce en la instancia judicial en un control de los hechos determinantes del ejercicio de la potestad autorizatoria. Pero estando los hechos claros en uno y otro sentido, parece que no debe reconocerse ningún margen de discrecionalidad en el otorgamiento o denegación de la autorización. En cambio, la concesión debe referirse a los demás supuestos en que la legislación permite claramente la

⁷⁹ GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., “Autorizaciones y concesiones en el dominio marítimo”, *Revista Española de Derecho Marítimo*, núm. 3, 1963, p. 279.

⁸⁰ MANZANEDO MATEOS, J. A., *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, Ilegal, Madrid, 1968, pp. 440 y ss.

discrecionalidad en el otorgamiento o limita el número de beneficiarios del ejercicio del derecho o actividad en función de condiciones legalmente definidas”⁸¹.

Por su parte, PAREJO señala que la autorización “se emplea para todos aquellos supuestos en que el control preventivo actuado se limita a la estricta comprobación objetivo-jurídica de la observancia de las condiciones y los requisitos normativamente definidos con carácter general, es decir, en que dicho control se construye en términos de potestad reglada. La autorización, en este sentido, es un acto reglado y debido, declarativo porque se limita a comprobar dicho cumplimiento o incumplimiento, sin constituir situaciones jurídicas nuevas y, en particular, sin otorgar derecho alguno, porque éste ya preexistía en la esfera del correspondiente administrado, y favorable, porque remueve la prohibición normativa de ejercicio de la actividad o del derecho”⁸².

Frente a una y otra posición, lo cierto es que el carácter reglado o discrecional no es una nota definitoria de la autorización. En esta línea, MARTÍN-RETORTILLO subraya que lo relevante en la autorización es “la necesidad de que el ejercicio de un determinado derecho sea subordinado al consentimiento de otro sujeto, en este caso la Administración pública, no importando sustancialmente que la apreciación realizada por la voluntad autorizante sea o no discrecional”⁸³.

Sin embargo, como indica SANTAMARÍA PASTOR, la distinción no puede entenderse en términos absolutos puesto que en toda autorización existen elementos reglados y elementos discrecionales, distribuidos en proporciones distintas según los casos; el elemento discrecional puede consistir en la necesidad de efectuar valoraciones de orden técnico, siempre opinables y en cuya formulación la Administración posee una cierta mayor prima de credibilidad en principio, o bien en la estimación acerca de la compatibilidad entre la actividad proyectada y el interés público⁸⁴.

En definitiva, es la naturaleza de las potestades administrativas lo que transmite a las autorizaciones su carácter discrecional o reglado. En algunos casos, las normas confieren a la Administración un amplio margen de valoración para apreciar lo más conforme con el interés general. En cambio, en otros, la normativa configura potestades regladas. Siempre que sea posible, la normativa debe tender a configurar potestades regladas. Desde esta perspectiva, un adecuado tratamiento de las libertades postula que las autorizaciones, incluidas las que se proyectan sobre actividades esenciales, sean más regladas que discrecionales, en la medida en que deben estar dirigidas a garantizar la libertad y no a guiar la libertad con criterios de oportunidad más o menos propiamente políticos.

⁸¹ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, 15ª edic., vol. I, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 381 y ss.

⁸² PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 650 y 652.

⁸³ MARTÍN-RETORTILLO S., “Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias”, *RAP*, núm. 24, 1957, cit. p. 147.

⁸⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, 2ª edic., vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000, p. 273.

III. SU DISTINCIÓN CON FIGURAS AFINES

3.1. Concesión

Es clásica la distinción entre la autorización y la concesión, lo que no es óbice para que el legislador, la jurisprudencia y la propia doctrina con frecuencia confundan sus perfiles. Por otra parte, desde algunas posiciones, se ha destacado que la evolución del ordenamiento jurídico no permite mantener la distinción sobre bases firmes.

En este sentido, SANTAMARÍA PASTOR sostiene que “la evolución legislativa ha terminado por difuminar por completo los límites entre la autorización y la concesión”, lo que se debe a razones estrictamente políticas. Se argumenta en este sentido que hay múltiples autorizaciones que operan en supuestos en los que no preexiste derecho del particular autorizado; existen concesiones que operan sobre actividades que no han sido objeto de publicatio; y, finalmente, hay servicios públicos que ejercen los particulares mediante autorización. A ello se añade que el régimen jurídico de autorizaciones y concesiones se ha aproximado. Se ha borrado la distinción de ambas figuras basada en el carácter más enérgico y continuado de los poderes de intervención propios de la concesión, ya que la ley ha creado autorizaciones respecto de las que la Administración ejerce un seguimiento y vigilancia permanentes, con poderes más constrictivos de los que acompañan a la mayoría de las concesiones. La consecuencia es que el legislador utiliza una u otra técnica según pretenda aparentar un mayor o menor nivel de intervención en la actividad controlada, pero la preexistencia o no de un derecho en el patrimonio del particular, el carácter declarativo o constitutivo de una y otra y el carácter más o menos enérgico de las potestades de intervención son extremos que el legislador diseña, después, a su capricho⁸⁵.

Por su parte, FERNÁNDEZ ACEVEDO indica que la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas ha intentado, pero no logrado, la clarificación entre las autorizaciones y concesiones demaniales. “Las fronteras entre ambos títulos siguen siendo, pues, poco nítidas por cuanto tienen numerosos puntos en común: coinciden en el carácter constitutivo, en su naturaleza de acto unilateral, en la discrecionalidad de la Administración a la hora de su otorgamiento o en el carácter limitativo del uso que habilita. Y en cualquier caso, el error en la calificación del acto como autorización o concesión carece de consecuencias invalidantes como ha tenido ocasión de subrayar expresamente la jurisprudencia...”⁸⁶.

⁸⁵ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, 1ª edic., vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999, pp. 263-264.

⁸⁶ FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., “Utilización de los bienes y derechos públicos: estudio de su régimen jurídico (artículos 84 a 109)”, en MESTRE DELGADO, J. F., (dir.), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, El Consultor, La Ley-Actualidad, Madrid, 2004, pp. 904-905.

Tal y como se ha expuesto, los criterios tradicionalmente utilizados para distinguir entre autorizaciones y concesiones administrativas han entrado en crisis como consecuencia de la diversificación de ambas figuras en el Derecho positivo. Debido a su creciente heterogeneidad, cabe plantearse si actualmente sigue siendo conveniente mantener algún criterio de diferenciación conceptual, y por lo tanto cualitativa, entre la autorización y la concesión.

A este respecto, ARROYO JIMÉNEZ justifica la oportunidad de la distinción entre autorizaciones y concesiones administrativas en la menor o mayor restricción que la Administración ejerza sobre el ámbito de la autonomía privada, de tal forma que serán las autorizaciones las que presenten una menor restricción en dicho ámbito, en contra de las concesiones, las cuales presentarán el máximo grado constitucionalmente aceptable de dicha restricción⁸⁷.

Llegados a este punto, debe afrontarse el problema de cuáles son los criterios sobre los que construir la distinción entre ambos tipos de decisiones administrativas habilitantes. La distinción entre la autorización y la concesión está llena de matices. De ahí que el deslinde no se obtenga a partir de un único criterio, sino con ayuda de varios, que aunque en sí mismos puedan resultar insuficientes, en su conjunto, aportan las perspectivas necesarias para lograr la separación de ambas categorías.

Como hemos advertido, la evolución doctrinal parece haber desembocado en la generalización de un criterio objetivo de distinción, conforme al cual las autorizaciones se proyectarían sobre actividades abiertas a la libre iniciativa económica, mientras que las concesiones serían propias de

⁸⁷ Como sostiene ARROYO JIMENEZ, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2004, “(...) aunque en ocasiones no sea así, es constitucionalmente posible limitar más intensamente la autonomía del concesionario que la del titular de una autorización administrativa. Los solapamientos que entre las dos figuras puedan producirse en el ámbito del Derecho administrativo especial no implican pues, su confusión en el terreno del Derecho constitucional, y lo cierto es que su sometimiento a presupuestos constitucionales distintos justifica y exige un tratamiento diferenciado de ambas figuras en el ámbito del Derecho administrativo general. Por otro lado, que de la aplicación de una etiqueta u otra en el caso concreto no se derive de modo automático la vigencia de un régimen jurídico homogéneo en todos sus extremos tampoco significa que la aproximación conceptual sea irrelevante. El carácter reglado o discrecional del acto, o la intensidad de las potestades de intervención sobre la actividad son cuestiones que debe resolver el legislador en cada caso. Sin embargo, el hecho de que la figura sea subsumible en el concepto dogmático de autorización, o en el de concesión, puede ayudar al operador jurídico a la hora de crear argumentos para integrar lagunas o para resolver otros problemas de interpretación de la norma que la regula. Esta es una función, pues, que la ciencia del Derecho administrativo general debe desempeñar también en este contexto”, *cit.*, pp. 401 y 402.

sectores de actividad económica reservados al poder público⁸⁸. Y desde una perspectiva subjetiva, la tesis del derecho preexistente, tal y como se ha entendido tradicionalmente⁸⁹, presenta una debilidad fundamental: al identificar el derecho preexistente con el derecho a obtener la autorización, la teoría clásica deja fuera del concepto de autorización, como *genus*, importantes manifestaciones de la figura. En tercer lugar, parece claro, sin embargo, que las posiciones jurídicas subjetivas que integran el patrimonio jurídico del interesado antes del otorgamiento del título no son intercambiables, y que esta circunstancia puede jugar algún papel en la resolución del problema. Por último, la centralidad que ocupa el modelo clásico de autorización reglada y declarativa ha impedido a los partidarios de la tesis del derecho preexistente asumir enteramente la innovación fundamental que para la elaboración teórica se deriva de la obra de GIANNINI y otros autores italianos, esto es, la evidencia de que el acto de otorgamiento de la autorización innova la esfera jurídica subjetiva de su beneficiario.

⁸⁸ La *publicatio*, según la época y los autores, es el criterio que permite distinguir la autorización de policía de la concesión administrativa. Las actividades calificadas como servicios públicos quedan incorporadas a la esfera pública, vedadas a los particulares, salvo que estos obtengan una previa concesión administrativa. La concesión tendrá entonces carácter traslativo, al suponer la transferencia a los concesionarios de unas facultades o poderes de actuación que antes no tenían. Por el contrario, las autorizaciones administrativas tan solo controlan preventivamente el ejercicio de actividades privadas, sujetas a la libertad de empresa.

Para MEILÁN GIL, J. L., “Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión (A propósito del régimen jurídico de las Centrales Lecheras)”, *RAP*, núm. 71, 1973, “es preciso desligar la concesión de la idea de una titularidad previa de la Administración; lo que se necesita es “la existencia de una *publicatio* previa”. Esta *publicatio* es el título habilitante de la intervención de la Administración, es la delimitación de un círculo de bienes o de actividades que por su trascendencia supraindividual exige la presencia de la Administración. La otra nota que caracteriza a la concesión frente a la autorización es el carácter estrictamente unilateral de la autorización frente a la combinación de unilateralidad y bilateralidad que se da en la concesión. La unilateralidad está representada por el acto de *publicatio*, la bilateralidad por el acto de sumisión, de aceptación de la sujeción especial. Esta bilateralidad supone la existencia de obligaciones y derechos por parte del concesionario y por parte de la Administración la posibilidad de influir desde dentro en el contenido de la relación, respetando el equivalente económico. Por el contrario, en las autorizaciones, aunque sean de aquellas que condicionan la actividad de los particulares, al no darse esa sujeción especial no puede existir esa posibilidad de ejercer una “potestad modalizadora interna” de la misma. La Administración no puede intervenir individualmente en el ejercicio de esa actividad para cambiar algo de su contenido jurídico. Las modificaciones se hacen “desde fuera”, por vía general, pp. 96-99.

⁸⁹ De acuerdo con la concepción tradicional, el criterio de distinción se basa en la preexistencia del derecho a realizar la actividad sujeta a autorización administrativa. En cambio en principio, nadie tiene derecho a la gestión indirecta de servicios públicos o al uso privativo del dominio público.

No obstante lo anterior y como hemos visto, desde mediados del siglo pasado, no toda la doctrina acepta la comprensión clásica de la autorización. Así, ALBI, F., *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960, considera que los criterios de diferenciación entre ambos conceptos son los siguientes: la autorización reglamentada se formaliza en un acto, la concesión en un contrato; en las actividades autorizadas, los medios materiales para la prestación de la actividad son privados y siguen siendo privados, mientras que en la concesión los bienes se integran en el dominio público, reconociéndose el derecho de reversión; la autorización reglamentada se otorga a todo el que lo solicita, mientras que la concesión, cuanto menos, implica exclusividad, sino monopolio; las autorizaciones, salvo excepción, se otorgan a instancia de parte, mientras que las concesiones se otorgan por iniciativa pública, *cit.*, pp. 690-691.

La distinción basada en la preexistencia del derecho del particular a realizar la actividad sometida a autorización es también negada por MANZANEDO MATEOS, J. A., *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, IEAL, Madrid, 1968, quien, a este respecto, destaca que antes del otorgamiento de la autorización discrecional no puede identificarse derecho subjetivo alguno; mientras que por otra parte pueden existir concesiones regladas, que configuren un derecho subjetivo a su otorgamiento. La distinción de estas dos categorías no puede, pues, descansar en la posición jurídica del solicitante, *cit.*, pp. 423-424.

Compartimos la tesis de ARROYO JIMÉNEZ cuando realiza una propuesta de delimitación conceptual entre ambas figuras, la cual pretende integrar la dimensión subjetiva del problema. Afirma este autor que, en ambos supuestos las posiciones jurídicas del particular son diferentes tanto *ex ante* como *ex post*. Conforme a ello propone mantener la tesis de la preexistencia del derecho, pero en una tercera versión, que denomina débil, y conforme a la cual el criterio quedaría referido al contenido del derecho a la libertad de empresa definitivamente protegido, esto es, al que resulta de la ponderación legislativa. El criterio de distinción entre la autorización y la concesión administrativa remite, por tanto, al modo en que el legislador procede a configurar normativamente la actividad de que se trate, y, en particular, a la existencia de una previa *publicatio* de la misma. La distinción entre la autorización y la concesión terminaría así descansando en la titularidad del servicio, lo cual no supone ninguna novedad⁹⁰.

Sostiene este autor que, conviene llamar la atención sobre un dato que quizás no se haya tenido en cuenta suficientemente, tras el criterio de la titularidad se esconde otro criterio que sí que se proyecta sobre la esfera jurídica del ciudadano. A diferencia de lo que ocurre en el caso de las actividades sujetas a concesión administrativa, el desarrollo de aquéllas que se encuentran sometidas a una autorización constituye el objeto de una posición jurídica protegida con carácter definitivo por el derecho a la libertad de empresa. Interpretada de este modo, la tesis de la preexistencia del derecho permite fundar una diferencia cualitativa entre la autorización y la concesión administrativa, referida a la posición jurídica *ex ante* del interesado. La norma que establece la prohibición relativa con reserva de autorización somete su ejercicio a la condición de la previa obtención de una autorización administrativa, y el efecto propio de ésta consiste, precisamente, en activar la facultad de ejercer aquel en un determinado sentido.

Tampoco es nueva esta afirmación, así por ejemplo, MARTÍN-RETORTILLO define la autorización como un acto de valoración de una conducta que suponga el ejercicio de una titularidad propia en el autorizado, y señala, a continuación, que esta estructura para nada se altera si esa valoración que la Administración hace, o, siguiendo la terminología de GIANNINI, esa resolución del posible conflicto de intereses que se plantea y que la autorización va a resolver, aparece reglada, o, por el contrario, queda a la discrecionalidad de la Administración⁹¹.

En conclusión, la autorización activa la facultad de ejercer en una determinada dirección un derecho preexistente, con independencia de que la potestad se configure como reglada o discrecional, a diferencia de lo que ocurre en el otorgamiento a un particular de una concesión administrativa para la gestión indirecta de un servicio público de titularidad estatal, la cual no implica la activación de facultad alguna en los términos expuestos. Y no lo hace porque en el caso de las actividades

⁹⁰ ARROYO JIMENEZ, L., Libre empresa y títulos habilitantes, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2004, pp. 398-420.

⁹¹ MARTÍN-RETORTILLO S., “Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias,” *RAP*, núm. 24, 1957, p. 149.

reservadas conforme al art. 128.2 de la Constitución española, el derecho a la libertad de empresa no preexiste en la esfera jurídica del interesado⁹².

Existen dos criterios de esta naturaleza que satisfacen todas las manifestaciones de la autorización, y que no se dan en las concesiones administrativas. En primer lugar, y desde una perspectiva *ex ante*, las autorizaciones se caracterizan porque les resulta de aplicación la denominada versión débil de la teoría de la preexistencia del derecho, esto es, el desarrollo de una actividad sometida a una prohibición de carácter preventivo se encuentra protegido constitucionalmente y con carácter definitivo por el derecho a la libertad de empresa, sin perjuicio de que la norma haya condicionado su ejercicio a la previa obtención de una autorización administrativa. Por el contrario, el desarrollo de una actividad sometida a una prohibición de carácter indirecto no constituye el objeto de una posición jurídica comprendida en el contenido definitivamente protegido por el derecho a la libertad de empresa. En segundo lugar, y desde una perspectiva *ex post*, también son diferentes las posiciones jurídicas que nacen por efecto de uno y otro título habilitante. De un lado, el otorgamiento de la autorización supone la activación de una facultad, entendida ésta como posibilidad jurídica de ejercer un derecho subjetivo en un determinado sentido, siendo este último el derecho que preexiste en la esfera jurídica del solicitante. De otro lado, la concesión hace nacer en ésta, *ex novo*, un derecho público subjetivo a explotar la actividad por delegación del ente titular de la misma⁹³.

3.2. La comunicación previa

La comunicación previa a la Administración es una intervención pública de baja intensidad, que permite proteger el interés general, con una mínima carga burocrática para el particular y para la propia Administración.

Es una técnica ya conocida en nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de una figura cuya actual relevancia en el derecho positivo, tras la aprobación de la Directiva de Servicios, contrasta con la escasa atención que ha recibido hasta la fecha por parte de la doctrina española, dado que hasta ahora ésta se ha ocupado fundamentalmente, bien de regulaciones sectoriales concretas, bien del problema de las relaciones entre la comunicación previa y la autorización administrativa con silencio positivo⁹⁴.

⁹² Significar, a este respecto, que existen muchos matices entre una y otra actividad y, por lo tanto, diferentes grados de intervención.

⁹³ ARROYO JIMENEZ, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2004, pp. 398 y ss.

⁹⁴ Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado anterior [DOUE. L 376/36, de 27.12.2006].

Con carácter preliminar, es preciso advertir que tras la denominación de comunicación previa se esconde un variado conjunto de figuras, que se distinguen entre sí en función de que la disposición que las regule, incorpore o no diversos elementos que pueden afectar, no sólo a las funciones encomendadas al título, sino también a su propia configuración y régimen jurídico. No obstante, a pesar de la señalada diversidad existen ciertos elementos comunes a todas las manifestaciones de comunicación previa. En este sentido, las comunicaciones presentan dos rasgos característicos. Por un lado, al tratarse de títulos habilitantes su efecto principal consiste en el alzamiento en el caso concreto de una prohibición relativa, dado que éstas operan en sistemas de regulación preventivos. Por otro lado, todas las manifestaciones normativas de la comunicación previa se caracterizan porque el título habilitante se concreta en una declaración de voluntad dirigida a la producción de un efecto jurídico concreto previsto por la norma y querido por el interesado.

Las comunicaciones previas coinciden con las autorizaciones en que ambas son técnicas de control preventivo, que desencadenan el deber de la Administración de fiscalizar la iniciativa sometida a su control. En este sentido, podemos considerar que las comunicaciones previas constituyen una modalidad aligerada de la técnica autorizatoria. Sin embargo, estamos ante dos institutos diversos. A diferencia de la comunicación previa, la autorización da lugar a un acto administrativo, que constituye precisamente el título habilitante para el desarrollo de la actividad.

La dispar naturaleza de una y otra técnica se mantiene también en el caso de que la autorización se entienda otorgada por silencio administrativo positivo: el silencio expresa el incumplimiento de la Administración del deber de resolver y notificar. Por el contrario, la comunicación previa no obliga a dictar acto administrativo alguno, salvo cuando haya de presentar reparos a la actividad proyectada; el otorgamiento de la autorización es un acto administrativo declarativo de derechos, aunque sea presunto, lo que dota a su destinatario de una protección jurídica con que no cuenta en el caso de las actividades comunicadas. No obstante, la comunicación previa seguida de inscripción registral permite al interesado obtener un acto administrativo certificante⁹⁵.

Como conclusión, más allá de los problemas de delimitación conceptual, posteriormente veremos cómo un análisis detenido de la comunicación previa pone de manifiesto que esta figura puede importar niveles de intervención sobre la libertad, y de satisfacción del principio de eficacia, comparables a los que se derivan de ciertas autorizaciones administrativas.

⁹⁵ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, 1ª edic., Iustel, Madrid, 2004, p. 271.

3.3. Otras técnicas

3.3.1. La dispensa

En ocasiones, ha tratado de reconducirse la dispensa a la técnica autorizatoria, entendida aquélla en su sentido más amplio. GARRIDO FALLA conceptúa la dispensa como aquél “acto administrativo que exonera a una determinada persona de cumplir una obligación establecida de manera general en la ley o de reunir ciertos requisitos de capacidad también generalmente exigidos para la realización de determinadas actuaciones⁹⁶.

Sin embargo, entre ambas existen algunas diferencias: la dispensa excepciona, en el caso concreto, las exigencias generales previstas en la normativa. En otros términos, permite el ejercicio de actividades que al menos bajo ciertas circunstancias no son ilícitas, o bien libera del cumplimiento de una obligación a la que están sometidos la generalidad de los ciudadanos. Esto significa que la dispensa tiene un matiz graciable o cuanto menos de excepcionalidad⁹⁷. Frente a ello, la autorización opera sobre actividades que, en sí mismas, son lícitas. La norma sencillamente exige el control previo de una actividad que los ciudadanos tienen derecho a emprender. La dispensa tiene carácter constitutivo, al otorgar a su beneficiario un derecho que antes no tenía. En cambio, la autorización tiene el carácter declarativo de un derecho preexistente⁹⁸.

3.3.2. El problema de la inscripción registral

Identificados y delimitados conceptualmente los tres tipos de decisiones administrativas habilitantes (autorización-concesión, comunicación previa y dispensa), por la doctrina se ha planteado la posible consideración de la inscripción registral como un tipo distinto y autónomo respecto de estos últimos.

⁹⁶ GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, 13ª edic., Tecnos, Madrid, 2002, p. 573.

⁹⁷ SANTAMARÍA DE PAREDES, V., *Curso de Derecho Administrativo*, 6ª dic., Establecimiento topográfico de Ricardo Fe, Madrid, 1903, definía los actos de gracia y dispensa, como actos “por los cuales la Administración recompensa servicios, exime del rigor de la ley por circunstancias no previstas, perdona cargas por calamidades públicas, etc.”, *cit.*, p. 66.

⁹⁸ Para ARROYO JIMÉNEZ, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2004, “las autorizaciones invierten una prohibición instrumental de carácter preventivo, mientras que las dispensas hacen lo propio con una prohibición represiva. Las prohibiciones represivas se establecen como consecuencia de una desvalorización política de la actividad que constituye su objeto, por considerarla el legislador como socialmente indeseable. Las prohibiciones instrumentales, por el contrario, constituyen herramientas al servicio de la eficacia de la actuación administrativa. La aplicación de este criterio al caso concreto puede ser más o menos sencilla, pero en todo caso permite fundar una distinción conceptual y cualitativa entre ambas figuras. Al mismo tiempo, de la naturaleza de la prohibición es posible derivar ciertas consecuencias respecto de la decisión administrativa habilitante correspondiente, como, por ejemplo, su carácter *contra* o *secundum rationem legis*, o la mayor facilidad con la que el legislador puede configurar la potestad administrativa como discrecional en el caso de la dispensa. Sin embargo, éstas no son sino consecuencias derivadas del criterio verdaderamente relevante, que es el referido a la naturaleza de la prohibición relativa.” *cit.*, pp. 412-413.

Se entiende por inscripción registral aquél acto jurídico de la Administración pública, producto del ejercicio de una potestad administrativa, que se concreta en la incorporación de determinados extremos a un registro público. Las manifestaciones de la figura que presentan interés son sólo aquellas en las que la inscripción registral opera como técnica de intervención administrativa previa al ejercicio de una actividad económica de los ciudadanos, y, en particular, aquéllas en las que se establece la posibilidad de considerar el acto administrativo de la inscripción como un título habilitante.

Existen cuatro posibles tipos de inscripciones registrales: i) En primer lugar, es frecuente que la norma disponga que una vez presentada la solicitud de inscripción el particular pueda ya, sin más trámite, iniciar el desarrollo de la actividad. En estos casos la inversión de la prohibición relativa no se opera con la práctica de la inscripción, sino mediante una previa actuación del interesado, de lo cual puede deducirse que no nos encontraríamos ante una verdadera decisión administrativa habilitante⁹⁹. ii) El segundo supuesto se diferencia del anterior en que la inscripción sí incorpora un mecanismo de control administrativo de la satisfacción de los requisitos por parte del interesado, de modo que su práctica quedaría sometida a que éste arrojase un resultado positivo. Sin embargo, este control administrativo, al desarrollarse una vez producido el alzamiento de la prohibición, será de naturaleza represiva, o *ex post*, dado que la actuación de la Administración en ningún momento afecta a la inversión de la prohibición relativa, que ya se habrá producido con antelación, ello sin perjuicio, pese a todo, ya que, sin inscripción y pese a todo, en ocasiones no se podrá iniciar el desarrollo de la actividad. iii) Junto a las figuras anteriores, aparecen otros dos tipos de inscripciones registrales que sí constituyen decisiones administrativas habilitantes. El tercero de los cuatro supuestos señalados es el de la inscripción registral sin control preventivo, la cual consiste en un acto de la Administración que resulta preceptivo para iniciar la actividad de que se trate de modo conforme a Derecho, y que sirve pura y simplemente a la obtención de información acerca de los

⁹⁹ Un ejemplo de inscripción registral sin control preventivo, lo proporciona el Registro de establecimientos industriales creado por la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, cuyo Reglamento fue aprobado por Real Decreto 697/1995, de 28 de abril. El deber de comunicación de datos al que se refiere el art. 10 del Reglamento debe cumplirse dentro de un plazo de tres meses, cuyo cómputo comienza a partir del inicio de la actividad o apertura del establecimiento, esto es, una vez que el empresario puede ya iniciar su actividad de modo conforme a Derecho, por haber obtenido el título habilitante que corresponda.

agentes del sector por parte del órgano competente¹⁰⁰. iv) Finalmente, el supuesto más frecuente es el de las inscripciones registrales con control, en las que la norma somete la inversión de la prohibición relativa al ejercicio de la potestad administrativa. La inscripción se practica una vez tramitado el procedimiento administrativo de control, y sólo en el caso de que su resultado sea positivo. El control administrativo presenta así un carácter preventivo, y la inscripción constituye una verdadera decisión administrativa habilitante. Las autorizaciones generales previstas en la Ley General de Telecomunicaciones de 1998 constituían un buen ejemplo de esta figura¹⁰¹.

El problema que plantean los dos últimos tipos de inscripciones registrales es el de su autonomía respecto de las tres figuras administrativas habilitantes vistas hasta ahora, y, especialmente, respecto de la autorización administrativa. Al respecto, la tesis que mantiene SANTAMARÍA PASTOR es la de que la inscripción sea el vehículo a través del cual se formaliza una autorización administrativa de manera que no es posible derivar ningún tipo de particularidad conceptual en relación con estas inscripciones administrativas, del simple dato de que el ejercicio de la potestad administrativa se formalice con una denominación u otra, o se incorpore o no a un determinado registro público. En ocasiones el tema reviste una cierta complejidad dado que el problema se plantea respecto del momento en que se produce la inversión de la prohibición relativa, puesto que para poder iniciar la actividad legalmente no bastaría con la obtención de la autorización, sino que sería además preciso obtener la inscripción posterior. La primera autorización permite, pues, la implantación de la

¹⁰⁰ Es frecuente encontrar inscripciones de este tipo en Registros del Estado central sobre materias de competencia autonómica. La cuestión que podría plantearse es si una vez tramitado el correspondiente procedimiento de autorización ante la Administración autonómica, ¿podría el Estado oponerse a la inscripción?. Entendemos que no. Existen numerosas actividades o situaciones que son susceptibles de estar sujetas a inscripción en registros administrativos. Este tipo de inscripciones se incluyen en la actividad administrativa de constancia, mediante la que la Administración, o el particular, formulan declaraciones de hechos o de actividades, formalizándose para un mejor cumplimiento de la finalidad específicamente policial. En este caso la autorización es independiente de la inscripción. No obstante, aquéllas, con frecuencia, se inscriben en registros administrativos, como un medio para tener conocimiento de sus titulares. En estos casos, la revocación de la autorización va también seguida de la cancelación de la inscripción registral (ventas a distancia). Por otra parte, las inscripciones no se reducen a la constancia de las autorizaciones, sino que también reflejan otras técnicas de intervención, como las comunicaciones previas. *Vid.*, al respecto, GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, p. 575 y MORELL OCAÑA, L., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 4ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 36, 41 y ss.

Por lo expuesto y de conformidad con la articulación de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas previsto en los 148 y 149 CE, si es la CC.AA. la que ostenta la competencia sobre la materia de que se trate, la inscripción dependiente de un Registro estatal tendrá carácter meramente declarativo, dado que es la Comunidad Autónoma quien tiene la competencia de verificar el cumplimiento de la legislación pertinente y llevar a cabo bien el control administrativo *ex ante* (en el caso de las autorizaciones) o *ex post* (en el supuesto de las comunicaciones). Por el contrario, si se tratase de una materia de competencia exclusiva del Estado o, en su caso, una competencia de la CC.AA. correspondiente, y el Registro fuese estatal o autonómico, el carácter declarativo o constitutivo de la inscripción vendrá determinado por la regulación contenida en la normativa sectorial aplicable.

¹⁰¹ En la actualidad, habrá que estar al régimen previsto en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (arts. 60 a 67), cuya Disposición derogatoria única ha derogado las anteriores leyes existentes en la materia, esto es, la Ley 11/1998, de 24 de abril (parcialmente modificada por la 32/2003), así como ésta última.

actividad, mientras que la inscripción es una autorización distinta, que opera como decisión administrativa habilitante del inicio de la actividad¹⁰².

En conclusión, las inscripciones registrales no pueden considerarse una manifestación autónoma respecto de otros títulos habilitantes, puesto que, o bien no son sino meras comunicaciones previas, o bien se confunden con otras decisiones administrativas habilitantes, y, especialmente, con la autorización administrativa en los dos últimos casos señalados.

Respecto del régimen de autorización, registro y actividades de las entidades de crédito, el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, establece en su artículo 3 que: "Una vez obtenida la autorización y tras su constitución e inscripción en el Registro Mercantil, los bancos deberán quedar inscritos en el Registro de entidades de crédito del Banco de España para poder ejercer sus actividades" (por disposición expresa del art. 2.2, este régimen de autorización es aplicable únicamente a los bancos. Por el contrario, las cajas de ahorro y las cooperativas de crédito se regirán por su normativa específica).

Cabe destacar, en este punto, el gran debate suscitado en torno a la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorro en España. Así, la ausencia de una declaración expresa en el ámbito estatal sobre la naturaleza de dichas Entidades se ha debido, en buena medida, a la pugna de intereses, fundamentalmente políticos, que se han desatado en su seno como consecuencia de su estructura de gobierno y de la ausencia en ellas de títulos de propiedad. El debate ha desembocado en la defensa por parte de los poderes públicos de una posición absolutamente peculiar, ya que si de un lado se niega la naturaleza fundacional de las cajas de ahorros, de otro se acude a su identificación originaria como instituciones de beneficencia y a los rasgos que confluyen en ellas y que las conectan con el interés general para justificar una presencia pública cualificada en su constitución, organización y actuación misma.

El Tribunal Constitucional ha otorgado carta de naturaleza a esta postura al negar el carácter fundacional de las cajas de ahorros españolas en su Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, dictada como consecuencia de los recursos de inconstitucionalidad promovidos contra la LORCA. No acepta la tesis que las identifica con fundaciones "en el sentido del artículo 34 de la Constitución", si bien encuadra su naturaleza jurídica en el artículo 35 del Código civil español "en la categoría de las fundaciones, a las que se asemejarían por el hecho de que no consiste en una unión de personas, que en cierto modo aparecen como los propietarios de sus bienes, sino de una organización de los bienes mismos como ocurre en las fundaciones de tipo tradicional". Advierte el propio Tribunal que: esta aplicación de una categoría jurídica a un supuesto distinto para el que fue pensada es posible, siempre que no se extraigan de ella consecuencias abusivas y se la considere sólo como un medio de resolver un problema dogmático, cual sería en este caso la naturaleza jurídica de las cajas. De esta doctrina no cabe sino concluir la existencia de dos tipos de fundaciones, aquellas que responden al derecho fundamental recogido en el artículo 34 CE, y aquellas otras que sin alcanzar su protección, encajan sin embargo en el artículo 35 del Código civil a efectos "meramente dogmáticos". Pero es que esta Sentencia excluye, además, a las cajas de ahorros del ámbito de la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución, puesto que "dicho precepto se refiere a empresas privadas, es decir, a organizaciones que tienen una finalidad de lucro, y garantiza en último término la existencia de una economía de mercado", mientras que: las cajas no pueden tener aquella finalidad ni persiguen distribuir beneficios, sino que el excedente de sus rendimientos lo han de dedicar a obra social, con lo que de nuevo vuelve a aparecer el interés público en su gestión y su carácter atípico, pues se trataría, en todo caso, de entidades sin fin de lucro, lo que ciertamente no responde al concepto tradicional de empresa.

Tanto éste como el Tribunal Supremo han afirmado en diversas ocasiones la naturaleza privada de las cajas; las dudas continúan, a pesar de ello, en pie. Y es que la jurisprudencia constitucional ha excluido expresamente a las cajas de ahorros del ámbito de los artículos 34 y 38 de la Constitución, acuñando con ello una nueva etiqueta, la de "entes sociales", que se aplica a las cajas cada vez que resulta necesario abordar el problema de su naturaleza jurídica o el del interés general que persiguen.

Resultado de todo ello ha sido la dificultad, incapacidad incluso, del legislador en el pasado para dar con una regulación apropiada a estas entidades, que permitiera el equilibrio y el respeto en su seno de elementos propiamente fundacionales y de otros claramente empresariales, y la pervivencia de un maremágnum de normas, anacrónicas y desfasadas las más de las veces, en las que desarrolla su régimen jurídico la institución, así como la imposibilidad de zanjar una conflictividad, ya tradicional en el sector, que ha llevado ante el Tribunal Constitucional a buena parte de las normas estatales y autonómicas dictadas en la materia.

Entre los pronunciamientos constitucionales, destacan especialmente las SSTC 1/1982, de 28 de enero; 18/1984, de 7 de febrero; 91/1984, de 9 de octubre; 48 y 49/1988, de 22 de marzo; 178/1992, de 13 de noviembre; 239/1992, de 17 de diciembre; 61 y 62/1993, de 18 de febrero; 155/1993, de 6 de mayo; 96/1996, de 30 de mayo; y, 10/2005, de 20 de enero.

Una vez analizado el régimen jurídico tradicional de las autorizaciones, seguidamente pasaremos a estudiar las “transformaciones” llevadas a cabo en las distintas técnicas de intervención con motivo de la transposición de la Directiva 2005/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

CAPÍTULO II

EL ACTUAL MARCO NORMATIVO DE LAS AUTORIZACIONES

La configuración de las autorizaciones como decisiones en las que la Administración ostenta una amplia discrecionalidad llevaba, como consecuencia, como hemos visto, una aproximación de las características de la autorización y la concesión. RANELLETTI había pretendido en su exposición que la distinción entre ambas instituciones radicaba precisamente en la preexistencia del derecho en el caso primero, y su reconocimiento *ex novo* en el segundo¹⁰³. Para volver a marcar las diferencias entre concesiones y autorizaciones hubo de destacarse la circunstancia de que las primeras operaran siempre en el marco de servicios o actividades reservados a la Administración, o de bienes de los que es titular. Por tanto, el criterio de la titularidad de la actividad determinaría que, mediante la concesión, la Administración hace una traslación de derechos propios, concernientes a la gestión de un servicio o el uso de un bien, en favor de los administrados.

Pero también esta diferencia conceptual se ha ido borrando a lo largo del tiempo. Por ejemplo, en un sistema jurídico de referencia para nosotros como es el francés, se ha hecho manifiesto el desdibujamiento de las características originarias de la concesión. Las Administraciones públicas comenzaron a emplear otras técnicas de habilitación para que los ciudadanos y empresas pudieran encargarse de la prestación de servicios públicos o actividades de interés general de titularidad administrativa. Se utilizaron, en tal sentido, indistintamente con la concesión, algunas otras figuras como los conciertos, las empresas de capital mixto o las propias autorizaciones administrativas. Por otra parte, las autorizaciones administrativas, como se ha indicado, experimentaron una gran diversificación en pocos años, de forma que se desnaturalizó la institución y era difícil distinguirla de la concesión en muchas de sus aplicaciones¹⁰⁴.

La legislación francesa que liberó las telecomunicaciones (a partir de las Leyes de 25 de junio de 1996 relativas a la reorganización del sector) abandonó el concepto de concesión y empezó a utilizar, siguiendo la nomenclatura utilizada por la propia Comunidad Europea (que se vio obligada, en este punto, a armonizar las denominaciones tradicionales de los Estados continentales europeos con las utilizadas en el sistema anglosajón), la denominación de “título habilitante”. Muchos de los viejos servicios públicos económicos, al liberalizarse, dejaron de ser de titularidad de la Administración, y de aquí que fuera pertinente también abandonar la concesión como elemento de habilitación para el acceso a los mercados correspondientes. El cambio afectó también a las autorizaciones tradicionales porque, en la mayor parte de los mercados liberalizados, aquéllas sólo

¹⁰³ RANELLETTI, O., *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Giurisprudenza italiana, 1894.

¹⁰⁴ *Vid.*, MUÑOZ MACHADO, S., “La regulación de los servicios de interés general”, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, tomo IV, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2011, pp. 562-580.

podían otorgarse en número limitado, y, en tal caso, era precisa la celebración de concursos en cuya resolución la Administración reguladora se reservaba amplias facultades discrecionales.

La renovación más firme de las categorías clásicas se produjo, por consiguiente, en los dominios de los sectores liberalizados. A continuación veremos algunos de los grandes hitos normativos europeos, estatales y autonómicos, de estos últimos años.

I. Antecedentes inmediatos

1. La remoción de obstáculos a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios

El proceso de integración europea ha tenido, y tiene todavía, una naturaleza fundamentalmente económica. No puede sorprender que éste haya implicado el desarrollo del principio de unidad en relación con el Derecho aplicable a los operadores económicos que desarrollan su actividad en el territorio de la Comunidad Europea (hoy Unión Europea), tanto mediante la aproximación del contenido material de las diversas legislaciones nacionales, como a través de la garantía de una aplicación uniforme del Derecho Comunitario.

El argumento es conocido: como consecuencia del proceso de integración económica, los empresarios que tradicionalmente han desarrollado sus actividades sometidos a distintas regulaciones, pasan ahora a ser considerados como competidores en un único mercado, y en este nuevo escenario las diferencias regulatorias se revelan como factores que dificultan intensamente la existencia real de este último. Efectivamente, con independencia de que estas diferencias respondan a concepciones políticas o a tradiciones políticas divergentes, no es menos cierto que, en todo caso, funcionan al tiempo como obstáculos al desarrollo de los intercambios, y que no en pocas ocasiones su mantenimiento responde a intereses proteccionistas.

Por esta razón, la integración jurídica ha representado siempre un objetivo de las instituciones comunitarias. Desde los orígenes de la Comunidad Europea, la realización del mercado interior de servicios se ha configurado como uno de los instrumentos fundamentales para generar empleo y conseguir el progreso económico y social regulado en los artículos 2 y 3 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, hecho en Roma en 1957 y, en el artículo 3.3 del vigente Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, debido a que el sector servicios es considerado en la actualidad, y en décadas pasadas, el principal motor de la economía de la Unión Europea, pues representa más de dos tercios del producto interior bruto y del Empleo¹⁰⁵.

El punto de partida para la consecución de un verdadero mercado común en la Europa comunitaria fue la elaboración por parte de la Comisión Delors de un Libro Blanco dirigido por el comisario

¹⁰⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Hacia un mejor funcionamiento del mercado único de servicios, partiendo de los resultados del proceso de evaluación recíproca de la Directiva de Servicios*, COM (2011) 20 final, de 27 de enero de 2011, p.12.

Lord Cockfield. El descomunal “Libro Blanco sobre la consecución del mercado interior europeo”, publicado en junio de 1985, enumeraba casi trescientas barreras físicas, técnicas y fiscales, con un calendario para su abolición a 7 años vista, que terminó bautizándose como objetivo “92 o 93”. Las ideas de Lord Cockfield hallaron su refrendo normativo en el Acta Única Europea, que, una vez ratificada por todos los Estados miembros, entró en vigor en julio de 1987. Este texto contenía una serie de enmiendas al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea dirigidas a facilitar la aprobación de las Directivas necesarias para la constitución del mercado único europeo¹⁰⁶.

El Libro Blanco defendía la necesidad de aplicar de manera generalizada el principio de reconocimiento mutuo, no sólo por tanto a las mercancías, sino también a los servicios. La aplicación del reconocimiento mutuo, emanado de la jurisprudencia producida alrededor del célebre asunto Cassis de Dijon, significaría que los prestadores de servicios que cumplieran las normas en su Estado miembro de establecimiento podrían operar en toda la Unión Europea e impediría, por tanto, que aquéllos pudieran imponer a las empresas una doble carga regulatoria¹⁰⁷.

Esta finalidad, se vio intensamente potenciada a partir del Acta Única Europea y de la asunción, a través del entonces artículo 8 A) TCEE, de la consecución del mercado interior como objetivo de la comunidad. La necesidad de lograr un espacio sin fronteras interiores, tanto físicas como técnicas y fiscales, implicaba el fortalecimiento de la exigencia de homogeneidad normativa en todo el territorio de la Comunidad, a la que precisamente habría de servir el nuevo artículo 100 A) TCEE en relación a la utilización de la directiva como instrumento de armonización¹⁰⁸.

A partir de ese momento la actuación de la Comunidad se va a caracterizar por: i) la intensificación de los procesos de eliminación de las diferencias entre las diversas regulaciones nacionales que

¹⁰⁶ Como explica el “Libro Blanco” para la reforma del sector servicios, el proceso de transposición constituye una ocasión única para reducir trabas injustificadas o desproporcionadas al acceso y ejercicio de una actividad de servicios en determinados sectores, lo que consecuentemente incentivará la actividad empresarial y contribuirá a la mejora de la regulación. De la mejora del marco regulatorio se derivarán ganancias de eficiencia, productividad y empleo en los sectores implicados, además de un incremento de la variedad y calidad de los servicios disponibles para empresas y ciudadanos (el Libro Blanco fue aprobado por el Consejo Europeo de Milán, celebrado a finales de junio de 1985).

¹⁰⁷ El principio de reconocimiento mutuo arranca de una Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia, as-120/78, de 20 de febrero de 1979, en relación con el célebre asunto conocido como Cassis de Dijon, a raíz del cual la Comisión Europea emitió una Comunicación en la que de dicha sentencia concluía que: cualquier producto importado de otro Estado miembro debe ser en principio admitido en el territorio del Estado miembro importador si ha sido fabricado y comercializado legalmente en el Estado miembro exportador, es decir, cumpliendo con las exigencias normativas de éste.

¹⁰⁸ En el Acta Única Europea, aprobada en 1986 por la Conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, convocada en Luxemburgo el 9 de septiembre de 1985 se adoptaron, en lo que aquí interesa, las siguientes declaraciones: “i) DECLARACIÓN sobre el artículo 8 A del Tratado CEE: Con la inserción del artículo 8 A, la Conferencia desea reflejar la firme voluntad política de tomar antes del 1 de enero de 1993 las decisiones necesarias para la realización del mercado interior definido en esa disposición, y más particularmente las decisiones necesarias para la ejecución del programa de la Comisión tal y como figura en el Libro blanco sobre el mercado interior.

La fijación de la fecha del 31 de diciembre de 1992 no producirá efectos jurídicos de una manera automática; y,

ii) DECLARACIÓN sobre el artículo 100 A del Tratado CEE: La Comisión favorecerá, en sus propuestas, en el marco del apartado 1 del artículo 100 A, el recurso al instrumento de la directiva si la armonización implica, en uno o varios Estados miembros, una modificación de disposiciones legales.”

podieran funcionar como instrumento con efectos proteccionistas y, ii) la voluntad de extender el objetivo del mercado interior, y su efecto homogeneizador, a sectores económicos que tradicionalmente habían permanecido fuera del horizonte visual de las instituciones comunitarias, y entre ellos, especialmente, a los servicios públicos económicos con estructura de red.

El Tratado de la Unión Europea (TUE), conocido como “Tratado de Maastricht” por haber sido firmado en esa localidad holandesa, constituye una piedra angular en el proceso de integración europeo, pues, al modificar y completar al Tratado de París de 1951, a los Tratados de Roma de 1957, y al Acta Única Europea de 1986, por primera vez se sobrepasaba el objetivo económico inicial de la Comunidad, esto es, construir un mercado común, y se le daba una vocación de unidad política. El TUE incorpora al cuerpo del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea un precepto fundamental, el artículo 2, atribuyendo a ésta última como misión institucional “promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 3A, un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, un alto grado de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad de los Estados miembros”. “La consecución de dichos fines debe pasar de forma ineludible por la creación de un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, así como por la adopción de una política económica que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de los objetivos comunes y que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia”.

Vinculada al proceso de integración jurídica en Europa y llamada a cumplir una función de carácter político se encuentra la figura de los denominados “títulos habilitantes”¹⁰⁹. La enorme diversidad de técnicas de regulación del inicio de las actividades de los particulares y, en especial, de las que se proyectan sobre el acceso a los mercados, que caracteriza a los ordenamientos internos de los

¹⁰⁹ ARROYO JIMÉNEZ, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, en una primera aproximación, todavía de carácter general, define el concepto de título habilitante como “una técnica jurídico-administrativa que se interpone entre la voluntad individual de iniciar una concreta actividad, y el momento en el cual el sujeto puede actualizar su proyecto conforme a Derecho”. De ello concluye el citado autor que “sólo es posible afirmar la existencia de un título habilitante en aquellos supuestos en los que el inicio de la actividad se encuentra prohibido *ex ante*, de modo que, en caso de no obtenerlo, el inicio y desarrollo de la actividad será antijurídico”, *cit.*, pp. 310-311.

Estados miembros, representa un inconveniente específico a la hora de desarrollar políticas de armonización sectorial¹¹⁰.

Con el objeto de salvar el escollo que la señalada diversidad representa para su efecto útil, el Derecho comunitario ha llevado a cabo diversas estrategias de armonización, en ocasiones mediante la aplicación de Directivas sectoriales como instrumentos de ordenación parcial y, en otras, a través de Directivas como instrumentos de armonización centralizada, como seguidamente veremos¹¹¹.

2. Las Directivas sectoriales como instrumento de armonización parcial: autorizaciones generales y licencias individuales.

El surgimiento de los servicios públicos económicos tuvo más bien lugar de manera casuística, ante necesidades concretas, como por ejemplo, la perentoriedad de construir grandes obras públicas y de prestar los servicios a ellas vinculados, en un momento en que el Estado, por razones económicas, no podía asumirlas, como ocurrió con el ferrocarril; o la apertura a los ciudadanos de servicios que, en su origen, habían sido creados para atender a las demandas internas del Estado y que después se habían mantenido con un fin permanentemente fiscal, como el correo. Al final, y como la dogmática jurídica no estaba preparada para dar razón de esta nueva modalidad de intervención administrativa, fue la técnica de la concesión quien sirvió de instrumento idóneo para conciliar los contrapuestos intereses en juego, titularidad pública e iniciativa privada.

La consolidación de los servicios públicos se produjo más adelante, al abrigo de ideas políticas y económicas proclives al intervencionismo. Así, el Estado, desde los años 50, ostentaba la titularidad

¹¹⁰ De una parte, algunas normas incorporan a su tenor literal enumeraciones extraordinariamente amplias a través de las cuales se pretenden englobar las diversas figuras presentes en los ordenamientos internos. A modo de ejemplo, el primer apartado del art. 4 de la Directiva 83/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, sobre normas comunes para el mercado interior de gas natural dispone que: “Cuando se requiera una autorización (por ejemplo, licencia, permiso, concesión, acuerdo o aprobación) para la construcción o explotación de instalaciones de gas natural, los Estados miembros o cualquier autoridad competente que ellos designen, otorgarán autorizaciones para construir y/o explotar en su territorio las mencionadas instalaciones y gasoductos y el equipo correspondiente, con arreglo a los apartados 2 a 4. Los Estados miembros o cualquier autoridad competente que éstos designen también podrán otorgar, sobre esa misma base, autorizaciones para el suministro de gas natural y autorizaciones a clientes mayoristas.”

Una alternativa frente a normas como la anterior consiste en definir conceptos capaces de englobar las diferentes instituciones conocidas por los Derechos nacionales. Así, por ejemplo, la interpretación que el Tribunal de Justicia ha realizado de la expresión “*derechos especiales o exclusivos*” se encuentra en condiciones de permitir la aplicación del art. 86 TCEE a instituciones jurídicas nacionales como el *service public* francés o las alemanas *Verwaltungsaufgaben*. En el propio art. 4.1 de la Directiva de gas puede observarse cómo el concepto de autorización se utiliza en un sentido muy amplio que permite englobar figuras jurídicas bien diferentes. De igual modo, la Directiva 97/13/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicación, definía en su art. 2 la autorización como: “todo permiso en el que se definen derechos y obligaciones específicos del sector de las telecomunicaciones y que permita a las empresas suministrar servicios de telecomunicaciones y, en los casos en que proceda, el permiso para establecer o explotar redes de telecomunicaciones para la prestación de dichos servicios, en forma de “autorización general” o “licencia individual” como se definen a continuación.”

¹¹¹ MILLÁN MORO, L., lleva a cabo un completo análisis de las técnicas e instrumentos utilizados por las instituciones comunitarias en materia de armonización de legislaciones en su obra *La armonización de legislaciones en la CEE*, CEC, Madrid, 1986. Señala dicho autor que la armonización comunitaria de las legislaciones nacionales nunca ha pretendido sustituir los sistemas nacionales por una única regulación comunitaria, sino más bien reconciliar o nivelar las legislaciones nacionales existentes, *op. cit.*, p. 205.

y en muchos casos la gestión, de la mayor parte de las actividades esenciales de carácter estratégico, vinculadas a grandes redes de infraestructuras o que utilizan recursos escasos. Así ocurre en los sectores de la energía, los transportes, las telecomunicaciones y los servicios postales.

Esta situación se ha mantenido invariable durante décadas en todos los países europeos continentales. El punto de inflexión se produce a partir de los años 80, que traen consigo una hola de liberalizaciones con motivo de los cambios económicos, tecnológicos y políticos, y, por ende, también cambios jurídicos, que conducen a la despublificación de la mayor parte de estas actividades¹¹².

En el marco de la Unión Europea, la armonización normativa sectorial es, desde luego, destacada. Así, la Comunidad Europea aprobó una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, el 10 de abril de 1997 (Directiva 97/13/CE) relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones. Sus principios están definitivamente incorporados a la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización).

De alguna forma, todo ello expresa el cambio en las relaciones entre Estados: la exclusividad de los poderes públicos internos, característica de finales del siglo XIX, ha dejado paso en nuestro días a una realidad ampliamente supranacional.

Según estas normas, las técnicas de intervención de las Administraciones públicas para controlar el acceso de los operadores a los mercados de infraestructuras y de servicios se reconducen básicamente a la autorización, de la cual se conciben dos variantes: la autorización general y la licencia individual.

2.1. Autorizaciones generales

Como consecuencia de la liberalización en España se ha procedido a la despublificación de los más emblemáticos servicios públicos, tales como los transportes, el sector eléctrico, las telecomunicaciones, los hidrocarburos y los servicios postales

Una autorización general es, según el artículo 2.1.a) de la primera Directiva citada, “toda autorización... que no exija a la empresa interesada que recabe una decisión expresa de la autoridad nacional de reglamentación antes de ejercer los derechos que se derivan de la autorización”. Una licencia individual es, de acuerdo con el mismo precepto, “toda autorización concedida por una autoridad nacional de reglamentación que confiera derechos específicos a una empresa o que imponga a dicha empresa obligaciones específicas que complementen, cuando proceda, la

¹¹² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *RAP*, núm. 150, 1999, p. 66.

autorización general, cuando la empresa no pueda ejercer dichos derechos hasta que se le haya comunicado la decisión de la autoridad nacional de reglamentación”. La Directiva regula también algunos procedimientos de obtención de las licencias, en términos que resultan menos interesantes para su exposición en este momento.

Las autorizaciones generales consisten, por tanto, en reglamentaciones en las que se establecen de modo general las condiciones para el ejercicio de actividades en un sector concreto regulado. Estas condiciones deben publicarse de una forma que garantice su conocimiento general. Cuando una actividad está sometida a una autorización general no es preciso que los interesados en ejercerla esperen a obtener una decisión expresa de la autoridad administrativa, sino que basta con el compromiso de ejercerla conforme a las condiciones establecidas.

Cuando la empresa beneficiaria de una autorización general no cumple alguna de las condiciones establecidas, la autoridad nacional puede requerirla e imponerle, de modo proporcionado, medidas que garanticen el cumplimiento. Estos procedimientos de constatación de los incumplimientos deben ser contradictorios y requieren la apertura de un trámite de audiencia, así como la motivación de las decisiones finales. Éstas deben poder ser recurridas “ante un organismo independiente de la autoridad nacional de reglamentación”.

El régimen de las autorizaciones generales se diferencia sustancialmente del de las licencias individuales porque aquél tiende a excluir toda intervención administrativa previa al inicio de la actividad por el operador. Se trata con esta técnica de eliminar obstáculos administrativos al acceso a los mercados por parte de las empresas interesadas. El regulador establece la reglamentación en la que se especifican los requisitos necesarios para prestar el servicio, y es el operador interesado el que asume las obligaciones y condiciones impuestas en la norma reguladora del servicio. El procedimiento es de autocertificación, ya que es el propio interesado el competente para determinar la concurrencia de las condiciones exigidas. Ello sin perjuicio de que deben notificar la intención de prestar el servicio y aportar al organismo regulador toda la información necesaria. La habilitación para prestar el servicio es ejecutiva a partir de que los datos del titular de la autorización general se hace constar en el registro especial constituido al efecto, pero no puede demorarse esta inscripción más de veinticuatro días, entendiéndose, en otro caso, que el interesado puede iniciar la prestación del servicio.

2.2. Licencias individuales

Por lo que respecta a las licencias individuales, la Directiva citada determina los casos en que son preceptivas. Se exigen normalmente en supuestos en los que la actividad a desarrollar está limitada por alguna circunstancia o se imponen obligaciones especiales a los que van a ejercerla.

Las licencias individuales se someten a condiciones añadidas a las establecidas para las autorizaciones generales. La Directiva se preocupa especialmente de los procedimientos para la

concesión de las licencias individuales, especialmente para garantizar la información, la utilización de procedimientos abiertos, no discriminatorios y transparentes, el establecimiento de plazos razonables para la preparación de la documentación y la adopción de las decisiones por parte de los interesados, etc. También las reglas que deben observarse especialmente cuando se pretenda limitar el número de licencias disponibles para el ejercicio de una actividad. Estas limitaciones deben inspirarse en reglas semejantes de transparencia, proporcionalidad, no discriminación, contradicción, etc. (art. 10 DS). Las condiciones impuestas a los licenciarios deben ser estrictamente cumplidas, habilitándose a la autoridad nacional de reglamentación para “retirar, modificar o suspender la licencia individual, o imponer, de forma proporcionada, medidas específicas destinadas a asegurar dicho cumplimiento”.

Por otra parte, el carácter reglado de las licencias individuales está muy matizado por la circunstancia de que las normas que establecen las condiciones y requisitos precisos para ejercer la actividad objeto de la licencia están redactadas en términos bastante generales dejando a la Administración que, con ocasión de otorgar la licencia, concrete muchos extremos y, sobre todo, pueda actuar dentro de márgenes bastante amplios. Se introduce por esta vía una inevitable discrecionalidad, que no perjudica el hecho de que, en lo principal, el procedimiento sea reglado. Ampliación de la discrecionalidad que se hace más notoria cuando el número de licencias que pueden otorgarse es limitado y la adjudicación tiene que hacerse en el marco de un concurso en el que, naturalmente, la Administración actuante cuenta con márgenes de discrecionalidad amplios para valorar las ofertas.

Expuestos algunos de los principios más característicos del nuevo régimen jurídico de estas técnicas de intervención, hacer notar que ambas técnicas autorizatorias son transmisibles¹¹³ y revocables¹¹⁴.

¹¹³ El sometimiento a autorización de las transmisiones de autorizaciones y licencias deriva, pese a la simple remisión de la ley a lo establecido en la legislación de contratos, de otras circunstancias vinculadas a la regulación específica de aquéllas. Especialmente, porque todas las autorizaciones y licencias están inscritas en los registros especiales constituidos, donde figura el nombre de sus titulares y las condiciones que éstos reúnen. Se privaría de toda eficacia al registro si no quedara constancia puntual de los cambios que pudieran producirse respecto de la identificación del sujeto titular. Cuando se trata de licencias individuales, se han de añadir en el documento concesional referencias a los requisitos personales que tiene que reunir el licenciario, que son sustanciales porque la consideración de las mismas ha tenido que ser básico para el otorgamiento de la licencia. La sustitución del primer licenciario por otro, con diferentes condiciones personales, podría desarbolarse completamente las garantías establecidas con ocasión del otorgamiento del título habilitante. En fin, las transmisiones de licencias pueden provocar concentraciones y, eventualmente, abusos de la posición dominante en los mercados, de modo que también es necesario examinar estas propuestas de transmisión desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

¹¹⁴ La revocación de los títulos habilitantes es una herramienta fundamental, quizás la más principal de todas las que tiene a su disposición el regulador para establecer una disciplina adecuada en el sector sometido a su vigilancia, en caso de que las reglamentaciones aplicables a los licenciarios se incumplan. El primer fundamento de la revocación de las licencias es el incumplimiento de las condiciones que justificaron su otorgamiento. En la sistematización general de los supuestos de revocación de licencias que hizo el viejo y prestigioso Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, en su artículo 16, la revocación de licencias por incumplimiento de las condiciones a que estuvieron subordinadas es la primera de las causas establecidas. Este fundamento de la revocación lo incorporó la Ley General de Telecomunicaciones de 1978 en el artículo 13 para las autorizaciones generales y en el artículo 19 para las licencias individuales.

2.3. La liberalización de actividades y servicios esenciales en la legislación española: Breve referencia.

La regulación comunitaria de las autorizaciones generales y licencias individuales en materia de telecomunicaciones supone una renovación importante de los instrumentos jurídicos de intervención administrativa, que se ha generalizado ulteriormente aplicándose a otros sectores liberalizados.

1. En el caso concreto de las telecomunicaciones, la incorporación de los principios de la Directiva se hizo puntualmente en España por la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, luego sustituida por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre¹¹⁵.

La Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, declara el servicio como “actividades de interés general que se prestan en régimen de competencia” (art. 2). Con ello, se liberaliza la prestación de todo tipo de servicios e infraestructura, a las que sujeta a la libre iniciativa, pero también a los principios de objetividad, no discriminación y cumplimiento de obligaciones de servicio público.

De ordinario, las autorizaciones y licencias en materia de telecomunicaciones son regladas. Es decir, si se cumplen las condiciones establecidas en la reglamentación correspondiente por parte del interesado, la entidad reguladora no tiene otra alternativa que conceder la autorización o licencia solicitada¹¹⁶.

2. A partir de la segunda mitad de los ochenta, el proceso liberalizador llega a un sector tradicionalmente muy intervenido, como es el de los transportes¹¹⁷. Así, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, establece el principio de libre concurrencia en

¹¹⁵ La Ley 32/2003 ha sido derogada por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. Como señala el Preámbulo de esta última, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, transpuso al ordenamiento jurídico español el marco regulador de las comunicaciones electrónicas aprobado por la Unión Europea en el año 2002, profundizando en los principios de libre competencia y mínima intervención administrativa consagrados en la normativa anterior. Desde su aprobación, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, ha sido objeto de diversas modificaciones tendentes a garantizar la aparición y viabilidad de nuevos operadores, la protección de los derechos de los usuarios y la supervisión administrativa de aquellos aspectos relacionados con el servicio público, el dominio público y la defensa de la competencia. La última de estas modificaciones, efectuada a través del real decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista, ha incorporado al ordenamiento jurídico español el nuevo marco regulador europeo en materia de comunicaciones electrónicas del año 2009.

¹¹⁶ En relación a los títulos habilitantes y su integración jurídica en Europa, ARROYO JIMÉNEZ, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, señala que “el Derecho comunitario de la energía y de las telecomunicaciones puede ser considerado como una manifestación del proceso de reducción a la unidad de los diversos sistemas regulatorios de acceso al mercado en estos servicios. En otros términos, constituye el resultado de la extensión a los sectores energéticos y de telecomunicaciones del esfuerzo dirigido a desarrollar un proceso de integración jurídica en Europa. El fenómeno de la europeización del Derecho administrativo, conduce a la identificación de una responsabilidad de las instituciones comunitarias, en el sentido de lograr un equilibrio entre la eficacia del proceso de integración y el mantenimiento de una cierta diversidad de opciones regulatoria en Europa.”, *cit.*, p. 248.

¹¹⁷ MARTÍN-RETORTILLO, L., “Transportes”, en MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico*, vol. II, La Ley, Madrid, 1991, pp. 848 y ss.

los transportes por carretera, ello sin perjuicio de que el acceso al mercado pueda ser restringido o condicionado por la Administración (arts. 12 y 49 LOTT). La LOTT supedita la realización de determinados tipos de transportes a la obtención de los correspondientes títulos administrativos habilitantes (art. 47), que pueden ser restringidos, contingentados o moralizados en función del interés general (art. 50.2).

Asimismo, y conforme al artículo 71 LOTT, en su redacción dada por la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley citada Ley 16/1987 y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, los transportes públicos regulares de viajeros de uso general tienen el carácter de servicios públicos de titularidad de la Administración. Como regla general, la prestación de los mencionados servicios se llevará a cabo por la empresa adjudicataria del correspondiente contrato de gestión, si bien, la Administración podrá optar por la gestión directa de un servicio cuando estime que resulta más adecuado al interés general en función de su naturaleza y características.

3. La liberalización ha llegado, igualmente, al sector eléctrico de la mano de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, la cual prevé que no es necesario que el Estado se reserve el ejercicio de esta actividad, pues garantizar el suministro eléctrico, su calidad y su coste no requiere de más intervención estatal que la que la propia regulación específica supone. Las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica son consideradas servicios esenciales, que se desarrollan en régimen de libre iniciativa empresarial (art. 2.2.).

Esta ley, además, impone que la actividad se ejercerá garantizando el suministro de energía eléctrica a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional. Se reconoce, pues, el derecho de los consumidores al suministro de energía eléctrica, en las condiciones de calidad y seguridad establecidas por el Gobierno (art. 10.1).

4. Los hidrocarburos han sido también completamente liberalizados por la Ley 34/1998, de 7 de octubre. En su Exposición de motivos, la norma declara que los poderes públicos han de salvaguardar los intereses generales mediante la creación de un marco normativo adecuado, basado en la libre iniciativa empresarial, y en el control de su cumplimiento. La Ley parte de la calificación demanial de los hidrocarburos (art. 2.1 en relación con el art. 132.2 CE), lo que supedita su explotación e investigación a la previa obtención del correspondiente título administrativo habilitante (art. 8.1). A continuación, reconoce la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades relacionadas con el petróleo y sus derivados, así como los gases combustibles por canalización, a las que considera “actividades de interés económico general” (art. 2.2).

5. Finalmente, la Ley 24/1998, de 13 de julio, de regulación del servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales, como su propia expresión sugiere, ha llevado también a cabo una cierta liberalización de los servicios postales, que son calificados como “servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia” (art. 1.2). Se excluyen de este ámbito los

reservados a la entidad pública empresarial *Correos y Telégrafos*, quien asume en régimen de monopolio ciertas prestaciones.

En definitiva, los poderes públicos en un sistema de libertades, han de actuar eficazmente en garantía de las prestaciones esenciales, pero dejando el mayor espacio posible a la iniciativa privada. De manera que, si las actividades esenciales pueden ser satisfactoriamente prestadas en régimen de mercado, no deben reservarse al sector público. Esta es la lectura que se desprende de la consideración sistemática y teleológica de los artículos 38 y 128.2 de la Constitución española.

3. La revisión de la doctrina establecida: la restricción de las autorizaciones previas por su carácter obstaculizador de la libertad: la jurisprudencia del TJUE.

A los cambios derivados de la nueva regulación de los sectores liberalizados, que acaban de citarse, se han añadido otros, también procedentes del Derecho de la Unión Europea, que han puesto en cuestión la compatibilidad de las intervenciones administrativas previas de contenido autorizatorio en muchos casos en que venían aplicándose por los Estados miembros y que se han considerado innecesariamente restrictivas de las libertades que el Tratado de la Unión Europea proclama.

El punto de partida de este marco regulatorio es la consideración de los regímenes de autorización como una restricción al ejercicio de los derechos y libertades económicas, reconocidas en el TCE; restricción que sólo estará justificada en determinadas circunstancias y como consecuencia de la aplicación del principio de proporcionalidad. Estas circunstancias que van a posibilitar el establecimiento de regímenes de autorización que restrinjan dichas libertades se resumen en el que bien podrían llamarse triple test: i) que el régimen autorizatorio no sea discriminatorio; ii) que su necesidad esté justificada por una razón imperiosa de interés general; y iii) que el objetivo perseguido no pueda conseguirse mediante una medida menos restrictiva.

Las advertencias en tal sentido han procedido en primera instancia de la jurisprudencia del TJUE. El Tribunal tiene claro que la existencia de un régimen de autorización previa constituye una restricción. En este sentido y a modo de ejemplo, la STJCE de 20 de febrero de 2001, as. C-205/99, *Analir y otros*, afirma que “es preciso señalar que una disposición nacional que supedita la prestación de servicios de cabotaje marítimo a la obtención de una autorización administrativa previa, puede obstaculizar o hacer menos interesante la prestación de dicho servicio y constituye, por tanto, una restricción a su libre circulación¹¹⁸.

¹¹⁸ Es, sin duda, criterio jurisprudencial consolidado, como atestigua la STJCE de 10 de marzo de 2009, C-169/07, as. *Hartlauer*, ap. 34: “según reiterada jurisprudencia, el artículo 43 CE se opone a cualquier medida nacional que, aún cuando sea aplicable sin discriminación por razón de nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales comunitarios, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado.”

Otro ejemplo de lo que venimos tratando, es la *Sentencia Comisión c. Francia, de 4 de junio de 2002*, en la que se resuelve, junto con otras de la misma fecha¹¹⁹, el problema de las acciones de oro, que la legislación de dicho país y de otros europeos (el nuestro incluido), asignaba a los gobiernos respectivos permitiéndoles ejercer en las empresas privadas poderes de control de diversa clase, entre los que se encontraban el sometimiento a autorización de determinadas decisiones. La Sentencia indica que las autorizaciones previas para la adquisición de acciones sólo son compatibles con el Tratado cuando sean proporcionadas al fin perseguido y no pueda alcanzarse el mismo objetivo con medidas menos restrictivas como pueden ser las declaraciones a posteriori. Cuando se establece un régimen de autorización, añade la Sentencia que “este régimen debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano por las empresas interesadas y cualquier persona afectada por una medida restrictiva de este tipo debe poder disponer de un medio de impugnación jurisdiccional” (apartado 46). También advierte el Tribunal que las intervenciones administrativas respecto de las transacciones de acciones no son compatibles con el Derecho Comunitario porque “el ejercicio del derecho no se halla sujeto, conforme a las disposiciones aplicables, a ninguna condición... No se indica en modo alguno a los inversores interesados las circunstancias específicas y objetivas en que se concederá o denegará una autorización previa. Tal indeterminación no permite que los particulares conozcan el alcance de sus derechos y obligaciones que se derivan del artículo 73.B del Tratado, por lo que debe considerarse que tal régimen es contrario al principio de seguridad jurídica”.

Por otra parte, la *Sentencia Comisión c. Reino de España, de 13 de mayo de 2003*, consideró incompatibles con el Tratado las regulaciones que habilitaban a la Administración de amplios poderes discrecionales que podían ejercitarse sin suficiente predeterminación de los supuestos de hecho a los que se referían, de modo que resultaba de las mismas un obstáculo a la libertad de decisión de los empresarios, que no podían examinar con suficiente seguridad las consecuencias de su ejercicio¹²⁰.

Muchas sentencias del TJUE han reiterado la misma doctrina. Así, la STJCE de 20 de junio de 2002, as. C-388/00 y C-429/00, *Radiosistemi*, indica que el “requisito que pasa a examen es la

¹¹⁹ *Id.*, STJCE de 23 de mayo de 2000, Comisión /Italia (C-58/99, Rec. p. 1-3811), SSTJCE de 4 de junio de 2002, Comisión/Portugal, (C-367/98, Rec. p. 1-4731) y Comisión/Bélgica, (C-503/99, Rec. p. 1-4809), así como STJCE de 13 de mayo de 2003, Comisión/España,(C-463/00).

¹²⁰ El ordenamiento jurídico español estableció mediante ley 5/1995 un régimen privilegiado para la participación del Estado en la estructura accionarial y de gestión de empresas que, habiendo sido originariamente públicas, estuvieran sometidas a un proceso de privatización. Las prerrogativas que la ley 5/1995 concedió al Estado español se conocen popularmente como “acciones de oro” y adoptaron la forma jurídica de autorizaciones administrativas previas. El Tribunal declarará incompatible con la libre circulación de capitales (artículo 56 CE) y con el derecho de establecimiento (artículo 43 CE) el régimen jurídico de autorización administrativa previa establecida en los artículos 1 y 3 de la ya citada ley 5/1995 de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, así como en los Reales Decretos 3/1996, 8/1997, 40/1998, 552/1998 y 929/1998 que sirven de desarrollo a la misma (III).

exigencia de *homologación* que se considera como manifiestamente desproporcionada con el objeto perseguido (ap. 45)¹²¹.

Estas valoraciones restrictivas de los regímenes de autorización, absolutamente generalizados en Europa durante el siglo XX, por considerarlos innecesariamente limitativos de las libertades comunitarias cuando pueden utilizarse otros medios alternativos y, en todo caso, generalmente oscuros, habilitantes de potestades excesivamente discrecionales, que permiten a la Administración resoluciones no objetivas e impredecibles, fueron finalmente objeto de una regulación más general en la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, de Servicios en el mercado interior.

4. La Directiva de Servicios

Como hemos visto, con el paso de los años, los principios de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios dentro de la Unión Europea han sido clarificados y desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Al mismo tiempo, se han ido produciendo importantes desarrollos y progresos en el ámbito de los servicios a través de legislación específica en materias como los servicios financieros, las telecomunicaciones, radiodifusión o reconocimiento de calificaciones profesionales. Sin embargo, a pesar de los avances en determinados sectores de servicios, para la Comisión, el mercado interior de servicios no estaba funcionando como debería.

Por ello, 20 años después de la presentación del Libro Blanco, el Comisario para el Mercado Interior Frits Bolkenstein retomó esta iniciativa consistente en eliminar todas las barreras de carácter proteccionista que impedían la existencia de un auténtico mercado de servicios entre los países de la Unión Europea. El texto inicial de la Directiva de Servicios era de marcado signo liberal y tuvo una gran contestación social en muchos países de la Unión Europea, sobre todo en

¹²¹ Otra sentencia concerniente a regulaciones españolas es la STJUE de 17 de julio de 2008, que se refiere a la compatibilidad con el Derecho Comunitario de las atribuciones que reconocía la legislación interna a la Comisión Nacional de la Energía (en particular una denominada “función 14”, por el número que ocupa en la relación legal de sus atribuciones, que le permitía adoptar decisiones sobre participaciones en las empresas del sector). Afirma la Sentencia que el régimen de autorización previa no es un instrumento de intervención adecuado porque, analizadas las atribuciones que otorga, resultan, por una parte, excesivas, y, por otra, inadecuadas para los fines que pretende preservar. Además, las habilitaciones de potestades a favor de la Comisión “están redactadas en términos tan generales e imprecisos que supone otorgar a la CNE una facultad discrecional excesivamente amplia y difícilmente controlable por los tribunales”. De todo lo cual concluye que la regulación de los instrumentos y medios a utilizar, en relación con la libertad de actuación de las empresas privadas, no debe consistir en autorizaciones previas si son evitables y, además, de establecerse un régimen de autorización, éste debe ser objetivo, no discriminatorio y atribuir facultades que se acomoden al principio de proporcionalidad.

Francia y Alemania, lo que se tradujo en la introducción de cambios profundos por el Parlamento Europeo¹²².

4.1. Elaboración y aprobación de la Directiva de Servicios

La Directiva de Servicios se encuadra en la llamada Estrategia de Lisboa definida en el Consejo Europeo de marzo de 2000, que proyecta transformar la economía europea en “la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social”¹²³.

Es el Consejo Europeo el que invita entonces a la Comisión Europea, al Consejo y a los Estados miembros a definir dentro de sus respectivas competencias una estrategia para suprimir las barreras transfronterizas a la libre circulación de servicios. De ella son fruto la Comunicación de la Comisión Europea intitulada “Una estrategia para el mercado interior de servicios”, que con apoyo en un enfoque horizontal identifica los obstáculos que dificultan el funcionamiento del mercado único de servicios y propugna soluciones acordes con los problemas advertidos, así como su Informe sobre “El Estado del mercado interior de servicios” que subraya los grandes frenos con los que se topan los prestadores de servicios para explotarlos en los demás Estados miembros como consecuencia, en particular, de la heterogeneidad de las normativas reguladoras existentes en los mismos, con graves daños para la economía europea¹²⁴, llevando al Consejo y al Parlamento

¹²² Vid., T. R. FERNÁNDEZ (Prólogo), en RIVERO ORTEGA, R., (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Cívitas, Madrid, 2009 cit., pp. 8 y 19. Es en su trabajo “Empresa pública y servicios públicos: el final de una época”, *REDA*, núm. 89, 1996, pp. 37-48, donde T. R. FERNÁNDEZ llama la atención sobre el alcance del Derecho europeo y la política de las instituciones europeas, “que han terminado “barriando” literalmente la ideología que alimentó desde la crisis de económica mundial de 1929 el intervencionismo del Estado en la economía y el consiguiente protagonismo del sector público estatal que ha sido, en buena parte, el buque insignia de aquél”. A su juicio el mercado común europeo surgido a partir de 1957 “llevaba dentro el germen de una nueva era. Su propio diseño lo dotaba de una lógica interna, institucional, implacable, basada en la libertad, que aunque encubierta bajo el manto modesto y aparentemente neutral de calibre competencia para lograr un gran Mercado general y común, en el que las mercancías, los servicios, los capitales y las personas pudieran moverse sin trabas, estaba llamado a llenarlo todo. Y es que la libertad indivisible, una vez introducida en un sistema cualquiera, tiende inevitablemente a agrandar la brecha, por pequeña que ésta sea, que ha permitido su introducción y a hacerlo estallar, más pronto o más tarde, para reconstruirlo a continuación en su totalidad a su propia imagen. Eso es lo que ha ocurrido, al cabo, claro está, de no pocas peripecias, en el curso de los treinta años que median entre el Tratado de Roma y el Acta Única Europea de 1986, que anunció ya el horizonte de la Unión Europea al que el Tratado de Maastricht terminó dando forma”, cit., pp. 39 y 41-42.

Por su parte, MUÑOZ MACHADO, S., sostiene que “me parece excesivo imputar el cambio a la exclusiva aplicación de la meditada Directiva”, “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, 2010, cit., p. 72.

¹²³ A este respecto, vid., UREÑA SALCEDO, J. A., *Ciencia y empresa: la transferencia de conocimientos científicos*, *RGDA*, núm. 36, 2014, pp. 1-32.

¹²⁴ Vid., “El Estado del mercado interior de servicios”, COM (2000) 888 final, de 29 de diciembre, informe en el que la Comisión Europea destaca que, “diez años después de lo que debería haber sido la realización del mercado interior, es preciso constatar que existe todavía un gran desfase entre la visión de una Europa económica integrada y la realidad tal como la viven y experimentan los ciudadanos europeos y los prestadores de servicios. La complejidad el rigor de las fronteras jurídicas que han sustituido a las fronteras físicas y técnicas en numerosos servicios tienen una amplitud mucho mayor que la que cabría esperar cuando se inició la nueva estrategia para los servicios”, p. 76.

Europeo a declarar procedente la elaboración de una norma que de cobertura al mercado único de servicios¹²⁵.

Desde el inicio de la tramitación de la Directiva el enunciado que se hacía en el párrafo primero del artículo 16 -el “principio del país de origen”-, provocó serias preocupaciones y desató numerosas críticas: su introducción podría causar dumping social, es decir, estimular una carrera en la reducción de tutelas sociales, derechos laborales y niveles retributivos¹²⁶.

Según dicho principio, los Estados miembros deben hacer lo necesario para que los prestadores de servicios estén sujetos únicamente a las disposiciones nacionales de su Estado miembro de origen, correspondiendo a éste la labor de controlar al prestador y los servicios que realiza, incluso cuando preste sus servicios en otro Estado miembro. Así pues, la libertad de prestación de servicios y de establecimiento parece haber tomado el relevo a la libre circulación de mercancías como ámbito preferente de acción comunitaria de remoción de obstáculos para la construcción de un mercado interior. De hecho la confluencia de la jurisprudencia sobre la libertad de establecimiento con la

¹²⁵ *Vid.*, “Conclusiones sobre los obstáculos existentes en el mercado interior para la prestación de servicios”, sesión nº 2462 del Consejo de Competitividad (Mercado Interior, Industria y Navegación), celebrado en Bruselas el 14 de noviembre de 2002, y la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de febrero de 2003, A5-0026/2003, puntos 35 y 36.

¹²⁶ GOERLICH PESET, J. M. (dir.), se refiere en su obra *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho a la competencia: Un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina de mercado*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2011, al caso “Viking Line” (libertad de establecimiento versus acción sindical):

El TJCE publicó la sentencia de 11 de diciembre de 2007 (C-438/05), afirmando que las empresas privadas pueden oponer la libertad de establecimiento frente a acciones sindicales, en particular frente a las medidas de conflicto colectivo adoptadas por los sindicatos, que restrinjan en alguna manera el ejercicio de esta libertad empresarial. En aplicación del artículo 43 del Tratado de la Comunidad Europea (actual art. 49 TFUE) el Tribunal consideró que estas restricciones provocadas por los sindicatos sólo se deben entender justificadas en el caso de superar el triple test de proporcionalidad, empleado habitualmente por el TJCE para solucionar los conflictos entre las normas laborales estatales y las libertades de circulación comunitarias.

El supuesto de hecho: la restricción de la libertad de establecimiento provocada por una acción sindical.

El conflicto resuelto se había suscitado entre el Sindicato de Marinos Finlandés (FSU) y la empresa Viking Line de la misma nacionalidad, propietaria del Rosella, buque abanderado en Finlandia y destinado desde el mes de agosto de 2003 al transporte de pasajeros entre Helsinki y Tallin (Estonia). Los problemas comenzaron cuando, en los últimos meses de 2003, ésta le comunicó su decisión de reabanderar el buque en Estonia. Viking Line justificó esta decisión afirmando estar sufriendo pérdidas dada la competencia directa de los buques estonios, con condiciones salariales menores. El sindicato finlandés mostró su desacuerdo a lo largo del periodo de consultas abierto por la empresa y procedió a notificar los hechos a la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte (ITF), de la cual es miembro, solicitándole que aplicara su política relativa a los pabellones de conveniencia. Según esta línea de actuación, seguida por el sindicato desde 1948 con el objetivo de evitar el dumping social ligado a los cambios de pabellón de los buques, las condiciones de trabajo y los salarios de la tripulación deben negociarse por el sindicato del país donde se ubica el propietario del barco.

De manera paralela a estos acontecimientos, el 17 de noviembre de 2003 finalizó la vigencia del convenio colectivo aplicable al buque. El FSU abordó la negociación imponiendo como condiciones para la aprobación de un nuevo convenio el aumento de la tripulación y el desistimiento por parte de la empresa del cambio de pabellón del buque. Tras diversos intentos de conciliación fallidos y el anuncio de la adopción de una serie de medidas de conflicto colectivo por parte del sindicato la empresa aceptó las condiciones impuestas y se acordó un nuevo convenio colectivo. Pero al poco, el 1 de mayo de 2004, se produce el ingreso de Estonia en la CE. Como la ITF no había retirado su circular llamando a sus afiliados a no negociar con Viking, la empresa inició un procedimiento ante la Commercial Court de Londres, ciudad donde la ITF tiene su sede. En su demanda Viking Line solicitaba que, por un lado se ordenara a la ITF retirar la interdicción de negociar dirigida a sus federaciones mientras que, por otro, se prohibiera a la federación sueca obstaculizar la libertad de establecimiento que pretendía la empresa. La respuesta afirmativa de la Corte, que ordenó a los sindicatos el desistimiento de un posible inicio de acción colectiva y la publicación de una circular comunicando la cuestión a las distintas federaciones, fue objeto de un recurso de apelación, en el curso de cuya resolución se elevó la cuestión prejudicial, pp. 19-20.

doctrina elaborada para la libre circulación de mercancías no sólo impide conductas discriminatorias sino que prohíbe todo aquello que se considera una doble carga, aunque se sufra por igual en productores nacionales y extranjeros¹²⁷.

El principio es fruto de una doctrina elaborada por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. Para el Tribunal, “no es conforme con la libre prestación de servicios imponer restricciones a un prestador de servicios para salvaguardar intereses generales cuando dichos intereses quedan ya garantizados por las normas a que esté sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido” [STJCE, de 22 de enero de 2002, asunto C-390/99, Canal Satélite Digital]¹²⁸.

La propuesta de Directiva y, en particular, su elemento central (el principio del “país de origen”) se convirtió en el foco de las críticas de todos aquellos que denunciaban la naturaleza antisocial del mercado y la deriva neoliberal de la Unión Europea. Como indica la profesora VILLAREJO GALENDE, “la presión fue tal y tan exitosa que, finalmente, las enmiendas introducidas por el Parlamento Europeo transformaron sustancialmente la propuesta inicial de la Directiva Bolkestein en un “queso suizo”, con más agujeros que sustancia”. El 24 de febrero de 2005, el Parlamento Europeo rechazó una propuesta del grupo parlamentario Partido Popular Europeo y de los demócratas europeos para que la Comisión y los Estados miembros acelerasen la tramitación de la Directiva. El 16 de febrero de 2006, los dos principales grupos del Parlamento europeo, Partido Popular Europeo y Partido Socialista Europeo, llegaron a una solución de compromiso sobre un texto cuya relatora fue la socialdemócrata alemana Evelyne Gebhardt¹²⁹.

La principal modificación del compromiso Gebhardt consistió en la supresión de la mención expresa al “principio del país de origen”. El principio fue rebautizado en el mismo artículo 16 como “libre prestación de servicios” y su dicción suavizada como sigue: “los Estados miembros respetarán el derecho de los prestadores a prestar servicios en un Estado miembro distinto de aquel en el que están establecidos“. Esto significaba que se retiraron del proyecto de Directiva tanto el concepto de que el país de origen resultara responsable del control del prestador de servicios,

¹²⁷ También parece haber seguido sus pasos en la interpretación expansiva de conceptos que ponen en cuestión la intervención pública. MIGUEZ MACHO, L., *La intervención administrativa en el comercio interior*, Madrid, Iustel, 2005, aludía a la noción expansiva de medida de efecto equivalente en materia de libre circulación de mercancías que “permite potencialmente poner en cuestión cualquier medida de intervención pública en el comercio interior”, p.179.

¹²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Cuarta) de 22 octubre 2009 TJCE\2009\328. Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra Portugal puede ser ilustrativa al respecto de lo que apuntamos: “Pues bien, aun cuando las exigencias establecidas por la normativa portuguesa se aplican de la misma forma tanto a los operadores establecidos en Portugal como a los procedentes de otros Estados miembros, pueden impedir a los operadores que no cumplan los criterios establecidos en dicha normativa establecerse en Portugal para ejercer en dicho país una actividad de inspección de vehículos. En particular, como señala la Comisión, el criterio del interés público, al que está supeditada la concesión de la autorización administrativa, puede abrir el camino a una utilización arbitraria de la facultad de apreciación de las autoridades competentes, permitiéndoles denegar dicha autorización a algunos operadores interesados, aun cuando éstos cumplan los demás requisitos establecidos en la normativa”. “Por lo tanto, los requisitos controvertidos impuestos por la normativa portuguesa para el acceso a la actividad de inspección técnica de los vehículos constituyen un obstáculo a la libertad de establecimiento”.

¹²⁹ VILLAREJO GALENDE, H., “Mercado europeo y reformas administrativas”, en *La Directiva de Servicios en el Mercado Interior: Una Perspectiva General*, RIVERO ORTEGA, Ricardo (dir.), Cívitas, 2009, *cit.*, p. 26.

como el concepto de que los prestadores de servicios incluyeron numerosas excepciones y protecciones para evitar una reducción de los derechos laborales y las tutelas sociales. Quedaron totalmente fuera del ámbito de la Directiva, convenios colectivos, salario mínimo, vacaciones, seguridad en el trabajo o seguridad social, con lo que se acallaron las voces que advertían sobre la amenaza del “fontanero polaco”, paradigma con el que se terminó conociendo al posible dumping social que supondría la llegada masiva de trabajadores “low cost”, prestadores de servicios provenientes de los países del este de reciente incorporación, cuyas regulaciones de todo tipo son mucho menos exigentes que las del resto de Estados miembros. Estos casos son valorados por la doctrina laboralista de forma muy crítica entendiendo que el principio del país de origen cobra vigor nuevamente permitiendo una disminución de los derechos laborales y sociales de los trabajadores que realizan su actividad en el marco de un servicio prestado en otro país comunitario¹³⁰.

¹³⁰ Como señala GOERLICH PESET, J. M. (dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho a la competencia: Un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina de mercado*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2011, “El foco principal de conflicto entre libertades comunitarias y normas laborales se encuentra, sin duda, en el tratamiento del desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios. Desde la sentencia Rush Portuguesa no cabe duda de que este tipo de situaciones se enmarcan en la libertad para prestar servicios reconocida en el artículo 56 del TFUE y no en la libre circulación de trabajadores del artículo 45 del Tratado. En el asunto Rush Portuguesa (STJCE de 27 de marzo de 1990, C-113/89), es claro que los trabajadores desplazados no se situaban en el marco de la libre circulación de mano de obra porque no accedían al mercado de trabajo del país de destino, ya que al finalizar el servicio, regresarían al de origen.

Las repercusiones de esta diferenciación, mantenida a lo largo de la jurisprudencia del TJCE hasta la actualidad son evidentes. La libre circulación de trabajadores supone, según el artículo 45.2 TFUE, la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. En cambio, esta regla del “trato nacional” no juega en la libre prestación de servicios pues supondría aplicar condiciones iguales a situaciones desiguales lo cual es contrario, sin perjuicio de su posible justificación, a los artículos 56 y ss. del TFUE. Dicho de otro modo, en el marco de la prestación transnacional de servicios se abre la posibilidad de que el trabajador desplazado, y la empresa que lo desplaza, conserve su propia normativa de origen.

Tras la sentencia Viking Line, en los asuntos Laval, Ruffert y Comisión contra Luxemburgo (STJCE de 18 de diciembre de 2007, C-341/05, de 3 de abril de 2008, C-346/06, y de 19 de junio de 2008, C-319/06), el Tribunal ha entrado directamente en la cuestión interpretando y aplicando las disposiciones de la Directiva 96/71 sobre desplazamiento transnacional de trabajadores. Aun cuando existen diferencias entre los hechos que han dado lugar a estas tres sentencias, es posible encontrar un denominador común a los tres asuntos. En todos ellos, el conflicto se ha producido bien como reacción o bien como prevención de maniobras empresariales que, haciendo uso de las libertades de circulación reconocidas por el TCE, puedan aprovechar las diferencias existentes entre los estándares laborales estatales para conseguir un mayor beneficio económico, optando por aplicar a sus trabajadores la normativa que prevé una protección social menor. En los tres casos se menciona, la doble repercusión negativa, viéndose afectados tanto los derechos individuales y colectivos de los trabajadores nacionales y extranjeros como la situación de competencia económica en el mercado de referencia:

- En el asunto Laval una empresa letona desplazó a sus trabajadores para realizar una serie de trabajos de remodelación en Suecia. La Federación sueca de obreros de la construcción contactó con la empresa a efectos de concluir con la misma un acuerdo de adhesión al convenio colectivo de la construcción. La empresa letona se negó en reiteradas ocasiones a la adhesión a la norma colectiva sueca, procediendo en cambio a la firma de un convenio con el sindicato letón de los obreros de la construcción. Ante este posicionamiento empresarial el sindicato comenzó un bloqueo, secundado posteriormente por otras organizaciones, consiguiendo paralizar el trabajo de la empresa lo que conllevó la rescisión del contrato con la municipalidad de Vaxholm. La denuncia de los hechos por la empresa dio lugar a una cuestión prejudicial ante el TJCE.

- En Ruffert, el conflicto se planteó cuando una empresa polaca, que prestaba sus servicios en Alemania habiendo desplazado para ello a trabajadores de su Estado de procedencia, incumplió una disposición de la Ley del Land de Baja Sajonia sobre la Contratación Pública que obligaba a las empresas contratistas a pagar el salario previsto en el convenio aplicable.

- En fin, en el recurso directo resuelto en Comisión contra Luxemburgo se enjuició la norma luxemburguesa que califica la totalidad de las normas internas relativas a los convenios colectivos como “disposiciones de orden público”, intentando integrar así la regulación de la negociación colectiva en el listado de materias del artículo 3.1 por la vía del apartado primero del artículo 3.10 de la Directiva...”, pp. 25, 28-29 y 38.

Ahora bien, aunque desapareciera formalmente el principio del país de origen de la norma, éste no fue sustituido por el de país del destino eliminándose por los eurodiputados, aparentemente, toda referencia al derecho aplicable y al Estado encargado de controlar su respeto.

En abril de 2006, la Comisión elaboró una nueva propuesta, el denominado borrador McCreevy, con un alcance mucho más restringido. Distingue el acceso a los mercados europeos, que debe ser lo más libre y desregulado posible, del ejercicio de las actividades de servicios, que debe seguir las normas del país de destino, para no interferir con los equilibrios de los mercados locales. En el texto finalmente aprobado, el artículo 31 recoge el principio de supervisión por parte del Estado miembro en que se preste el servicio en caso de desplazamiento del prestador. Este principio se matiza, en el artículo 30, precepto en cuya virtud la supervisión puede trasladarse al Estado miembro de establecimiento del prestador, en caso de que el desplazamiento sea temporal. La DS sale así, al paso, del polémico “principio del país de origen” y del paradigma del “fontanero polaco” que tanto dificultaron en su momento su aplicación. Sin embargo, la interpretación de estos preceptos, con todo, dista mucho de ser clara, demasiados cabos sueltos. Desde el punto de vista técnico, las enmiendas finales a la propuesta inicial dieron lugar a un texto imperfecto, con numerosas contradicciones y ciertas ambigüedades. La inseguridad jurídica que la defectuosa técnica jurídica genera termina confiriendo un notable poder al Tribunal de Luxemburgo, llamado necesariamente a interpretar la norma.

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 (conocida coloquialmente como “Directiva Bolkestein”), entró en vigor el 28 de diciembre de 2006, dando un plazo de 3 años para su transposición, plazo por tanto que finalizó el 28 de diciembre de 2009. Desde diciembre de 2006, los Estados miembros debían de abstenerse de adoptar cualquier normativa que fuere en contra de las disposiciones de la Directiva, teniendo la obligación de comunicar cualquier cambio o modificación a la Comisión Europea, si bien la eficacia de la Directiva no termina con la mera aprobación de la legislación de transposición, ya que tiene una vocación de permanencia y eficacia de futuro, en la que los Estados miembros irán avanzando de manera coordinada en la reforma de sus ordenamientos para adaptarlos a los principios de la Directiva, bajo la atenta mirada de la Comisión Europea¹³¹.

¹³¹ Han pasado veinticinco años desde que el Acta Única Europea fijase como objetivo la realización del mercado interior, y aunque se han producido grandes avances, todavía queda mucho camino por recorrer, de ahí que siga siendo el objetivo de la estrategia denominada “Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, COM (2010) 2020, final. Así lo concluye la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Hacia un mejor funcionamiento del mercado único de servicios, partiendo de los resultados del proceso de evaluación recíproca de la Directiva de Servicios”, COM (2011) 20 final, de 27 de enero de 2011, p.12.

4.2. Fundamentos: la remoción de obstáculos a la libertad de establecimiento

Con el propósito de progresar en la realización de un mercado interior y garantizar la plenitud de las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios, la Directiva se dirige a la eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de esas actividades en los Estados miembros.

Uno de los obstáculos contra el que la Directiva se dirige primordialmente son las intervenciones administrativas previas o regímenes de autorización, en cualquiera de sus variantes. El Considerando 39 de la Directiva indica expresamente que el concepto “régimen de autorización” debe abarcar, entre otros, “los procedimientos administrativos mediante los cuales se conceden autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones, pero también la obligación, para poder ejercer una actividad, de estar inscrito en un colegio profesional o en un registro, en una lista oficial o en una base de datos, de estar concertado como un organismo o de obtener un carnet profesional. La concesión de una autorización puede ser resultado no sólo de una decisión formal, sino también de una decisión implícita derivada, por ejemplo, del silencio administrativo de la autoridad competente o derecho de que el interesado deba esperar el acuse de recibo de una declaración para iniciar la actividad en cuestión o para ejercerla legalmente”.

Contra estas prácticas se dirigió la Directiva de 2006 citada, con la ambición añadida de simplificar (art. 5) todos los procedimientos administrativos que se oponen, obstaculizan o retrasan el ejercicio de las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios; asimismo, facilitar la tramitación de expedientes (ventanilla única: art. 6) o mejorar la información de los usuarios e interesados y la incorporación de las nuevas tecnologías de la información (arts. 7 y 8).

Pese a ello, la Directiva de Servicios es objeto de diversas críticas e interpretaciones. Algunos autores (PAREJO ALFONSO, DE LA QUADRA SALCEDO JANINI), sostienen, en síntesis, que la Directiva de Servicios se extralimita al haber sobrepasado los contornos del artículo 53 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, imponiendo una regulación uniforme en todos los Estados miembros e innovando de esta manera el ámbito propio de la libertad de empresa, que corresponde definir a estos últimos¹³².

A su juicio la Directiva de Servicios encierra una opción ideológica, que está fuera de lugar del escenario europeo y va más allá del campo propio de la Unión Europea, de forma que la creación de un mercado común europeo expresa esa extralimitación, “sin cobertura alguna, pues no es misión de

¹³² Vid., en esta línea, DE LA QUADRA SALCEDO, T., (dir.), *El Mercado interior de servicios en la Unión Europea (estudios sobre la Directiva 123/2006/CE, relativa a los servicios en el mercado interior)*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 126 y ss.; del mismo autor, *La Directiva de Servicios y la libertad de empresa*, El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 7, 2009, pp. 46-61; asimismo, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás, *¿Quo Vadis Bolkestein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?*, REDE, núm. 22, 2007, pp. 278 y ss.; del mismo autor, *La libre circulación de mercancías en los sistemas políticos descentralizados: ¿Garantía de libertad económica o proscripción del proteccionismo?*, REDE, núm. 35, 2010, pp. 365-408 y *Mercado interior y Directiva de Servicios*, Revista catalana de dret públic, núm. 42, 2011, pp. 257-290; y, PAREJO ALFONSO, L., *La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein: la interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema*, El cronista del Estado social y democrático de Derecho, núm. 6, 2009, pp. 34-41.

la Unión crear un auténtico mercado interior, sino sólo aproximar las legislaciones en la medida necesaria para el mercado común, lo que se ha interpretado como las necesarias, en su caso, para la supresión de las distorsiones sensibles a la competencia”¹³³.

La Directiva de Servicios, en su opinión, “implica un supuesto de mutación constitucional de los Estados realizada al margen de la respectiva Constitución, en todo caso de la nuestra, por el camino indirecto del derecho derivado. Pero de alguna forma supone también una suerte de mutación de la Constitución comunitaria, si se permite utilizar esta expresión, en la medida en que el poder normativo comunitario ha dado una interpretación de las libertades comunitarias que van más allá de su contenido propio y tradicional tal y como figura en el Tratado. Tal interpretación, en la medida que no parece previsible que vaya a ser revisada por el Tribunal de Justicia, va a acabar constituyendo una interpretación del Derecho originario, de la Constitución comunitaria en definitiva, que va más allá de cuanto se podía sospechar que comprendía”¹³⁴.

Otros autores sin embargo consideran que no ha lugar a imputar a la Directiva una subrepticia opinión ideológica como la que denuncia un sector doctrinal. El profesor LAGUNA DE PAZ, sostuvo que el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, dispone oportuna y correctamente, tal y como coincide en señalar toda la doctrina, que “el contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que los justifiquen” y que, “si fueran varios los admisibles se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual”¹³⁵.

De conformidad con lo anterior no existe sin embargo tanta distancia conceptual entre una y otra norma, y en todo caso, no la hay como para justificar el rechazo que algunos expresan hacia la Directiva de Servicios cuyo fundamento se halla, como ya se ha adelantado, en las reformas de los Tratados de los años ochenta y noventa del siglo XX. El texto del Acta Única Europea es categórico. Sienta las bases para el desmantelamiento de los antiguos monopolios nacionales, no porque sean nacionales, sino más bien por constituir tales monopolios, implantando en su lugar un marco jurídico fundado en la libertad, con reglas precisas destinadas a asegurar su ejercicio. Cuál sea el resultado final de la liberalización auspiciada por el Acta Única Europea es una cuestión distinta, pero lo cierto es que esta reforma de los Tratados indiscutiblemente alza prima la libertad como condición indispensable para la consecución de un mercado único.

El carácter horizontal y la eficacia abierta de la Directiva, nos muestran la grandeza del proceso que se inicia con esta norma comunitaria hacia la realización del mercado interior, dependiendo su

¹³³ DE LA QUADRA SALCEDO, T., *La Directiva de Servicios...*, cit., p. 58.

¹³⁴ DE LA QUADRA SALCEDO, T., *La Directiva de Servicios y la libertad de empresa*, cit., El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 7, 2009, p.58.

¹³⁵ LAGUNA DE PAZ, J. C., *Directiva de Servicios: el encuentro del parto de los montes*, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 6, 2009, quien, con algo de sorna y mucha razón, afirma que los requisitos impuestos por la Directiva de Servicios son tan “elementales” que el RSCL “parece haberle leído el pensamiento al legislador comunitario, hace ya algún tiempo”, cit., p. 47.

aplicación concreta del hacer de los Estados miembros, cuyo estudio pormenorizado -en lo que a los títulos habilitantes se refiere-, será llevado a cabo en el epígrafe siguiente¹³⁶.

4.3. El régimen jurídico de las autorizaciones en la Directiva de Servicios

La eliminación de los obstáculos jurídicos que impiden el establecimiento de un mercado interior hace que la Directiva de servicios preste especial atención a los regímenes de autorización establecidos por los Estados miembros para el acceso a la prestación de servicios, así como para el establecimiento de los prestadores [vid., arts. 9 a 15 DS].

Si bien la Directiva de Servicios legitima la posibilidad de que las normativas nacionales contengan elementos autorizatorios que condicionen la libertad de establecimiento, lo hace de un modo restrictivo, de tal manera que quedan prohibidos dichos procedimientos salvo que concurran una serie de condiciones o requisitos, cuya observancia y respeto ampararían la intervención.

Nos detendremos, dada su trascendencia, en las disposiciones de la Directiva destinadas a regular este tipo de autorizaciones.

4.3.1. Condiciones mínimas de los regímenes de autorización

El Capítulo III de la Directiva “Libertad de Establecimiento de los prestadores” regula el régimen de las autorizaciones que limitan este derecho. El precepto clave es el artículo 9, cuyo apartado 1 establece:

“1. Los Estados miembros sólo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicio y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones:

- a) El régimen de autorización no es discriminatorio para el prestador de que se trata;
- b) La necesidad de un régimen de autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general.
- c) El objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.”

En el artículo 10 de la DS se establecen los criterios que han de utilizarse, como mínimo, para delimitar la facultad de apreciación de las autoridades administrativas en los supuestos en que pueda

¹³⁶ En opinión de T. R., FERNÁNDEZ, la Directiva de servicios constituye “la norma más importante que la Comunidad Europea ha aprobado hasta hoy”, «La larga marcha por la libertad de empresa», en *AAVV, Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Madrid, Círculo de Empresarios, 2009, *cit.*, p. 168. Por su parte, MUÑOZ MACHADO, S., afirma que “nunca una directiva comunitaria había tenido tanta ambición regulatoria, ni había afectado de modo tan general a las prácticas administrativas en los Estados miembros”, “Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios”, en *AAVV, Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Madrid, Círculo de Empresarios, 2009, *cit.*, p. 301. ESTEVE GARCÍA, Francina, habla de la Directiva de Servicios “como nueva etapa de consolidación del mercado interior”, *Los diferentes instrumentos de liberalización incluidos en la Directiva 2006/123 de servicios*, Revista catalana de dret públic, núm. 42, 2011, *cit.*, p. 6.

lícitamente implantarse un régimen de autorización previa, con el fin de que dicha facultad “no se ejerza de forma arbitraria”. El apartado segundo de dicho artículo agrupa los siguientes criterios: a) que no sea discriminatorio; b) que los criterios para su concesión sean claros e inequívocos, objetivos, hechos públicos con antelación y que sean transparentes y accesibles; c) que el objetivo que se pretende con el requisito de autorización previa no pueda conseguirse mediante una medida menos restrictiva [principio de proporcionalidad]; y, d) que la necesidad de un régimen de autorización esté justificado en una razón imperiosa de interés general.

Todas estas condiciones tienen su origen en la meritada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que los ha ido estableciendo de forma paulatina, siendo abundantes las sentencias que los contemplan y aplican, como hemos apuntado antes¹³⁷.

Así, por cada régimen de autorización identificado el Estado miembro en cuestión tendrá que comprobar, en primer lugar, si no es discriminatorio, es decir, si no da lugar, de manera directa o indirecta, a un trato diferenciado de los prestadores nacionales y de los procedentes de otros Estados miembros¹³⁸. En segundo lugar, tendrá que evaluar si el régimen de autorización persigue un objetivo de interés general (una razón de imperiosa de interés general) y si es idóneo para garantizar la consecución de tal objetivo¹³⁹. Por último, tendrá que valorar si el objetivo perseguido no puede

¹³⁷ Con carácter meramente enunciativo, *vid.*, STJUE de 20 de febrero de 2001, Analir, c-205/99; igualmente, STJUE de 22 de enero de 2002, en el caso de Canal Satélite Digital, en la que el Tribunal señala: “un procedimiento de autorización previa (...) debe perseguir una finalidad de interés general reconocida por el Derecho comunitario y respetar el principio de proporcionalidad, es decir, ha de ser adecuado para garantizar la realización del objetivo que pretende lograr, sin ir más allá de lo necesario para alcanzarlo. (...) un procedimiento de autorización previa sólo es necesario si se considera que el control “a posteriori” es demasiado tardío para que su eficacia real quede garantizada y para permitirle alcanzar el objetivo perseguido (...)”.

¹³⁸ A modo de ejemplo, cabe citar la sentencia del TJCE de 1 de junio de 1999 en el asunto C-302/97, en cuyo párrafo 40 se declara que “la medida restrictiva que constituye dicha exigencia sólo puede admitirse si no se aplica de forma discriminatoria”.

¹³⁹ El concepto de “razón imperiosa de interés general” viene definido en el art. 4, apartado 8, de la Directiva de servicios, a cuyo tenor, se trata de una “razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen e seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.” Sobre esta materia, cabe destacar el análisis realizado por SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a. A., y VILLAREJO GALENDE, H., *La Directiva de Servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra*, Revista jurídica de Navarra, núm. 44, 2007, pp. 45-86.

alcanzarse por medios menos restrictivos¹⁴⁰. Para una correcta aplicación del principio de proporcionalidad, los Estados miembros, tanto para los sistemas de autorización existentes que quieran seguir manteniéndose, como para los nuevos sistemas autorizatorios que pretendan diseñar, deberán plantearse las distintas alternativas de actuación administrativa y sus consecuencias, tanto de carácter económico como social, y sus efectos, tanto en la protección del bien jurídico que se pretende defender, como en las restricciones que puede implicar a la libertad de establecimiento. De entre todas las alternativas analizadas, únicamente podrán escogerse aquellas que supongan un equilibrio entre los dos bienes en conflicto y que constituya la menos gravosa y eficaz para el fin que se persigue.

Las tres primeras condiciones, están plenamente asumidas en nuestras normas o, al menos, deberían estarlo, pues en la propia Constitución española se incluyen disposiciones que lo exigen. La condición referida a que el procedimiento no sea discriminatorio, estaría garantizada a través del artículo 9.3. de la CE, que prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos, o a través del artículo 14 de la CE, que establece la igualdad de los españoles ante la Ley.

Y más teniendo en cuenta que, a resultas del ingreso de España en la CEE -hoy Unión Europea-, los mismos derechos que ostentan los españoles y las sociedades con domicilio en nuestro territorio, se extienden a los nacionales y las sociedades de otro Estado miembro.

De forma similar cabe pronunciarse respecto de la segunda de las condiciones, a tenor del principio de seguridad jurídica consagrado expresamente en el ya citado artículo 9.3. CE, o respecto de la tercera de las condiciones que se relaciona con el artículo 103.3 CE que proclama que la Administración actúa bajo los principios de eficacia y coordinación.

En definitiva, estas tres primeras condiciones mínimas impuestas en la Directiva de Servicios como configuradoras de la autorización posible y, en concreto, su relación con la autorización prevista en las normativas autonómicas y locales, no debería plantear problemas. En cualquier caso, la existencia de una disposición general con rango legal o reglamentario, o de un acto administrativo que vulnerasen la Constitución por infracción de cualquiera de los preceptos constitucionales

¹⁴⁰ *Vid.*, STJUE de 1 de junio de 2010, asuntos acumulados c-570/07 y c-571/07, José Manuel Blanco Pérez y María del Pilar Chao Gómez. Sinopsis: El Tribunal Superior de Justicia de Asturias plantea en este marco al TJUE si el régimen de planificación desarrollado en el Decreto 72/2001, de 19 de julio, regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado de Asturias, es compatible con el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). En su sentencia, el Tribunal de Justicia considera que los requisitos relacionados con la densidad demográfica y la distancia mínima entre farmacias establecido por el Decreto de Asturias (a saber, un número mínimo de 2.800 o 2.000 habitantes por farmacia y una distancia mínima de 250 metros entre las farmacias) constituyen una restricción de la libertad de establecimiento. No obstante, el Tribunal de Justicia recuerda que tales medidas pueden estar justificadas siempre que satisfagan cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, estén justificadas por razones imperiosas de interés general, sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzarlo.

Si bien la cuestión prejudicial planteada se refiere específicamente a la normativa asturiana descrita, no es menos cierto que, al ser dicha normativa autonómica un desarrollo de la legislación estatal, la relevancia de la cuestión prejudicial planteada es de alcance nacional.

referidos podría ser objeto de revisión, garantizando así los derechos de los administrados españoles o nacionales de un Estado miembro¹⁴¹.

Mayor problemática plantea, sin duda, la cuarta de las condiciones impuestas en la Directiva de Servicios, referida a la necesidad de que el régimen autorizatorio esté basado en una “razón imperiosa de interés general”, y no tanto porque en nuestro Derecho no exista un concepto similar - que si que lo hay con el abundantemente citado en la CE, interés general-, sino porque el contenido de ambos en determinados supuestos puede ser sustancialmente diferente.

En este sentido, ha sido la Jurisprudencia del TJUE, la que ha construido el concepto de “razones imperiosas de interés general” a la luz de principios comunitarios, ampliándolas progresivamente a diversas materias. En concreto siguiendo a este Tribunal, la propia Directiva de Servicios contiene un listado que incluye, art. 4.8: “orden público, seguridad pública, protección civil, salud pública, preservación del equilibrio financiero del régimen de la seguridad social, protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, sanidad animal, propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural [...]”.

Asimismo es necesario destacar que, pese a la existencia de un listado de razones amplio que engloba diversas materias, no significa que el TJUE, cuando le son invocadas, las aplique de forma laxa; antes al contrario, en el examen de la jurisprudencia de este Tribunal se comprueba que su aplicación es más bien restrictiva. A ello hay que añadir que resulta extremadamente complicado dar una definición sobre el carácter y contenido concreto de estas razones, debido a la naturaleza casuística de las sentencias del TJUE¹⁴².

Ya en nuestro ámbito, el Tribunal Constitucional ha declarado que en el supuesto de someter la ubicación de un centro comercial a requisitos conectados con su tamaño o la población del municipio, dado que se trata de una excepción a la regla general de la libertad de acceso a una actividad de servicio como es la distribución comercial, el legislador autonómico deberá aportar

¹⁴¹ En concreto, el artículo 106 CE prevé que el órgano judicial que, en el seno de un proceso, detecte la posible inconstitucionalidad de una norma de rango legal de cuya validez dependa el fallo, pueda plantear al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad, para que por este Tribunal se proceda a enjuiciar la norma [artículos 27 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional]. Por su parte, si la vulneración de alguna de las disposiciones constitucionales referidas se manifiesta en un acto de aplicación de la norma, o en una disposición de rango reglamentario, serán los tribunales ordinarios los capacitados para anular el acto o disposición. En este sentido, el artículo 106.1 de la CE dispone que “los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.

¹⁴² A este respecto, siguiendo el modelo francés, algunas sentencias del TJUE adolecen de una insuficiencia argumentativa, fruto de una extrema brevedad en el planteamiento de los hechos y de los fundamentos jurídicos. Por ello, en el caso particular de “las razones imperiosas de interés general”, la jurisprudencia se ha limitado a señalar que ha sido invocada y a continuación determina si concurre, sin razonar en exceso la decisión sobre su aplicación o no, más allá de examinar, si se presentan las demás condiciones que fundamentan un régimen autorizatorio: que no resulte discriminatorio, que no haya un alternativa menos restrictiva, etc. Por ello, dicho concepto, podría encuadrarse dentro de los “conceptos jurídicos indeterminados” de nuestro Derecho, en los cuales el intérprete ya sea jurisdiccional o la propia Administración, escoge la única solución querida por el Derecho.

razones que justifiquen que los requisitos a que sujeta la localización de ciertos formatos de establecimiento comercial atienden conjuntamente a objetivos urbanísticos de ordenación territorial y protección ambiental, y no a otros que están prohibidos por predominar en ellos connotaciones económicas¹⁴³.

Más recientemente, el Tribunal Supremo ha resuelto sendos recursos de casación por incumplimiento de las prescripciones de la Directiva de Servicios y de la Ley 17/2009. Así, la Sentencia núm. 3867/2015, de 3 de septiembre de 2015 (rec. 3687/2013), declara nulas de pleno derecho las determinaciones del Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y Equipamientos Comerciales, aprobado por Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por imponer limitaciones a la superficie máxima para equipamientos comerciales. Igualmente, en la STS 3866/2015, de 3 de septiembre de 2015, casa una Sentencia dictada por el TSJ del País Vasco, por denegar la ampliación de un parque comercial basándose exclusivamente en motivos de índole económica¹⁴⁴. Se repite así, la línea ya apuntada por la Tribunal Constitucional en cuanto a la imposibilidad de supeditar la concesión de la autorización al cumplimiento de determinados requisitos de naturaleza económica (existencia de una necesidad económica o de una demanda en el

¹⁴³ STC 26/2012, de 1 de marzo, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad 5061/2001, promovido por el Presidente del Gobierno contra diversos preceptos de la Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears (FJ 5). *Vid.*, igualmente, STC 193/2013, de 21 de noviembre. Asimismo, la STSJ de Cataluña (Sala Segunda), de 24 de marzo de 2011, sobre la normativa relativa al establecimiento de superficies comerciales en dicha Comunidad autónoma (asunto C-400/08, caso Comisión Europea contra Reino de España), ofrece unas pautas de lo que considera “razones imperiosas de interés general”. En este sentido el Tribunal insiste que deben aplicarse de acuerdo con el principio de no discriminación por razón de nacionalidad y de proporcionalidad (“siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo”). En cuanto a los motivos concretos, la Sentencia menciona la protección al medio ambiente y la protección de los consumidores. Sin embargo, el Tribunal considera que “los objetivos de carácter meramente económicos no pueden constituir una razón imperiosa de interés general”.

¹⁴⁴ Sinopsis STS 3866/2015, de 3 de septiembre de 2015, rec. 3408/2014: La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó, con fecha 11 de julio de 2014, sentencia en el recurso contencioso-administrativo número 750 de 2010, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por UNIBAIL RODAMCO GARBERA S.L. contra el Acuerdo de 13 de abril de 2010, del Gobierno Vasco, que inadmite el recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno Vasco de 22 de diciembre de 2009, relativo a la adecuación del PTS de creación pública de suelo para actividades económicas y de equipamientos comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006.

El Tribunal Supremo anula la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que cerró la puerta a las pretensiones de extensión del parque comercial, al dar por buenas las limitaciones de espacio impuestas por el Plan Territorial Sectorial (PTS) de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y Equipamientos Comerciales de Euskadi, que imponía un tope de 25.000 metros cuadrados para el entorno de Donostialdea, un máximo ya cubierto por Garbera. El centro comercial planteó en 2009 un proyecto para casi duplicar su espacio, pero las instituciones lo impidieron, una decisión que fue recurrida por Garbera, que perdió el juicio en primera instancia.

Sin embargo, el Supremo enmienda ahora la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y sostiene que los motivos que se alegaron para no modificar el PTS fueron exclusivamente de índole económica, cuando la Directiva 2006/123/CE y la Ley 17/2009 únicamente autorizan limitaciones “por razones justificadas e imperiosas de interés general” relativas a la protección del medio ambiente y el entorno urbano. La sentencia recuerda que el Gobierno de Lakua justificó la limitación de espacio por la necesidad de “favorecer una mayor competencia empresarial, así como para incentivar la implantación de establecimientos comerciales de menor tamaño frente a los grandes equipamientos comerciales”. Estos argumentos son, para el Tribunal Supremo, “criterios económicos” para limitar las dimensiones de las superficies comerciales, “a pesar de que tales criterios no son las razones de interés general que, con carácter excepcional, admiten tanto la tan repetida Directiva europea como la Ley estatal que la traspone”.

mercado, necesidad de evaluar los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad, o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente, etc.). Las razones imperiosas de interés general que se invoquen no pueden encubrir requisitos de planificación económica.

La concreción de la existencia de una razón imperiosa de interés general corresponderá al legislador del Estado miembro que la invoca. Existe, por tanto, una carga de la prueba del Estado de demostrar que la razón imperiosa de interés general resulta “apropiada y necesaria para lograr el objetivo legítimo perseguido”. Ahora bien, dicha carga “no puede llegar hasta el punto de exigir que dicho Estado demuestre de forma positiva que ninguna otra medida imaginable permitiría alcanzar dicho objetivo en las mismas condiciones” (STJUE de 10 de febrero de 2009, Comisión versus Italia, apartado 66).

No podemos sino realizar una valoración negativa de la ambigüedad y amplitud con que están redactados los términos del artículo 4.8 DS. En efecto, el concepto de interés general se ha convertido en una especie de “cajón de sastre”, bajo cuyo ámbito, podrán previsiblemente justificarse las más variadas restricciones sobre la base de los más variopintos argumentos. En todo caso, el objetivo del legislador español y de las autoridades europeas a la hora de enjuiciar la ordenación de los procedimientos a la propia Directiva, no puede perder de vista, el objetivo último de la misma: la garantía del principio de libertad de establecimiento¹⁴⁵.

4.3.2. Otros requisitos para el establecimiento de los servicios

4.3.2.1. Prohibición de solapamiento con otros regímenes de autorización

Conforme al artículo 10.3 de la DS, “las condiciones de concesión de una autorización para un nuevo establecimiento no deberán dar lugar a solapamientos con los requisitos y controles equivalentes o comparables en lo esencial por su finalidad a los que ya esté sometido el prestador en otro Estado miembro o en el mismo Estado”.

Esta condición de no solapamiento tiene una especial incidencia en lo que a nuestro Derecho respecta, por cuanto, tal y como veremos, las licencias en nuestro país se encuentran tradicionalmente sometidas a diversos controles por las autoridades. Piénsese en las competencias que los municipios ostentan en la licencia de obras y la cédula de habitabilidad y la de actividad y de apertura o funcionamiento; a ello habría que añadir los procedimientos previstos en defensa de la competencia o las licencias de actividad turísticas.

Esta prohibición de no solapamiento queda relativizada en cualquier caso, con el contenido del Considerando 9 mencionado supra, referente a que los prestadores de servicios deben respetar, entre otras, las normas relativas a la ordenación del territorio y urbanismo.

¹⁴⁵ A este respecto, UREÑA SALCEDO, J. A., “El principio de Servicio objetivo a los intereses generales y su control por los tribunales”, *DA*, núm. 289, 2011, pp. 57-80.

4.3.2.2. Exigencia de una sola autorización para todo el territorio nacional

Todo régimen autorizador que aspire a su compatibilidad con la DS debe respetar también el requisito previsto en el artículo 10.4, en cuya virtud las autorizaciones deben permitir al prestador acceder a la actividad de servicios en la totalidad del territorio nacional “salvo que haya una razón imperiosa de interés general que justifique una autorización individual para cada establecimiento [...]”¹⁴⁶.

En el caso de los establecimientos comerciales es obvia la aplicación de esta salvedad, pues de otro modo se llegaría al absurdo de que cualquier operador que obtuviese una autorización podría instalarse en cualquier parte de territorio y al margen de cualquier otro control sobre usos del suelo, medioambiente, etc.

Por otro lado, y ligada a esta última disposición, el artículo 12 DS prevé que cuando “el número de autorizaciones disponibles para una determinada actividad esté limitado debido a la escasez de recursos naturales [...] los Estados miembros aplicarán un procedimiento de selección entre los posibles candidatos en el que se den todas las garantías de imparcialidad y de transparencia [...]”.

¹⁴⁶ Las libertades de establecimiento y de prestación de servicios constituyen unas de las libertades fundamentales que conforman la esencia del Derecho de la Unión Europea, conjuntamente con las libertades de circulación de trabajadores, de circulación de mercancías y de circulación de capitales. Dichas libertades estarán garantizadas en un espacio sin fronteras interiores en el mercado interior (art. 26 TFUE). Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales reconoce la libertad profesional, el derecho a trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro (art.15), así como la libertad de empresa (art. 16).

Las libertades suponen la garantía de un espacio de no injerencia de los poderes públicos en la que sus titulares pueden desarrollar plenamente una determinada actividad, en este caso de carácter económico. Ahora bien, tales libertades no son absolutas, admitiéndose que en determinados casos puedan establecerse ciertos requisitos, limitaciones y controles en su ejercicio. Teniendo en cuenta que las Constituciones de los Estados miembros vienen a establecer la libertad de empresa como derecho fundamental, se produce un salto cualitativo relevante por cuanto la regulación de la libertad de empresa venía considerándose hasta ahora como un ámbito propio de la soberanía de los Estados miembros, y a partir de ahora éstos deberán hacerlo en el marco de unos principios y reglas establecidas por la Unión Europea.

El concepto de “libertad de establecimiento” ha sido perfilado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, siendo codificado por la Directiva de Servicios. En este sentido, el Considerando 37 DS señala lo siguiente: “El lugar de establecimiento de un prestador debe determinarse con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual el concepto de establecimiento implica el ejercicio de una actividad económica a través de un establecimiento fijo durante un período de indefinido. Este requisito se cumple también cuando se constituye una empresa por un plazo determinado o cuando la empresa arrienda el edificio o las instalaciones desde donde ejerce su actividad. También puede cumplirse cuando el Estado miembro concede autorizaciones únicamente durante un período limitado en relación con un servicio en particular. No es necesario que el establecimiento adopte la forma de filial, sucursal o agencia, sino que puede consistir en una oficina dirigida por el propio personal del prestador o por una persona que sea independiente pero autorizada a actuar de manera permanente por la empresa, como sería el caso de una agencia. Con arreglo a esta definición, que exige el ejercicio efectivo de una actividad económica en el lugar de establecimiento de un prestador, una simple dirección postal no constituye un establecimiento. Si un prestador tiene varios lugares de establecimiento, es importante determinar desde qué lugar de establecimiento se presta el servicio efectivo en cuestión.

En aquellos casos en los que es difícil determinar desde cuál de los diferentes lugares de establecimiento se presta un determinado servicio, debe considerarse que este es el lugar en el que el prestador tiene el centro de sus actividades relacionadas con ese servicio en particular”. A este respecto, *vid.*, DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios en el mercado interior”, en la obra dirigida por el mismo autor *El mercado interior de servicios de la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 125 y ss.

Disposición que sería aplicable a la ordenación espacial de los grandes establecimientos comerciales.

4.3.2.3. Su recurribilidad

El régimen autorizador en fin, debe atenerse a lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 10 de la Directiva, que exige que toda decisión de las autoridades competentes dictadas dentro del procedimiento, incluyendo la denegación o retirada de la autorización, pueda impugnarse mediante un recurso judicial u otra instancia de apelación. Esta disposición no plantea problema alguno respecto de su encaje en nuestro Derecho, puesto que se reconoce expresamente, y con carácter general, la posibilidad de recurrir los actos administrativos, en sede administrativa y/o judicial.

4.3.3. Características del procedimiento de autorización

La DS no sólo contiene disposiciones relativas a la regulación del contenido material de los regímenes autorizatorios que condicionen o limiten la libertad de establecimiento, sino que incide también sobre el marco formal del procedimiento bajo el cual debe otorgarse la autorización. La Directiva, dedica el artículo 13 a garantizar que los procedimientos en los que se enmarca el régimen autorizador cuenten con las debidas garantías que aseguren que el administrado va a percibir un trato objetivo e imparcial.

Es obvio que la evolución del Derecho Administrativo español en las últimas décadas ha supuesto un avance significativo en los derechos de los ciudadanos frente a la actuación de la Administración. En la CE se recogen principios y derechos que proclaman el sometimiento de aquélla a la Ley, la seguridad jurídica o interdicción de la arbitrariedad que, obviamente tratan de asegurar los derechos de los administrados en sus relaciones, cada vez, más intensas, con la Administración [artículos 9.3 y 103.1 CE]¹⁴⁷.

Es por ello que, muchos de los derechos que el artículo 13 DS pretende garantizar se contemplan en nuestra Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como en otras normas procedimentales. Aunque,

¹⁴⁷ En tal sentido, es significativo lo recogido en el Preámbulo de la LRJ-PAC al señalar que “la Constitución de 1978 alumbró un nuevo concepto de Administración, sometida a la Ley y al Derecho, acorde con la expresión democrática de la voluntad popular. La Constitución consagra el carácter instrumental de la Administración, puesta al servicio de los intereses de los ciudadanos y la responsabilidad política del Gobierno Correspondiente, en cuanto que es responsable de dirigirla”. Asimismo, continúa señalando que “el régimen jurídico de las Administraciones Públicas debe establecerse desde este concepto y trascender a las reglas de funcionamiento interno, para integrarse en la sociedad a la que sirve como el instrumento que promueve las condiciones para que los derechos constitucionales del individuo y los grupos que integran la sociedad sean reales y efectivos.”

como también tendremos ocasión de ver, la transposición de la DS se ha aprovechado para modificar a su vez la citada Ley 30/1992 y otras muchas normas¹⁴⁸.

De conformidad con lo expuesto, en las siguientes líneas procederemos a examinar más exhaustivamente esta disposición, analizando uno a uno los puntos recogidos, agrupándolos con este fin en tres bloques:

1.- El primero de los bloques lo constituyen los apartados 1º y 2º del artículo 13, que disponen que “los procedimientos y trámites de autorización deberán ser claros, darse a conocer con antelación y ser adecuados para garantizar a los solicitantes que su solicitud reciba un trato objetivo e imparcial” y que “los procedimientos y trámites no deberán tener carácter disuasorio ni complicar o retrasar indebidamente la prestación del servicio”¹⁴⁹.

Al igual que lo visto con anterioridad respecto de las condiciones mínimas de todo régimen autorizador, el artículo 9.3. CE garantiza la concurrencia de muchos de los requisitos dispuestos en este apartado 1º. Respecto del segundo de los apartados, podría entenderse implícito en lo dispuesto en el artículo 3.2 de la LRJ-PAC, que dispone que la Administración debe actuar bajo los principios de eficiencia o los artículos 74 y 75 de la LRJ-PAC, que refieren, como una de las obligaciones de la misma, el deber de impulso y celeridad en la tramitación de los procedimientos administrativos.

No obstante la plasmación formal de estos principios con reconocimiento constitucional en algún caso, en la práctica estas obligaciones no siempre son asumidas de manera efectiva y real por las Administraciones. Los procedimientos administrativos en muchos casos, constituyen verdaderas barreras que deben superar los administrados para ejercer sus derechos.

2.-. Por su parte, el bloque conformado por los apartados 3º y 4º del artículo 13 dispone que los procedimientos y trámites de autorización deben tener un “plazo de respuesta razonable, fijado y

¹⁴⁸ Tener en cuenta que en el BOE. núm. 236, de 2 de octubre de 2015, ha tenido lugar la publicación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuya Disposición derogatoria única, deroga la citada Ley 30/1992, si bien su entrada en vigor está prevista para el próximo 2 de octubre de 2016 (Disposición final séptima). En cualquier caso y como tendremos la oportunidad de comprobar, la citada Norma no introduce variaciones sustanciales en cuanto al régimen jurídico recogido en la LRJ-PAC.

¹⁴⁹ Sobre la redacción de normas poco claras y su influencia sobre la seguridad jurídica, SEMPERE NAVARRO, A. V., en su obra *Jurisprudencia Social Comunitaria*, Aranzadi, 2008, afirma que la seguridad jurídica tiende a identificarse con el principio de protección de la confianza legítima, como la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad, pero sin agotarse en estos principios sino integrándolos y apuntando a la promoción de un orden jurídico presidido por la justicia y la igualdad (STC 27/1981). Una vertiente especialmente útil para el tema ahora considerado es la que apunta hacia la previsibilidad en la forma de legislar, pues lo que debe existir es certeza sobre el Ordenamiento aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 157/1989) siendo preciso que el legislador proporcione claridad y evite la confusión (STC 46/1990) entendiéndose vulnerada la seguridad jurídica cuando el contenido de una norma propicie dudas que generen en los destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable pese a utilizarse la hermenéutica jurídica usual.

Asimismo, NIETO A., “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo III, Cívitas, Madrid, 1991, recuerda que “los intereses generales han preocupado a la cultura política desde Platón, la bibliografía que han producido es ingente y, en último extremo, constituye una de las piedras angulares de la democracia y del Derecho público antiguo y moderno”, *cit.*, p. 2186.

hecho público con antelación” cuya ampliación “deberá motivarse debidamente”; declarándose a su vez, el carácter positivo del silencio salvo que se justifique en una razón imperiosa de interés general.

El contenido de ambos apartados puede considerarse incluido en los artículos 42 y 43 de la LRJ-PAC, relativos al silencio máxime tras su última modificación, como abordaremos más adelante¹⁵⁰.

3.- Los últimos apartados (5º, 6º y 7º) de este artículo 13 DS, exigen que el remitente de toda solicitud de autorización reciba acuse de recibo en el que se le indique el plazo contemplado para la resolución, las vías de recurso, y el carácter del silencio; se debe informar a los interesados, en caso de resultar insuficiente la documentación aportada, para que presenten la documentación adicional, siendo obligatorio que los solicitantes sean informados cuando se desestime su petición.

Estos tres apartados podrían entenderse recogidos en los artículos 42.4 y 71.1 de la LRJ-PAC, por lo que tampoco plantea problema alguno la exigencia de su vigencia en nuestro ordenamiento jurídico¹⁵¹.

En definitiva, la mayoría de los requisitos procedimentales exigidos a través del artículo 13 DS se encuentran ya regulados en la LRJ-PAC, sin que constituyan novedad alguna y mucho menos, una convulsión en nuestro ordenamiento jurídico.

4.3.4. Requisitos prohibidos

Al margen de las características con las que debe contar obligatoriamente un régimen autorizador, la DS recoge, en su artículo 14, aquellos supuestos que en ningún caso pueden utilizarse en los regímenes de autorización para supeditar el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio: requisitos discriminatorios basados directa o indirectamente en la nacionalidad, o consistentes en estar establecido en varios Estados o inscrito en el registro de colegios o asociaciones de varios Estados; limitaciones de la libertad del prestador para elegir entre un establecimiento principal y

¹⁵⁰ Así, el apartado 1º de este artículo 42 dispone que “la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación [...]”. Por otro lado, el apartado 2º dispone que “el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento [...]”. Conforme al apartado 4º, “[...] las Administraciones Públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación”. En cuanto a la posibilidad de ampliar el plazo, los apartados 5º y 6º del artículo 42 también abordan este aspecto.

¹⁵¹ En concreto, el artículo 42.4 LRJ-PAC dispone que las Administraciones Públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo. Por su parte el artículo 71.1 LRJ-PAC establece que “si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la alta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que será dictada en los términos previstos en el artículo 42”.

secundario¹⁵²; condiciones de reciprocidad; pruebas económicas consistentes en demostrar una necesidad económica o una demanda de mercado; intervención directa o indirecta de los competidores; obligación de constituir un aval financiero, de participar en él o de suscribir un seguro con un prestador u organismo establecido en territorio nacional; obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un período determinado en los registros existentes en el territorio nacional, o de haber ejercido previamente la actividad durante un período determinado en dicho territorio. Cuestiones todas ellas que también nos resultaban ya conocidas.

4.3.5. Requisitos por evaluar

En cuanto a los requisitos por evaluar son, por ejemplo: i) los límites cuantitativos y territoriales y, en concreto, los fijados en atención a la población o a una distancia mínima entre prestadores¹⁵³; ii) los que obliguen al prestador a constituirse adoptando una forma jurídica particular¹⁵⁴; iii) los relativos a poseer una cuota determinada de capital de una sociedad¹⁵⁵; iv) los relativos a disponer de un número mínimo de empleados; v) tarifas obligatorias mínimas y/o máximas; vi) la obligación de realizar junto con su servicio otros específicos; vii) prohibición de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional... [art. 15 DS].

Del amplio listado de los requisitos por evaluar, debemos destacar el contenido en el apartado 2.a) del precepto citado, conforme al cual los Estados miembros examinarán si sus respectivos ordenamientos jurídicos supeditan el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio al

¹⁵² Para definir la libertad de establecimiento debemos acudir al concepto de establecimiento cuyos contornos han sido perfilados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y que ha sido codificado por la Directiva de Servicios. En este sentido el Considerando 37 de la Directiva señala lo siguiente: “El lugar de establecimiento de un prestador debe determinarse con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual el concepto de establecimiento implica el ejercicio de una actividad económica a través de un establecimiento fijo durante un período de indefinido. Este requisito se cumple también cuando se constituye una empresa por un plazo determinado o cuando la empresa arrienda el edificio o las instalaciones desde donde ejerce su actividad. También puede cumplirse cuando el Estado miembro concede autorizaciones únicamente durante un período limitado en relación con un servicio en particular. No es necesario que el establecimiento adopte la forma de filial, sucursal o agencia, sino que puede consistir en una oficina dirigida por el propio personal del prestador o por una persona que sea independiente pero autorizada a actuar de manera permanente por la empresa, como sería el caso de una agencia. Con arreglo a esta definición, que exige el ejercicio efectivo de una actividad económica en el lugar de establecimiento de un prestador, una simple dirección postal no constituye un establecimiento. Si un prestador tiene varios lugares de establecimiento, es importante determinar desde qué lugar de establecimiento se presta el servicio efectivo en cuestión.

En aquellos casos en los que es difícil determinar desde cuál de los diferentes lugares de establecimiento se presta un determinado servicio, debe considerarse que este es el lugar en el que el prestador tiene el centro de sus actividades relacionadas con ese servicio en particular”.

¹⁵³ Debe tenerse presente que el artículo 11.a. de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, afirma de forma contundente que “los fines económicos, como el de garantizar la viabilidad económica de determinados prestadores, no podrá invocarse como justificación de restricciones cuantitativas o territoriales”.

¹⁵⁴ El artículo 11.b. de la citada Ley 17/2009 agrega la obligación de constituirse como entidad sin ánimo de lucro.

¹⁵⁵ Con el carácter de “mínimo”, según detalla el artículo 11.c. de de la Ley 17/2009.

cumplimiento de límites cuantitativos o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores¹⁵⁶.

Recuérdese que un recurso empleado en las legislaciones autonómicas, consiste en condicionar el otorgamiento de las licencias de actividad a que no se sobrepasen determinados límites cuantitativos plasmados en metros cuadrados de distancia o como ocurre en el otorgamiento de licencias comerciales en metros cuadrados de superficie. Sin embargo, este artículo obliga, a su vez, a que se revisen dichos límites con el objeto de constatar que la imposición de los mismos cumplen las condiciones de no discriminación, proporcionalidad, y necesidad que esté basada en una razón imperiosa de interés general.

4.3.6. Duración de las autorizaciones

En cuanto a la duración de las autorizaciones, tiene que regularse de forma que se permita la renovación automática. De otra parte, sólo puede limitarse su número cuando lo exija una razón imperiosa de interés general. Asimismo, sólo por la misma razón se puede limitar la duración de la autorización (artículo 11 DS).

4.3.7. ¿Un cambio de paradigma con esta Directiva?

En el marco de la función administrativa de control, la reforma auspiciada por la DS se traduce en una simplificación de trámites y requisitos exigibles y en la revisión de una de las técnicas de intervención y control administrativo clásicas, la autorización previa.

¹⁵⁶ En este sentido, la Comisión Europea inició entre 2005 y 2008 varios procedimientos de infracción contra seis Estados miembros (Alemania, Austria, Francia, España, Italia y Portugal) por su normativa en materia de establecimiento de farmacias. En varias sentencias recientes el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha zanjado esta cuestión reconociendo a los Estados miembros un amplio margen de actuación en materia de planificación farmacéutica. La Comisión ha venido cuestionando la legalidad de ciertas limitaciones a la propiedad y el establecimiento de farmacias por considerar que constituían restricciones injustificadas y desproporcionadas de la libertad de establecimiento consagrada en el Tratado. Así, para considerar que una restricción de las libertades fundamentales del Tratado está justificada, conforme con una asentada jurisprudencia comunitaria es preciso que dicha restricción: (i) se aplique de manera no discriminatoria; y (ii) sea necesaria para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (criterios de necesidad y proporcionalidad).

En este sentido, el Tribunal viene analizando también la coherencia general de la restricción para alcanzar los objetivos perseguidos por el Estado miembro. Reconoce en este sentido la adecuación de las limitaciones demográficas para canalizar la implantación de farmacias hacia las partes del territorio nacional en las que el acceso a la atención farmacéutica presente lagunas, puesto que, al impedir a los farmacéuticos establecerse en zonas en las que ya existe un número suficiente de farmacias, les invita, así, a instalarse en zonas en las que exista escasez de farmacias. Igualmente, el Tribunal se refiere a que la adecuación del requisito de distancia mínima entre farmacias es un elemento necesario para evitar una duplicidad de estructuras en algunas zonas, mientras que otras partes de la misma zona podrían no contar con oficinas de farmacia. Dichas distancias mínimas contribuirían a distribuir las farmacias de una manera más equilibrada en el interior de una zona geográfica determinada. Tras prácticamente un lustro bajo la constante crítica de la Comisión Europea, los sistemas regulados de farmacia han recibido el respaldo del TJUE, que ha reconocido en su jurisprudencia un amplio margen de discreción de los Estados a la hora de diseñar sus sistemas farmacéuticos y de proteger la vida y la salud humanas [*vid.*, STJUE, de 1 de junio de 2010, en los asuntos acumulados C-570/07 y C-571/07 (“Blanco Pérez y Chao Gómez”)].

Un postulado principal de la Directiva Bolkenstein es que la figura de la autorización administrativa previa sólo se mantenga si es jurídicamente posible, y sólo será posible si se cumple la triple condición de que: i) esté justificada por una razón imperiosa de interés general; ii) el régimen autorizador no genere discriminación entre los prestadores de servicios; y, iii) que el objetivo perseguido no pueda conseguirse mediante una medida menos restrictiva, ya que en esta hipótesis podría frustrarse la función de control.

Hay que notar que cuando la Directiva habla de estas medidas “menos restrictivas” sustitutorias de la autorización previa, se refiere siempre a algún tipo de “control a posteriori”. Este es el dato fundamental, un control sucesivo, sin que la Directiva indique o prejuzgue la técnica concreta que cada Estado miembro pueda utilizar a tal efecto.

Como la DS no define ni precisa cuáles son o deben ser los instrumentos de control, el legislador interno se beneficia de un amplio margen de elección para reemplazar el régimen autorizador por nuevos instrumentos de intervención de la actividad más ágiles y eficaces para los ciudadanos, con vistas a materializar el potencial de crecimiento de un mercado interior de servicios integrado, que puede generar importantes beneficios no sólo de naturaleza económica, sino también de mejora de la calidad y competitividad de los servicios que prestan las empresas y de mayor protección de los derechos de consumidores y usuarios.

Hasta ese momento y todavía hoy en algunos casos, el acceso a una actividad quedaba sujeto a una o diversas autorizaciones administrativas de naturaleza reglada materializadas en forma de licencias, concesiones, permisos, homologaciones u otros títulos. Estas autorizaciones se otorgaban por la autoridad competente en forma expresa o tácita, una vez vencido el plazo establecido al efecto, y siempre con carácter previo al inicio de la actividad. De resultas del enfoque que las autoridades comunitarias imponen en el modelo de ordenación del sector servicios español, las comunicaciones y declaraciones responsables están llamadas a ser la principal llave de paso de la actividad de servicios, puesto que la imposición a los prestadores de un régimen de autorización sólo procede cuando concurren condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad.

La exteriorización más evidente de este nuevo enfoque en las modalidades de intervención administrativa sobre la actividad privada ha consistido en la mutación del tiempo en el que se produce la injerencia administrativa en dicha actividad, que en muchos supuestos pasa de ser un control ex ante, previo a su puesta en marcha e impeditivo de la misma de no concurrir todos los requisitos legalmente exigidos, a un control ex post en el que el cumplimiento de dichos requisitos se verifica una vez iniciada la actividad. Con ello, se gana en predictibilidad y se potencia la responsabilidad del administrado, al depender el acceso y ejercicio de una actividad de servicios exclusivamente de su propia implicación personal (mediante declaración responsable o comunicación previa) y no del albur administrativo. Derivar el control administrativo desde una resolución formal declarativa de un derecho a un momento posterior a ese inicio sin que se exija resolución administrativa supone un incentivo adicional, al no quedar sujeto el acceso y ejercicio de

la actividad a formalidades burocráticas en la presentación de documentos, a trámites procedimentales a veces innecesarios o complejos y a plazos excesivamente largos o indeterminados que fácilmente pueden originar requerimientos administrativos arbitrarios, resoluciones extemporáneas y gastos abusivos, que tienen efectos claramente disuasorios para los prestadores que deseen desarrollar una actividad. En realidad, estas previsiones no son extrañas al legislador estatal puesto que existe un acervo comunitario ya transpuesto, como ocurre respecto de los títulos habilitantes para el acceso a la prestación de los servicios de telecomunicaciones, que comparte la misma filosofía simplificadora y que ha dado lugar a una doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

II. LA RECONDUCCIÓN DE LA TÉCNICA AUTORIZATORIA EN ESPAÑA TRAS LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

La Directiva de Servicios, como instrumento normativo comunitario, exige una transposición a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros, obligando en cuanto a los fines, pero dejando libertad de formas y medios al amparo del artículo 288 del TFUE.

El plazo de transposición que fijaba la Directiva era de tres años, plazo que finalizó el 28 de diciembre de 2009, aunque la norma comunitaria entró en vigor el 28 de diciembre de 2006, esto es, al día siguiente de su publicación, impidiendo así a los Estados miembros desde ese mismo momento aprobar normas contrarias al contenido de la Directiva.

No obstante ello, además de fijar el plazo para su transposición formal, también preveía lo que podríamos denominar una “transposición material progresiva,” en la que los Estados miembros deberían suprimir inmediatamente aquellos obstáculos que se pudiesen eliminar rápidamente, y respecto de los demás, iniciar un proceso de reformas de manera coordinada con los demás Estados Miembros.

El ritmo del proceso para la transposición de la Directiva de Servicios seguido en España no puede distinguirse entre los más acelerados de Europa, aunque debe reconocerse igualmente que la mayoría de los países asumieron sin grandes prisas la labor de incorporar las previsiones de esta norma a sus ordenamientos, y sí pueden destacarse algunos que aprobaron pronto leyes para ello, otros en cambio tardaron más que nuestro país.

En este escenario, nuestro legislador estatal optó por la aprobación de dos leyes de transposición formal, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, conocida como “ley paraguas” por su carácter horizontal, que promueve una aplicación amplia de los principios generales de la Directiva con pocas restricciones y que requiere de una concreción mayor para garantizar su eficacia; y, por otro lado, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, ya que modifica 48 leyes estatales para su adecuación a los principios de la Ley sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios, siendo la Ley 25/2009, la que

mediante reformas sectoriales otorga un mayor nivel concreción a la eficacia de la Directiva en nuestro ordenamiento jurídico.

Al margen de esta transposición formal en plazo, posteriormente se han dictado otras leyes con fundamento en la Directiva. Todo ello sin perjuicio de otras normas que en un futuro tengan que aprobarse¹⁵⁷.

Es importante hacer notar que, aunque la Directiva de Servicios pretendió llevar a cabo una armonización de las disposiciones de los Estados miembros en materia de autorizaciones previas en relación con las actividades de prestación de servicios, la circunstancia de que esta materia esté repartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas provocó que también éstas aprobasen leyes de transposición de la Directiva a los correspondientes ordenamientos autonómicos. Todo lo cual es irreprochable salvo por la circunstancia de que se ha generado una importante diversificación de la que resultarán en la práctica muchas especialidades en la ordenación de las materias a las que la Directiva se refiere. Además, dicho proceso de transposición se complica como consecuencia de nuestro modelo de organización territorial de Estado descentralizado, que exige que los tres niveles administrativos (estatal, autonómico y local) transpongan la norma comunitaria, lo que requiere de una especial coordinación que debe presidir la legislación estatal¹⁵⁸.

No obstante, y a pesar de las dificultades que puedan derivarse de un proceso de esta naturaleza, el régimen jurídico de las autorizaciones en nuestro ordenamiento posee una nueva disciplina jurídica inspirada, necesariamente, en los principios y valores que ha puesto de manifiesto la jurisprudencia comunitaria y han consolidado, en algunos sectores, tanto el legislador comunitario como los estatales. Además, como hemos dicho y analizaremos en los epígrafes siguientes, muchos de los principios y objetivos consagrados por la Directiva ya están recogidos en la LRJ-PAC y otras normas de procedimiento.

El armazón jurídico de esta construcción se apoya en un conjunto de reglas que merecen ser tratadas con un mínimo detenimiento. A ello se dedican las páginas que siguen.

¹⁵⁷ MUÑOZ MACHADO, S., pronosticó que serían precisas más intervenciones del legislador estatal, además de las leyes 17/009 y 25/2009, “Las regulaciones por silencio (Cambio del paradigma en la intervención administrativa en los mercados)”, *El cronista del Estado Social Democrático de Derecho*, núm. 9, 2010, *cit.*, p. 73. Vaticinio que, con el transcurso de los años, ha quedado plenamente confirmado, según resulta de la ingente labor legislativa del Estado mediante la aprobación de las siguientes normas: Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, de modificación del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio; Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios; Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado; Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local; Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia...

¹⁵⁸ MUÑOZ MACHADO, S., nos recuerda la competencia que sobre el sector servicios tienen los tres niveles administrativos existentes en España, el Estado en materia de planificación y ordenación económica general, así como para garantizar la libertad de empresa, según el artículo 149.1.1º, 13º y 18º de nuestra Constitución Española, las Comunidades Autónomas en materia de comercio interior, tal y como reconocen todos los Estatutos, y finalmente las Entidades Locales, ya que la apertura de establecimientos y la prestación de servicios han estado tradicionalmente sometidos a intervención administrativa municipal. *Las regulaciones por silencio...*, *cit.*, p. 73.

1. La transposición de la Directiva de Servicios al ordenamiento jurídico español. Breve apunte de la distribución de competencias

La Directiva de Servicios afectó a una multitud de legislaciones de carácter sectorial que inciden en competencias atribuidas al Estado, a las Comunidades Autónomas y a los Entes Locales¹⁵⁹.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha consagrado el denominado “principio de no alteración del reparto de competencias” como consecuencia del proceso de integración de nuestro país en las estructuras europeas. El Alto Tribunal tempranamente declaró que “la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que (...) no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias”¹⁶⁰.

Así se ha reiterado recientemente por el Tribunal Constitucional cuando ha afirmado que “el hecho de que una competencia suponga ejecución del Derecho comunitario no prejuzga cuál sea la instancia territorial a la que corresponda su ejercicio, porque ni la Constitución ni los Estatutos de Autonomía prevén una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario. Así pues, la determinación de a qué ente público corresponde la ejecución del citado Derecho, bien en el plano normativo, bien en el puramente aplicativo, se ha de dilucidar caso por caso teniendo en cuenta los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en las materias afectadas [...]”. Y es que, como ha reiterado el Tribunal, “el desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento interno debe realizarse desde el pleno respeto de la estructura territorial del Estado... La traslación al ordenamiento interno de este Derecho supranacional no afecta a los criterios constitucionales de reparto competencial, que no resultan alterados ni por el ingreso de España en la Comunidad Europea ni por la promulgación de normas comunitarias”¹⁶¹.

El TJUE no ha puesto ningún reparo a la afirmación interna del principio de no alteración, al declarar, por ejemplo, en relación con la transposición de Directivas, que “todo Estado miembro es

¹⁵⁹ La Directiva de Servicios, tal vez consciente de esta realidad, y no sólo en nuestro país, plantea en el Considerando 60 que “la presente Directiva, y en particular las disposiciones referentes a los regímenes de autorización y al ámbito territorial de una autorización, no deben interferir en el reparto de competencias regionales o locales en los Estados miembros, incluidos los gobiernos autónomos regionales o locales, y el uso de lenguas oficiales”. En sentido similar, el artículo 10.7, donde se regulan las condiciones para la concesión de la autorización, declara que “el presente artículo no cuestiona el reparto de competencias locales o regionales de las autoridades del Estado miembro habilitadas para conceder dichas autorizaciones”.

¹⁶⁰ *Vid.*, STC 236/1991, FJ 9. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional “el Estado no puede ampararse por principio en su competencia exclusiva sobre las relaciones internacionales (art. 149.1.3.º CE) para extender su ámbito competencial a toda actividad que constituya desarrollo, ejecución o aplicación de los Convenios o Tratados internacionales y, en particular, del Derecho derivado europeo. Si así fuera, dada la progresiva ampliación de la esfera material de la intervención de la Comunidad Europea, habría de producirse un vaciamiento notable del área de competencias que la Constitución y los Estatutos atribuyen a las Comunidades Autónomas” (STC 79/1992, FJ 2).

¹⁶¹ STC 111/2012, de 24 de mayo, FJ 12.

libre de distribuir como considere conveniente las competencias internas y de ejecutar una directiva por medio de las autoridades regionales o locales”. El Derecho de la Unión reconoce, por tanto, a los Estados miembros, plena autonomía para ordenar el procedimiento destinado al desarrollo y ejecución del propio Derecho europeo conforme a las propias normas nacionales¹⁶².

La estable doctrina referida se ha recogido en el articulado de algunos de los nuevos Estatutos de Autonomía, que han recordado que la existencia de una regulación europea no modifica la distribución interna de competencias establecida por la Constitución y en los Estatutos¹⁶³.

Pese a ello, la transposición de las Directivas comunitarias al Derecho español no ha estado exenta de polémica, incluso el Consejo de Estado, en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios, propuso el recurso al artículo 150.3 CE (leyes de armonización) pues, “ha de tenerse presente que la coexistencia de potestades normativas de diverso alcance, la estatal y la autonómica, para hacer efectiva la incorporación de la Directiva puede en sí misma provocar problemas prácticos de diversa índole, por ejemplo, en relación con la distribución de competencias o con cuestiones organizativas y de coordinación”. Ya sabemos, no obstante, que el TC ha sostenido la competencia de las Comunidades Autónomas para transponer el Derecho

¹⁶² STJUE asunto Comisión c. Alemania, de 28 de febrero de 1991.

¹⁶³ Así, p. ej., art. 49.4 del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana, art. 109 del Estatuto de Autonomía de Illes Balears, art. 235 del Estatuto de Autonomía de Andalucía o art. 62.3 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

comunitario de acuerdo con la distribución constitucional de competencias de los artículos 148 y 149 de la CE¹⁶⁴.

No obstante la consolidada afirmación jurisprudencial del principio de no alteración del reparto competencial, tal como ha señalado el Consejo de Estado en sus *Informes sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español de febrero de 2008 y sobre las garantías del cumplimiento del derecho comunitario de diciembre de 2010* “de facto, es el Estado el que con carácter general asume sin más la labor de transposición y la participación autonómica se verifica en la tramitación de las concretas normas que la llevan a cabo, ya sea en el marco de la audiencia pública ya sea mediante la integración de los representantes autonómicos en el correspondiente órgano de coordinación”¹⁶⁵.

¹⁶⁴ A este respecto, son suficientemente clarificadoras las sentencias del TC núm. 146/1996, de 19 de septiembre, FJ.2, y núm. 33/2005, de 17 de febrero, FJ.3, las cuales y en definitiva indican que, a pesar de que el artículo 93 de la CE, en relación con el 149.1.3º de la citada norma, reconoce la competencia exclusiva a favor del Estado en las relaciones internacionales, éste tan sólo mantiene funciones de coordinación, quedando, en consecuencia, intactas las competencias de las Comunidades Autónomas en la transposición de la Directiva de Servicios en lo que afecte a las materias que tengan asumidas. También puede verse la Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, BOE. núm. 3, de 4 de enero de 2005 (requerimiento 6603-2004, formulado por el Gobierno de la Nación acerca de la constitucionalidad de los artículos I-6, II- 111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004). El TC resuelve el debate sobre la primacía del Derecho comunitario partiendo de la idea de que el Derecho comunitario se construye a partir del respeto de la identidad de los Estados y para ejercer competencias comunitarias y realizando una diferenciación entre los conceptos de supremacía y primacía: “La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación”. Estos argumentos obvian, a nuestro juicio, los problemas reales de encaje que se producen en la aplicación del Derecho. También y en este punto, conviene traer a colación el Informe 2/2009, de 15 de diciembre de 2010, relativo al “Incumplimiento del derecho de la Unión Europea por los Estados Miembros”, el cual en el apartado relativo a *La competencia reconocida al Estado en materia de relaciones internacionales por el artículo 149.1.3º de la Constitución*, indica que: “ Cuando se trate de una materia atribuida a la competencia de las Comunidades Autónomas y mientras no se haya producido una situación de incumplimiento, la competencia reservada al Estado por el referido artículo 149.1.3ª CE no le habilita, ni por sí ni por conexión con el artículo 93 de la Constitución, para aprobar normas de transposición, desarrollo o ejecución del Derecho de la Unión Europea. En cambio, expirado el plazo para incorporar una directiva o para adoptar medidas normativas exigidas por el Derecho de la Unión Europea, el Estado podría invocar el citado artículo 149.1.3ª (y su conexión con el artículo 93) para aprobar las normas necesarias a fin de garantizar el cumplimiento del Derecho de la Unión. La atribución de carácter supletorio a tales normas estatales mantendría incólume el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas que hubieran adoptado en tiempo y forma las normas demandadas por el Derecho europeo. Por otra parte, declarado el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea por parte del Tribunal de Justicia en relación con normas autonómicas, el Estado podría dictar, con la finalidad de garantizar el cumplimiento del Derecho de la Unión y ya sin carácter supletorio, las disposiciones estrictamente indispensables para la citada finalidad, esto es, para excluir el contenido normativo que ha sido objetado mediante la declaración de incumplimiento”.

¹⁶⁵ Señala ARZOZ SANTISTEBAN, X., “La versatilidad de lo básico en materia económica, con especial referencia a la crisis financiera y las Cajas de Ahorro” en *La regulación económica. En especial la regulación bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Iustel, 2012, Madrid, que en la práctica del Estado autonómico, el legislador estatal interviene de forma general en el proceso de transposición de las directivas europeas, cualquiera que sea la materia, aunque la materia corresponda prima facie a las Comunidades Autónomas: unas veces lo hace invocando competencias propias, otras veces aduciendo argumentos extracompetenciales, como la responsabilidad internacional del Estado, la igualdad de los españoles o la dimensión supraautonómica de la cuestión a regular, pp. 514-524.

En esta línea, la doctrina científica ha señalado la dificultad de atisbar competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas a la hora de proceder a la transposición de normas europeas debido a la incidencia que tendrán los títulos horizontales, especialmente la ordenación general de la actividad económica (art. 149.1.13ª CE), sobre los ámbitos competenciales autonómicos¹⁶⁶.

2. Legislación estatal de transposición

Como hemos apuntado, a nivel estatal, el proceso de transposición de la Directiva de Servicios en España se abordó con un doble enfoque, por un lado, mediante la aprobación de una Ley horizontal que promoviera una aplicación amplia de los principios básicos de las libertades de establecimiento y prestación de servicios, Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; y, por otro lado, mediante una reforma de leyes generales y sectoriales para adaptarlas a la nueva regulación, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, norma que modificó 48 leyes estatales, aunque con posterioridad, como veremos, se han aprobado otras reformas legales con fundamento en la Directiva¹⁶⁷.

2.1. La elaboración de los proyectos de ley de transposición y las críticas vertidas al respecto

En España, la secuencia de pasos para la transposición se inicia en marzo de 2007 con la creación de una Comisión de Trabajo Interministerial y para la transposición de la norma, grupo que elaboró un programa aprobado por la Comisión Delegada del Gobierno para asuntos económicos en julio de 2007. Desde entonces se desarrollaron reuniones con los interlocutores de las Comunidades

¹⁶⁶ MONTILLA MARTOS, J. A., “La articulación normativa Bases-Desarrollo al incorporar el Derecho Europeo en el Estado Autonomo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 2, 2004, p. 215.

¹⁶⁷ *Vid.*, al respecto, RIVERO ORTEGA, R., “La transposición de la Directiva de Servicios: panorámica general y blanca de su transposición en España”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317, junio 2011, p. 7, donde pone de manifiesto que este sistema de doble transposición mediante una ley horizontal y otra omnibus sectorial ha sido la postura mayoritaria de los Estados miembros, a excepción de Francia y Alemania, que presentaron una transposición más temprana, así Francia aprobó la Ley de Modernización de la Economía en agosto de 2008, y Alemania aprobó una amplia reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Autónomas y la Federación Española de Municipios y Provincias, tomando como fecha de referencia para la conclusión de la fase de identificación el 17 de abril de 2008¹⁶⁸.

Pese a este calendario, el borrador de Anteproyecto de Ley “Horizontal o Paraguas”, de libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios, no se presenta en el Consejo de Ministros hasta el mes de noviembre de 2008¹⁶⁹.

Entre los principales informes que se emitieron sobre el anteproyecto, hay que destacar el del Consejo Económico y Social, que no se manifestó en términos excesivamente críticos sobre el sentido de la norma, pero sí apuntó sus defectos de técnica normativa, advirtiendo asimismo del riesgo de incumplimiento de los plazos máximos de transposición, a la vista de los tiempos consumidos por el Gobierno y la necesidad de que Comunidades Autónomas y Municipios se adaptaran a las exigencias europeas.

La audiencia pública y los comentarios de los órganos consultivos, incluidos los referidos del Consejo Económico y Social y los de ocho Comunidades Autónomas, determinaron la introducción de toda una serie de mejoras en el anteproyecto de ley explicadas en un documento de fecha 12 de febrero de 2009. Estas mejoras se concretaron en un recorte de la exposición de motivos y mejoras de redacción y contenido del articulado.

Tras la introducción de estas mejoras, el Consejo de Ministros de 27 de marzo de 2009 acordó remitir a las Cortes Generales el Proyecto de Ley “Horizontal”, al tiempo que iniciaba los trámites de audiencia de un nuevo Anteproyecto, esta vez el de modificación de diversas leyes para su adaptación al anterior, también conocido como Anteproyecto de Ley “Ómnibus”. Por la fecha de aprobación en el Consejo de Ministros del envío del Proyecto de Ley “Horizontal” al Congreso, y a la vista de que el documento que explica las mejoras del Anteproyecto al Proyecto lleva fecha de

¹⁶⁸ El 8 de marzo de 2007, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (CDGAE) creó un Grupo de Trabajo al que le encomendó la preparación de un programa de trabajo para impulsar la transposición de la Directiva de Servicios que identificase las principales actuaciones que los distintos Ministerios debían desarrollar, incluyendo las pertinentes coordinaciones con las Administraciones autonómicas y locales. Desde un punto de vista jurídico, se consideró conveniente transponer la Directiva siguiendo un enfoque simultáneo de adaptaciones normativas sectoriales y de una “ley paraguas” que recogiera los principios fundamentales establecidos en la Directiva, asegurando así la compatibilidad de la futura normativa con los mismos. En cuanto a las adaptaciones normativas, se siguieron las siguientes fases: a) Una primera fase de “identificación”, consistente en que todas las Administraciones debían identificar la normativa potencialmente afectada por la DS sin prejuzgar si se requería o no un cambio normativo; b) Una segunda fase de “evaluación”, a través de la cumplimentación de dos cuestionarios: 1º- Un informe/cuestionario de la Comisión, que todos los Estados miembros debían remitir a la Comisión el 28 de diciembre de 2009 y que venía referido a los artículos 9, 15, 16 y 25 y, 2º- Un cuestionario elaborado por el Grupo de Trabajo creado por la CDGAE de acuerdo con el resto de disposiciones de la DS, en particular, artículos 10, 11, 12, 13 y 14 (este segundo informe o cuestionario no venía impuesto por la DS, teniendo como finalidad únicamente facilitar el proceso de evaluación y siendo su uso voluntario por parte de las CC.AA. y las EE.LL.). Por último, una tercera fase consistente en la “modificación y comunicación a la Comisión Europea de las normas que transponen la Directiva”. En este sentido, la fase de evaluación finalizó en enero de 2009 para las normas con rango de Ley y en mayo de 2009 para las normas con rango inferior con la aprobación por parte de la CDGAE de los informes de evaluación respectivos, comenzando a partir de esta fecha la fase de modificación de la normativa.

¹⁶⁹ Un lapso temporal tan amplio sólo se explica teniendo en cuenta la celebración de elecciones generales en marzo del mismo año (ya que la complejidad del Anteproyecto era mínima por limitarse a reproducir, con escasas variaciones y añadidos, los considerandos y el articulado de la propia Directiva).

febrero de 2009, no parece que todas las conclusiones del Dictamen del Consejo de Estado, de 23 de marzo de 2009, fueran tenidas en cuenta en el texto finalmente presentado.

En todo caso, el Consejo de Estado, en su Dictamen núm. 99/2009, de 18 de marzo, no se opuso al sentido general de la reforma, cuyo impacto económico a medio y largo plazo reconoció y explicitó, resaltando también la ventaja de sus reducidos costes. Tampoco criticó el Consejo de Estado la tramitación formal del Anteproyecto, que consideró “cuidada”, probablemente a la vista de la amplia participación de organizaciones representativas de intereses económicos y sociales.

El Órgano consultivo destacó como idea original de la propuesta española, el ámbito de aplicación subjetivo más amplio que la Directiva, al incluir a prestadores residentes en España, aún no siendo comunitarios. Sobre el resto de contenidos, advirtió que coincidían con los postulados de la norma europea: así, el principio general de no sujeción de las actividades a autorización previa, con su corolario de sustitución de las autorizaciones por otras técnicas, declaraciones responsables, comunicaciones y notificaciones y por controles ex post; y las exigencias de simplificación administrativa.

Sobre la forma de llevar a cabo la transposición, el Consejo de Estado se mostró más crítico, aunque le parecía plausible la opción por aprobar primero una ley horizontal, reproduciendo en buena medida preceptos de la Directiva, y pasar luego a la evaluación y reforma de la legislación sectorial. Las ventajas de esta opción radicarían sobre todo en su carácter básico, que garantizaría un mínimo homogéneo en las Comunidades Autónomas. Pero también planteaba inconvenientes, tanto desde el punto de vista del Derecho interno como en la perspectiva de cumplimiento de la Directiva. Así, muchas de las previsiones de la ley horizontal no tenían una eficacia inmediata, ya que muchos de los preceptos de esta norma contienen meras proposiciones descriptivas que carecen de fuerza normativa inmediata. Igualmente, el Anteproyecto incluyó artículos que tienen un marcado carácter programático cuyo incumplimiento no genera consecuencias previsibles, y que por su ubicación y contenido no pueden considerarse principios, fines o valores que, con frecuencia, conforman la parte expositiva de las normas, donde esa clase de previsiones más generales tienen su natural encaje. Los contenidos de la ley horizontal, en suma, serían más propios de una Directiva o un documento programático. Además, en su Dictamen, el Consejo de Estado desaconsejó la transposición en cascada, sugiriendo en cambio la realización de las modificaciones normativas en paralelo en el nivel del Estado y las Comunidades Autónomas.

Por último, no dejó tampoco de advertir el Consejo de Estado que la transcripción de la Directiva sin adaptar su terminología a la propia del Derecho español, podría provocar problemas interpretativos, al plantear dificultades de concreción¹⁷⁰.

Como ya se ha significado con anterioridad, en paralelo a la remisión al Congreso de la ley “horizontal” se iniciaron los trámites sobre el Anteproyecto de Ley Ómnibus. Los contenidos de este segundo texto son muy relevantes porque ya no suponían una mera copia más o menos literal de los contenidos de la Directiva, sino que incluían reformas concretas de diversas leyes españolas para adaptarlo a sus exigencias¹⁷¹.

¹⁷⁰ *Vid.*, Dictamen del Consejo de Estado nº 99/2009, de 18 de marzo, en cuyo apartado c) Transposición y transcripción, indica lo siguiente: “Es cierto que, como regla general, la mera transcripción no es la técnica más adecuada, máxime si se tiene en cuenta que este tipo de normas se caracteriza por su flexibilidad en cuanto a los medios a utilizar. No debe olvidarse, en efecto, que la Directiva es una norma finalista, limitada a fijar el resultado que se debe alcanzar y dejando libertad a cada Estado miembro para concretar la normativa a adoptar para lograr dicho resultado o fin. En esta labor de concreción, los Estados asumen la obligación de ajustar a la norma comunitaria su normativa interna, adecuando los criterios en ella contenidos a las peculiaridades de su propio ordenamiento. En ocasiones, cabe optar por la transcripción literal, a fin de evitar que la utilización de otra terminología sea fuente de conflictos y eventual fundamento de alguna imputación de infracción del contenido de la norma comunitaria. A este respecto, no hay que olvidar que la Comisión vigila de cerca que se recojan con la mayor fidelidad posible los preceptos comunitarios que se incorporan y, aunque ello no implica necesariamente su copia literal, lo cierto es que en la práctica se tiende a ello. Pero aun en tales casos, la labor de transposición de las normas comunitarias exige la puesta en práctica, según las exigencias del propio ordenamiento del Estado miembro, de los principios en ellas contenidos. Y es indudable que tales principios no sólo han de ser incorporados al Derecho español, sino que deben servir de criterio hermenéutico para la interpretación de dicho ordenamiento. Desde esta perspectiva, no puede dejar de señalarse que la transposición de la Directiva de Servicios requiere, en algunos puntos, una formulación más ajustada a nuestro ordenamiento y a las categorías y conceptos propios de él. A modo de ejemplo, puede citarse el artículo 8.3, que habla de “retirar” las autorizaciones, cuando lo correcto es utilizar el verbo “revocar” (a algún otro supuesto se hará especial referencia en el apartado en que se recogen las observaciones concretas al articulado del anteproyecto). La falta de esfuerzo en este sentido puede dar lugar a problemas de encaje en el ordenamiento vigente y a dificultades en la interpretación de la norma, así como en su aplicación práctica. E incluso desde una perspectiva puramente formal, puede provocar defectos de redacción, como ocurre en numerosos preceptos del anteproyecto. En el lado opuesto se encuentran aquellos artículos que se apartan de algunas de las previsiones de la Directiva, omitiendo o variando -en ocasiones, sin suficiente justificación-, algunos preceptos. Consecuencia de ello es que, en algunos puntos del anteproyecto, parece detectarse cierta falta de coherencia entre el propósito o finalidad de la norma y la concreta formulación de su articulado, ya sea por adoptar una sistemática inadecuada, ya por falta de claridad de algunos conceptos o por no ajustarse exactamente sus contenidos a los de la Directiva. Tal es el caso, entre otros, del artículo 5, que plantea dudas en cuanto a la forma en que han de articularse sus dos apartados. Sobre esta cuestión se volverá en el siguiente apartado. Finalmente, debería revisarse cuidadosamente el uso que de algunos conceptos definidos en la norma comunitaria y en el anteproyecto se hace en el articulado de este (pueden citarse los artículos 4 y 5, respecto del concepto de “prestador”; así también, los artículos 5 y 11, en relación con la definición de “establecimiento”), al objeto de evitar distorsiones o contradicciones internas”.

¹⁷¹ En concreto, se planteaba la reforma de la Ley de Bases del Régimen Local, la Ley del Procedimiento Administrativo, la Ley de Acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, la Ley de defensa de usuarios y consumidores, la Ley de colegios profesionales, la Ley de sociedades profesionales, la Ley de prevención de riesgos laborales, la Ley de inspección de trabajo y de seguridad social, la Ley de metrología, la Ley de patentes, la Ley de seguridad privada, la Ley de ordenación de la edificación, la Ley de subcontratación en el sector de la contratación, la Ley de minas, la Ley del sector eléctrico, la Ley del sector de hidrocarburos, la Ley de navegación aérea, la Ley de ordenación de los transportes terrestres, la Ley de tráfico, la Ley del sector ferroviario, la Ley de puertos, la Ley del servicio postal universal, la Ley de telecomunicaciones, la Ley de pesca fluvial, la Ley de caza, la Ley de costas, la Ley de vías pecuarias, la Ley de residuos, la Ley de aguas, la Ley de montes, la Ley de parques nacionales, la Ley del patrimonio natural, la Ley de pesca marítima, la Ley de sanidad animal, la Ley de recursos filogenéticos, la Ley de la viña y el vino, la Ley de sanidad, la Ley de propiedad intelectual, la Ley de ordenación del mercado del tabaco, la Ley sanitaria, la Ley del medicamento, la Ley de acceso a las profesiones de abogado y procurador...; en fin, una lista de reformas que recuerdan aquellas leyes de acompañamiento de los presupuestos generales del Estado.

Tanto el Consejo Económico y Social como el Consejo de Estado emitieron informes apuntando los problemas derivados de incorporar a un mismo texto reformas, así pues, derivadas de la transposición de la Directiva y otras modificaciones estructurales económicas, que se motivan por conexión a las primeras, pero no son impuestas por el Derecho europeo. Así, en sus informes de 28 de abril y 21 de mayo de 2009, respectivamente, hicieron hincapié en el punto controvertido de la introducción de cuestiones deliberadamente excluidas de la Directiva en la iniciativa del Gobierno.

Así, el Consejo Económico y Social destacó la introducción de cuestiones laborales -cuyo cauce más adecuado requeriría el previo diálogo social-, y el Consejo de Estado sugirió la posibilidad de tramitar por separado las cuestiones incluidas en la Directiva sujetas a un plazo determinado, de las del resto, las materias propias del diálogo social u otras como el del transporte.

Pese a las sugerencias del Consejo de Estado y del Consejo Económico y Social, tras su aprobación por el Consejo de Ministros, el 12 de junio de 2009, se publica en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 19 de junio el Proyecto de Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley de libre acceso de las actividades de servicios y su ejercicio, coincidiendo en su tramitación parlamentaria ambas leyes, lo que no dejaba de ser problemático por los cambios de última hora que pudieran producirse sobre la primera y que deberían tenerse presentes en la redacción de la segunda. Igualmente y en la citada sesión, el Consejo de Ministros también aprobó la relación de normas reglamentarias estatales a reformar. Reforma que, probablemente, debería producirse al mismo tiempo o inmediatamente después que se tramitaban las leyes.

La principal crítica que puede realizarse a esta operación reformadora es que, desde el verano de 2009, se encontraron con apenas cuatro meses para llevar a cabo la aprobación casi simultánea de los dos proyectos de Ley, necesariamente sintonizados, y la adaptación de las numerosas normas reglamentarias también afectadas.

La decisión del Gobierno de la Nación de transponer a nuestro ordenamiento la Directiva de Servicios mediante esta técnica singular de adoptar primero una ley horizontal, la ley paraguas, que recoja los principios generales a los que luego han de adaptarse todas las normas sectoriales, estatales, autonómicas o locales, reguladoras de la prestación de servicios, no ha estado exenta de

críticas doctrinales, pese a que podría decirse que era el procedimiento recomendado por la Unión Europea¹⁷².

Así, PAREJO ALFONSO ha cuestionado la técnica seguida para la transposición de la directiva considerando que lo procedente hubiese sido la incorporación directa de la Directiva mediante la reforma de las leyes sectoriales afectadas sin utilizar la Ley paraguas¹⁷³. En el mismo sentido, MUÑOZ MACHADO considera que la regulación general de la Ley paraguas es totalmente inadecuada para reproducir el efecto de eliminación de barreras que la disposición europea exige¹⁷⁴.

Otra crítica que cabe advertir es que en un primer momento no se consideró necesaria la participación de las Entidades locales en la articulación de este proceso, pese a que muchas licencias y autorizaciones se concedían en el ámbito local¹⁷⁵. Necesario es destacar el papel protagonista desarrollado por la Federación española de municipios y provincias, impulsando la publicación y divulgación en febrero de 2009 del “Manual de evaluación de las Entidades locales”. Asimismo llama la atención en este Manual de instrucciones su escasa aplicación concreta a la problemática sectorial que tienen que afrontar los municipios. Se exponen los principios y criterios a tener en cuenta en el análisis de las normas y procedimientos locales, pero no se hace referencia a cuales sean los directamente afectados. Y hay que pensar que, en líneas generales, serán los mismos

¹⁷² Ciertamente, el Gobierno no ha hecho sino seguir las recomendaciones de la Comisión Europea que en su “Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios” afirma que “la transposición de la Directiva de Servicios exigirá que los Estados Miembros adopten una combinación de medidas legislativas y no legislativas, es decir, organizativas o prácticas. La Directiva es un instrumento horizontal que abarca una amplia gama de servicios y que, probablemente, afectará a un número significativo de leyes y reglamentos nacionales. Por esta razón en lo que concierne a la legislación de transposición, los Estados miembros deberán considerar la aprobación de una amplia gama de medidas legislativas específicas y horizontales, que probablemente incluirá la modificación de algunas disposiciones vigentes, así como la adopción de otras nuevas y de una ley marco horizontal de transposición... algunos artículos de la Directiva podrán transponerse modificando la legislación en vigor; por ejemplo, los correspondientes a los regímenes de autorización podrán introducirse en algunos Estados miembros modificando la legislación nacional sobre procedimientos administrativos. En otros casos, especialmente en lo que atañe a los artículos en los que se establecen principios generales, como el 16 o el 20, deberá considerarse la adopción de una ley marco horizontal nueva”. Sobre el método de transposición, *vid.*, SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., “La Directiva de Servicios y su transposición ¿una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa?”, *Mercado europeo y reformas administrativas (la transposición de la Directiva de Servicios en España)*, RIVERO ORTEGA, R., (dir), Cívitas, 2009, Pamplona, pp. 127-148.

¹⁷³ PAREJO ALFONSO, L., “La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein: la interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema”, *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, 2009, pp. 34-41.

¹⁷⁴ Como señala MUÑOZ MACHADO, S., “Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios”, *RGDA*, núm. 21, 2009, “un análisis de esa pareja normativa, arroja el evidente resultado de que los únicos elementos normativos reales y eficaces que el Estado aporta para transponer la Directiva, consiste en la modificación de las diversas normas sectoriales ya existentes en nuestro ordenamiento, que quedan dentro del ámbito de su competencia, o también algunas normas generales como las concernientes al régimen jurídico de las Administraciones Públicas o los colegios profesionales”, *cit.*, p. 323. También, del mismo autor, *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, 2010, pp. 70-79.

¹⁷⁵ Buena muestra de ello sería la redacción original de la Disposición adicional tercera del Anteproyecto de ley sobre libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios, que en el diseño del Comité para la mejora de la regulación de las actividades de servicios se limitaba a decir “podrán participar representantes de la Administración local”. En su actual redacción, esta previsión se ha sustituido por la de “formarán parte... representantes de la Administración local”, corrección oportuna pues no se encuentra ninguna razón que justifique que las Comunidades Autónomas participen necesariamente en el seguimiento y la coordinación de las actuaciones que se lleven a cabo en las diferentes administraciones para la correcta transposición de la Directiva y no lo hagan los gobiernos locales.

en la mayoría de los Ayuntamientos. Sólo al final de la guía se ponen como ejemplos una serie de casos: venta ambulante o no sedentaria y publicidad exterior. Una exposición más detallada de las ordenanzas afectadas en concreto hubiera sido sin duda agradecida por los muchos responsables locales que se han puesto al día de sus obligaciones en la transposición de la norma europea¹⁷⁶.

Analizaremos en los puntos siguientes algunas cuestiones que ha planteado la transposición de la Directiva de Servicios en nuestro país a través de las dos normas referenciadas, Ley Paraguas y Ley Ómnibus, sin olvidar la obligación establecida en nuestro bloque de la constitucionalidad de que se respete la distribución de competencias a la hora de realizar la transposición del derecho de la Unión Europea.

Igualmente de interesante será referirnos brevemente a cómo se ha afrontado la transposición de la Directiva de Servicios por las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, además de referirnos a otras leyes que se han dictado con posterioridad con fundamento en la Directiva y que afectan concretamente en lo que al objeto de este trabajo se refiere, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que suprime con carácter general la licencia de actividad, así como el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, que mantiene un gran número de licencias urbanísticas, para las que fija el silencio administrativo negativo. Y más recientemente, la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, que suprime la licencia de actividad y de acondicionamiento de locales de menos de 300 metros de superficie para un gran número de actividades, así como la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, y el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

No obstante, y a pesar de las dificultades que puedan derivarse de un proceso de esta naturaleza, la transposición de la Directiva de Servicios, se presenta en España como un reto y al mismo tiempo como una gran oportunidad, que constituye una ocasión única para reducir trabas injustificadas o desproporcionadas al acceso y ejercicio de una actividad de servicios, lo que consecuentemente incentivará la actividad empresarial y contribuirá a la mejora de la regulación, de donde se derivarán ganancias en términos de eficiencia, productividad y empleo en los sectores implicados, además de un incremento de la variedad y calidad de los servicios disponibles para empresas y ciudadanos¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Como indicó la Federación española de Municipios y Provincias, las actuaciones que han realizado las Entidades Locales a lo largo del proceso de transposición se han movido en tres líneas fundamentales: en primer lugar, la adaptación de la normativa a la Directiva; en segundo, la simplificación administrativa y la tramitación electrónica de expedientes (que afectan a la Ventanilla Única); y, finalmente, la cooperación interadministrativa, impulsada por el sistema IMI, *Carta Local*, núm. 221, 2010, p. 32.

¹⁷⁷ Preámbulo de la Ley 17/2009, apartado I.

2.2. La Ley 17/2009, de 23 de noviembre

La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en términos clásicos, es una ley de proyección “general”, no dirigida a un sector especial o específico, y que copia prácticamente el texto de la Directiva: define las libertades de establecimiento y prestación de servicios; enumera las actividades que quedan excluidas de su ámbito de aplicación, una amplia lista fruto de polémicas y presiones; reitera los requisitos que deberá satisfacer el régimen de un previo control, esto es, que la autorización sea necesaria, proporcional y no discriminatoria; los principios que deben regir todo procedimiento administrativo; los requisitos que no pueden exigirse por ser discriminatorios y otros que deberán valorarse en cada caso concreto; las relaciones con los otros Estados miembros; los principios de protección de los usuarios de los servicios; la necesaria creación de la ventanilla única...

Todo ello previsiones programáticas de la Directiva, de las cuales muchas carecen de la necesaria fuerza y eficacia normativa porque requerían la modificación de otras normas y actuaciones concretas. Por ello, se podía haber prescindido de su aprobación, no era necesario dar más sombra al paisaje jurídico con otra ley, y sí hubiera despejado el panorama la ejecución de las concretas actuaciones dirigidas a aplicar la Directiva.

En todo caso, quiero destacar algunas previsiones de esta ley general relativa al libre acceso a las actividades de servicios:

1ª- En primer lugar, uno de los principales objetivos de la Ley, además de transponer la Directiva y en lo que a los títulos habilitantes se refiere, es consolidar los principios regulatorios compatibles con las libertades básicas de establecimiento y de libre prestación de servicios que permitan suprimir las barreras que restringen injustificadamente el acceso y ejercicio de actividades de servicios. Con la eliminación de estas trabas injustificadas se espera crear un entorno más favorable a la actividad, a la creación de empleo, a la puesta en marcha de nuevos proyectos emprendedores y, en general, a la dinamización del sector servicios con repercusiones positivas en el conjunto de la actividad económica.

En particular, como consecuencia de la aplicación de la Directiva y de esta ley, deberán eliminarse aquellas autorizaciones administrativas que no estén justificadas por razones de interés general, o sean innecesarias para atender esos fines. Esto supone que, en general, se eliminarán procesos de autorización administrativa previa (que suponen dilaciones temporales) o, cuando sea necesario, se sustituirán por declaraciones o notificaciones que, posteriormente, podrán ser monitorizadas por las autoridades competentes.

Igualmente se suprimen aquellos requisitos cuyo cumplimiento se exige para la prestación de un servicio que resulten discriminatorios o desproporcionados en relación con el fin que persiguen.

Por otra parte, también se reducen otro tipo de cargas administrativas para los prestadores de servicios: inscripciones en registros, renovación de autorizaciones, duplicación de trámites para la apertura de nuevos establecimientos, exigencia de copias compulsadas o traducciones juradas, etc. En general, se simplifican los procedimientos y se estandarizan, estableciendo plazos sin dilaciones innecesarias y garantizando una respuesta explícita.

2º- En segundo lugar, reviste especial importancia su Disposición transitoria que contiene las siguientes reglas básicas: a) los procedimientos de autorización iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley se tramitarán y resolverán por la normativa vigente en el momento de la presentación de la solicitud; b) el interesado podrá, con anterioridad a la resolución, desistir de su solicitud y optar por la aplicación de la nueva normativa; y, c) la eventual revisión o evaluación de la normativa reguladora del procedimiento de autorización no podrá constituir elemento para la no concesión de las autorizaciones solicitadas.

Extremadamente conflictiva además, es la previsión de su Disposición derogatoria, que no sólo contiene la cláusula general de derogación de “cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta Ley”, sino que añade una precisión trascendental, relativa a las “disposiciones vigentes a la entrada en vigor de esta Ley que resulten incompatibles” con los preceptos que se citan (entre ellos, los del capítulo II relativo a la “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios”). Tales disposiciones “mantendrán su vigencia hasta que sean objeto de reforma expresa y, en todo caso, quedarán derogadas el 27 de diciembre de 2009”.

Hoy puede afirmarse que superada aquella fecha, muchas disposiciones necesitadas de reforma expresa para su compatibilidad con la Directiva de Servicios y con la Ley 17/2009 no han sido objeto de reforma. Al margen, claro, de la dificultad de determinar dicha incompatibilidad, como destacó el Consejo de Estado, en su Dictamen número 99/2009, de 18 de marzo, al anteproyecto de dicha Ley: “se trata de una disposición con escasa virtualidad normativa, pues muchos de sus preceptos contienen meras proposiciones descriptivas o desiderativas, pero carecen de fuerza normativa inmediata, incluyéndose artículos que tienen un marcado carácter programático, cuyo incumplimiento no genera consecuencias previsibles, y que por su ubicación o contenido no pueden considerarse principios, fines o valores que, con frecuencia, conforman la "parte expositiva" de las normas, donde esa clase de previsiones más generales tienen su natural encaje.

Y añade el Consejo de Estado, “En algunos casos, esos preceptos constituyen un mandato dirigido al titular de la potestad normativa de que actúe con posterioridad. En tales supuestos, se ha optado por establecer una fijación de objetivos, algo que es más propio de un instrumento normativo finalista como la directiva que de una ley. El Consejo de Estado considera necesario llamar la atención acerca de los riesgos que para la adecuada y plena transposición de la Directiva puede entrañar este proceso de adaptación normativa, en caso de no articularse adecuadamente o no realizarse con la suficiente celeridad, con el consiguiente desencadenamiento de las consecuencias que un incumplimiento del Derecho comunitario en este sentido puede suponer para el Estado”.

El referido Dictamen del Consejo de Estado advierte de los riesgos de una regulación de los efectos derogatorios de tal naturaleza. Las dificultades inherentes a toda derogación tácita se acrecientan en este caso de manera considerable, ya que el tenor literal de los preceptos legales, los cuales se limitan, en muchos casos, a reproducir los de la Directiva, hace extremadamente difícil determinar la existencia o no de la contradicción de la que se sigue la derogación.

La cláusula de derogación se refiere exclusivamente a la normativa estatal bajo peligro de incurrir en inconstitucionalidad, por cuanto, como es obvio, el legislador estatal no puede derogar normativa autonómica, aunque sería inconstitucional o, cuanto menos cuestionable, la normativa autonómica que fuese contraria a la legislación básica dictada por el Estado¹⁷⁸.

3º- En tercer lugar, el legislador estatal se ha cuidado de advertir que, en caso de que el Reino de España sea condenado por incumplimiento de la Directiva, la responsabilidad recaerá en la concreta Administración incumplidora, lo que podrá hacerse efectivo a través de una compensación de deudas. Una disposición en principio lógica, porque debe ser la Administración incumplidora quien asuma su responsabilidad. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta el importante dato de que el legislador estatal agotó prácticamente el plazo de tres años para incorporar la Directiva y, por ello, no puede exigir con mucho rigor a Comunidades autónomas y ayuntamientos que cumplan en plazo sus deberes de acomodación.

A este respecto, la Ley 17/2009 se cuidaba de establecer obligaciones de adaptación y compensación por incumplimiento. Así y conforme al apartado 2 de la Disposición final quinta señalaba que: “A fin de hacer posible el cumplimiento de la obligación contenida en el artículo 44 de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, las Comunidades y Ciudades Autónomas y las Entidades Locales comunicarán a la Administración General del Estado, antes de 26 de diciembre de 2009, las disposiciones legales y reglamentarias de su competencia que hubieran modificado para adaptar su contenido a lo establecido en la Directiva y en la presente Ley”. Y de acuerdo con la Disposición final cuarta “Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus competencias, incumplieran lo dispuesto en esta Ley o en el Derecho comunitario afectado, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. La Administración del Estado podrá compensar dicha deuda contraída por la Administración responsable con la Hacienda Pública estatal con las cantidades que deba transferir a aquella”.

¹⁷⁸ En igual sentido se pronuncia el Consejo de Estado en su Dictamen de 18 de marzo de 2009, al declarar que “ha de tenerse en cuenta que el conjunto normativo afectado por la derogación tácita incluye, junto a las leyes y reglamentos del Estado en sentido estricto, normas legales y reglamentarias de las Comunidades Autónomas. Y, sin embargo, resulta constitucionalmente cuestionable que el legislador estatal pueda disponer la derogación de estas normas autonómicas”.

En marzo de 2009, el Consejo de Estado advertía que no cabía descartar que no se consiguiese asegurar que la magna obra de adaptar a la Directiva comunitaria un conjunto normativo extenso y heterogéneo, tanto por el rango de las normas que lo integran como por el origen de las mismas, se llevase a cabo con los mismos criterios y dentro del plazo exigido por la Directiva.

Para conjurar este riesgo se proponían otras técnicas o mecanismos, incluso, como hemos visto, recurrir al instrumento, hasta entonces inédito, de la ley de armonización, previsto en el artículo 150.3 CE y llegando a la sustitución provisional de la potestad normativa autonómica en caso de no ejercicio -mecanismo próximo a la cláusula de “*cedevolezza*” italiana-, lo que, a todas luces, suena un poco excesivo¹⁷⁹.

En relación con ello, cabe notar que el Derecho de la Unión Europea prevé en diversos ámbitos la aproximación de legislaciones y el TFUE se refiere en distintos artículos a la aproximación de disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, así como a la adopción de “medidas de armonización” (así, p. ej., artículos 114 y ss., en el Capítulo 3 del Título VII, de la Tercera Parte del TFUE: “Aproximación de legislaciones”). Es notorio también que un elevado número de directivas utilizan el mismo término de “armonización” incluso en el título que les da nombre, para definir su objeto (como ocurría ya muchos años antes de que el constituyente decidiera designar las Leyes de Armonización con este expresivo término y, en cierta medida, con una finalidad análoga a la cumplida por las directivas en el ámbito europeo).

Tiene pleno sentido, por tanto, que allí donde el Derecho de la Unión Europea impone la armonización, ésta pueda operarse, en el ámbito interno, por medio de las llamadas, precisamente, “Leyes de Armonización”, siempre que el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa o éstos no sean suficientes para garantizar aquella armonía.

Ciertamente, es admisible un desarrollo directo de las normas europeas por parte de las Comunidades Autónomas con competencia exclusiva en la materia de que se trate, con la consiguiente armonización de las legislaciones autonómicas respecto de las de los demás Estados miembros, directamente y sin intermediación del Estado. Pero las Leyes de Armonización pueden ser de utilidad, por una parte, para garantizar la armonización legislativa exigida por el Derecho de la Unión, en todo el territorio nacional y mediante un único instrumento (lo que simplifica la obligación de informar sobre las medidas de transposición de una directiva, obligación cuyo incumplimiento tiene especial relevancia a la vista de lo previsto hoy en el artículo 260.3 del

¹⁷⁹ Según concluyó el Consejo de Estado, “no ofrece dudas a este Consejo que el anteproyecto sometido a consulta puede ser el lugar idóneo para incluir una previsión como la que acaba de mencionarse, dada la tantas veces mencionada complejidad del proceso de transposición de la Directiva de Servicios y habida cuenta de su amplio alcance y del gran número de normas, tanto estatales como autonómicas y locales, que habrán de ser modificadas o derogadas para llevar a efecto una completa y puntual incorporación de esta norma comunitaria al Derecho interno. De ahí la importancia de contar con algún mecanismo que permita al Estado garantizar esa correcta transposición y, con ello, un adecuado cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario. A tal fin, cabe habilitarle, con arreglo al mecanismo expuesto, para dictar normas de sustitución solo de forma temporal y cuando, por inactividad de las Comunidades Autónomas, sea estrictamente necesario para evitar una posible condena por incumplimiento”.

TFUE). Por otra parte, es razonable que el nivel de armonización exigido por el interés general sea mayor cuanto menor sea el ámbito territorial afectado, de forma que la armonización exigida por el Derecho de la Unión Europea (para todos los Estados Miembros) puede ser inferior al nivel de armonización que, en determinados casos, ámbitos o materias, se estime exigido por el interés general (a nivel estatal)¹⁸⁰.

4º- En cuarto lugar, la puesta en marcha de la ventanilla única¹⁸¹. Tras un laborioso proceso de acopiar los trámites de cientos de procedimientos en las diversas administraciones públicas, se ha confeccionado una valiosa y provechosa base de datos informática que permite conocer cuáles son los requisitos exigidos, cuál la documentación necesaria, si existe o no un previo control administrativo para establecer servicios en cualquier municipio. La espesura de documentos, trámites y actuaciones, muchas veces muy distintos según las administraciones, ha quedado algo desbrozada y, sobre todo, lo que es más importante, es visible, comprensible, gracias a un instrumento informático. Las bases de datos pueden contribuir a facilitar la comprensión de la densa y dispersa burocracia y allanar la tramitación de los procedimientos administrativos. Lo que no se consigue con llamadas a la sensatez dirigidas a mejorar la gestión administrativa, quizá se pueda conseguir a través de los instrumentos informáticos¹⁸².

5º- Por último, la propia Ley reconoce -como no puede ser de otro modo- la primacía del derecho comunitario, al establecer que ésta quedaría desplazada en caso de conflicto con otras leyes que apliquen la normativa comunitaria.

¹⁸⁰ *Vid.*, comentarios al art. 150.3 CE en el Informe 2/2009, de 15 de diciembre de 2010, del Consejo de Estado, relativo al “Incumplimiento del derecho de la Unión Europea por los Estados Miembros”, en el que se indica que otro de los elementos que se han invocado en ocasiones como vía de la que podría disponer el Estado para garantizar el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea radica en la utilizabilidad de las Leyes de Armonización, a las que se refiere el artículo 150.3 de la Constitución. Dispone este precepto que: “El Estado podrá dictar Leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad”. Se trata de una previsión que encuentra su antecedente en el artículo 19 de la Constitución española de 1931 y cuyos orígenes se han puesto en conexión también con los artículos 117 de la Constitución italiana de 1947 y 72 de la Ley Fundamental de Bonn. En España, sin embargo, la virtualidad de este instrumento armonizador tropezó pronto con la experiencia del proyecto de la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA), y cualquier intento serio de utilizarlo debe tomar como punto de partida la doctrina sentada en la STC 76/1983.

¹⁸¹ GAMERO CASADO, E., “Ventanilla única y Administración electrónica en la transposición de la Directiva de servicios”, en *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, CES., Castilla y León, 2010, *cit.*, pp. 491 y ss.; del mismo autor, “Los municipios y la ventanilla única de la Directiva de servicios”, *REL*, núm. 122, 2009, pp. 138 y ss.; PALOMAR OLMEDA, A., “Volver a empezar: a propósito de la aplicación de la Directiva de servicios y de la Administración electrónica”, *RAD*, núm. 9, 2010, pp. 45 y ss.; del mismo autor, “Directiva de servicios y administración electrónica: dos nuevos retos para las Administraciones públicas y un cambio profundo en su régimen de actuación”, *AJA*, núm. 798, 2010, pp. 1-8; CIERCO SEIRA, C., “Algunas reflexiones sobre la simplificación de los procedimientos administrativos a la luz de los avances de la Administración electrónica”, *RGDA*, núm. 19, 2008.

¹⁸² A través del portal www.eugo.es se consigue toda la información sobre más de cuatrocientos procedimientos administrativos de todas las administraciones públicas. Hay guías y ayudas, así como información sobre oficinas y enlaces con otros portales especializados. También se posibilita la tramitación telemática de muchos procedimientos. Claro que la bondad de este instrumento dependerá de que cada administración y autoridad responsable actualice los contenidos y no se abandone ni descuide.

2.3. La Ley 25/2009, de 22 de diciembre

El segundo texto con el que el Gobierno pretendió cumplir su deber de incorporar la Directiva de servicios al derecho interno es la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, también conocida como “ley Ómnibus”, ya que modifica nada más y nada menos que 48 leyes estatales.¹⁸³ El Consejo de Estado censuró esta forma de actuar en su informe al anteproyecto, porque no hay que olvidar que la seguridad jurídica exige cierta facilidad en el conocimiento de las previsiones normativas¹⁸⁴.

Quizá la justificación de utilizar este mecanismo haya sido la intención del Gobierno de aprovechar la necesidad de adaptar muchas normas de nuestro ordenamiento, porque se han modificado casi cincuenta leyes. No obstante, hay algo más grave. Según declaró y repitió el Gobierno en muchas comparecencias públicas, la Ley tiene “un enfoque ambicioso” (expresión que aparece también en la exposición de motivos) porque reforma otros sectores económicos a pesar de no venir exigidos por el derecho comunitario europeo. Y así nos encontramos con modificaciones en el régimen del transporte, de los servicios portuarios, de la seguridad y salud en el trabajo, etc., lo que también, como es fácil de comprender, se criticó con dureza en los informes del Consejo de Estado y de la Comisión Nacional de la Competencia¹⁸⁵.

El Título I, bajo la denominación de “Medidas horizontales”, introduce diversas modificaciones que afectan de forma genérica a todo el sistema de intervención administrativa, y por tanto a todas las actividades de servicios, mientras que en el resto de servicios se realizan reformas concretas de diferentes sectores de actividad. En este trabajo no se analizan todas las reformas sectoriales operadas por la Ley 25/2009, por no ser su objeto, pero sí las reformas que el Título I opera sobre las leyes de procedimiento administrativo, y de bases del régimen local, que sientan los principios de un nuevo sistema de intervención administrativa que deberá desarrollar el Gobierno de los diferentes niveles territoriales en el ámbito de sus competencias.

En este apartado, pues, nos limitaremos a señalar algunos comentarios sobre cuestiones generales de la norma:

¹⁸³ Junto a otras expresiones como leyes “desbocadas”, diarrea o avalancha normativa, chatarra legal, bombas racimo, leyes retales, las leyes “ómnibus” son una práctica muy criticada porque no debería admitirse que se frustré el debate parlamentario aprovechando un procedimiento legislativo que, como tren escoba, acoja las últimas ocurrencias de funcionarios y políticos, que nada tienen que ver entre sí ni con la ley que las ampara. El Tribunal Constitucional criticó ya hace muchos años este abuso tan pernicioso porque padece, y mucho, el principio de seguridad jurídica (en este sentido *vid.*, Sentencia de 28 de junio de 1994).

¹⁸⁴ En su Dictamen de 21 de mayo de 2009, el Consejo de Estado insistió en la crítica a esta técnica de leyes ómnibus” porque resulta necesario alojar cada ley en su propia sede *materiae*. Sobre las mismas, *vid.*, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Cívitas, Madrid, 1999.

¹⁸⁵ El informe de la Comisión Nacional de la Competencia tiene fecha de 22 de abril de 2009.

1º- En primer lugar, puede considerarse como un acierto que el Gobierno siguiera la filosofía de la Directiva de servicios al suprimir bastantes autorizaciones previas que se exigían para el establecimiento y la prestación de servicios. Es cierto que subsisten otras muchas en la propia Ley¹⁸⁶.

En lugar de la técnica autorizatoria, se prevé la posibilidad de que los interesados presenten “comunicaciones” y “declaraciones responsables” para acceder al ejercicio de sus actividades y prestar servicios. Técnicas estas que, por cierto, ya habían sido incorporadas hace años en la legislación catalana¹⁸⁷.

Mayor interés tiene, en mi opinión, que se haya recobrado el sentido de respetar la actuación de otras administraciones públicas. Una mínima lealtad institucional, propia de todos los Estados federales, exige el reconocimiento de las actuaciones de otras administraciones, cosa de la que se alejaba el derecho español, cada vez más parecido a un paraíso fragmentado¹⁸⁸. En muchas materias predomina un absoluto desconocimiento mutuo. Lo autorizado por una Administración resulta indiferente para otra. Ahora, entre las modificaciones que contiene esta Ley luce que varias autorizaciones y habilitaciones tendrán “validez en todo el territorio nacional”. Así, en la prevención de riesgos laborales, las relativas al ámbito de la metrología, las de los organismos de control industrial, las de las autoescuelas... Un importante avance que evitará que los empresarios tengan que tramitar y acopiar diecisiete autorizaciones distintas.

De otro lado, resulta criticable el mantenimiento del régimen del silencio negativo en muchas situaciones que no se citan, lo que puede suponer un incumplimiento del derecho comunitario. En este sentido, la disposición adicional cuarta establece que “se entenderán que concurren razones imperiosas de interés general en aquellos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley por normas con rango de ley o de derecho comunitario, preveían efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto”. Para analizar esta cuestión es preciso recordar el régimen permitido de las autorizaciones.

¹⁸⁶ Instalaciones de distribución de energía eléctrica, centros de formación de práctica de conductores, servicios en puertos de interés general, eliminación de residuos y un largo listado que ofrece en su trabajo LAGUNA DE PAZ, J. C., “Controles administrativos para el acceso al mercado: autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas”, en el volumen colectivo *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Colección de Estudios, 2010, *cit.*, p. 322.

¹⁸⁷ En este sentido, RIVERO YSERN, E., “La actividad de intervención en la Directiva de servicios: autorizaciones administrativas, declaraciones responsables y comunicaciones previas”, en *Mercado europeo y reformas administrativas*, Cívitas, Pamplona, 2009, pp. 151-163; LOZANO CUTANDA, B., “Ley ómnibus: silencio administrativo, declaración responsable y comunicación previa”, *Diario La Ley*, núm. 7339, 2010; LAGUNA DE PAZ, J. C., *Controles administrativos para el acceso al mercado: autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas*, Colección de estudios (Consejo Económico y Social de Castilla y León), núm. 13, 2010, pp. 313 y ss.; RAZQUÍN LIZARRAGA, J. A., “De la intervención administrativa previa al control posterior”, *RAD*, núm. 2, 2010, pp. 115 y ss.

¹⁸⁸ A este respecto, SOSA WAGNER, F., y SOSA MAYOR, I., *El Estado fragmentado: modelo austro-húngaro y brote de naciones en España*, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2007.

Ya sabemos que la Directiva restringe el mantenimiento de las autorizaciones a que concurran tres requisitos: no generar discriminación, ser proporcional y ser necesaria por derivar de “una razón imperiosa de interés general” (art. 9.1.c de la Directiva, que copia la Ley de libre acceso en su artículo 5.b). El texto explicita ejemplos de esas “razones imperiosas de interés general” que durante años ha ido decantando la jurisprudencia del TJUE. La Ley de libre acceso ha recogido también en su listado de definiciones, que ahora tanto gustan al legislador, lo que se ha de entender por razón imperiosa de interés general. Y aquí surge el primer problema porque hay diferencias entre la amplitud de la Directiva y las expresiones de la ley española¹⁸⁹.

La disposición adicional cuarta de la Ley mantiene, pues, el sentido negativo del silencio. ¿Y cómo sabe el legislador que en todos esos supuestos hay realmente auténticas razones imperiosas de interés general y que si no hay una resolución explícita debe entenderse desestimada la petición? Parece que la “siesta” de la que habla RAMÓN PARADA como génesis del silencio administrativo ha aparecido también durante la redacción de la Ley, porque una vez realizado un esfuerzo para simplificar los procedimientos administrativos y suprimir trámites y cargas no se ha analizado si debe subsistir o no el carácter negativo del silencio¹⁹⁰.

En materia de derecho transitorio se mantiene la misma regla general que en la Ley 17/2009, analizada anteriormente: Los procedimientos iniciados con anterioridad a su entrada en vigor se tramitarán y resolverán por la normativa vigente en el momento de la presentación de la solicitud, pero el interesado podrá, con anterioridad a la resolución, desistir de su solicitud y optar por la aplicación de la nueva normativa.

2.4. Otras normas de reforma

En la Ley 17/2009 se prevé que lo establecido en ella no es suficiente para cumplir sus fines, de manera que es necesario llevar a cabo una evaluación de la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y su ejercicio conforme a los principios y criterios que establece y, en su caso, modificar o derogar esta normativa. Como primer paso para ello y como sabemos, se dictó la Ley 25/2009 la cual, además de contener la modificación de casi medio centenar de leyes por estar afectada la materia que regula, adoptó una serie de medidas de carácter horizontal, que suponía modificaciones sobre el procedimiento administrativo y sobre los derechos de los ciudadanos en sus relaciones electrónicas con la Administración.

No obstante, y al margen de esta transposición formal, el Estado no finalizó su labor modificadora, de manera que, posteriormente y hasta fechas recientes, se han dictado otras normas incidentes en

¹⁸⁹ Para RIVERO ORTEGA, R., “Aprovechando que el Pisuerga para por Valladolid: análisis del Proyecto de Ley Ómnibus”, *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Círculo de Empresarios, 2009, “la estrategia de transposición de la Directiva de Servicios en España presenta varios puntos criticables: el primero, el agotamiento de los plazos en el nivel del Estado, siendo las Comunidades Autónomas y los Municipios los principales afectados en sus competencias; el segundo, el enfoque sectorial, obviando las repercusiones administrativas generales; y en tercer lugar, las inclusiones y exclusiones de la reforma, sin respetar plenamente lo establecido en la Directiva”, *cit.*, p. 330.

¹⁹⁰ PARADA, R., *Derecho administrativo I. Parte general*, Madrid, 2010, p. 118.

estos aspectos con fundamento *a priori* en la Directiva, aunque en cierta manera hayan venido también provocadas por otras motivaciones, como es la reactivación económica y por lo tanto, rebasen la finalidad de libertad de establecimiento y prestación de servicios perseguidos por aquélla.

De entre las intervenciones normativas efectuadas por el legislador estatal cabe destacar las siguientes: Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre por el que se modifica el Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio; Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios; Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado; Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local y Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. Más recientemente, aunque al margen de toda esta normativa legislativa, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE. núm. 236, de 2 de octubre)¹⁹¹.

No se trata aquí de analizar pormenorizadamente el contenido de todas y cada una de las leyes citadas, pero sí subrayaremos aquellos aspectos más relevantes relacionados con el régimen de las autorizaciones cuyo desarrollo será llevado a cabo en el capítulo dedicado al respecto.

a) Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales

El 12 de junio de 2009, el Ministerio de Economía elevó al Consejo de Ministros un acuerdo con el desglose concreto de las normas reglamentarias que debían ser modificados por cada Ministerio como consecuencia de la transposición de la Directiva de Servicios. Entre esas normas figuraba una

¹⁹¹ Como expresamente señala la Exposición de Motivos de la Ley, se propone una reforma del ordenamiento jurídico público articulada en dos ejes fundamentales: las relaciones “ad extra” (relaciones con los ciudadanos) y “ad intra” (legislación básica sobre régimen jurídico administrativo, aplicable a todas las Administraciones Públicas). Para ello se impulsan simultáneamente dos nuevas leyes que constituirán los pilares sobre los que se asentará el Derecho administrativo español: la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Ley 39/2015), y la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (Ley 40/2015). Es en esta última, en donde se recogen los principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad, al establecer que “Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Asimismo deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos” (art. 4.1).

específica y señera de la Administración local, el Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales (RSCL)¹⁹².

El 23 de diciembre de 2009, se publicó el Real Decreto 2009/2009, por el que se modificaba el RSCL, de aplicación en aquellas Comunidades Autónomas que no habían regulado sobre la materia, y con eventual referencia en los procesos paralelos de modificación que efectúen las Comunidades Autónomas respecto a sus respectivas normas análogas (así, en Catalunya, el Reglament d'obres, activitats i serveis dels entes locals, aprobado por Decret 179/1995, de 13 de junio).

Dicho Real Decreto, en consonancia con la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y con la nueva redacción del artículo 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que introduce la comunicación previa y la declaración responsable como mecanismo ordinario de intervención en el ámbito local, junto a las licencias, modifica la redacción de los artículos 5 y 22.1 del RSCL, y deroga los artículos 8 y 15.2 al ser éstos manifiestamente incompatibles con los preceptos de las disposiciones de las leyes 17 y 25/2009¹⁹³.

Sin embargo, el Real Decreto no afecta a otros preceptos del mismo Reglamento de Servicios, cuyo mantenimiento a priori, plantea problemas de compatibilidad con la Directiva y las leyes de transposición y adaptación. Es el caso del artículo 9 (que regula el procedimiento de solicitud y resolución de licencias), del artículo 15.2 (posibilidad de limitar las licencias referentes a actividades personales a plazo determinado) y del artículo 21 (licencias urbanísticas). Será precisa una reinterpretación del mismo acorde con la Directiva y las leyes estatales de transposición.

b) Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio

La Ley 25/2009, de 22 de diciembre, modificó el artículo 13 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales. Dio al visado un carácter potestativo, configurando el mismo como un instrumento de carácter voluntario, y otorgó al Gobierno (Disposición transitoria tercera) la potestad de establecer los trabajos profesionales que exigirán visado obligatorio atendiendo a la

¹⁹² Como advierte LÓPEZ MENUÑO, F., *Enciclopedia Jurídica Básica*, volumen I, Civitas, 1995, este Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales es el texto de obligada referencia por cuanto contiene una regulación de las licencias que ha contribuido meritoriamente a dibujar sus perfiles jurídicos. Se trata -dice este autor- de un Reglamento tan modesto de rango formal como influyente desde el punto de vista práctico y “didáctico” desde el doctrinal, p. 712.

¹⁹³ El artículo 5, contradictorio con el nuevo texto del art. 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, queda redactado del siguiente modo: “La intervención de las Corporaciones Locales en la actividad de sus administrados se ejercerá por los medios y principios enunciados en la legislación básica en materia de régimen local”. El artículo 22.1, que establece que “La apertura de establecimientos industriales y mercantiles podrá sujetarse a los medios de intervención municipal, en los términos previstos en la legislación básica en materia de régimen local y en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio”. Aquí, tan importante como la derogación de este apartado 1 del art. 22 es el mantenimiento de la vigencia de los otros dos apartados del precepto: “2. La intervención municipal tenderá a verificar si los locales e instalaciones reúnen las condiciones de tranquilidad, seguridad y salubridad, y las que, en su caso, estuvieren dispuestas en los planes de urbanismo debidamente aprobados. 3. Cuando, con arreglo al proyecto presentado, la edificación de un inmueble se destinara específicamente a establecimiento de características determinadas, no se concederá el permiso de obras sin el otorgamiento de la licencia de apertura, si fuere procedente”.

necesaria existencia de una relación de causalidad directa entre el trabajo profesional y la afectación a la integridad física y seguridad de las personas, y a la acreditación de que el visado es el medio de control más proporcionado. Es precisamente el Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, el que determina los trabajos profesionales que, por quedar acreditada su necesidad y proporcionalidad entre otras alternativas posibles, obligatoriamente deben obtener el visado colegial, como excepción a la libre elección del cliente, incluida la Administración pública.

c) Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley de Ordenación del comercio minorista

Otra de las leyes aprobadas ha sido la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. En líneas generales el Proyecto de Ley fue valorado positivamente por el Consejo de Estado en su Dictamen de 25 de junio de 2009. De dicha Ley, tan sólo se quiere remarcar la restricción de los regímenes de autorización con carácter general, dado que el estudio de la misma es ajeno en lo demás al tema de este trabajo. Con la Ley 1/2010, se eliminan las autorizaciones con carácter general, pudiendo exigirse solamente por razones imperiosas, como destacamos de interés general relacionadas especialmente con la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la ordenación del territorio y la conservación del patrimonio histórico y artístico, excluyendo, en consonancia con la DS, los motivos económicos como variables ponderables en la concesión de la antedicha autorización. Por tanto en la reforma legislativa se deja a las Comunidades Autónomas para que, en ejercicio de las competencias que éstas tienen reconocidas constitucionalmente en materia de ordenación del territorio o urbanismo, puedan decidir la implantación o no de una autorización comercial, superándose la actual dualidad legislativa Estado-Comunidad Autónoma que caracteriza el régimen de la instalación de grandes

establecimientos comerciales. Y sin perjuicio de que el Estado pueda introducir previsiones acerca de las características con las que debe contar la eventual autorización comercial autonómica¹⁹⁴.

d) Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible

Dado que las reformas normativas han sido incesantes, simplemente recordaremos la aprobación y publicación de la Ley de Economía Sostenible. El anteproyecto se dio a conocer el 2 de diciembre de 2009. Recogía en su título II las reformas para la mejora de la competitividad del tejido económico español. La Ley de Economía Sostenible vino a continuar el esfuerzo de remoción de obstáculos administrativos iniciado con las normas de transposición de la Directiva de Servicios, pero, además, asume la necesidad de incidir en otros aspectos que el legislador considera negativos para la situación de nuestra economía o que son susceptibles de simplificación y agilización.

Prevé la Ley dentro del Capítulo I (“Simplificación administrativa”) del Título II (“Competitividad”), una Sección 2ª en la que se establece la obligación, para el Gobierno y las Comunidades Autónomas, de impulsar reformas normativas para ampliar el ámbito de aplicación del silencio administrativo positivo, y, una Sección 3ª dedicada a “Supuestos de licencias locales de actividad”, proyectándose la incorporación de dos nuevos preceptos a la Ley 7/1985, de 2 de abril,

¹⁹⁴ Como señala FUERTES LÓPEZ, M., “Luces y sombras de la incorporación de la Directiva de servicios”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011, “Un tercer proyecto de ley se tramitó para incorporar el espíritu de la Directiva de servicios. Atendía ya, de manera separada y monográfica, a un sector concreto, al comercio minorista, porque era uno de los más afectados por los principios de libre establecimiento y que más quejas había levantado. Durante años se había denunciado de manera insistente las muy diversas normativas de las comunidades autónomas que exigían distintos requisitos para el establecimiento, imponían diversas cargas y obligaciones y sometían la actividad comercial a regulaciones particulares. Había distintas licencias para varias superficies, para los establecimientos llamados de “descuento”, para fijar el periodo de rebajas, el horario comercial, los días festivos de apertura, unas tasas específicas... Frecuente era oír la denuncia de las excesivas barreras a la competencia, así como que se estaba rompiendo la unidad de mercado.

Sí cuenta con algunas luces, porque mantiene el espíritu de la Directiva de servicios de buscar la simplificación administrativa. Así, por ejemplo, fija el plazo máximo para tramitar los procedimientos autorizatorios en seis meses y, a falta de resolución expresa, precisa que se entenderá estimada la solicitud. También suprime algunas autorizaciones para reconducirlas al nuevo régimen de las comunicaciones previas, caso por ejemplo de las empresas de ventas a distancia o de los establecimientos de franquicias.

Pero también hay sombras alargadas, porque ha renunciado a fijar criterios de referencia permitiendo que las comunidades autónomas puedan establecer con absoluta discrecionalidad la exigencia de una licencia para los establecimientos comerciales. ¡Se permite que haya una doble licencia! Solapamiento que censura la Directiva (art. 10.3). Es cierto también que, siguiendo el dictado de la Directiva, recuerda que esas licencias deberán ser proporcionales, no discriminatorias y necesarias, al ampararse en “una razón imperiosa de interés general”.

Esa necesidad de someter la apertura de un comercio a una autorización no podrá, en modo alguno, vincularse a pruebas económicas, como recoge la Directiva y repite la Ley española, a “la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica” (art. 14.5 DS y 6 LCI). Únicamente razones derivadas de “la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la ordenación del territorio y la conservación del patrimonio histórico y artístico” son, en principio, las admisibles. Pero hay que tener en cuenta que, ante la amplia comprensión de esos conceptos jurídicos, tan dúctiles, deberá existir una directa y razonable relación para que el sometimiento a una previa autorización no se considere un obstáculo contrario al libre establecimiento...”, *cit.*, pp. 71-73.

Ley de Bases de Régimen Local (artículos 84 bis y 84 ter)¹⁹⁵, cuya finalidad es la de restringir la posibilidad de exigir licencias a aquellas actividades en las que concurren razones imperiosas de interés general, vinculadas con la protección de la salud o seguridad públicas, el medioambiente o el patrimonio histórico-artístico; paralelamente se modifica la letra i) del artículo 20.4 del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales, habilitándose a las entidades locales a cobrar tasas por las actuaciones de verificación para aquellas actividades no sujetas a autorización o control previo,¹⁹⁶ y, finalmente se prevé en la Disposición adicional octava un procedimiento de clarificación de la situación resultante en cuanto a las licencias exigibles tras la reforma¹⁹⁷.

e) Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio

En el Boletín Oficial del Estado núm. 311, de fecha 27 de diciembre de 2012, se publicó la Ley 12/2012 de 27 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios cuya entrada en vigor, según su Disposición final undécima, se produjo al día siguiente al de su publicación.

La Ley 12/2012, es una Ley que afecta directamente a las Entidades locales ya que elimina todos los supuestos de autorización o licencia municipal previa, motivados en la protección del medio ambiente, de la seguridad o salubridad públicas, respecto a actividades o servicios a prestar en establecimientos comerciales con una superficie de hasta 300 metros cuadrados, así como a todas las obras ligadas al acondicionamiento de estos locales que no requieran la redacción de un proyecto de obra. Sustituyéndose este sistema de control previo por otro a posteriori, que se llevará

¹⁹⁵ El nuevo artículo 84 bis pasó a tener la siguiente redacción: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo. No obstante, podrán someterse a licencia o control preventivo aquellas actividades que afecten a la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico, la seguridad o la salud públicas, siempre que la decisión de sometimiento esté justificada y resulte proporcionada”. Y, conforme al nuevo artículo 84 ter: “Cuando el ejercicio de actividades no precise autorización habilitante y previa, las Entidades locales deberán establecer y planificar los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de la misma por los interesados previstos en la legislación sectorial.”

¹⁹⁶ El artículo 42 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, modificó la letra i) del artículo 20.4 del TRLHL, con el siguiente contenido: “i) Otorgamiento de las licencias de apertura de establecimientos o realización de las actividades administrativas de control en los supuestos en los que la exigencia de licencia fuera sustituida por la presentación de declaración responsable o comunicación previa.”

¹⁹⁷ La Disposición adicional octava de la Ley 2/2011 referida a la “Evaluación de la normativa existente sobre licencias locales de actividad”, estableció: “1. En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno evaluará la existencia de razones incluidas en el nuevo art. 84 bis de la Ley de Bases de Régimen Local en las previsiones existentes sobre licencias locales de actividad. De acuerdo con los resultados de dicha evaluación, el Gobierno presentará en el mismo plazo un proyecto de ley de modificación de las normas en las que no concurren las razones citadas, eliminando la correspondiente exigencia de licencia, sin perjuicio de su sustitución por otras formas de verificación y control administrativo. Las Comunidades Autónomas y las Entidades locales, en un plazo de doce meses tras la entrada en vigor de la presente ley y en el ámbito de sus competencias, adaptarán igualmente su normativa a lo previsto en el citado artículo de la Ley de Bases de Régimen Local. 2. Los municipios deberán adoptar un acuerdo que de publicidad a los procedimientos en los que, de acuerdo con lo previsto en el art. 84.bis de la Ley de Bases de Régimen Local, subsiste el régimen de sometimiento a la licencia local de actividad, manteniendo dicha relación adecuada a la normativa vigente en cada momento.”

a cabo a través de una declaración responsable o comunicación previa¹⁹⁸. La presentación de la correspondiente comunicación previa o declaración responsable no prejuzga la legalidad de la actividad, ni excluye el ejercicio de potestades administrativas de comprobación, inspección o sanción, debiendo las Entidades locales regular los procedimientos de comprobación posterior de los elementos y circunstancias puestas de manifiesto por el interesado.

El Título I de la Ley 12/2012, se aplica a las actividades comerciales minoristas y a la prestación de determinados servicios que se relacionan en el Anexo de la norma, que se llevan a cabo a través de establecimientos permanentes, situados en cualquier parte del territorio nacional y cuya superficie útil de exposición y venta al público, como decíamos, no supere los 300 metros cuadrados¹⁹⁹. En el Anexo de la Ley, se relacionan determinadas actividades identificadas con las claves y en los términos recogidos en la normativa del Impuesto de Actividades Económicas; encontrándonos, además de con actividades propiamente comerciales al por menor, con algunas de carácter industrial: fabricación de calzado, confección de prendas de vestir; o también talleres de reparaciones, servicios de agencias de viaje, promoción inmobiliaria, lavanderías, peluquerías, servicios de enmarcación, etc.

Quedan al margen de la supresión de licencias, y por tanto precisarán de ellas, estas mismas actividades si tienen impacto en el patrimonio histórico-artístico o en el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público.

Por último y para no dejar a los Ayuntamientos sin los recursos económicos que les proporcionaba las licencias municipales, esta Ley modificó el texto refundido de la Ley de Haciendas Locales, permitiendo la exacción de tasas, además de por el otorgamiento de licencias, por la actividad administrativa de control tras la presentación de la declaración responsable o comunicación previa.

f) Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado

La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, es, por el momento, el último ejemplo del tesón estatal por remover los obstáculos administrativos que impiden la consecución de un verdadero mercado interior de servicios en Europa y lo hace instaurando, en

¹⁹⁸ Tener en cuenta que, con posterioridad, la Disposición final tercera de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, modificó esta superficie, pasando de los 300 metros de la Ley 12/2012 a 500 metros. Esta Disposición también modifica, en su apartado Dos, el Anexo de la Ley 12/2012, añadiendo nuevas actividades al mismo. La última modificación llevada a cabo hasta el momento en cuanto a las dimensiones de los establecimientos comerciales, es la efectuada por la Disposición final tercera de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, incrementando los metros de superficie de 500 a 750.

¹⁹⁹ La Disposición final décima de la Ley 12/2012 (según redacción de la Ley 20/2013) permite a las Comunidades Autónomas ampliar el umbral de superficie y el catálogo de actividades comerciales o de servicios, así como determinar cualesquiera otros supuestos de inexigibilidad de licencias, pudiendo establecer regulaciones sobre estas actividades con menor intervención administrativa, incluyendo la “declaración de inocuidad”; contrariamente les está prohibido rebajar el citado umbral o excluir actividades recogidas en él. Por su parte, las Disposiciones finales octava y novena habilitan al Gobierno, la primera, para la modificación del catálogo de actividades prevista en el Anexo de esta norma, y la segunda, para modificar el umbral de superficie previsto en Título I de la Ley 12/2012, con el objeto de poder extenderlo a otras superficies, adaptándose a las circunstancias del mercado y de la coyuntura económica. En ambos casos la revisión procederá en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley.

clave interna autonómica, el principio *comunitario de reconocimiento mutuo* para acabar con la fragmentación normativa del mercado español de servicios. Asimismo, se ha tenido en cuenta la profusa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los principios básicos recogidos en el Capítulo II (arts. 3 a 9) de la Ley. En particular, en relación con los principios de necesidad y proporcionalidad, el principio de eficacia nacional o de licencia única y el principio de no discriminación²⁰⁰.

El nuevo principio de no discriminación de los operadores económicos impone la igualdad efectiva de derechos en todo el territorio nacional y con respecto a todas las autoridades competentes, lo que supone una interpretación un tanto generosa de la doctrina constitucional sobre la unidad de mercado, que demanda una “igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica”²⁰¹. En cuanto a la eficacia nacional de los medios de intervención administrativa, se trata de uno de los principios generales que la Ley 17/2009 introdujo en el derecho interno, mediante el cual se garantiza que, en el marco de los sectores económicos afectados por la Directiva de Servicios, las decisiones tomadas por la autoridad competente de origen tienen eficacia en todo el territorio nacional. Esta Ley extiende los efectos de este principio al acceso y ejercicio de todas las actividades económicas, incluidos aquellos sectores expresamente excluidos de la Directiva y, en especial, a las actividades que, por su carácter estratégico, sean un potencial para la dinamización y el crecimiento económico (p. ej., las comunicaciones electrónicas, el transporte, las empresas de trabajo temporal, la seguridad privada, etc...) ²⁰².

Lógicamente, el principio de licencia única no es aplicable a las autorizaciones y declaraciones responsables vinculadas con un ámbito territorial determinado, como las relacionadas con la

²⁰⁰ Vid., EZQUERRA HUERVA, A., “Los servicios sociales a la luz de la Ley de garantía de la unidad de mercado”, *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado: comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, ALONSO MAS, M. J., (dir.), 2014, pp. 785-828.

²⁰¹ El Tribunal Constitucional ha señalado que “la compatibilidad entre la unidad económica de la Nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios, equilibrio que (...) admite una pluralidad y diversidad de intervenciones de los poderes públicos en el ámbito económico, siempre que reúnan las varias características de que: la regulación autonómica se lleva a cabo dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad; que esta regulación en cuanto introductoria de un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación, resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue de manera que las diferencias y peculiaridades en ellas previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin y, por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles” (STC 64/1990, de 5 de abril, FJ 5).

²⁰² El principio de eficacia en todo el territorio nacional o de licencia única constituye el *príus* de la Ley, que se asienta en el derecho fundamental a la libertad de empresa en el marco de la unidad de mercado (art. 38 CE). La aplicación de este principio no es sino una nueva forma de erosión autonómica porque, si bien sus efectos no alcanzan a constituir una uniformidad de la normativa interna, sí que desvalorizan la autonomía reguladora de las Comunidades Autónomas, y causan un perjuicio económico a sus haciendas públicas. Al dar prevalencia a la regulación de la Comunidad Autónoma de origen, esta Ley promueve indirectamente el vaciamiento de las competencias autonómicas, impidiendo que se ejerciten en el propio territorio cuando el operador esté localizado en otro, y alienta una homogeneización normativa desreguladora en la que se impondrá el principio de mínima intervención, con independencia de si es o no la mejor alternativa.

Cabe destacar, en este punto, que el Tribunal Constitucional ha admitido a trámite cuatro recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado planteados por el Parlamento de Cataluña, el Gobierno de Cataluña, el Gobierno de Andalucía y el Gobierno de Canarias, por considerar que aquélla tiene un carácter recentralizador e invasivo de competencias autonómicas.

ocupación del dominio público y con las instalaciones de infraestructuras físicas, donde persiste la obligación de obtener el título habilitante establecido por la normativa autonómica correspondiente. En este caso, igual que disponía la anterior redacción del artículo 3 *in fine* de la Ley 17/2009, cuando el operador esté establecido legalmente en otra parte del territorio, la Administración sólo podrá exigir requisitos ligados específicamente a la obra.

Esta Ley aprovecha para seguir impulsando un marco regulatorio eficiente para las actividades económicas que simplifique la legislación existente, elimine regulaciones innecesarias, establezca procedimientos más ágiles y minimice las cargas administrativas. La mayor parte de las barreras y obstáculos a la unidad de mercado se eliminan adoptando criterios de buena regulación económica. Es importante mantener la regulación bajo un proceso de revisión constante basado en los principios de buena regulación y de unidad de mercado nacional.

Partiendo del principio de libre iniciativa económica, regula la instrumentación de los principios de necesidad y proporcionalidad. Las autoridades podrán elegir entre una comunicación, una declaración responsable o una autorización, en función del interés general a proteger, de los requisitos que, en su caso, se exijan para la salvaguarda de dicho interés general y en atención a la naturaleza de la actividad y de si el medio de intervención se dirige a la propia actividad o a la infraestructura física. En este sentido, los principios de necesidad y proporcionalidad se redefinen en función de la naturaleza, de la actividad y del objeto de la autorización, regulándose con extrema pulcritud cuando se puede exigir una autorización, una comunicación o una declaración responsable²⁰³.

La autorización es el medio de intervención que más limita el acceso a una actividad económica y su ejercicio. Por ello, desde la perspectiva de los operadores económicos, se consideran motivos que habilitan para exigir autorización administrativa, la existencia de razones de seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad y el orden público, dentro del cual se incluyen, entre otras, la prudencia y la garantía de la estabilidad financieras. Pero aunque exista alguno de esos motivos, siempre deberá valorarse que la exigencia de, o bien una declaración responsable o bien una comunicación, no sea suficiente para garantizar el objetivo perseguido, de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Por ejemplo, en aplicación del principio de necesidad por salud pública, es posible que deban regularse varias actividades que se ofrecen en condiciones de mercado en el marco de la planificación sanitaria. A algunas de estas actividades se les exigirá autorización y a otras una declaración responsable o una comunicación, en función de si es necesaria una verificación previa de los requisitos exigidos.

Por otro lado, la autorización será el instrumento adecuado para garantizar la concurrencia competitiva en los casos donde existe una limitación del número de operadores en el mercado por la

²⁰³ *Vid.*, arts. 5, 9, 17 y Disp. final segunda de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, por la que se modifica la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, dando nueva redacción a letra b) del art. 5 y el aptdo. 3 de su artículo 7.

escasez de recursos naturales, el uso del dominio público, las limitaciones técnicas de esa actividad o por la prestación de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, incluidos aquellos cuya prestación necesita la utilización del dominio público o porque se trate de servicios que puedan poner en riesgo su adecuada prestación, como sucede, por ejemplo, con el ejercicio de las actividades desarrolladas por el taxi y el arrendamiento de vehículos con conductor, con las concesiones demaniales o con las oficinas de farmacia que se consideran incluidas en las previsiones del artículo 17.1 de la Ley.

La Ley vuelve a incidir en el régimen de licencias urbanísticas al modificar la Ley 12/2012, prohibiendo la imposición del régimen de autorización a los establecimientos comerciales permanentes previstos en la Norma con una superficie útil de exposición y venta al público de hasta 750 m² y a sus obras de acondicionamiento que no requieran proyecto de obra (Disposición final tercera, primera).

Finalmente, la Ley 20/2013 prevé, en su artículo 10, la creación del Consejo para la Unidad de Mercado, órgano de cooperación administrativa para el seguimiento de la aplicación del contenido de la Ley que tiene, entre sus funciones: i) el seguimiento de la adaptación de la normativa del conjunto de las autoridades competentes a los principios de esta Ley, ii) el impulso de los cambios normativos necesarios para la eliminación de obstáculos a la unidad de mercado en los marcos jurídicos correspondientes, iii) el seguimiento de los mecanismos de cooperación establecidos en esta Ley, en particular, del sistema de intercambio de información y la efectiva integración de registros sectoriales, o, iv) la aprobación del informe semestral a que se refiere la letra f) del artículo 11, cuya realización corresponde a la Secretaría del Consejo²⁰⁴.

g) Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local

Tal y como se expone en el Preámbulo de la Ley, la reforma que plantea persigue varios objetivos básicos: clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones de forma que se haga efectivo el principio “una Administración, una competencia”; racionalizar la estructura organizativa de la Administración Local de acuerdo con los

²⁰⁴ La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, prevé la creación de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM), como órgano técnico de coordinación y cooperación continua con las autoridades competentes para la aplicación de la Ley (art. 11). Dicha Secretaría recae en la Subdirección General de Unidad de Mercado, Mejora de la Regulación y Competencia, del Ministerio de Economía y Competitividad, tal y como quedó establecido en la Orden ECC/250/2014, de 20 de febrero, por la que se designa la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado así como la ventanilla para la tramitación de los mecanismos de protección de los operadores económicos previstos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. Entre otras funciones, corresponde a dicha Secretaría la supervisión continua de la aplicación de la LGUM y de la adaptación de la normativa del conjunto de las autoridades competentes, así como el análisis y evaluación de la situación de la unidad de mercado en el territorio nacional. Asimismo, la letra f) del artículo 11 de la LGUM dispone que corresponde a dicha Secretaría la elaboración de un informe de carácter semestral con conclusiones y, en su caso, recomendaciones para la revisión o reforma de marcos jurídicos. El informe correspondiente al primer semestre de 2015, fue elaborado el 27 de enero y publicado en el mes de abril, y en él se han identificado y depurado, bajo la óptica de la LGUM, más de 7.500 normas de 29 áreas, para determinar aquellas en las que es necesario proceder a su posible revisión. El informe puede consultarse en www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/INFORME_CUM-Enero_2015.

principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera; garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso y favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas. Este último objetivo es el único que aquí interesa.

A raíz de la Ley 25/2009, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se operó un cambio radical en relación con los medios de intervención y control preventivo de las corporaciones locales, lo que dio lugar a una nueva redacción del artículo 84 LBRL, reconociendo junto a la tradicional licencia las nuevas técnicas de comunicación previa o declaración responsable. Dando un paso más en el proceso de liberalización de controles, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, dio lugar a la adición a la LBRL de un nuevo artículo 84 bis que, en principio, establecía que, salvo exenciones específicamente enumeradas, “el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo”. Posteriormente, el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, concretó y amplió las actividades no sujetas a obtención de licencia u otro medio de control preventivo, y finalmente la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, extendió su aplicación al ámbito del comercio minorista (se modifica el artículo 2 por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, elevando el límite de superficie útil de venta al público de 300 a 750 metros cuadrados).

La LRSAL ha modificado el artículo 84 bis LBRL, con un texto de redacción compleja que, para su debida comprensión, debemos exponer conjuntamente con el de su matriz, el artículo 84, que no ha experimentado en principio modificación textual, a reserva de lo que más adelante se expondrá.

La nueva normativa ofrece, a primera vista, una gran complejidad sistemática y un alto grado de indeterminación, debido posiblemente a que en última instancia estamos en presencia de una normativa básica o de principios comunes, que posteriormente deben ser desarrollados por la legislación sectorial estatal y autonómica, de donde traerán causa en última instancia las normativas locales y sus actos aplicativos²⁰⁵.

h) Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficacia

Dentro de las medidas de impulso a la actividad económica, este Real Decreto recoge las dirigidas a fomentar el comercio minorista y la unidad de mercado en las que, como acabamos de ver, habían incidido otras leyes previamente.

La modificación del artículo 6 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, que se realiza mediante este Real Decreto-ley pretende, además de su adecuación a la

²⁰⁵ Sin perjuicio de ello, hemos de tener presente el impacto que supone la promulgación -prácticamente simultánea en el tiempo- de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que se aplica a todo tipo de actividades económicas (incluso a las excluidas de la Ley 17/2009, normativa que es también objeto de modificación en relación con la justificación de la necesidad de licencias y sus establecimientos físicos).

Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, profundizar en el proceso de simplificación y racionalización de los procedimientos de autorización seguidos en el ámbito del comercio minorista.

De esta forma, las principales modificaciones aprobadas en la actual redacción del artículo 6 se refieren a los siguientes aspectos:

1º- Se introduce una referencia expresa a la regla general de no sometimiento a autorización administrativa en la apertura de establecimientos comerciales, por la que, en su defecto, podrá someterse a declaración responsable o comunicación previa. Con el objetivo de someter también a regulación básica las restantes actuaciones relacionadas con establecimientos comerciales, se regulan en el apartado primero otras situaciones como son los traslados y ampliaciones de los establecimientos, que también han sido sometidas a un tratamiento heterogéneo en la regulación autonómica.

2º- Se ajustan las razones imperiosas de interés general a las previstas en el artículo 17.1.b) de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, referidas a los posibles daños sobre el medio ambiente, y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, como consecuencia del análisis de necesidad y proporcionalidad efectuado sobre las posibles restricciones, en coherencia con la referencia a las razones imperiosas de interés general aplicables a la distribución comercial ya enumeradas en la anterior redacción del artículo 6 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y en especial, a la vista del consenso existente sobre la materia en el sector, atendiendo al desarrollo normativo autonómico vigente y a la práctica administrativa derivada de aquel. Todo ello sin perjuicio de que la actual regulación comercial es compatible con la regulación sectorial en materia de seguridad y de salud públicas, aplicable con carácter general a la apertura de todo tipo de establecimientos.

3º- Se profundiza en las medidas para la simplificación y racionalización administrativas, consagrando el procedimiento integrado para la autorización comercial mediante la inclusión de todas las actuaciones en un único procedimiento que será competencia de una sola autoridad que gestionará las diferentes fases a partir de una misma solicitud²⁰⁶. Con ello se ofrece un solo interlocutor a los ciudadanos, lo que facilita la interrelación de aquellos con la Administración en materia de apertura de establecimientos comerciales. La autoridad competente para el otorgamiento de autorizaciones comerciales será determinada por las comunidades autónomas²⁰⁷.

²⁰⁶ De esta medida pudiera desprenderse una posible detracción de competencias municipales en favor de las CC.AA., al unificarse en un único procedimiento todas aquellas actuaciones administrativas relativas a la autorización para la apertura del establecimiento comercial, entre las que se encontrarían, no sólo la concesión de la licencia comercial por parte de la CC.AA., sino también y en ese mismo procedimiento, la concesión de la licencia de obras y de actividad que, en tal caso, dejarían de otorgarla los municipios.

²⁰⁷ *Vid.*, MUÑOZ MACHADO, S., “La garantía jurisdiccional de la integridad y superioridad de la Constitución: la descentralización del sistema”, *RGDA*, núm. 5, 2004.

4º- Se reduce el plazo para la resolución de estos procedimientos a tres meses²⁰⁸, porque de una parte, se entiende plazo suficiente para la sustanciación de los mismos, y de otra, se aprecia en la práctica actual de los procedimientos una divergencia de plazos que impide determinar de forma precisa el tiempo total empleado en su evacuación. Con frecuencia se establecen plazos sucesivos para actuaciones independientes -que podrían llevarse a cabo de forma simultánea- que no contribuyen a clarificar el plazo total empleado, por lo que se entiende oportuno establecer un límite dentro del cual se tenga que producir la resolución correspondiente (otorgamiento o no de la autorización), de manera que se agilicen los trámites cuando sea posible y se supriman aquellos prescindibles o bien se tramiten de manera simultánea.

Se acomete esta reforma del artículo 6 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, en cumplimiento de lo previsto por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, que otorgaba un plazo de seis meses para proceder a las modificaciones normativas necesarias para la adecuación de la legislación sectorial vigente a la mencionada Ley de garantía la de unidad de mercado.

5º- Por otro lado, este Real Decreto-ley recoge un conjunto de medidas urgentes de carácter liberalizador en el ámbito de la distribución comercial. La eliminación de restricciones en este ámbito ha sido una recomendación reiterada de organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Así, se profundiza en la liberalización de horarios, operada por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

A tales efectos, se modifica la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales con la finalidad de garantizar la consideración y motivación efectivas de las circunstancias a tener en cuenta para la determinación de las zonas de gran afluencia turística por parte de las Comunidades Autónomas a instancia de los Ayuntamientos, que por primera vez se regularon con carácter básico en el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio. Asimismo, se refuerza la necesidad de que tanto las solicitudes municipales de declaración de zona de gran afluencia turística como las resoluciones de las Comunidades Autónomas estén debidamente fundadas en criterios objetivos, de manera que, en los supuestos en que no lo estén y se produzcan restricciones injustificadas de ámbitos territoriales o periodos temporales de duración en estas zonas, rija el principio de libertad de horarios para todo el

²⁰⁸ Se acomete esta reforma del artículo 6 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, en cumplimiento de lo previsto por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, que otorgaba un plazo de seis meses para proceder a las modificaciones normativas necesarias para la adecuación de la legislación sectorial vigente a la mencionada Ley de garantía la de unidad de mercado.

municipio y la totalidad del periodo anual, respetando en todo caso la solicitud municipal en los supuestos que esté debidamente motivada²⁰⁹.

Con el mismo objetivo, se reduce el umbral de población de los municipios de más de 200.000 a más de 100.000 habitantes y el de las pernoctaciones de más de un millón a más de 600.000, con el fin de elevar el número de ciudades españolas que están obligadas a declarar al menos una zona de gran afluencia turística, quedando comprendidas las diez nuevas ciudades enumeradas en el anexo I de este Real Decreto-ley, que se unen a las catorce anteriormente obligadas y relacionadas en el anexo del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio²¹⁰.

En definitiva, las modificaciones normativas contenidas en este Real Decreto-ley en materia de liberalización de horarios comerciales traen causa y persiguen como objetivos la mejora del empleo y de las ventas, el aumento de la capacidad productiva del país, el fomento de la inversión empresarial para mantener la apertura de los establecimientos, la dinamización del consumo privado y el volumen de negocio del sector. Asimismo, suponen una mejora del servicio a los consumidores y su libertad de elección, respondiendo así a los cambios sociales, maximizando los ingresos por turismo y aumentando el potencial turístico del país. Por otra parte, cabe señalar un efecto positivo en la capacidad de competencia del comercio tradicional con el comercio *on line*. Finalmente, se pretende facilitar a los municipios la declaración de nuevas zonas de gran afluencia turística de forma que aquellos afectados puedan disponer de las herramientas necesarias para instar su declaración en el menor plazo posible. En resumen, se plantean cuestiones jurídicas, también, eso sí, sobre razones de interés general, plazos, criterios objetivos, etc. Cuestiones clásicas todas ellas y, no se olvide, también apuntadas al hilo de la Directiva de Servicios.

La Directiva de Servicios representa un cambio trascendental en la configuración de un verdadero mercado unificado de los servicios, cuyo fundamento se encuentra en el reconocimiento de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios. La acción armonizadora del legislador europeo respecto de estas libertades básicas es de singular relevancia en aras del establecimiento de

²⁰⁹ En coherencia con estas modificaciones de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales, se establece que las Comunidades Autónomas donde se ubiquen municipios que hayan cumplido estos requisitos en el año 2013, deberán declarar, al menos, una zona de gran afluencia turística en dichos municipios en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, y que, en ausencia de tal declaración, estos municipios dispondrán de plena libertad de horarios comerciales durante todo el periodo anual en todo su ámbito. En sentido semejante, con relación a los municipios respecto a los que no se haya adoptado todavía dicha declaración en cumplimiento de la disposición adicional undécima del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, se habilita un plazo de dos meses desde la entrada en vigor de esta nueva norma para que las Comunidades Autónomas adopten la correspondiente resolución de manera que, en caso de que no se resolviera en ese plazo, se entenderá asimismo que los municipios afectados dispondrán de plena libertad de horarios comerciales durante todo el periodo anual en todo el término municipal.

²¹⁰ Tales modificaciones en la regulación de las zonas de gran afluencia turística, definidas por primera vez en 2012, tienen por objeto aprovechar las sinergias procedentes de la relación entre el turismo y el comercio, al ser el turismo un factor de empuje de la actividad comercial que aumenta la capacidad de generación de empleo y de actividad económica. En otras palabras, una oferta comercial amplia, variada y disponible en los momentos de afluencia turística multiplica, sin duda, el impacto económico del turismo y contribuye a la generación de crecimiento y empleo. Esta realidad justifica tanto la introducción de nuevos criterios para la delimitación y declaración de zonas de gran afluencia turística, como la revisión de los indicadores que condicionan la declaración obligatoria de zonas, que permitirá incrementar el número de grandes poblaciones que deberán disponer como mínimo de un zona de esta naturaleza y que podrán beneficiarse del fuerte incremento del número de turistas y del gasto turístico.

un auténtico mercado interior de los servicios, lo que ha supuesto para las autoridades internas competentes una elephantiasis normativa en estos últimos años. En cualquier caso, la apreciación discordante de los efectos de la Directiva por las Comunidades Autónomas -como seguidamente veremos-, y la distinta intensidad de la transposición, genera una disparidad de marcos regulatorios que crea incertidumbre jurídica y distorsión del funcionamiento del mercado interno, situación que podría corregirse mediante la armonización consensuada de la normativa reguladora de la actividad económica y de un refuerzo y perfeccionamiento de los mecanismos de coordinación y cooperación institucional que debe comandar el legislador estatal en el marco del proceso de transposición de la Directiva de Servicios.

No es ese precisamente el camino que ha escogido el legislador estatal, tal y como lo demuestra la Ley de garantía de unidad del mercado que, indirectamente, como ya hemos visto, va a generar una uniformización normativa en todo el territorio nacional que desdibujará el reparto constitucional y estatutario de competencias con justificación en el principio de unidad del orden económico nacional presente implícitamente en el artículo 139 CE²¹¹, sin mencionar la litigiosidad que se creará entre Comunidades Autónomas a costa del *dumping regulatorio*²¹². Quizás, habría sido más eficaz y menos problemático que el Estado hubiera recurrido a leyes de armonización para hacer efectiva la unidad de mercado, en aquellos aspectos en que sus competencias propias resulten insuficientes²¹³.

3. Legislación autonómica de transposición

Es importante hacer notar, como hemos dicho con anterioridad que, aunque la Directiva de Servicios pretendió llevar a cabo una armonización de las disposiciones de los Estados miembros,

²¹¹ El artículo 138.2 CE dispone que “Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español.” El Tribunal Constitucional se ha manifestado, al respecto, expresamente. Así, en la STC 64/1990, de 5 abril, señala: “De nuestra doctrina conviene recordar ahora que la efectiva unicidad del orden económico nacional requiere la existencia de un mercado único y que la unidad de mercado descansa, a su vez, como han señalado las SSTC 96/1984 y 88/1986, sobre dos supuestos irreductibles, la libre circulación de bienes y personas por todo el territorio español, que ninguna autoridad podrá obstaculizar directa o indirectamente (art. 139.2 CE), y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica (arts. 139.1 y 149.1.1ª CE), sin los cuales no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone”.

²¹² De este modo, una autorización para una determinada actividad concedida, p. ej., por una Entidad Local en el ámbito de sus competencias, tendrá efectos en toda España. Y, además, a la misma se le aplicará la normativa de la correspondiente CC.AA. o, en su caso, Entidad Local, cuyos efectos se irradian pues a todo el territorio nacional. Y viceversa, un Ayuntamiento deberá soportar que en su territorio se comercialicen productos o se desarrollen actividades que no cumplan con su normativa ni con la normativa de la correspondiente CC.AA., al aplicarse la normativa de origen, la del lugar del establecimiento del prestador o la del lugar de producción. Como indica el Consejo Económico y Social, en su Dictamen núm. 5/2013, de 19 de abril, sobre el Anteproyecto de Ley de Garantía de la unidad de mercado, la aplicación de la regla de origen puede dar lugar a la desprotección de los consumidores, a la aplicación de una normativa de mínimos e incluso a la desubicación de las actividades económicas, dado que el operador tenderá a establecerse en el lugar en que la normativa resulte más laxa y menos protectora. Es más, podría producirse un efecto no querido de discriminación inversa y con importantes consecuencias anticompetitivas ya que en el mismo lugar existirían operadores y productos en competencia a los que se apliquen normas distintas, unas más permisivas que otras, pp. 8 y ss.

²¹³ *Vid.*, al respecto, MUÑOZ MACHADO, S., “La interpretación de la Constitución, la armonización legislativa y otras cuestiones (la STC de 5-8-83: asunto LOAPA)”, en *REDC*, núm. 9, 1983, pp. 121 y ss.

en especial, sobre autorizaciones previas en relación con las actividades de prestación de servicios, la circunstancia de que la competencia sobre esta materia esté repartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas ha provocado que también estas últimas aprueben leyes de transposición de la Directiva. Todo lo cual es irreprochable salvo por la circunstancia de que se ha generado una importante diversificación de la que resultará en la práctica muchas especialidades en la ordenación de las materias a las que la Directiva se refiere.

3.1. La prolija actividad legislativa de transposición de las Comunidades Autónomas: una visión general

La intensidad de la transposición no ha sido igual en todas las Comunidades Autónomas. Aunque todas tienen competencias otorgadas por la Constitución en materias relacionadas con el sector servicios, no todas las Comunidades Autónomas han reformado el mismo número de normas, ni los mismos sectores de actividad, ni todas las leyes son iguales.

Mucha actividad han tenido que desplegar las Comunidades Autónomas para que, en el ámbito de sus extensas competencias, estén incorporados los objetivos que persigue la Directiva de servicios. Una catarata de reformas normativas se viene produciendo en los últimos años para modificar las leyes de comercio interior, de turismo, ferias, de juego, de protección de los consumidores, de protección ambiental, de colegios profesionales, del régimen administrativo para simplificar la actividad pública y suprimir bastantes autorizaciones que ahora se consideran desproporcionadas, así como para incorporar la nueva técnica de las declaraciones responsables o comunicaciones previas, para modificar el sentido del silencio.

En el informe que presentó el Gobierno ante la Comisión Europea, en abril de 2010, se contabilizaron casi doscientas reformas en normas con rango de ley y más de seiscientos reglamentos autonómicos y se apuntaban todavía más normas pendientes de modificar. La mayoría de estas normas poseían como denominador común la incorporación de la comunicación previa y la declaración responsable, que traen causa de los artículos 5.c) y 7 de la Ley 17/2009, lo que ha servido para suprimir muchas autorizaciones, como las que se exigían para realizar acampadas, establecer una escuela de animadores, talleres de reparación de vehículos, empresas reparadoras de ascensores y de grúas, manipulación de alimentos, viveros, autoescuelas... El citado informe cifraba en más de setecientas las autorizaciones suprimidas y más de quinientos los trámites eliminados con el fin de agilizar muchos procedimientos administrativos. A esto hay que añadir que los más de ocho mil ayuntamientos han tenido también que analizar sus procedimientos de intervención para considerar qué autorizaciones mantenían, cuándo podría ser suficiente una previa comunicación o una declaración responsable, así como modificar el sentido del silencio.

Además, se han simplificado muchos procedimientos administrativos eliminando trámites y cargas. Y, lo que es más importante, se ha reunido y ordenado mucha información en la ventanilla única. Un gran logro de todo este proceso.

3.2. Técnicas legislativas utilizadas

Siguiendo al legislador estatal, algunas Comunidades Autónomas han preferido adoptar una serie de medidas horizontales de simplificación administrativa, como Cataluña, Madrid, Galicia, Castilla y León, Navarra, Andalucía, Aragón, La Rioja, Illes Balears, Cantabria y Extremadura; mientras, otras Comunidades Autónomas se han limitado a efectuar meras reformas verticales de algunos sectores de actividad, como Castilla La Mancha, Murcia, Asturias, País Vasco, Comunitat Valenciana y Canarias. Es evidente que el enfoque sobre la transposición es más amplio y ambicioso en aquellas Comunidades Autónomas que adoptan algunas medidas horizontales que en las que no lo hacen, pues las medidas horizontales tienen un carácter genérico y de mayor calado que las reformas meramente sectoriales²¹⁴.

En tales circunstancias las técnicas legislativas utilizadas varían, aunque se pueden distinguir cuatro tipos de transposición: mediante una ley autonómica ordinaria, a través de una ley autonómica de bases de delegación en el Gobierno regional, por decreto-ley adoptado por el Gobierno autonómico²¹⁵, o, en fin, mediante simples normas autonómicas reglamentarias:

a) El primer modelo, que es el más común y más seguro, como puede ser el adoptado por las CC.AA. de Murcia, Illes Balears, Castilla la Mancha, Madrid, Galicia, Navarra y Cantabria, desarrolla las bases estatales mediante una ley más o menos sustanciosa y que, en gran medida, tiene en cuenta el marco normativo estatal, aunque en algunos casos los procedimientos legislativos estatales y autonómicos fueran paralelos. En este sentido, la Ley foral navarra señala: “El Estado, iniciador del proceso de transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico español, ha dictado una Ley de carácter básico, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en la cual se contienen los principios generales de la Directiva de Servicios y se fijan los criterios

²¹⁴ Así, entre las normas autonómicas adoptadas: Andalucía (*vid.*, Ley 3/2009, de 22 de diciembre, Ley 3/2010, de 21 de mayo, Ley 4/2011, de 6 de junio y Ley 3/2014, de 1 de octubre; Aragón (*vid.*, Decreto-ley 1/2008, de 30 de octubre y Decreto-ley 1/2010, de 27 de abril); Asturias (*vid.*, Leyes 9 y 10/2010, de 17 de diciembre); Illes Balears (*vid.*, Ley 8/2009, de 16 de diciembre y Ley 12/2010, de 12 de noviembre); Canarias (*vid.*, Ley 12/2009, de 16 de diciembre); Cantabria (*vid.*, Ley 1/2010, de 27 de abril, Ley 2/2010, de 4 de mayo y 3/2010, de 20 de mayo); Castilla la Mancha (*vid.*, Ley 7/2009, de 17 de diciembre y Ley 1/2013, de 21 de marzo); Castilla y León (*vid.*, Decreto-ley 3/2009, de 23 de diciembre y Ley 8/2014, de 14 de octubre); Catalunya (*vid.*, Ley 20/2009, de 4 de diciembre, Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, Ley 5/2010, de 26 de marzo, Ley 26/2010, de 3 de agosto, Decreto legislativo 3/2010, de 5 de octubre y Ley 2/2014, de 27 de enero); Extremadura (*vid.*, Decreto 18/2009, de 6 de febrero); Galicia (*vid.*, Ley 7/2009, de 22 de diciembre y Ley 1/2010, de 11 de febrero); La Rioja (*vid.*, Ley 6/2009, de 15 de diciembre y Decreto 25/2010, de 30 de abril); Madrid (*vid.*, Ley 8/2009, de 21 de diciembre y Ley 2/2012, de 12 de junio); Murcia (*vid.*, Ley 12/2009, de 11 de diciembre); Navarra (*vid.*, Ley Foral 15/2009, de 9 de diciembre, Leyes Forales 6 y 7/2010, de 6 de abril y Ley Foral 11/2012, de 21 de julio); Comunitat Valenciana (*vid.*, Ley 12/2009, de 23 de diciembre, Decreto 165/2010, de 8 de octubre, Ley 2/2012, de 13 de enero y Ley 6/2012, de 24 de octubre); País Vasco (*vid.*, Ley 7/2012, de 23 de abril).

²¹⁵ *Id.*, BAÑO LEÓN, J. M., *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas-Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1991. Como nos recuerda UREÑA SALCEDO, J. A., “El principio de Servicio objetivo a los intereses generales y su control por los tribunales”, *DA*, núm. 289, 2011, “la primera vez que el Tribunal Supremo sostuvo que los principios generales del Derecho constituían un límite a la potestad reglamentaria fue, según parece, en una Sentencia de 20 de febrero de 1959, que aplicó el principio de proporcionalidad (...). En cualquier caso, destaca este autor, “la distribución de competencias, lógicamente, es un límite a los Decretos-leyes”, *cit.*, p. 66.

comunes para llevar a cabo el correspondiente proceso de adaptación normativa en las Comunidades Autónomas. La Administración del Estado completa su proceso de transposición con otra Ley de carácter sectorial mediante la cual modifica distintas leyes estatales afectadas por las disposiciones de la Directiva de Servicios”²¹⁶.

Asimismo, la Ley cántabra reconoce en su preámbulo el carácter limitado de la legislación autonómica que debe completarse con la propia regulación de la Unión Europea y con la legislación autonómica y la reglamentación local: “Desde un punto de vista de técnica legislativa, las anteriores consideraciones provocan que la Directiva no requiera de un único acto de transposición, sino que va a exigir de todo un proceso dinámico de adaptación del ordenamiento jurídico autonómico a la nueva realidad. Así, la transposición de la Directiva ha de suponer una necesaria combinación tanto de medidas legislativas, como de medidas no legislativas de índole organizativo o práctico, encaminadas hacia la eliminación de aquellos obstáculos administrativos que puedan dificultar el ejercicio de las citadas libertades fundamentales consagradas ya en el propio Tratado Constitutivo, sobre todo en relación con la prestación de todos aquellos servicios que se realizan por cuenta propia conforme a un método económico. Con ello no se persigue si no la afirmación de la seguridad jurídica necesaria para el efectivo ejercicio de las citadas libertades fundamentales, creando un marco legal que impida el establecimiento de cualquier tipo de restricción por parte de los poderes públicos competentes en cada territorio”²¹⁷.

b) El segundo modelo, consistente en una Ley de bases de delegación en el Gobierno autonómico de la potestad legislativa para la adecuación de normas con rango de ley a la Directiva, se ha utilizado en Cataluña²¹⁸.

En esta Comunidad Autónoma, la Ley 5/2010, de 26 de marzo, de bases de delegación en el Gobierno de la potestad legislativa para la adecuación de normas con rango de ley a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, detalla 13 leyes autonómicas que debían ser objeto de adecuación por el Gobierno catalán y, por otra parte, su artículo 2 dispone: “son bases de la delegación, en calidad de principios y criterios a los que debe ajustarse el Gobierno en la elaboración de los correspondientes

²¹⁶ *Vid.*, Preámbulo de la Ley Foral 6/2010, de 6 de abril, de modificación de diversas leyes forales para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior.

²¹⁷ *Vid.*, el preámbulo de la Ley 2/2010, de 4 de mayo, para la modificación de la Ley 1/2002, de 26 de febrero, del Comercio de Cantabria y de otras normas complementarias para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

²¹⁸ Este técnica de la Ley de bases de delegación se utilizó en 1986 tanto por el Estado como por Cataluña y el País Vasco para transponer las primeras directivas aplicables como consecuencia de la adhesión de España a las Comunidades Europeas. Así, p. ej., en la CC.AA. de Cataluña, el Preámbulo de la citada Ley 5/2010, de 26 de marzo, establece que su objeto consiste en delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley, en forma de decretos legislativos, para adecuar las leyes vigentes de Cataluña a la Directiva. La presente ley fija las bases a las que debe ajustarse el Gobierno mediante una remisión a la propia Directiva, ya que en el desarrollo del derecho de la Unión Europea las autoridades competentes están obligadas a ajustarse estrictamente a su contenido. Esta especificidad del derecho de la Unión Europea configura las disposiciones de la Directiva como bases que debe contener la delegación legislativa y a las que debe someterse el Gobierno en el ejercicio de la delegación.

decretos legislativos, las disposiciones de la Directiva 2006/123/CE, en lo que se refiere a las materias objeto de delegación”. En la parte dispositiva de la Ley catalana se omite cualquier referencia a la Ley estatal 17/2009 dando a entender que la transposición de la Directiva se hace directamente por Cataluña.

En ejercicio de la delegación legislativa, el Gobierno autonómico adoptó el Decreto Legislativo 3/2010, de 5 de octubre, para la adecuación de normas con rango de Ley a la Directiva de Servicios. El preámbulo de esta norma se refiere al proceso estatal de implementación de la Directiva de servicios que “requiere adaptar la normativa catalana con rango legal a los criterios y principios de la DS. Con dicha finalidad, el Decreto Legislativo prevé la supresión de los regímenes de autorización que afectan el ejercicio o el acceso a una actividad de servicios y que no se justifican por una razón imperiosa de interés general. Además, en los casos en los que está justificado el mantenimiento de un régimen de autorización, este se revisa a fin de que responda a los principios de proporcionalidad y no discriminación. Por otra parte, las modificaciones normativas que introduce el presente Decreto Legislativo comportan la eliminación de todos los requisitos que la DS prohíbe y de los que no se ajustan a lo que prevén los artículos 15 y 16 DS. Finalmente, en todos los casos, las modificaciones introducidas comportan la adaptación del régimen sancionador al nuevo marco normativo”.

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

En cualquier caso, la obra titánica de transposición de la Directiva parece que solo acaba de empezar porque, como revela la Disposición final primera del Decreto-ley 1/2010, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón, “En las materias que son de competencia de la Comunidad Autónoma de Aragón de conformidad con el Estatuto de Autonomía de Aragón, mediante este Decreto-ley se incorpora parcialmente al Derecho aragonés la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior”. También en este caso el preámbulo del Decreto-ley aragonés se alinea claramente y sin complejos con la previa intervención legislativa estatal y subraya: “el artículo 93.2 señala que la Comunidad Autónoma de Aragón aplica y desarrolla el Derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias”.

Asimismo y en el caso de Andalucía, las prisas iniciales, achacables al legislador estatal, han sido remediadas con regulaciones específicas que se pudieron adoptar en 2010. En algunos casos, como en La Rioja, se adopta simplemente y en un ámbito técnico el mero Decreto autonómico “sin perjuicio de la tramitación de posteriores adecuaciones normativas a realizar de forma independiente a este Decreto, dado el carácter específico y técnico de las materias que regula.”

Significar en este punto que la mayor parte de las Comunidades Autónomas han dictado su normativa de transposición fuera del plazo marcado por la Directiva, pues antes del 28 de diciembre de 2009 tan sólo seis de las diecisiete existentes, habían dictado alguna norma de transposición de la misma (Castilla La Mancha, Madrid, Castilla y León, Murcia, La Rioja y País Vasco). En el resto, la normativa de transposición se aprobó fuera de plazo.

3.3. Consideraciones sobre algunas de las reformas sectoriales llevadas a cabo

Todas las Comunidades Autónomas han efectuado reformas en su régimen jurídico de comercio interior, y casi todas han abordado la reforma del turismo, que son dos sectores de gran repercusión económica en nuestro país. En todo caso, nada impide que en el futuro se efectúe un mayor desarrollo normativo.

En el sector del comercio, muchas son las críticas que se han venido produciendo. Se denunciaba la fragmentación del mercado, la ruptura del mercado interior, como hemos visto. Y es que las múltiples normas autonómicas en la materia presentaban notables diferencias: unas exigían un plan de orientación comercial, otras impedían los establecimientos denominados de “descuento duro”, el número de días de apertura en fecha festiva es distinto, como distintos son los periodos de rebajas, en unas Comunidades Autónomas se había creado una tasa especial y, sobre todo, las mayores críticas se han dirigido a los peculiares regímenes de los grandes establecimientos. Unas disposiciones atendían al número de trabajadores, otras al volumen de venta, muchas a la superficie ocupada y diferenciaban según la población del término municipal o los metros cuadrados del proyecto. Los empresarios que pretendían planificar su expansión por varias Comunidades Autónomas tenían que solicitar proyectos de obras y de actividad diferentes con distintas exigencias a cada una de las autoridades competentes.

La Directiva de Servicios sí puede ser un revulsivo que purgue algunas de esas previsiones que no contaban con una probada razonabilidad. Sin embargo, las últimas reformas de leyes autonómicas de comercio aprobadas, mantienen algunas exigencias que desentonan con la melodía de la Directiva de servicios.

Sí se ha generalizado la consideración de gran establecimiento comercial a partir de los dos mil quinientos metros cuadrados, aunque algunas Comunidades Autónomas establecen una escala que diferencia según la población del municipio en el que pretenda establecerse el comercio (caso de Baleares, Canarias o La Rioja). En otras se ha sustituido la autorización autonómica por la emisión

de un informe sustantivo dentro del procedimiento de la licencia municipal (Castilla-La Mancha, Madrid). Y, además, subsiste en muchas la exigencia de una autorización específica diversa a la municipal, cosa que roza con las previsiones de la Directiva de servicios como ya denunció la Comisión Nacional de la Competencia en su informe. Hay que recordar que las condiciones de la autorización “no deberán dar lugar a solapamientos con los requisitos y controles equivalentes o comparables en lo esencial [...] en otro Estado miembro o en el mismo Estado miembro” (art. 9.3 DS). Sin embargo, a pesar de esas previsiones, subsiste esa exigencia en Castilla y León, la Comunidad Valenciana, Galicia, Baleares, La Rioja, Murcia... y también en Cataluña.

A pesar de lo expuesto, quedan todavía muchos retos por alcanzar. Al repasar y comparar la legislación autonómica, se aprecian la existencia de diferentes regímenes de control que no parecen tener demasiada justificación. Así, por ejemplo, y en relación con los museos privados, en muchas Comunidades Autónomas no se exige autorización alguna para su creación; por el contrario, en otras, será necesario realizar una declaración responsable (Extremadura), o realizar una comunicación (Canarias o País Vasco), o incluso solicitar una autorización específica (Galicia)²¹⁹.

No corresponde aquí realizar un análisis pormenorizado de todas y cada una de las legislaciones autonómicas dictadas al abrigo de la DS, no porque ello no fuera enriquecedor, sino porque es tal la ingente normativa aprobada por cada una de las diecisiete Comunidades Autónomas, que ello pudiera desviar nuestra atención del verdadero objeto del presente trabajo, las *autorizaciones*. No obstante ello, y por tratarse de la Comunidad Autónoma pionera en lo que a la fecha de transposición de la Directiva se refiere, dedicaremos unas líneas al régimen aprobado en Cataluña.

3.4. Especial referencia a la Comunidad Autónoma de Cataluña

Desde temprano inició la Administración catalana los estudios para reformar la normativa autonómica y acomodarla a las exigencias de la Directiva de servicios. Fruto de ese análisis es una ambiciosa disposición para simplificar procedimientos y facilitar la actividad económica, el Decreto 106/2008, de 6 de mayo, de medidas para la eliminación de trámites y la simplificación de procedimientos para facilitar la actividad económica. Un importante reglamento que junto a reconocer la eliminación de procedimientos “que se considera que no tienen finalidad pública”, consigue abreviar y reducir un gran número de procedimientos administrativos, disminuir trámites y cargas, eliminar obstáculos para la actividad empresarial, suprimir barreras proteccionistas, incentivar la relación de la Administración con las empresas, fomentar la tramitación telemática, así como la creación de una oficina de gestión empresarial, configurada como un portal o ventanilla única que facilita las relaciones de los empresarios frente a la Administración.

²¹⁹ Sobre esta cuestión, *vid.*, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Aplicación de la Ley del comercio minorista en las diferentes comunidades autónomas”, en *Nueva ordenación del comercio minorista en España*, Madrid, 1996, pp. 217 y ss; TORNOS MAS, J., “La libertad de establecimiento comercial y sus posibles limitaciones”, en *Grandes establecimientos comerciales: su ordenación e implantación*, Tecnos, 2000, pp. 11-31; y, REBOLLO PUIG, M., “La licencia específica para la implantación de grandes establecimientos comerciales”, en *Estudios sobre Consumo*, núm. 51. 1999.

Asimismo, cabe destacar la aprobación del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de Ordenación de equipamientos comerciales. Son varios los niveles de intervención previstos en este Decreto-ley: i) una mera comunicación si los establecimientos tienen una superficie de venta de hasta 1.300 metros cuadrados; ii) una declaración responsable para aquellos establecimientos de superficie superior a 1.300 pero inferior a los 2.500, porque son esos grandes establecimientos territoriales a los que se somete al régimen de obtención de una licencia comercial; y, iii) una licencia comercial reservada a los grandes establecimientos comerciales. En relación con esto, la Ley realiza una minuciosa clasificación de las diversas categorías de establecimientos comerciales: pequeños, medianos, grandes y territoriales. Estas dos últimas categorías son las que tienen una superficie de venta de más de 1.300 y 2.500 metros cuadrados, respectivamente. Su implantación dependerá de la “trama urbana” existente y sólo se podrán establecer dentro de la misma.

La Comunidad Autónoma trata de justificar este régimen de la autorización por razones de ordenación territorial y medio ambiente, porque como criterios para valorar el otorgamiento de las licencias establece la ley que deberá adecuarse el proyecto al planeamiento municipal, que su localización ha de situarse dentro de áreas delimitadas, que deberá contar con transporte público para desincentivar el uso del vehículo particular. Pero deberá cuidarse mucho la argumentación en cada procedimiento de autorización para no generar discriminaciones y violaciones a la libertad de establecimiento que propugna el derecho comunitario europeo²²⁰. Sí hay que notar que acierta esta ley al establecer, como exige la Directiva comunitaria, que el sistema de intervención será único, bien ante el ayuntamiento o bien ante la autoridad autonómica.

Más recientemente, Cataluña ha aprobado la Ley 16/2015, de 21 de julio, de simplificación de la actividad administrativa de la Administración de la Generalidad y de los gobiernos locales de Cataluña y de impulso de la actividad económica. La Ley tiene como principales objetivos, facilitar la reactivación empresarial y económica en dicha Comunidad Autónoma mediante una reducción de los trámites y un incremento de la transparencia y simplicidad de los procedimientos administrativos. Pretende ser una Ley que fomente un cambio de modelo de las relaciones Administración-empresa otorgando confianza al empresariado y reduciendo las barreras administrativas²²¹.

²²⁰ *Vid.*, STJUE (Sala Segunda), de 24 de marzo de 2011, asunto C-400/08, por la que se resolvió la denuncia de la Comisión Europea contra la anterior legislación catalana. El Tribunal ha advertido que se incumple el Derecho comunitario cuando se restringe la libertad de establecimiento mediante la invocación de conceptos genéricos. El Tribunal exige análisis rigurosos, que se faciliten datos precisos para precisar la oportunidad y proporcionalidad de las limitaciones.

²²¹ Con la aplicación de la Ley 16/2015, se prevé un ahorro de 64,8 millones de euros para las empresas. Adicionalmente, dentro de la voluntad business friendly de la Generalitat, se aprobó por Acuerdo de Gobierno el 6 de septiembre de 2011 el Plan FUE 2011-2014 (Finestreta Única Empresarial), el cual tiene por objetivo facilitar la actividad económica a partir de la racionalización y simplificación de los procedimientos necesarios para la legalización de empresas. Actualmente, se puede decir que el plan ha sido un éxito, pues haciendo balance a fecha 30 de septiembre de 2014, se han eliminado 78 trámites y se han simplificado 396 más (*vid.*, el “Informe del Consejo para la unidad de mercado”, de 27-01-2015, p. 12).

4. Problemática de la transposición en el ámbito local.

Las Entidades Locales tienen un papel especialmente relevante en la consecución de los objetivos marcados por la Directiva dado que regulan numerosas actividades de servicios incluidas en su ámbito de aplicación, y es que, a pesar de las exclusiones, el número de Ordenanzas locales a modificar es muy importante. Pero teniendo en cuenta el alcance de la potestad normativa local y el tipo de tareas que desempeñan los municipios, más importante aún que la modificación normativa será la evaluación y simplificación de los procedimientos en dicho ámbito territorial. Así, las Entidades Locales participan y se integran en el desarrollo y funcionamiento de la ventanilla única y los mecanismos de cooperación administrativa puestos en marcha con motivo de la transposición de la normativa comunitaria. Como Administración más cercana, las Entidades Locales están en una disposición y en un contexto muy favorables para impulsar la gestión de calidad en todos los servicios.

La transposición de la Directiva de Servicios instala a las Entidades locales en una compleja y difícil situación, pues la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Unión Europea es clara e inequívoca en el sentido de que dichas entidades se encuentran vinculadas a las Directivas de forma más fuerte que a la Ley interna, y cuando la Directiva es lo suficientemente precisa y no está sujeta a condición alguna debe aplicarse con preferencia a la ley interna en caso de antinomia²²².

4.1. Las ordenanzas municipales, el Derecho de la Unión Europea y el Derecho español

Sabido es que en nuestro sistema los Entes Locales deben expresar su autonomía en un contexto en el que también ejercen sus competencias el Estado y la Comunidad Autónoma respectiva, lo que condiciona su ejercicio. A ello se une que en el uso de sus potestades están vinculados por el principio de legalidad, es decir, sometidos al ordenamiento jurídico compuesto por las normas

²²² La STJUE de 22 de junio de 1989 (asunto 103/88), pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, en litigio contra el Municipio de Milán, declara que “al igual que al Juez nacional, a la Administración Pública, incluida la Administración Local, le incumbe la obligación de aplicar lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305 del Consejo (LCEur 1971, 100) así como la de no aplicar aquellas disposiciones de Derecho nacional que infrinjan dicho precepto”. En los apartados 29 a 32 de dicha sentencia, se recuerda que cuando las disposiciones de una Directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean lo suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva dentro del plazo señalado, bien cuando haya procedido a una adaptación incorrecta. Si los particulares están legitimados para invocar lo dispuesto en una directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, es porque las obligaciones contempladas en la misma se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros.

Pese a esta jurisprudencia europea, en nuestro país, se ha sostenido que en la medida que la mayoría de ordenanzas locales dependen de la normativa aprobada por otros niveles territoriales, los Entes locales sólo podrán adecuar su normativa a la Directiva de Servicios una vez que la normativa marco o sectorial que las normas locales desarrollan o complementan haya sido previamente adecuada, sin que parezca ni oportuno ni conveniente que las Entidades locales se anticipen a las decisiones normativas que deben adoptar el Estado o las Comunidades Autónomas sobre la transposición de la Directiva de Servicios al ordenamiento jurídico local, puesto que se corre el peligro de una diversificación de interpretaciones sobre la forma de realizarla contraria a la seguridad jurídica, al principio de igualdad y al establecimiento de un mercado europeo único. Sólo podrían realizarse modificaciones íntegras respecto de las ordenanzas independientes, a cuya aprobación siempre han sido reacias las entidades locales.

estatales y autonómicas. Por consiguiente, la inactividad o falta de claridad autonómica en esta materia ha provocado problemas para discernir la actuación que deben desarrollar las Entidades Locales, principalmente los municipios. Ante estas situaciones, hay que plantearse si estos pueden actuar, si existe una suficiente habilitación para hacerlo, si de los caracteres constitucionales y legales de la autonomía local se deriva que los propios municipios pueden determinar cómo desarrollar su competencia²²³.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que una verdadera autonomía política implica reconocer la capacidad de la Corporación Local para detectar las necesidades de la colectividad que represente y, en su atención, ejercer las potestades de las cuales está investida, adoptar políticas propias en el correspondiente ámbito material, siempre que se trate de gestionar sólo y exclusivamente sus intereses. Esta interpretación encuentra su apoyo en lo dispuesto en la Carta Europea de la Autonomía Local, de cuyos artículos 3.1, 4.1 y 4.2, sobre el concepto y alcance de la autonomía, se desprende que, además de las competencias expresamente atribuidas por la ley, se les reconoce una libertad plena para el ejercicio de su iniciativa en todas las materias que no estén excluidas de su competencia o atribuidas a otro poder público, siempre dentro de la ley. Ello plantea una diversidad de cuestiones sobre el ámbito competencial local, la interpretación que el principio de legalidad debe tener y la compleja problemática de la articulación entre ordenamientos, de cómo la norma local se relaciona con las leyes y reglamentos estatales y autonómicos²²⁴.

Lo cierto es que en la consideración de esta problemática se aprecia una evolución jurisprudencial hacia concepciones más favorables para las posibilidades de actuación local, basadas en la vinculación negativa a la legalidad en el ejercicio de sus potestades. Así, entre otras, en su Sentencia de 7 de octubre de 2009 (rec. nº 204/2008), el Tribunal Supremo se opuso a que prevaleciera una concepción del ámbito o del modo de determinación de las competencias municipales basada en la idea de la vinculación positiva que acarrearía la aplicación del principio de legalidad, de suerte que la Corporación Local sólo pudiera actuar en la forma en que previamente hubiera sido habilitada

²²³ El artículo 2.1 de la LBRL dispone que “para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos.” A partir de este principio general, sobre el que pivota todo el sistema de la autonomía municipal, los arts. 25 y ss. enuncian en forma descriptiva unos servicios mínimos obligados (art. 26) y un cuadro material en el que las Administraciones locales tendrían necesariamente alguna competencia y cuya concreción corresponde a la ley (art. 25.3), que, por el juego de la distribución competencial, puede ser tanto la ley estatal como la ley autonómica. Los Municipios también pueden recibir competencias delegadas (art. 27) y realizar actividades propias y complementarias de las de otras Administraciones (arts. 25.1 y 28). Tener en cuenta que esta cláusula de intervención general para intervenir en todas las políticas públicas ha sido objeto de revisión por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local modificando, en lo que aquí interesa, los artículos 25, 26 y 27, distinguiendo entre competencias propias, impropias y delegadas.

Sobre la autonomía de los municipios como “garantía institucional”, *vid.*, la doctrina del Tribunal Constitucional, fundamentalmente las SSTC de 28 de julio de 1981 (FJ 3) y 27/1987, de 28 de febrero (FJ 2), entre otras.

²²⁴ La Carta Europea de Autonomía Local fue hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985 [BOE. núm. 47, de 24 de febrero de 1989].

por el legislador sectorial, no pudiendo dictar una ordenanza sobre una materia sin la previa habilitación de éste para ello. Por el contrario, señala el Tribunal que hoy en día no es esa concepción la que mejor se acomoda a una interpretación de las normas reguladoras del régimen competencial de tales Corporaciones que atienda, como es obligado, a la Carta Europea de la Autonomía Local, ni es tampoco la que mejor se adecua a algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo que ya la han tenido en cuenta, en los que se abre paso la idea de una vinculación negativa, que permite a aquéllas sin previa habilitación legal actuar, dictando también ordenanzas, en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación sectorial que pudiera existir.

En la problemática que nos ocupa, es evidente que han sido tradicionalmente los ayuntamientos quienes se han ocupado de realizar un control de la actividad de los ciudadanos, contemplándose generalmente en las ordenanzas municipales los supuestos en los que resulta exigible el instrumento de intervención y su procedimiento. En consecuencia, desde un principio una parte de los intérpretes ha venido entendiendo que los ayuntamientos podían, e incluso debían, llevar a cabo directamente la transposición de la Directiva a sus normas, y además se apelaba a la posibilidad de

sanciones para quienes no se adaptaran a ella²²⁵. Por eso, desde algunas instancias se elaboraron manuales y guías para esa adaptación, con un modelo de ordenanza paraguas incluso -que transcribe

²²⁵ Como puso de manifiesto ORDÓÑEZ SOLÍS, D., la Administración que demanda la ciudadanía: el reto de hacer sencillo lo complejo”, *La incidencia de la Directiva de Servicios en las ordenanzas reguladoras de los servicios*, XVI Seminario sobre gestión pública local, Gijón, 2010, el hecho de que la reglamentación de las Entidades locales requiera una previa regulación estatal y autonómica no le priva de mantener relaciones directas con el Derecho de la Unión Europea ni, desde luego, de respetar el principio de jerarquía normativa del Derecho interno español. En relación con el Derecho de la Unión Europea, las ordenanzas municipales quedan sometidas a las consecuencias de los principios de primacía y de efecto directo. Por esa razón, aun cuando las ordenanzas son el último escalón normativo en España deben garantizar, por encima de las leyes estatales básicas y de la legislación autonómica de desarrollo, la aplicación directa de las libertades económicas fundamentales consagradas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y de algunas disposiciones claras e incondicionales de la misma Directiva de servicios. Ahora bien y en relación con el Derecho interno español, las ordenanzas municipales están sometidas al principio de jerarquía respecto de las leyes estatales básicas y de la legislación autonómica de desarrollo y también deben estar habilitadas legislativamente en ámbitos particularmente sensibles a la reserva de ley como el administrativo sancionador o el tributario..., la Administración que demanda la ciudadanía: el reto de hacer sencillo lo complejo.

Por su parte, BERBEROFF AYUDA, D., “Las entidades locales ante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *QDL*, núm. 21, 2009, señala, respecto de las entidades locales, que “como administraciones investidas de poder público (...), sus potestades no resultan indiferentes para el Derecho comunitario, el cual, además, puede mostrarse especialmente sensible cuando la armonización de ciertas políticas que interesen específicamente a ámbitos locales las desvele como responsables de su cumplimiento, al no estar mediatizadas por la legislación estatal o autonómica. En cualquier caso, aunque resulte difícil de imaginar tal situación, dado que la implementación del Derecho europeo depende, en su mayor parte, de las leyes y/o reglamentos del Estado y de las comunidades autónomas, su primacía, la eficacia directa de sus disposiciones y la elemental aplicación del principio de cooperación leal (ex artículo 10 CE) las involucran con intensidad en esa labor, tanto positiva como negativamente. Positivamente, porque el respeto del Derecho comunitario las constriñe a “tomar todas las medidas de ejecución necesarias”, incluida, por extraño que parezca, la transposición de las directivas a través de actos locales que posean carácter obligatorio, tal y como resulta de la **sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de mayo de 1982 (Comisión/Países Bajos (96/81 y 97/81, Rec. p. 1791)**. Negativamente, puesto que no cabe adoptar actos que resulten contrarios al Derecho comunitario, deber general de abstención que impide también que se escuden en la falta de transposición adecuada por la legislación nacional o de las comunidades autónomas, dado que no habrán de desarrollar la norma nacional o autonómica que contradiga ese derecho, como se colige de la **sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de febrero de 1999 (Asunto Asociación de pacientes, Rec. p. 29)**. (...) Las entidades locales ostentan con relación a las directivas una posición de ambivalencia porque, por un lado, los particulares pueden invocarlas frente a las corporaciones locales asimilándose estas al Estado (**sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo, Asunto 103/88, Rec. p. 1839**), pero, por otra parte, las entidades locales también están legitimadas para invocarlas frente al Estado, como si fueran particulares (**sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Ufficio Distrettuale, Asunto 231/87 y 129/88, Rec. p. 3233**). Finalmente, el incumplimiento del Derecho comunitario puede provenir, desde un punto de vista material, de cualquiera de los poderes u órganos que actúan en su seno: el poder ejecutivo, legislativo o judicial, bien se trate de autoridades centrales o federales o de entidades subestatales en los estados con estructura territorial compleja, por lo que, en consecuencia, se declarará la responsabilidad de un Estado miembro cuando la vulneración del Derecho comunitario se haya suscitado a causa del acto de una autoridad local.

principios y condiciones de la Directiva, pues pretende servir de marco jurídico propio de referencia²²⁶.

Entre otros argumentos, se ha esgrimido que por tener la Directiva efectos directos y resultar de obligada observancia, al igual que las leyes transpuestas, ninguna razón hay para que la falta de que las Comunidades Autónomas acometan las debidas reformas legislativas, no las puedan ir adelantando dichos entes por medio de sus ordenanzas. Asimismo, se ha considerado que no se trata

²²⁶ Con el fin de impulsar la transposición de la Directiva de Servicios en lo que a las Entidades Locales se refiere, la Dirección General de Política Económica del Ministerio de Economía y Hacienda y la Dirección General de Cooperación Local del Ministerio de Administraciones Públicas elaboraron una Estrategia de actuación para la identificación y evaluación de la normativa y procedimientos de las Entidades Locales, especialmente adaptada a las particularidades del ámbito local. Conforme a ello, y con el objeto de facilitar a las Entidades Locales la identificación y evaluación de la normativa local afectada, se propusieron de un lado la realización de un estudio para la detección de los ámbitos sectoriales en los que existen Ordenanzas potencialmente afectadas por la Directiva de Servicios (Dicho estudio se realizó sobre una muestra de municipios y otras Entidades Locales, seleccionados por su diferente complejidad de organización y capacidad de gestión), y de otro, la realización de un manual práctico de evaluación específico dirigido a las Entidades Locales, tomando como referencia la información obtenida en el estudio mencionado en el párrafo anterior con la difusión del Manual a todas las Entidades Locales, y finalmente la organización de las jornadas técnicas que se estimasen oportunas. (La fecha de difusión del Manual, inicialmente prevista para noviembre de 2008, no tuvo lugar hasta febrero de 2009 bajo el nombre Directiva de Servicios: Manual de Evaluación para las Entidades Locales. Guía orientativa para la evaluación de la normativa potencialmente afectada por la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, editado por el Ministerio de Administraciones Públicas, Secretaría General Técnica y Ministerio de Economía y Hacienda, Centro de Publicaciones, 1ª edición, febrero 2009).

Tal y como precisaba el Manual para la Evaluación de las Entidades locales, en el proceso de transposición las Entidades Locales debían tener en cuenta los siguientes principios y objetivos:

- Aplicar un enfoque ambicioso para alcanzar ganancias de competitividad en relación con los otros Estados miembros, aprovechando al máximo la fuerza y el impulso reformador de la Ley 17/2009.
- La responsabilidad en las tareas de transposición de cada Administración en el ámbito de sus competencias. Por tanto, compete a cada Administración (incluidas las Entidades Locales en lo referente a su normativa, por lo que se reconoce el importante papel de éstos en la fase descendente de implementación del derecho comunitario) garantizar una completa y rigurosa aplicación de los preceptos de la Ley en el ámbito de sus competencias.
- La eliminación de las barreras que restringen injustificadamente la puesta en marcha de actividades de servicios e impiden o retrasan los nuevos proyectos emprendedores y la creación de empleo. Esto significa que deben eliminarse aquellas autorizaciones administrativas que no estén justificadas por razones de interés general, o sean innecesarias para atender esos fines (sustituyéndose, cuando sea necesario, por notificaciones o declaraciones responsables), debiéndose suprimir los requisitos discriminatorios o desproporcionados para el fin que persiguen, y reduciéndose otras cargas administrativas para los prestadores de servicios (inscripciones en registros, renovación de autorizaciones, duplicación de trámites para la apertura de nuevos establecimientos, etc.).

Y el impulso al proceso de simplificación de los trámites que deben llevar a cabo los prestadores de servicios procedentes de:

- 1.- Revisión de los procedimientos y trámites que finalmente se mantienen tras el proceso de evaluación, para que sean claros e inequívocos, objetivos, transparentes, proporcionados al objetivo de interés general, se den a conocer con antelación e incorporen el silencio administrativo positivo.
- 2.- Aprovechamiento del potencial de las tecnologías de la información y en concreto el establecimiento de una ventanilla única a través de la cual cualquier ciudadano podrá obtener la información y realizar los trámites necesarios para la puesta en marcha de una actividad de servicios telemáticamente, tanto si desea establecerse en España, como en cualquier país de la Unión Europea.
- 3.- Mayor coordinación entre las distintas Administraciones (estatal, autonómica y local) que facilitará la tramitación a la ciudadanía.
- 4.- Impulso a la cultura de la buena regulación en torno a una serie de principios básicos: justificación, proporcionalidad y no discriminación.
- 5.- Mejora de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios de los servicios.

La identificación de la normativa local potencialmente afectada requiere, además del conocimiento previo de los servicios incluidos y excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de transposición tal y como ha sido delimitado en el punto anterior, la consideración de la totalidad de las normas de cada Entidad Local publicadas y en vigor. En ningún caso resultarán afectadas las normas de carácter organizativo de cada Entidad por su carácter estrictamente interno, sin efectos ad extra, pues precisamente por ello no se refieren a actividades de servicios ni por supuesto a su ejercicio.

de un caso de reserva de ley que impida a los ayuntamientos regular estos aspectos, que ya están proclamados en normas superiores, y, además, por el carácter transversal de la Ley 25/2009, que declara derogadas cuantas disposiciones de rango legal o reglamentario se opongan a lo dispuesto en la misma, lo que afectaría a los preceptos de las disposiciones autonómicas no adaptados a aquella. Siguiendo esta senda, como se ha dicho, diversos ayuntamientos adaptaron sus ordenanzas sin mediar una ley autonómica previa que estableciera el nuevo régimen de la correspondiente materia, aprobando algunos sus ordenanzas imitando el planteamiento efectuado por el legislador estatal, otros su ordenanza sobre implantación de actividades, o, en otros supuestos, en caso de duda suprimiendo autorizaciones.

También se ha aducido que esa adaptación es una obligación contenida en la disposición final quinta de la Ley 17/2009. En este sentido, recordemos que el artículo 3.12 de la Ley 17/2009, define como “autoridad competente”, cualquier organismo o entidad que lleve a cabo la regulación, ordenación o control de las actividades de servicios, o cuya actuación afecte al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, incluyendo entre ellas en particular a las autoridades administrativas locales, junto a las estatales y las autonómicas. Luego dispone que corresponde a las Administraciones Públicas competentes, en su respectivo ámbito territorial, aprobar las normas de desarrollo y ejecución de la Ley (disposición final tercera), y que las Comunidades y las Entidades Locales debían comunicar a la Administración General del Estado, antes del 26 de diciembre de 2009, las disposiciones legales y reglamentarias de su competencia que hubieran modificado para adaptar su contenido a lo establecido en la Directiva y en la Ley (disposición final quinta). Por consiguiente, no encontramos en dichas disposiciones la obligatoriedad de que las Entidades Locales modifiquen directamente sus ordenanzas para realizar la adaptación. Al contrario, lo que resulta de tales preceptos es que deberá hacerlo la instancia territorial que tenga tal responsabilidad, y comunicarlo a la Administración estatal si es una Comunidad Autónoma o Entidad Local. De hecho, recordemos que la propia Directiva no cuestiona el reparto de competencias locales o regionales de las autorizaciones. Asimismo, la definición de autoridad competente de la Ley 17/2009 se refiere a la entidad u organismo que lleve a cabo cualquiera de las funciones que relaciona (regulación, ordenación o control) y no todas, y siempre en el marco de sus competencias.

En consecuencia, el gobierno local estará vinculado en el ámbito de sus responsabilidades, y no más allá de lo que es responsabilidad suya, ya que la adaptación de las directivas europeas no puede modificar el sistema interno de distribución competencial. Es decir, aquella norma no ha podido habilitar que normas reglamentarias sustituyan la labor del legislativo autonómico o se excedan de su ámbito competencial. Por eso mismo, no procedería la previsión sobre eventuales sanciones, que sólo podrán afectar a las Administraciones públicas que incumplieran la ley en el ejercicio de sus competencias.

En resumidas cuentas, no existe una habilitación general para que los ayuntamientos modifiquen directamente el régimen jurídico que sujeta el ejercicio de las actividades de servicios si no son de su competencia. No en balde, la transposición comporta siempre una valoración e interpretación, y

podría resultar también que en municipios vecinos el resultado fuera diferente, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello provocaría. Por ello, como venimos diciendo, hasta que las Comunidades Autónomas no hayan establecido ese marco jurídico claro, las Entidades Locales no han podido concretar sus propias previsiones, y lo cierto es que aquella reacción a veces se ha demorado. Al quedar derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la Ley 17/2009 (disposición derogatoria), hasta que se ha producido la reacción autonómica ha subsistido una situación difícil y problemática para los ayuntamientos, siendo su consecuencia las interpretaciones y actuaciones a las que se ha hecho referencia, pues se han encontrado ante una normativa que no podían aplicar por estar derogada y una falta de competencia para sustituir esa regulación con sus normas propias.

En definitiva, se da una multiplicidad de situaciones, que deberá conducir a un diferente proceso municipal. El caso más abundante es que se trate de una materia de competencia de la Comunidad Autónoma, por lo que ésta establecerá su régimen jurídico y el ayuntamiento deberá adaptar sus ordenanzas y procedimientos al mismo. En otras ocasiones, en cambio, se trata de competencias municipales en las que no existe la intermediación legislativa autonómica, supuestos en los que se debe iniciar un proceso con tres fases, de identificación, evaluación y modificación de sus ordenanzas y procedimientos. Lo anterior puede dar lugar a un variado conjunto de posibilidades de actuación local, en función de la actuación que previamente haya llevado a cabo la instancia que por el reparto constitucional tenga competencias sobre algún aspecto, y de que se trate de una materia en la que se requiere esa participación o no.

4.2. La reserva de ley para la exigencia de autorización o licencia

Como hemos comprobado *ut supra*, la valoración de estas circunstancias ha reducido bastante las licencias municipales en las leyes, tanto en las de ámbito estatal como en las de ámbito autonómico. Esta restricción en cuanto a la exigencia de licencia previa se ha producido, en efecto, mediante Ley (estatal o autonómica), en aplicación de la reserva de Ley prevista en el artículo 5 de la Ley 17/2009 para el establecimiento del régimen de autorización de las actividades de servicio. La doctrina ha destacado, sin embargo, que esta reserva de Ley es más bien poco respetuosa con la autonomía local y poco congruente con la Directiva de Servicios -que no prevé ninguna reserva de Ley-, ya que lo único que hace es fijar unos criterios objetivos para establecer el régimen autorizatorio, resaltando que ello no afecta ni interfiere las competencias locales, como dice la propia Directiva mencionada (Considerandos 59 y 60)²²⁷.

Ahora bien, lo que no hacen la legislación estatal ni la autonómica es requerir ninguna reserva de Ley para establecer el régimen autorizatorio para las actividades en el ámbito local, lo que significa que se produce una flexibilización de la reserva para el resto de actividades que no sean de servicios y, por consiguiente, en estos casos se abriría la posibilidad de previsión del régimen autorizatorio

²²⁷ TORRES COBAS, F., “Los desafíos de la Directiva Bolkestein para las entidades locales: el adiós a las licencias y el posible renacer de las ordenanzas locales», *Revista electrónica CEMCI*, núm. 4, 2009.

por vía reglamentaria, y en particular, mediante ordenanzas municipales. La especial posición de las ordenanzas en el sistema de fuentes podría incluso llegar a plantear una flexibilización de la reserva de Ley para las actividades de servicios, en virtud de su especial posición normativa basada en su legitimación democrática y como manifestación de la autonomía municipal; aunque, bien mirado, ello difícilmente podría ser así, dada la claridad con que el artículo 5 de la Ley 17/2009 impone la reserva de Ley para el establecimiento del régimen autorizatorio en las actividades de servicios. Lo que no está tan claro es qué pasa con el resto de actividades que no sean de servicio, planteándose la posibilidad de que mediante ordenanzas municipales se pueda exigir, en los casos que sea posible y bajo el paraguas de los principios aplicables, el sometimiento a control preventivo de este tipo de actividades, al referirse el artículo 5 de la Ley 17/2009 sólo a las de servicios.

Para intentar responder esta cuestión, hay que tener en cuenta cuál es la posición jurídica de los entes locales, que ejercen sus competencias en el ámbito de su autonomía local a la luz de lo dispuesto en la Ley -estatal o autonómica- reguladora de la actividad o servicio de que se trate. Ello significa que probablemente la obligación de establecer autorizaciones en las actividades que no sean de servicios -aunque planteándose incluso también en caso de establecer comunicaciones previas y declaraciones responsables- pasa por una necesaria intervención legislativa previa, desde el momento en que se incide en la situación jurídica de los ciudadanos de forma limitativa o condicionante, en mayor medida en el primer supuesto (autorizaciones) y en mucho menor medida en el segundo (declaraciones y comunicaciones).

Ahora bien, por lo que se refiere en concreto a los medios menos restrictivos de intervención administrativa, el hecho de no haber ninguna imposición de reserva de Ley para establecer el sometimiento de las actividades (todas) a comunicaciones y declaraciones, nos permite concluir que en estos casos las ordenanzas municipales tendrán un papel muy importante, de acuerdo con lo que dispone el nuevo artículo 84 ter. de la LBRL -introducido por la Ley de Economía Sostenible-. Este precepto obliga a las entidades locales, de forma general para toda actividad y cuando el ejercicio de actividades no precise autorización habilitante y previa, a establecer y planificar los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de la misma por los interesados previstos en la legislación sectorial. Por tanto, es la propia LBRL que, en los casos que no se requiera control previo, habilita a las entidades locales a hacer uso y a establecer procedimientos de estas medidas menos restrictivas de intervención (declaraciones y comunicaciones)²²⁸. Y en sentido similar también se ha manifestado el artículo 5, apartado 2, de la Ley 12/2012, relativo a las medidas de liberalización del comercio, al habilitar a las “entidades locales a regular el procedimiento de comprobación posterior de los elementos y circunstancias puestas de manifiesto por el interesado a

²²⁸ Como dice SALVADOR ARMENDÁRIZ M. A., “habrá de ser la Ley la que habilite a las Entidades Locales para hacer uso de la potestad de someter a declaración responsable y comunicación previa el ejercicio de actividades de servicios y la que complete dicha potestad con las otras potestades que permitan el necesario control ex post, incluidas las previsiones de carácter sancionador”. “El impacto de la Directiva de Servicios en la Administración Local: una reflexión general”, en AGUADO I CUDOLÀ, V., y NOGUERA DE LA MUELA, B., (dir.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 213-244.

través de la declaración responsable o de la comunicación previa (...)" . De ello se deriva, por lo tanto, que las ordenanzas municipales, como expresión de normas autónomas, si bien van a estar más condicionadas a la hora de establecer controles preventivos, sí podrán establecer más libremente comunicaciones previas y declaraciones responsables²²⁹.

Llegados a este punto, conviene examinar de forma conjunta las novedades que introduce la Ley de garantía de la unidad de mercado y que inciden sobre la actividad de intervención de las entidades locales junto con las modificaciones del artículo 84 bis introducida por la Ley de Racionalización, dado que ambas leyes son prácticamente coetáneas y se encuentran en la misma línea. Como indica ALONSO MAS, “el artículo 17.1 de la LGUM exige una norma con rango de ley para la implantación de un régimen de autorización. El precepto, en efecto, establece que se podrá establecer la exigencia de una autorización siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen. Cuando el régimen de autorización se exija por norma comunitaria o tratado internacional las autorizaciones podrán estar previstas en una norma de rango inferior a la ley. De hecho, la exigencia de cobertura legal asimismo estaba ya prevista en la Ley 17/2009, artículo 5, si bien, claro está, dicha ley sólo comprende las actividades de servicios sujetas a la Directiva Bolkestein. Por su parte, la LGUM, conforme al artículo 2, se refiere a las actividades económicas; únicamente a las actividades económicas, pero a “todas” las actividades económicas.

Conforme a ello, la citada autora concluye que “el legislador, consciente de que los regímenes de autorización limitan la libertad de empresa, sobre la que gravita la reserva de ley, ha considerado que los mismos deben estar previstos en una norma dotada de este rango; sin que en sentido contrario se pueda invocar la autonomía local o la potestad de ordenanza (...). Y añade “El resultado final es que, en numerosas supuestos que, según la DS, podrían quedar cubiertos por un régimen de autorización, no resultará posible implantar regímenes de este tipo en España. Es decir, se extraen consecuencias del principio de proporcionalidad, en cuanto a la selección del medio de intervención aplicable, que van considerablemente más allá de la Directiva”²³⁰.

En sentido contrario, DE LA QUADRA-SALCEDO opina que la remisión que la Ley de Bases efectúa en este punto a la Ley 17/2009, en sus artículos 84 y 84 bis, vulnera la autonomía local, conduciendo a la conclusión de inevitable inconstitucionalidad de dicho régimen establecido²³¹.

²²⁹ Así lo han advertido FONT I LLOVET T., y PEÑALVER I CABRÉ, A., “La incidencia de la Directiva de Servicios en los entes locales”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011, *cit.*, p. 15.

²³⁰ ALONSO MAS, M. J., “El nuevo régimen de los instrumentos de intervención de las entidades locales”, *Reforma del régimen local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: Veintitrés Estudios*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2014, *cit.*, pp. 459-461.

²³¹ DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “Ley, derechos fundamentales y libertades económicas: la intervención local en servicios y actividades”, *RAP*, 192, 2013, *op. cit.*, pp. 84 y ss.

4.3. La adaptación de ordenanzas y procedimientos.

En la Ley de Economía Sostenible se establece una Disposición adicional octava de evaluación de la normativa existente sobre licencias locales de actividad, que ha culminado a nivel estatal con la aprobación del Real Decreto-Ley 8/2011, en el que se elimina la correspondiente exigencia de licencia en muchos textos normativos (por no estar justificada ni ser proporcionada), sustituyéndola por otras formas de verificación y control administrativo, como ya vimos más arriba. Pero esta Disposición adicional también insta a las Comunidades Autónomas y a las entidades locales, en el ámbito de sus competencias, a adaptar igualmente su normativa a lo previsto en el artículo 84 bis de la LBRL. Y, finalmente, exhorta específicamente a los municipios a adoptar un acuerdo que dé publicidad a los procedimientos en los que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 84.bis de la LBRL, vaya a substituir el régimen de sometimiento a la licencia local de actividad.

Con todo, el objetivo final que se pretende con los referidos preceptos es identificar y adecuar las normas estatales, autonómicas y locales afectadas por las nuevas reglas de actuación administrativa derivadas de la aplicación de la Directiva de Servicios. Centrándonos en el ámbito local, no puede olvidarse, que una vez identificadas las normas locales afectadas, las entidades locales deben tener en cuenta la distinción entre las ordenanzas de desarrollo y las ordenanzas autónomas, y la diversa repercusión o tratamiento jurídico que de su distinción se deriva²³². En el caso de las ordenanzas de desarrollo de una ley estatal o autonómica previa, en la que se establezca el régimen de autorización o, en su caso, la liberalización pertinente, la ordenanza municipal tiene un ámbito de decisión más reducido. De modo que si por Ley estatal o autonómica se exige autorización, entonces la ordenanza ya no puede eliminarla; por tanto, si el legislador sectorial sigue manteniendo la autorización, pone en una compleja situación a las entidades locales que quieran substituir ese régimen de licencia por otro más proporcional y menos incisivo en el acceso a las actividades de servicio²³³. Y si, en cambio, la Ley no exige el régimen de autorización, la ordenanza tampoco ya no podrá imponerlo. Sin embargo, en los supuestos de ordenanzas autónomas -aquellas que no se corresponden con un desarrollo de una Ley previa-, el margen de configuración es mayor y la entidad local puede actuar bajo sus propios criterios políticos; con las únicas limitaciones, eso sí, del artículo 5 de la Ley 17/2009, que al exigirse una Ley para establecer un régimen de autorización

²³² *Vid.*, al respecto, BAÑO LEÓN, J. M., *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Cívitas-Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1991.

²³³ JIMÉNEZ ASENSIO, R., apunta que la modificación de la Ley 7/2009, de 9 de abril, de la Administración Local de Aragón, que se ha llevado a cabo para su adaptación a la Directiva de Servicios mediante el Decreto-Ley 1/2010, de 27 de abril, plantea algún problema, pues “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 substituir 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 “El impacto de la transcripción de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho administrativo, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, XII, 2010.

en las actividades de servicios, si la entidad local suprime el régimen de autorización ya no podrá restablecerse vía ordenanza.

En definitiva, tal y como ha destacado la doctrina, la entidad local sólo podrá evaluar si mantiene o elimina el control preventivo en caso de 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 -bajo los criterios impuestos por la Ley 17/2009 de que dicho régimen no sea discriminatorio, sea necesario (obedezca a razones imperiosas de interés general) y sea proporcionado- es el legislador estatal o autonómico, en función de la competencia, al menos para las actividades de servicios²³⁴.

En el primer caso, el de las ordenanzas que no desarrollen o ejecuten normativa estatal o autonómica de carácter sectorial, las pertinentes modificaciones deberán realizarse de acuerdo con el nuevo régimen establecido con las modificaciones en la LBRL y LRJ-PAC antes referidas, siendo el artículo 84 de la primera el que servirá de marco. Las otras, dependen de las modificaciones que se realicen en las leyes autonómicas correspondientes, que, como hemos visto, pueden realizar una remisión al reglamento local, proporcionando también el artículo 84 LBRL los conceptos básicos para su reforma.

Esta transposición evidentemente afecta en gran medida a las Administraciones locales y, en particular, a los Municipios que muestran en su actividad administrativa grandes dosis de intervención de carácter autorizatorio sobre la actividad de la ciudadanía, en sus distintas facetas (comunicaciones previas, autorizaciones, licencias, permisos, registros, etc...). La Administración municipal es responsable, a tenor del sistema de asignación de sus competencias, de numerosos actos de intervención administrativa sobre la actividad de los ciudadanos, como lo muestra la propia configuración estructural de una norma que pese al tiempo transcurrido, responde al esquema

²³⁴ FONT I LLOVET, T., y PEÑALVER I CABRÉ, A., advierten al respecto que, “la limitación de la posibilidad de establecer autorizaciones de servicios por las ordenanzas puede ser compensada parcialmente, de cara a la preservación del interés general, con una mayor potenciación de otras licencias que operan indirectamente sobre los servicios, como son las licencias urbanísticas de uso o las licencias de uso común especial del dominio público municipal (en especial, las vías y los espacios públicos)”, “La incidencia de la Directiva de Servicios en los entes locales”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011, p. 15. *Vid.*, igualmente, la ordenanza municipal del ayuntamiento de Madrid, de 29 de junio de 2009, por la cual se establece el régimen de gestión y control de las licencias urbanísticas de actividades, que unifica las licencias de obras con la de actividad; téngase en cuenta, no obstante, que esta ordenanza ha sido anulada parcialmente por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, de 17 de febrero de 2011, como ha destacado FERNÁNDEZ TORRES, J. R., “Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011, p. 109.

clásico de formas de actividad administrativa que en su día propusiera JORDANA DE POZAS²³⁵, como es el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955.

Como establecía dicho Reglamento en su artículo 8, las Corporaciones podrán sujetar a sus administrados al deber de obtener, previa licencia en los casos previstos por la Ley, el presente Reglamento u otras disposiciones de carácter general²³⁶.

En una primera aproximación y con carácter meramente indicativo, varios son los sectores con Ordenanzas municipales potencialmente afectadas por la Directiva de Servicios y la Ley 17/2009. En ellas se establecen los procedimientos y trámites necesarios para la obtención de las autorizaciones pertinentes que deberán adaptarse al nuevo marco regulatorio: venta ambulante o no sedentaria, servicios funerarios, servicios de mudanzas, mercados, instalación de contenedores en vía pública, instalación de terrazas en vía pública, publicidad exterior, espectáculos públicos, deportes, sanidad, transportes y protección del medio ambiente.

Desde otra perspectiva material, como la Directiva de Servicios solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o su ejercicio (Considerando 9) y excluye de su ámbito de aplicación las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública, cabe entender que las concesiones demaniales y las licencias sobre bienes de dominio público y uso público, previstas en la normativa sobre patrimonio de las Administraciones Públicas quedan claramente fuera de su ámbito de aplicación, no así las concesiones y licencias sobre bienes de uso público,

²³⁵ Tras el éxito limitado de la doctrina administrativa de principios de siglo XX por sistematizar la multiplicidad de manifestaciones funcionales de la Administración, fue la distinción acuñada en un célebre artículo que JORDANA DE POZAS, L., publicó en 1949, la que vino a establecer un criterio clasificatorio que ha gozado de un éxito inusual que ha permanecido vigente hasta nuestros días, y ha sido acogido por la generalidad de la doctrina y aún de la legislación [p.ej., el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955]. En efecto, a la clasificación dual existente hasta el momento, el maestro de la generación de los años veinte añadió un tercer término que hizo fortuna, dando lugar a la tripartición entre actividad de policía (o actividad dirigida al mantenimiento del orden público mediante la limitación de las actividades privadas), actividad de servicio público (o actividad de satisfacción de una necesidad pública por los órganos de la propia Administración) y, finalmente, actividad de fomento (o acción de promoción de actividades privadas que satisfacen necesidades públicas o son de utilidad general, sin utilizar medios de policía ni de servicio público). A este respecto, *vid.*, “Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo”, *REP*, núm. 48, 1949.

Vid., igualmente, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, volumen II, 2ª edic., Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2000, pp. 248 a 251.

²³⁶ El artículo 8 del citado Reglamento ha sido suprimido por el aptdo. dos del artículo único del Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955. En este sentido, la nueva redacción dada al artículo 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del régimen Local, que adapta dicho artículo a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, ha introducido la comunicación previa o la declaración responsable como mecanismo ordinario de intervención en el ámbito local, junto a las licencias, que quedarán sujetas, respecto de las actividades de servicios, a los principios incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre. Por tanto, por mor del Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, se modifican los artículos 5 y 22.1 del RSCL, exclusivamente para adecuar su contenido a lo previsto en la mencionada modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril. Igualmente, se suprimen los artículos 8 y 15.2 del referido Reglamento por cuanto son manifiestamente incompatibles con la nueva redacción dada al art. 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, así como al contenido y principios recogidos en la citada Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

servicio público, como pueden ser los mercados, las lonjas, etc²³⁷. Ahora bien, las ordenanzas reguladoras de quioscos, mercados ambulantes, etc., en cuanto afectan y regulan una actividad de servicios entran claramente en el ámbito de aplicación de la Directiva. Asimismo, las modificaciones que resulten necesarias efectuar en el ámbito local deberán sujetarse a la previa modificación de las normas sectoriales que, en su caso, reproduzcan y/o desarrollen.

Como se ha expuesto, lo primero que tuvieron que hacer las Entidades Locales para transponer la Directiva de Servicios y adaptarse a lo dispuesto en el anteproyecto de Ley 17/2009, fue revisar su normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, la que regulaba las comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas, si la había y la que limitaba el ejercicio conjunto de diferentes actividades de servicios por un mismo prestador. Una vez revisada, debían evaluarla de acuerdo con las determinaciones de la Directiva de Servicios y, de entrada, eliminar las licencias o autorizaciones administrativas que no estuvieran justificadas por razones de interés general o fueran innecesarias para atender esos fines. También se debían suprimir los requisitos discriminatorios o desproporcionados para el fin perseguido.

III. PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE DISCIPLINAN EL RÉGIMEN DE LAS AUTORIZACIONES

Como es sabido, España, al igual que otros países, ha incorporado la Directiva a través de una ley denominada horizontal, de carácter básico, y otra ómnibus sectorial. Así, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se dictó como salvaguarda de transposición, para evitar que escapen de la adaptación normas sectoriales afectadas por la Directiva europea.

Se ha venido señalando que esta norma se ha limitado poco más que a reproducir el contenido de la Directiva. En la misma Ley se señala que con lo dispuesto en ella no basta para sus fines, de modo que es necesario llevar a cabo una evaluación de la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y su ejercicio conforme a los principios y criterios que establece y, en su caso, modificar o derogar esta normativa. Es evidente que esta tarea, además de por el Estado y para cada una de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias, también se tiene que realizar en la esfera local, con el alcance que hemos examinado con anterioridad respecto a los sectores de su responsabilidad afectados.

²³⁷ Ni la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, de aplicación a las entidades que integran la Administración local “ex” artículo 2.2 [precepto declarado básico en aplicación del art. 149.1.18ª CE, según establece su Disposición final 2ª], ni el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, han sido modificados por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, ni aparece en el listado de la normativa estatal con rango reglamentario susceptible de modificación aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de junio de 2009.

Como primer paso para ello, se dictó la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, denominada omnibus.

El régimen jurídico de las autorizaciones en nuestro ordenamiento se ha diversificado como consecuencia de las diferentes regulaciones descritas en los apartados anteriores. La nueva disciplina jurídica de las autorizaciones tiene que inspirarse ahora, necesariamente, en los principios y valores que ha puesto la jurisprudencia comunitaria y han consolidado, por algunos sectores, tanto el legislador comunitario como los estatales.

Dicho lo anterior, pasamos a examinar los principios que disciplinan el régimen jurídico de las autorizaciones.

1. La predeterminación normativa suficiente del contenido de las atribuciones que se confieren a la autoridad administrativa

La regulación de las autorizaciones tiene que hacerse en normas que contengan, con suficiente detalle, los requisitos que deben cumplir los solicitantes para que el órgano competente las otorgue necesariamente. Las facultades que se atribuyen a dicho órgano competente tienen que haber sido delimitadas de forma adecuada en la norma reguladora. Es decir, la densidad normativa de la regulación debe ser suficiente para impedir un ejercicio arbitrario de la potestad. Recogiendo los términos en que esta exigencia viene expresada en la Directiva de 2006, antes analizada, todos los controles previos o equivalentes que se impongan a los prestadores de servicios deben ajustarse a los criterios de no ser discriminatorios, estar justificados por una razón imperiosa de interés general, ser proporcionados a dicha razón imperiosa de interés general, ser claros e inequívocos, objetivos, hechos públicos con antelación, ser transparentes y accesibles.

2. El replanteamiento de la distinción entre autorizaciones regladas y discrecionales

Algún grado último de discrecionalidad puede corresponder a la autoridad administrativa en algunas hipótesis de autorización previa pero, con carácter general, la predeterminación normativa de los límites de su competencia, a que acabamos de referirnos, impone necesariamente una reducción de esa discrecionalidad. De modo particular para las autorizaciones concretas a que se refiere la citada Ley 17/2009, su artículo 6 indica respecto de los procedimientos y trámites para la obtención de autorizaciones que “deberán ser de carácter reglado, ser claros e inequívocos, objetivos e imparciales, transparentes, proporcionados al objetivo de interés general y darse a conocer con antelación”.

En términos más generales, y fuera ya del ámbito estricto de las actividades de servicios, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha negado reiteradamente la discrecionalidad en materia de autorizaciones. “Un régimen de autorización administrativa previa no puede legitimar un

comportamiento discrecional de las autoridades nacionales que prive de eficacia a las disposiciones comunitarias y, en particular, a las relativas a las libertades fundamentales objeto del procedimiento principal”, tal y como resulta de la STJ Canal Satélite Digital de 22 de enero de 2002 cuya doctrina, reiterada en otras muchas del Tribunal de Justicia, también recogió nuestro Tribunal Supremo en sus Sentencias de 10 de diciembre de 2002 y 12 de junio de 2003. Se incluye en estas últimas sentencias una declaración de la responsabilidad patrimonial del Estado por perjuicios causados como consecuencia de que la norma que incorporó una Directiva incluía requisitos autorizatorios no contemplados en la misma que resultaban innecesarios, injustificados y discriminatorios²³⁸.

3. El requisito de la proporcionalidad

El principio de proporcionalidad se ha transformado en uno de los más utilizados por la jurisprudencia y la normativa comunitarias, así como por la jurisprudencia de nuestros Tribunales Supremo y Constitucional, para limitar la arbitrariedad por los poderes públicos.

En materia de autorizaciones es, sin duda, uno de los elementos básicos del nuevo régimen jurídico aplicable. Impone que, para que sea legítimo el sometimiento a autorización de una determinada actividad, es preciso verificar previamente si tal medida es idónea, resulta necesaria y no supone una negación de otra libertad o un perjuicio mayor que el beneficio que se trata de alcanzar.

En los términos concretos a que se refiere el principio de proporcionalidad, la mencionada Ley 17/2009 establece, en su artículo 5.c), que para que pueda someterse el acceso de una actividad a un régimen de autorización previa, es necesario que tal régimen “sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular cuando un control a posteriori se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz. Así, en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad”. La jurisprudencia comunitaria ha subrayado en diversas ocasiones que el régimen de autorización previa “debe ser proporcionado respecto al fin perseguido, de forma que no pueda alcanzarse el mismo objetivo con medidas menos restrictivas, en particular

²³⁸ *Vid.*, UREÑA SALCEDO, J. A., “El principio de Servicio objetivo a los intereses generales y su control por los tribunales”, *DA*, núm. 289, 2011, pp. 57-80.

mediante un sistema de declaraciones a posteriori” (Sentencias Sanz de Lera de 14 de diciembre de 1995, y Comisión c. España de 13 de mayo de 2003)²³⁹.

En nuestro Derecho, es el artículo 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955, el que recoge las primeras manifestaciones del principio de proporcionalidad:

“1. El contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que los justifiquen.

2. Si fueran varios los admisibles, se elegirá el menos restrictivo para la libertad individual”.

El principio de proporcionalidad también ha adquirido una cobertura legal y constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, aunque no sean manifestaciones tan claras como la del viejo reglamento. En nuestra Constitución de 1978, el principio de proporcionalidad se articula como una garantía para el ciudadano desde dos vertientes, en primer lugar, como cláusula de cierre del ordenamiento jurídico-público, mediante la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículos 1.1, 9.3, y 101 CE), y en segundo lugar, como principio específico estructural del funcionamiento de las administraciones públicas (artículos 103.1 y 106.1 CE).

Tampoco este principio resulta desconocido para la legislación en materia de procedimiento administrativo. En primer lugar, el artículo 3.3 de la LRJ-PAC dispone, respecto de la actuación administrativa que: “Bajo la dirección del Gobierno de la Nación, de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y de los correspondientes de las Entidades que integran la Administración Local, la actuación de la Administración pública respectiva se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico,” lo que implica una relación de proporcionalidad entre medios y fines. También otorga cobertura legal al principio de proporcionalidad el artículo 53.2 de la citada LRJ-PAC, cuando establece: “El contenido de los actos se ajustará a los dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquellos.”

²³⁹ Ello refleja lisa y llanamente la decisiva doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expuesta en su Sentencia de 22 de enero de 2002 antes citada, que se sintetiza así en su apartado 43: “Para comprobar si una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal respeta el principio de proporcionalidad, el órgano jurisdiccional remitente debe, en particular, tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- para que un régimen de autorización administrativa esté justificado aun cuando introduzca una excepción a dichas libertades fundamentales, dicho régimen debe, en cualquier caso, basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda autorizarse de manera arbitraria;

- no puede considerarse necesaria para alcanzar el objetivo perseguido una medida adoptada por un estado miembro que, esencialmente, duplica los controles ya efectuados en el marco de otros procedimientos, bien en ese mismo estado, bien en otro estado miembro;

- un procedimiento de autorización previa sólo es necesario si se considera que el control a posteriori es demasiado tardío para que su eficacia real quede garantizada y para permitirle alcanzar el objetivo perseguido;

- un procedimiento de autorización previa no puede ser considerado conforme con los principios fundamentales de la libre circulación de mercancías y de la libre prestación de servicios si, por su duración y por los gastos desproporcionados que se genera, puede disuadir a los operadores de llevar adelante su proyecto”.

Ha sido la Ley 25/2009, la que, en transposición de la Directiva, reafirma el principio de proporcionalidad en nuestro ordenamiento jurídico con un carácter general, como principio que debe presidir toda la actividad administrativa de intervención restrictiva de derechos y libertades. En este sentido se incorpora un nuevo artículo 39 bis en la Ley 30/1992 (artículo 2.1 de la Ley 25/2009), que bajo el título “Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad”, prevé lo siguiente:

“1. Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias.

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

A su vez, la Ley 25/2009 modificó el artículo 84.2, de la Ley de Bases de Régimen Local, sustituyendo el concepto “congruencia”, por el de “proporcionalidad,” como principio exigible a toda la actividad de intervención municipal: “2. La actividad de intervención de las Entidades locales se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue”.

Este enaltecimiento y reafirmación del principio de proporcionalidad en nuestro ordenamiento jurídico, supone una garantía y por tanto un triunfo de la libertad, frente a esa actividad limitadora de la Administración tan creciente a lo largo de todo el siglo XX, pero que en la sociedad moderna se revela incompatible con el progreso económico y social, y que por tanto debe readaptarse a las nuevas circunstancias, reduciéndola a la mínima imprescindible a la luz del principio de proporcionalidad.²⁴⁰

4. Concurrencia de razones imperiosas de interés general

Las decisiones limitativas de los derechos mediante el establecimiento de autorizaciones previas a su ejercicio, o estableciendo regulaciones que restrinjan o condicionen la obtención de la autorización, tienen que basarse en “razones imperiosas de interés general”. Esta última expresión ha sido progresivamente impuesta por el Derecho Comunitario y actualmente es la que utiliza nuestra legislación, muy especialmente en las Leyes 17 y 25/2009 que venimos citando. Pero, considerando que la función constitucional de la Administración es servir con objetividad a los

²⁴⁰ *Vid.*, al respecto, el análisis de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca del principio de proporcionalidad en su aplicación a las diferentes formas de intervención administrativa, efectuado por SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

intereses generales (artículo 103 CE), existe una base constitucional clara para imponer a las Administraciones públicas que cualquier decisión que adopten se acomode a aquellas exigencias.

La fórmula “razones imperiosas de interés general” pone un énfasis especial en que las limitaciones se justifiquen debidamente.

Es importante, para concretar el sentido de esta determinación, recordar que la expresión procede de la abundante jurisprudencia comunitaria dictada sobre los preceptos del Tratado que consagran diversas libertades comunitarias básicas (artículos 43, 46, 49, 55). La noción indicada, según la ha construido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, abarca, según explica el Considerando 40 de la tantas veces citada Directiva de Servicios, los siguientes ámbitos: orden público, seguridad pública y salud pública, en el sentido de los artículos 46 y 55 del Tratado, el mantenimiento del orden en la sociedad, objetivos de política social, protección de los consumidores y de los trabajadores, incluida la protección social, bienestar animal, preservación de fraudes, prevención de la competencia desleal, protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, protección de los acreedores, garantía de una buena administración de justicia, seguridad vial, protección de la propiedad intelectual e industrial, objetivos de política cultural, incluida la salvaguardia de la libertad de expresión de los diversos componentes (en especial los valores sociales, culturales, religiosos y filosóficos de la sociedad), la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, mantenimiento de la libertad de prensa, fomento de la lengua nacional, conservación del patrimonio nacional histórico y artístico, y política veterinaria.

Queda al arbitrio de las autoridades nacionales la posibilidad de concretar la concurrencia de razones imperiosas de interés general cuando consideren que es preciso invocarlas para establecer regímenes de autorización. Por ejemplo, la Ley estatal 1/2010, de 1 de marzo, que reforma la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, ha decidido habilitar el sometimiento a autorización administrativa de la instalación de establecimientos comerciales, considerando que la distribución comercial afecta de modo muy importante a “la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la ordenación del territorio y la conservación del patrimonio histórico y artístico”. Pero serán las Comunidades Autónomas, de acuerdo con el artículo 6.4 de la referida Ley, las que regulen el procedimiento de autorización y determinen la autoridad competente para otorgarla. La disposición del legislador sobre la constatación de la existencia de razones imperiosas de interés general también aparece reflejada en el artículo 43 de la Ley 30/1992 después de la modificación establecida por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre.

No obstante, esta disponibilidad del legislador tiene que someterse a los criterios que ha establecido reiteradamente la jurisprudencia comunitaria. Resulta de esta jurisprudencia la siguiente doctrina:

- En ausencia de una normativa comunitaria que establezca medidas de armonización, los Estados miembros pueden adoptar medidas de protección del interés general. Pero es preciso que exista una ausencia efectiva de normativa comunitaria (Sentencia Debauve de 18 de marzo de 1980). Si

no existen tales normas de armonización, pueden justificarse medidas de protección del interés general consistentes, por ejemplo, en garantizar reglas profesionales (Sentencia Van Binsbergen de 3 de diciembre de 1974), o de protección social de los trabajadores (Sentencia Webb de 17 de diciembre de 1981) o de protección de la propiedad intelectual (Sentencia Coditel de 18 de marzo de 1980) o de protección de los consumidores (Sentencia Comisión c. Francia de 4 de diciembre de 1986) o de lucha contra el fraude fiscal (Sentencia ELISA de 11 de octubre de 2007). En la exigencia de que las medidas basadas en razones imperiosas de interés general sólo puedan adoptarse cuando no existan disposiciones comunitarias de armonización que establezcan medidas necesarias para garantizar la protección de esos intereses, han insistido la STJ Comisión c. España de 14 de febrero de 2008, y la STJ Comisión c. España de 17 de julio de 2008. Es a falta de una completa armonización comunitaria cuando los Estados miembros pueden decidir la protección de intereses legítimos. Pero siempre las razones imperiosas de interés general tienen que interpretarse de un modo estricto. Por ejemplo, la seguridad pública “sólo puede invocarse en el caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte al interés general de la sociedad” (Sentencia Église de Scientologie de 14 de marzo de 2000).

- La circunstancia alegada como de interés general ha de ser objetivamente necesaria para protegerlo y no establecerse con la intención de restringir el acceso o ejercicio de dicha actividad económica a los nacionales de otros Estados miembros. Es imprescindible que la misma protección no pueda ser conseguida con otras medidas menos restrictivas.

5. La apelación a la regla de la mínima intervención

5.1. Las modificaciones de la Ley 30/1992

La Directiva de Servicios no propugna el desmantelamiento de los distintos regímenes de autorización administrativa, como algunos temen sin fundamento, sino sólo de aquellos “regímenes de autorización, procedimientos y formalidades excesivamente onerosos que obstaculizan la libertad de establecimiento y la creación de nuevas empresas de servicios que ésta comporta” (considerando 42), es decir, los abusivos e innecesarios. En aras de la libertad, el sometimiento del acceso y ejercicio de una actividad de servicios a un régimen de autorización administrativa previa queda condicionado por la necesidad de superar un triple test de observancia de los principios de no discriminación, proporcionalidad y justificación objetiva, tal como se desprende de los artículos 9.1 de la Directiva de servicios y 5 de la Ley 17/2009.

Dicha normativa permite de forma excepcional la creación o el mantenimiento de las autorizaciones administrativas previas al acceso a una actividad de servicios y su ejercicio, cuando no sean discriminatorias para el prestador, sean necesarias (estén justificadas por una razón imperiosa de interés general -artículo 9.1.b en relación con el artículo 4.8 DS-) y el objetivo perseguido no pueda ser alcanzado mediante medidas menos restrictivas, “en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz” (artículo 9.1.c DS). La Ley 17/2009 dispone

consecuentemente que el acceso a una actividad de servicios sólo puede estar sujeto a un régimen de autorización administrativa previa de forma excepcional, y siempre que no resulte discriminatorio ni “directa ni indirectamente” en función de la nacionalidad o del territorio, se base en una razón imperiosa de interés general y sea proporcionado, esto es, “adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado”, de forma que “cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad [...] en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización” (artículo 5).

En esta misma línea se orienta el nuevo artículo 39.bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, incorporado por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que reitera con otras palabras lo proclamado por aquellos preceptos. La apelación a la regla de la intervención mínima, junto a los deberes de motivación, proporcionalidad y no discriminación, delimitan el ejercicio de la facultad de apreciación por parte de las autoridades competentes. El artículo 39.bis LRJ-PAC dispone que: “Las administraciones públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias”²⁴¹.

Con la adición del precepto citado, el legislador estatal ha ido mucho más allá de lo que se preveía en la Directiva de servicios, y se ha producido el efecto de una *vis* expansiva al ampliar su ámbito de aplicación para el desarrollo de cualquier actividad, y no sólo de una actividad de servicios, produciéndose una clara reforma en el régimen general de la actuación administrativa.

Podría pensarse que este camino liberalizador, desregulador y de mayor simplificación aligera la posición y responsabilidad de las Administraciones Públicas. Sin embargo, nada más lejos de la realidad, pues el cambio de paradigma regulatorio se completa con el segundo párrafo del artículo 39 bis LRJ-PAC, con un refuerzo de la responsabilidad de las Administraciones Públicas que tienen la obligación de velar por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente. La actividad administrativa de comprobación, concretada en las potestades de

²⁴¹ ALONSO MAS, M. J., señala que “la exigencia de utilización de la medida menos gravosa, empero, no debe considerarse como un imperativo absoluto; ya que, además de menos gravosa que las restantes, la medida deberá resultar suficientemente eficaz para la consecución del interés general perseguido. Pero, en todo caso, la apelación a la alternativa menos gravosa exige un análisis comparativo entre las distintas opciones existentes que, las más de las veces, se resolverá en el análisis costes-ventajas de cada una de ellas (...)”, “El nuevo régimen de los instrumentos de intervención de las entidades locales”, *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: Veintitrés Estudios*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2014, *cit.* p. 453.

comprobar, verificar, investigar e inspeccionar, busca reforzar el papel de los controles a posteriori frente a la tradicional autorización y control previo de los requisitos²⁴².

5.2. Modificaciones en la Ley 7/1985

5.2.1. Ley 25/2009, de 22 de diciembre

El legislador estatal, mediante la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, no se limita solamente a regular de forma general principios generales de intervención de todas las Administraciones públicas para el desarrollo de actividades privadas, sino que desciende específicamente hasta el ámbito local, en donde estos principios también son de aplicación concreta.

La Ley 25/2009 modifica el artículo 84 de la LBRL, cuyo apartado 2 establece que las entidades locales en su actividad de intervención han de sujetarse a los principios de igualdad de trato, necesidad -motivando la necesidad de la intervención- y proporcionalidad²⁴³. Con estas medidas, se eleva el rango normativo de los principios hasta ahora contenidos en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, cuyo artículo 2 ya habla de la igualdad de trato, y establece, en su artículo 6.2, el principio de respeto a la libertad individual, es decir, la necesidad de elección del medio de intervención menos restrictivo²⁴⁴. Por lo tanto, el artículo 84.2 de la LBRL no supone nada nuevo, sino que se avanza por el mismo camino, aunque consolidándose los principios al incluirlos en la legislación básica del régimen jurídico administrativo local.

Por voluntad del legislador estatal, no del comunitario, se refuerzan los principios informadores de toda la actividad administrativa en el ordenamiento jurídico para los entes locales y para todas las Administraciones Públicas. La Ley 25/2009 modifica el artículo 84 LBRL al objeto de someter los actos de control preventivo que afectan las actividades de servicio de ámbito municipal a los principios de la Ley 17/2009: no discriminación por razón de nacionalidad; justificación o

²⁴² NOGUEIRA LÓPEZ, A., critica que la normativa de transposición de la Directiva “no ha hecho un esfuerzo de adaptación a ese nuevo entorno en el que la intervención de la Administración ha basculado hacia un control operativo que debe ser objeto de una regulación que defina sus garantías, efectos y procedimiento”, “La termita Bolkestein”, *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 22, 2011, *op. cit.*, p. 69.

²⁴³ Esta última modificación es trascendental: entre los medios que enumera el apartado 1 del precepto a través de los cuales las Entidades locales pueden intervenir la actividad de los ciudadanos, la redacción anterior se limitaba en su letra b) a señalar “Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo”. Con la nueva redacción son tres los supuestos previstos en la norma:

“a) Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. No obstante, cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se estará a lo dispuesto en la misma.

b) Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

c) Sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma”.

²⁴⁴ El artículo 5 RSCL, tras la modificación operada por el RD 2009/2009, de 23 de diciembre, queda redactado del siguiente modo: “La intervención de las corporaciones locales en la actividad de sus administrados se ejercerá por los medios y principios enunciados en la legislación básica en materia de régimen local.”

motivación de la intervención administrativa (razón imperiosa de interés general); y proporcionalidad (art. 84.1.b) LBRL); y, también, al objeto de incluir como medio de intervención de las entidades locales el sometimiento a control posterior al inicio de una determinada actividad, con el objeto de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma (art. 84.1.d) LBRL).

5.2.2. La Ley de Economía Sostenible

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, añade dos nuevos artículos a la LBRL: los arts. 84 bis y ter Así, el artículo 84 bis -en su redacción original-, tras establecer con carácter general la inexigibilidad de acto de control preventivo o licencia para el ejercicio de actividades (sean de servicios o no), condiciona su exigencia a un juicio de justificación de la necesidad y proporcionalidad, en caso de tratarse de actividades que afecten a la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico, la seguridad o la salud públicas, o que impliquen el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público. Y, en caso de existencia de autorizaciones concurrentes entre una entidad local y otra Administración, el mencionado artículo establece que la entidad local debe motivar expresamente en la justificación de la necesidad de la autorización el interés general concreto que se pretende proteger y que éste no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente.

De otra parte, el nuevo artículo 84 ter LBRL establece que: “Cuando el ejercicio de actividades no precise autorización habilitante y previa, las Entidades locales deberán establecer y planificar los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de la misma por los interesados previstos en la legislación sectorial”.

Simultáneamente, se insta al Gobierno a realizar un juicio de necesidad y proporcionalidad en relación con las previsiones existentes sobre licencias de locales de actividad, con el fin de poder eliminar la correspondiente exigencia de licencia cuando no concurren las razones citadas, sin perjuicio de su sustitución por otras formas de verificación y control administrativo [Disposición adicional octava]. Sobre la base de este precepto, mediante el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, tras la evaluación de la concurrencia de dichos principios, desaparecen las menciones a las licencias locales en los siguientes textos normativos: Real Decreto-Ley 4/2001, de 16 de febrero, de Régimen de intervención administrativa aplicable a la valorización energética de harinas de origen animal procedentes de la transformación de despojos y cadáveres de animales; el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio; la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido; la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y control integrados de la contaminación; la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad medioambiental; y la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera. En definitiva, en estos casos se entiende que no existe una razón poderosa que necesariamente pueda conllevar la exigencia de licencia local, es decir, no está justificado ni resulta

proporcionado que en tales ámbitos deban exigirse controles administrativos previos, bastando en su caso el sometimiento a controles posteriores al inicio de la actividad²⁴⁵.

Se trata, de una regla general, por la que el ejercicio de actividades por los particulares no queda sujeto a la obtención de previa licencia municipal u otro medio de control preventivo. No obstante, habría que concretar que se trata de actividades cuyo control sea de responsabilidad local, así como determinar a qué actividades afecta el nuevo régimen, pues parece que con la introducción de este precepto se va más allá de la Directiva, dado que no sólo se suprimen los regímenes de autorización para el ejercicio de actividades de servicios incluidos en su ámbito de aplicación, sino que se extiende a cualquier tipo de actividad.

Esta regla general de la mínima intervención conecta estrechamente con los principios de proporcionalidad y simplificación de cargas, ya analizados, así como con lo establecido en el artículo 14.4 de la Ley de garantía de la unidad de mercado, el cual establece que, si el proyecto de norma establece o modifica medios de intervención, se analizará la existencia de otras medidas que afecten a la misma actividad y ya establecidas por otras autoridades competentes; y se asegurará que los medios de intervención no recaigan sobre los mismos aspectos en caso de concurrencia de varias Administraciones, y proveerá un sistema por el que el procedimiento no genere costes adicionales para el operador en comparación con la intervención de una única Administración.

5.2.3. Ley 12/2012, de 26 de diciembre

Mediante la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas de liberalización del comercio, y de determinados servicios, se avanza un paso más. Tras realizar el juicio de necesidad y proporcionalidad, se eliminan todos los supuestos de autorización o licencia municipal previa motivados en la protección del medio ambiente, de la seguridad o de la salud públicas, ligados a establecimientos comerciales y otros que se detallan en el anexo de la Ley, siempre que cuenten con una superficie de hasta 300 metros cuadrados. El legislador estatal considera, pues, que no son necesarios controles previos en los supuestos de actividades que, por su naturaleza, por las instalaciones que requieren y por la dimensión del establecimiento, no tienen un impacto susceptible de control a través de la técnica autorizatoria. De este modo, tras la previa evaluación

²⁴⁵ A este respecto, cabe destacar que en la referida supresión se señala que el mandato trasciende el ámbito local y afecta al Estado y a las Comunidades Autónomas. En este sentido, la disposición adicional octava de la Ley 2/2011 establece un plazo de 12 meses para que las entidades locales y las CC.AA., adapten su normativa al artículo 84 bis. de la LBRL. También dispone que los municipios deberán adoptar un acuerdo que de publicidad a los procedimientos en los que, de acuerdo con dicho precepto, subsista el régimen de sometimiento a la licencia local de actividad, manteniendo dicha relación adecuada a la normativa vigente en cada momento.

del juicio de necesidad y proporcionalidad, se sustituye dicho régimen por otro de control *ex post* basado en una declaración responsable en el ámbito comercial²⁴⁶.

5.2.4. La Ley 20/2013, de 9 de diciembre

En primer lugar cabe destacar que, la ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, no modifica expresamente el artículo 84 LBRL. Sin embargo, como en relación con el sometimiento al control preventivo de las actividades de servicios, el artículo 84 remite a la Ley 17/2009, el precepto comporta que en relación con las mismas, será preciso una norma con rango de ley para que resulte viable el establecimiento de un régimen de autorización.

En este sentido, el artículo 17 de la Ley 20/2013 -que modifica el art. 7.3 de la Ley 17/2009-, referido la instrumentación del principio de necesidad y proporcionalidad dispone que:

“1. Se podrá establecer la exigencia de una autorización siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen. Cuando el régimen de autorización se exija por norma comunitaria o tratado internacional las autorizaciones podrán estar previstas en una norma de rango inferior a la Ley. Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización:

- a) Respecto a los operadores económicos, cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.
- b) Respecto a las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico- artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.
- c) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado.
- d) Cuando así lo disponga la normativa de la Unión Europea o tratados y convenios internacionales, incluyendo la aplicación, en su caso, del principio de precaución.

Las inscripciones en registros con carácter habilitante tendrán a todos los efectos el carácter de autorización.

2. Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para exigir la presentación de una declaración responsable para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, o para las instalaciones

²⁴⁶ Recordemos que la Ley de garantía de la unidad de mercado modifica el artículo 2 de la Ley 12/2012, ampliando a 750 metros la superficie útil de los establecimientos a efectos de la aplicación de la norma. En el Anexo de esta Ley, se establece un listado de actividades económicas, de forma que, si el establecimiento a las mismas dedicado no excede de 750 metros cuadrados, será posible realizar la reforma interior para su acondicionamiento sin necesidad de licencia de obras; salvo que se exija proyecto conforme a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación. En este sentido y en opinión de ALONSO MAS, M. J., “lo cierto es que en ocasiones las ordenanzas municipales deslucen un tanto esta previsión legal; ya que por ejemplo algunas establecen que, si la fachada del edificio se encuentra protegida, se aplicará la licencia a la obra y no la declaración responsable, lo que no tiene sentido si nos encontramos con una reforma interior que en absoluto afecte a la fachada.” “El nuevo régimen de los instrumentos de intervención de las entidades locales”, *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: Veintitrés Estudios*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2014, *op. cit.*, p. 464.

o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas, cuando en la normativa se exija el cumplimiento de requisitos justificados por alguna razón imperiosa de interés general y sean proporcionados.

3. Las autoridades competentes podrán exigir la presentación de una comunicación cuando, por alguna razón imperiosa de interés general, tales autoridades precisen conocer el número de operadores económicos, las instalaciones o las infraestructuras físicas en el mercado.

4. Las autoridades competentes velarán por minimizar las cargas administrativas soportadas por los operadores económicos, de manera que una vez aplicado el principio de necesidad y proporcionalidad de acuerdo con los apartados anteriores, elegirán un único medio de intervención, bien sea la presentación de una comunicación, de una declaración responsable o la solicitud de una autorización.

5. Lo establecido en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el Capítulo V de esta Ley.”

En realidad, no nos encontramos ante una total novedad, ya que el artículo 84 bis LBRL, en su redacción originaria ya establecía como razones imperiosas de interés general una gran parte de las recogidas en la Ley de garantía de la unidad de mercado. Ahora se añaden, además, los casos de escasez de recursos naturales y de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, así como la existencia de inequívocos impedimentos técnicos. En realidad, la Ley de garantía de la unidad de mercado junto con la Ley de Racionalización -la cual en este punto tiene una redacción muy similar-, establecen un régimen homogéneo para todas las Administraciones públicas, cuando antes sólo eran las entidades locales quienes tenían limitadas las razones imperiosas de interés general por las que se pudiera someter una actividad a un régimen de autorización.

5.2.5. La Ley 27/2013, de 27 de diciembre

Como señala el Preámbulo de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, la reforma persigue varios objetivos básicos: clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones de forma que se haga efectivo el principio “una Administración, una competencia”; racionalizar la estructura organizativa de la Administración Local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera; garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso y favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas.

Respecto a la medida que afecta al objeto del presente estudio, la Ley limita el uso de autorizaciones administrativas para iniciar una actividad económica a supuestos en los que su necesidad y proporcionalidad queden claramente justificados. De esta forma y con la finalidad ya apuntada de evitar intervenciones administrativas desproporcionadas, modifica nuevamente el artículo 84 bis LBRL, que queda redactado como sigue:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo.

No obstante, podrá exigirse una licencia u otro medio de control preventivo respecto a aquellas actividades económicas:

- a) Cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.
- b) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización del dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos en el mercado sea limitado.

Las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas solo se someterán a un régimen de autorización cuando lo establezca una Ley que defina sus requisitos esenciales y las mismas sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud públicas y el patrimonio histórico y resulte proporcionado. La evaluación de este riesgo se determinará en función de las características de las instalaciones, entre las que estarán las siguientes²⁴⁷:

- a) La potencia eléctrica o energética de la instalación.
- b) La capacidad o aforo de la instalación.
- c) La contaminación acústica.
- d) La composición de las aguas residuales que emita la instalación y capacidad de depuración.
- e) La existencia de materiales inflamables o contaminantes.
- f) Las instalaciones que afecten a bienes declarados integrantes del patrimonio histórico.

En caso de existencia de licencias o autorizaciones concurrentes entre una Entidad Local y otra Administración, la Entidad Local deberá motivar expresamente la justificación de la necesidad de autorización licencia de interés general concreto que se pretende proteger y que éste no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente.”

En síntesis, de la evolución de la legislación estatal de adaptación a la Directiva de servicios se observa una clara reforma de los principios de intervención de las entidades locales en la actividad de los ciudadanos hacia una Administración menos intervencionista y más responsable, sujeta a los principios de no discriminación (igualdad de trato), necesidad (motivando la necesidad de la intervención) y proporcionalidad²⁴⁸(eligiendo la opción menos restrictiva). El principio presidencial de libertad, destinado a garantizar la libertad de establecimiento y la libre prestación, va más allá de la actividad de servicios y se impone sobre cualquier actividad de los ciudadanos, cuyo inicio podrá realizarse libremente sin sometimiento a control previo administrativo garante respecto de la seguridad y corrección de la actividad autorizada, y sin más restricción que la sujeción del inicio de la actividad a un control posterior. De cada vez más se reduce el ámbito de aplicación de la técnica autorizatoria, quedando relegada en el ámbito local a la existencia de una razón poderosa que

²⁴⁷ En relación con las infraestructuras, la idea del legislador es que la agilización y disminución de cargas que se puede conseguir acotando los supuestos en que es exigible un régimen de autorización para el ejercicio de una actividad económica, se puede ver neutralizada si después dicho régimen de autorización se aplica a la infraestructura que le sirva de sustento. En cualquier caso, en la medida en que dicha infraestructura deba utilizar el dominio público, el régimen de autorización podrá justificarse por esta razón.

²⁴⁸ *Vid.*, DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T., “Mercado interior y Directiva de Servicios”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011, pp. 257-293, en donde analiza los rasgos del mercado interior y el sometimiento al principio de proporcionalidad de las disposiciones nacionales que regulan la prestación de servicios tras la Directiva de 2006.

conlleve la exigencia de licencia local, es decir, en los supuestos en que esté justificada su necesidad y resulte proporcionada la restricción de la libertad, como sucede todavía en los ámbitos de actividades ligadas al patrimonio histórico-artístico o cuando requirieran de un uso privativo y ocupación del dominio público.

6. El principio de máxima simplificación

El procedimiento para el otorgamiento de las autorizaciones tiene que ajustarse también a los principios generales que hemos examinado en el apartado anterior y que, por otra parte, resultan de la aplicación de los principios de la LRJ-PAC. La solicitud tiene que ser inmediatamente recibida por la Administración, que ha de dar cuenta al interesado del plazo para resolver y las consecuencias de la superación del mismo. La tramitación tiene que producirse conforme a reglas claras y con audiencia del interesado. La resolución tiene que ser motivada, e indicando a los interesados los recursos de que es susceptible.

Una singularidad importante de los procedimientos para el otorgamiento de algunas clases de autorizaciones es la colaboración de entidades privadas de acreditación que verifiquen el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos y certifiquen acerca de esta circunstancia.

La Administración competente para resolver retiene la decisión final sobre la autorización, pero puede encomendar a tales entidades de autorización, no sólo el control preventivo del cumplimiento de las condiciones legales, sino también la supervisión posterior sobre la adecuación del ejercicio de la actividad a lo acordado al autorizarla. La anterior Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid de 29 de junio de 2009, por la que se establece el Régimen de Gestión de Control de las licencias Urbanísticas de Actividades, fue pionera en la incorporación de esta clase de colaboraciones de entidades privadas en los procedimientos de otorgamiento de autorizaciones y licencias²⁴⁹.

Con ello se postula una significativa reducción de “la complejidad, la extensión y la inseguridad jurídica de los procedimientos administrativos”, simplificándolos y, por esta vía, preservando los requisitos de transparencia y actualización de los datos de los operadores y eliminando “los retrasos, costes y efectos disuasorios que ocasionan, por ejemplo, trámites innecesarios o excesivamente complejos y costosos, la duplicación de operaciones, las formalidades burocráticas en la presentación de documentos, el poder arbitrario de las autoridades competentes, plazos indeterminados o excesivamente largos, autorizaciones concedidas con un período de vigencia

²⁴⁹ En la actualidad, dicha Ordenanza ha sido derogada por la Ordenanza para la apertura de actividades económicas de la ciudad de Madrid, de 28 de febrero de 2014 [BOCM núm. 67, de 20/03/2014], la cual regula en su Título III el régimen jurídico de las entidades colaboradoras urbanísticas (arts. 40 a 44).

limitado o gastos y sanciones desproporcionados”, todo lo cual, “tiene efectos disuasorios especialmente importantes para los prestadores” (considerando 43 DS)²⁵⁰.

7. La ampliación del ámbito del silencio positivo

La reforma del silencio administrativo ha venido obligada desde el Derecho comunitario europeo. La Directiva de Servicios, como ya sabemos, fija un nuevo enfoque de la intervención administrativa, primando el control *a posteriori* sobre la intervención administrativa previa y afectando por tanto también al régimen del silencio administrativo. En efecto, se refiere a la autorización tácita una vez vencido un plazo determinado y establece que en caso de silencio o falta de respuesta en plazo, se considerará concedida la autorización salvo régimen distinto justificado en una razón imperiosa de interés general, incluidos los intereses legítimos de terceros (art. 13.4 DS).

7.1. El punto de partida en la Ley 30/1992

El punto de partida ha de ser la regulación del silencio administrativo en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, tras su reforma por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que distingue entre los procedimientos iniciados a solicitud del interesado (art. 43) y los iniciados de oficio (art. 44). Para los primeros fija, en síntesis, el régimen siguiente: i) La regla es que el silencio administrativo, tras el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, tiene sentido positivo o favorable en todos los casos; ii) Esta regla general del silencio positivo se excepciona en cuatro supuestos, como son que se disponga otra cosa por el Derecho comunitario europeo o por una norma con rango legal, los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, cuando la estimación tuviera como consecuencia la transferencia al solicitante o a terceros de facultades relativas al dominio público o al servicio público y los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones; y iii) El silencio positivo se considera a todos los efectos acto administrativo finalizador del procedimiento que no puede ser desconocido por una resolución expresa posterior que solo podrá ser confirmatoria del mismo, mientras que el silencio negativo tiene el único efecto de permitir la interposición de los recursos procedentes. En cambio, en los procedimientos iniciados de oficio (art. 44) las consecuencias, en caso de falta de notificación de la resolución en plazo, son el silencio negativo o la caducidad.

²⁵⁰ En nuestro ordenamiento, la Disposición adicional primera de la Ley 14/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, ya preveía que se llevaran a cabo con carácter general las modificaciones reglamentarias necesarias para simplificar los procedimientos vigentes en la Administración General del Estado, así como la eliminación de trámites innecesarios que dificultasen la relación de los ciudadanos con la Administración.

El principio de simplificación ha tenido una reciente manifestación en el artículo 37 de la Ley 14/2013, de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización, a cuyo tenor “las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias creen nuevas cargas administrativas para las empresas eliminarán al menos una carga existente de coste equivalente.”

Así pues, este régimen de partida ofrece un panorama contradictorio: de una parte, se fija la regla general del silencio positivo, pero, de otra, se aprecia una cierta resistencia a aceptar su operatividad ante los riesgos y costes que puede entrañar, posibilitando, en especial, que una norma legal pueda excepcionar esa regla estableciendo un supuesto de silencio negativo²⁵¹.

7.2. Las reformas en la transposición de la Directiva de Servicios

7.2.1. La Ley 17/2009: las regulaciones por silencio

La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, se limita a establecer la obligación de garantizar la aplicación general del silencio positivo y que los supuestos de silencio negativo constituyan excepciones previstas en una norma con rango de ley justificadas por razones imperiosas de interés general (art. 6), nuevo enfoque de intervención administrativa que se encuentra presidido por el principio de la libertad de empresa o “*favor libertatis*”²⁵².

²⁵¹ En el ámbito interno, es apreciable la evolución de la regulación del silencio administrativo. El RSCL de 1955 disponía el silencio positivo en materia de licencias locales. La Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 fijó la regla general del silencio negativo, pudiendo preverse el silencio positivo por disposición expresa. Más tarde, el Real Decreto-ley 1/1986, de 14 de marzo, de Medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales, con la finalidad de simplificar los trámites administrativos, aplicó el silencio administrativo positivo para las licencias y autorizaciones de instalación, traslado o ampliación de empresas o centros de trabajo, sin necesidad de denuncia de mora, siempre que las peticiones estuvieran debidamente documentadas y se ajustasen al ordenamiento jurídico. Y, finalmente, la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, invirtió el sistema anterior, fijando la regla general del silencio positivo y, como excepción, el silencio negativo en los casos así previstos en una norma con rango de Ley o norma de Derecho comunitario, en los procedimientos de ejercicio del derecho de petición del art. 29 CE y en aquellos casos en que el silencio positivo tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones salvo -contraexcepción- en los casos de doble silencio (art. 43.2 LRJ-PAC). Además, equipara el silencio positivo al acto administrativo definitivo, pues tiene los mismos efectos que el acto finalizador del procedimiento, sin que pueda adoptarse resolución expresa posterior salvo que sea confirmatoria del acto presunto (art. 43.3 LRJ-PAC); y cierra el círculo configurando como nulos de pleno derecho, los actos expuestos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición [art. 62.1.f) LRJ-PAC].

²⁵² Conforme al art. 38 CE “se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.” Para determinar el alcance y contenido del citado precepto, se hace necesario referirse a la doctrina del Tribunal Constitucional. Así, la STC 37/1987, de 26 de marzo, señala que esta disposición constitucional garantiza el ejercicio de la libre empresa al tiempo que la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general, entre las que hay que incluir las que pueden imponerse en virtud de determinados bienes o principios constitucionalmente protegidos. La libertad de empresa deber ejercerse en el marco de la economía de mercado debiéndose entender esta última, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, como la defensa de la competencia que constituye un presupuesto y un límite de aquella libertad, evitando aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas y no como una restricción de la libertad económica (STC 1/1982, 208/1999, de 11 de noviembre).

Y es que este artículo 38 viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. El mantenimiento de estos límites está asegurado por una doble garantía: por un lado, la reserva de ley y por otro, la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer de un contenido esencial. No determina la Constitución cual debe ser este contenido esencial, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional el resolver las controversias que al respecto puedan plantearse (SSTC 37/1981 y 109/2003).

La incorporación de España a la Unión Europea ha tenido, sin duda, en la libertad de empresa un importante apoyo. Las cuatro libertades comunitarias, a saber, libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, enmarcadas en un sistema de libre competencia real y efectivo constituyen elementos sustanciales de la organización económica que reconoce la Constitución.

7.2.2. La Ley 25/2009: modificación del artículo 43 de la Ley 30/1992

Ley 25/2009 anuncia desde su preámbulo que, dentro de las medidas horizontales de su título I, “se introduce expresamente la figura de comunicación y de declaración responsable y *se generaliza el uso del silencio administrativo positivo*” (la cursiva es mía), así como más adelante indica que “la Disposición adicional cuarta se refiere a la vigencia del silencio administrativo desestimatorio regulado en normas con rango de ley o derivadas de la normativa comunitaria preexistentes”. Así pues, las reformas introducidas por la Ley 25/2009 están en consonancia con las previsiones fijadas en la Ley 17/2009.

El nuevo artículo 43 LRJ-PAC, en su comparación con el precedente, incorpora dos tipos de cambios: uno de estructura y redacción del precepto, ya que los anteriores apartados 1 y 2 se refunden en uno solo, fijándose de forma directa, primero los supuestos de silencio positivo, luego los de silencio negativo y después la contraexcepción al silencio negativo en los casos de doble silencio; además, se altera la redacción, pues el sentido desestimatorio del silencio negativo pasa a primer plano del nuevo párrafo segundo del apartado 1, frente a su ubicación al final del párrafo primero del apartado 2 en la redacción anterior; y se suprime la expresión “en todos los casos” que enfatizaba el carácter general del silencio positivo. Y otro, pequeño, pero sustantivo, ya que ahora se exige que la fijación del silencio negativo por una norma con rango de ley lo sea “por razones imperiosas de interés general” (inciso añadido en el párrafo primero del número 1). No sufren alteración alguna los anteriores apartados 3, 4 y 5 que ahora pasan a reenumerarse como apartados 2, 3 y 4 en el nuevo art. 43.

Se trata, por tanto, de un cambio relevante, ya que ahora se impone un doble condicionamiento para el silencio negativo: uno formal o exigencia de ley; y otro material o justificación de la concurrencia de una razón imperiosa de interés general que justifique la determinación en el caso del sentido negativo del silencio. Dado que el art. 43 de la Ley 30/1992, en su nueva redacción, no precisa el significado de tal limitación (razón imperiosa de interés general), habrá de estarse al concepto ya transcrito ofrecido por el art. 3.11 de la Ley 17/2009. Así pues, no sufre alteración el modo de operar ni la naturaleza del silencio positivo o negativo, sino solo su establecimiento o previsión legal²⁵³.

La modificación relevante consiste, pues, en la exigencia de que la previsión del silencio negativo en una norma con rango de ley esté justificada en razones imperiosas de interés general. Una reforma, aparentemente menor, pero que pudiera tener mayor calado, dada la nueva filosofía que inspira el marco regulatorio derivado de la Directiva de servicios, ya que a la exigencia formal de reserva de ley se añade un requisito sustantivo que elimina la libre determinación legal al exigir que deba fundarse en una razón imperiosa de interés general, con la consiguiente obligación de motivar en cada caso la concurrencia de esa justificación.

²⁵³ En este sentido, AGUADO I CUDOLÁ, V., *Silencio administrativo e inactividad: límites y técnicas alternativas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, pp. 379-380.

Esta reforma carece, empero, de efecto práctico inmediato sobre el vigente régimen del silencio administrativo establecido en la legislación sectorial, pues la propia Ley 25/2009, contempla la aplicación de los requisitos previstos para el silencio administrativo desestimatorio regulado en normas preexistentes, disponiendo que “se entenderá que concurren razones imperiosas de interés general en aquéllos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley por normas con rango de Ley o de Derecho comunitario, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto” (disposición adicional cuarta). Ello supone convalidar todos los anteriores supuestos de silencio negativo establecidos en normas legales precedentes.

Además, junto a estas previsiones generales, la Ley 25/2009 introduce modificaciones en numerosas leyes sectoriales, para adaptarse a la Directiva de Servicios, incidiendo también en el régimen del silencio administrativo. De un lado, introduce dos supuestos de silencio negativo en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, tanto en el nuevo artículo 30.7 (autorización administrativa para desarrollar la actividad de auditoría del sistema de prevención), como en el nuevo art. 30.6 (acreditación de entidades especializadas por la autoridad laboral para poder actuar como servicios de prevención), en ambos casos con la justificación expresa de garantizar una adecuada protección de los trabajadores. Y, en cambio, fija una regla de silencio positivo en la disposición transitoria primera (instalaciones de suministro de productos petrolíferos en establecimientos comerciales que dispongan de licencia municipal de apertura), del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, para las licencias municipales necesarias para la construcción de instalaciones y su puesta en funcionamiento.

7.3. El silencio administrativo en la Ley de Economía Sostenible

La Ley 2/2011, de 4 de noviembre, de Economía Sostenible, regula igualmente aspectos relacionados con el silencio administrativo, en la estela de las leyes de transposición de la Directiva de Servicios, que pueden agruparse en dos bloques: el primero, con una finalidad general, referido a la ampliación del silencio positivo; y, el segundo, de carácter sectorial o específico, en cuanto se

determina el sentido del silencio administrativo en normas legales que son objeto de modificación²⁵⁴.

En el preámbulo de la citada Ley se establece, como medida de simplificación administrativa, la obligación de impulsar reformas normativas para ampliar el ámbito de aplicación del silencio administrativo positivo. En tal sentido, su artículo 40 dispone que:

“1. Con el fin de agilizar la actuación de las Administraciones Públicas, el Gobierno, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de modificación del sentido del silencio administrativo en los procedimientos que no se consideren cubiertos por razones imperiosas de interés general, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. Las Comunidades Autónomas evaluarán igualmente la existencia de razones imperiosas de interés general que justifiquen el mantenimiento de los efectos desestimatorios del silencio administrativo en los procedimientos administrativos regulados por normas anteriores a la redacción del artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, derivada de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Dicha evaluación se llevará a cabo en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley y servirá de base para impulsar la adecuación normativa oportuna.”

Así pues, este precepto pretende ser un paso adelante en la implantación efectiva de la aplicación general del silencio positivo. Y es que, como se ha indicado en párrafos precedentes, la efectividad del nuevo artículo 43 de la Ley 30/1992 (en la redacción dada por la Ley 25/2009) había quedado diluida o demorada ante la ratificación general de todas las preexistentes previsiones legales de

²⁵⁴ En algunas de las reformas legales que la Ley de Economía Sostenible incorpora, se incluyen previsiones relativas al silencio administrativo, con un balance a favor del sentido negativo del silencio, a saber:

a) Modificación de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados (disp. adic. duodécima Ley 2/2011): en ningún caso se producirá la inscripción en virtud del silencio administrativo como agente de seguros vinculado (art. 21.4), como corredor de seguros (art. 27.2) y como corredor de reaseguros (art. 35.2).

b) Modificación del texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre (disp. final decimotercera Ley 2/2011): las peticiones de autorizaciones administrativas y de inscripción reguladas en la presente ley deben ser resueltas dentro de los tres meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud y el silencio administrativo tendrá carácter negativo, salvo en el caso de la solicitud de autorización administrativa previa para la constitución de un fondo de pensiones que tendrá carácter positivo.

c) Modificación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (disp. final decimosexta Ley 2/2011): el apartado 2 de la disposición final octava queda redactado así: “2. En todo caso, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado para los que no se establezca específicamente otra cosa y que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, el ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa de la ejecución, consumación o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver.”

d) Modificación de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (disp. final trigésima tercera, apartado 5 Ley 2/2011): se da nueva redacción a la función decimocuarta del punto 1 del apartado tercero, disponiendo en su apartado 5 que “la resolución de autorización a la que se refieren los apartados precedentes será dictada en el plazo de un mes desde la presentación de la solicitud y el silencio tendrá carácter estimatorio.”

e) Modificación del art. 158 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril (disp. final cuadragésima tercera, apartado 4 Ley 2/2011): la falta de resolución en el plazo reglamentariamente establecido por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual del procedimiento para el restablecimiento de la legalidad, tendrá efectos desestimatorios de la solicitud.

silencio negativo por la disposición adicional cuarta de la Ley 25/2009. Por tanto, el transcrito artículo 40 de la Ley de Economía Sostenible, pretende impulsar la aplicación efectiva de la regla general del silencio, ordenando la revisión de las normas legales que contemplan supuestos de silencio negativo para verificar si cumplen con la nueva exigencia sustantiva de estar justificados en una razón imperiosa de interés general y, en otro caso, suprimir tales casos. Ahora bien, con ello no se produce ningún cambio real y efectivo, pues aquel precepto sólo impone al Estado la remisión a un proyecto de ley modificando el sentido del silencio negativo cuando no esté cubierto por una razón imperiosa de interés general y, a las Comunidades Autónomas, la obligación de evaluar sus respectivas normas legales para verificar si los supuestos de silencio negativo se ajustan a la exigencia básica de estar justificados por una razón imperiosa de interés general.

Analizadas las recientes reformas legales sobre el silencio administrativo, es preciso realizar una valoración de los cambios introducidos poniendo de manifiesto el impacto real sobre la situación precedente²⁵⁵.

d) Consideraciones finales

En definitiva, no puede descartarse que los propósitos de la Ley de generalizar la regla del silencio positivo se vean diluidos en su aplicación práctica y se limiten al ámbito estricto de las actividades de servicios, tal y como ha ocurrido, de hecho, con la pretensión de la Ley 30/1992 de instaurar como regla general el silencio positivo. Esta regla se ha visto desvirtuada en gran medida por las razones siguientes:

1ª) La **previsión contenida en el artículo 62.1.f) de la propia Ley 30/1992 de que son nulos de pleno derecho** “los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”, matiza de modo importante las consecuencias del artículo 43 e introduce un factor de inseguridad jurídica en la obtención de actos favorables por silencio, si bien su revocación deberá realizarse por la Administración mediante el procedimiento de revisión de oficio.

La cuestión a resolver radica en si, solicitada una autorización, aunque se carezca radicalmente de las condiciones para obtenerla o la actividad que se pretenda desarrollar sea contraria a la legalidad, el transcurso del plazo establecido para resolver produce el efecto inexorable de que se entienda

²⁵⁵ Reseñar en este aspecto que, ni la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, ni la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, introducen modificación alguna en el régimen del silencio administrativo. Únicamente la primera regla, en su art. 26, un procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos que consideren que se han vulnerado sus derechos o intereses legítimos por alguna disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que pueda ser incompatible con la libertad de establecimiento o de circulación, en los términos previstos en la LGUM, pudiendo dirigir su reclamación a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado en el plazo de un mes, a través de la ventanilla que al efecto se establezca. En el caso de actuaciones constitutivas de vía de hecho, el plazo será de veinte días contados desde aquel en que se iniciaron. De no adoptarse resolución en el plazo de quince días desde la presentación de la reclamación, se entenderá desestimada por silencio administrativo negativo y, por tanto, se entiende que la autoridad competente mantiene su criterio respecto a la actuación objeto de la reclamación.

otorgada la autorización por silencio. De ser así, la Administración no podría revocar los efectos del silencio sino utilizando el procedimiento de revisión de oficio establecido en el artículo 102 de la LRJ-PAC. Alguna jurisprudencia minoritaria así lo ha reconocido. Realmente, es la consecuencia del silencio que, por otra parte, se acomoda al carácter de sanción que los cambios regulatorios pretenden dar al retraso de la Administración en resolver. Se trata de que su indolencia no repercuta en lesiones a los intereses de los ciudadanos, ni tampoco perjudique al interés general.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo más asentada tiene establecido que, frente a las autorizaciones obtenidas por silencio que vulneran gravemente la legalidad y que, por tanto, son nulas en los términos del artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, no es preciso seguir el procedimiento de revisión de oficio. La doctrina jurisprudencial es que la legalidad impide que se obtengan mediante actos presuntos autorizaciones ilegales. Por tanto, el silencio no opera en estos casos. No se ha producido la autorización presunta y, por tanto, la Administración competente puede declararlo así en cualquier momento [SSTS de 10 de julio de 2006 y 20 de febrero de 2007].

2ª) Las **numerosas leyes estatales y autonómicas que han establecido el carácter negativo del silencio** (además de los supuestos contemplados en el propio artículo 43 LRJ-PAC y en su artículo 142 en materia de reclamaciones de responsabilidad patrimonial), pudiendo citarse en este sentido, a nivel estatal: la disposición adicional 29 de la Ley 14/2000, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que contiene una larga lista de procedimientos a los que se aplica la regla del silencio negativo; la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (artículo 25.2 para las solicitudes de subvención); el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Texto Refundido de la Ley Contratos del Sector Público, que establece el silencio negativo en el caso de procedimientos iniciados a solicitud del interesado relativos a reclamación de cantidades, el ejercicio de prerrogativas administrativas y cualquier otra cuestión relativa a la ejecución, consumación o extinción de los contratos administrativos (disposición final 8ª).

Así pues, la regla general del silencio no deja sin efecto, por sí sola o directamente, las normas legales preexistentes que fijan supuestos de silencio negativo. En efecto, la disposición adicional cuarta de la Ley 25/2009 ha ratificado todos los anteriores supuestos legales de silencio negativo y la ampliación del silencio positivo de la Ley de Economía Sostenible solo prevé la evaluación de tales normas legales, sin disponer su abrogación o inefectividad. Ello ha de entenderse sin perjuicio de la posible irradiación de la Directiva de Servicios, mediante un efecto directo horizontal en caso de incompleta adaptación, pero ceñida a su ámbito de aplicación, que se limita a las actividades de servicios no excluidas de su campo aplicativo.

3ª) Las **razones imperiosas de interés general**, que permiten establecer supuestos de silencio negativo que responden a conceptos jurídicos indeterminados, que en algunos casos pueden revestir una cierta amplitud en razón a su carácter horizontal o transversal, como son la protección del medio ambiente y del entorno urbano. A partir de esta consideración sigue vigente el principio que prohíbe la obtención de licencias de urbanismo *contra legem*, fijado como doctrina legal por el

Tribunal Supremo, cuya jurisprudencia sigue reiterando la aplicación de dicho supuesto de silencio negativo con posterioridad a la transposición de la Directiva de Servicios.

Esta es la línea que parece haber seguido el legislador en las reformas acometidas sobre las licencias municipales de obras por los Reales Decretos-leyes 8/2011, de 1 de julio, y 19/2012, de 25 de mayo. El primero de ellos, reintrodujo la regla del silencio negativo para las licencias de obras, declarando el carácter negativo del silencio para determinadas licencias, autorizaciones o certificaciones de obras y de primera ocupación para las que tradicionalmente se ha previsto el efecto estimatorio de la falta de resolución.

La razón de esta reforma, radica en la ineficacia del silencio positivo para tutelar los intereses públicos en juego. La corrupción urbanística encontraba fácil acomodo en la regla del silencio positivo, que permitía a los responsables de otorgar licencias de obras rehuir cualquier decisión a fin de permitir construcciones ilegales, que sólo podían ser revocadas siguiendo los procedimientos de revisión de oficio.

En este sentido, se estableció una doctrina jurisprudencial la cual entendía que, si bien para las licencias de edificación tradicionalmente se había previsto el efecto estimatorio de la falta de resolución expresa, existía base jurídica suficiente para rechazar los efectos del acto presunto ante cualquier infracción del ordenamiento territorial o urbanístico. Lo cierto es que el actual texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, no contiene ningún pronunciamiento sobre el sentido del silencio en estos casos pero, sin embargo, al igual que otras normas anteriores precisa que “en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística” (art. 9, aptdo. 7 TRLS).

Fue este precepto el que permitió al Tribunal Supremo declarar, en su Sentencia de 28 de enero de 2009, que sienta doctrina legal sobre la cuestión, que no era preciso que la Administración iniciase un procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad de una licencia que se hubiese otorgado por silencio positivo, puesto que este efecto de los actos presuntos no operaba cuando concurre cualquier infracción del ordenamiento territorial o urbanístico²⁵⁶.

²⁵⁶ NARBÓN LAÍNEZ, E., efectúa una crítica a la citada Sentencia en los siguientes términos: “La doctrina legal sentada por la Sala 3ª del Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de enero de 2009 supone un retroceso en la interpretación del complejo entramado normativo que hoy supone el estudio del silencio administrativo, de mantenerse, lo mejor que puede hacer el legislador es establecer y regular el silencio administrativo como “negativo”, al menos supone para el que “sufre” la no respuesta de la administración una guía segura a seguir. Incluso la propia Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo se da cuenta del error y en la sentencia de 27 de abril de 2009 aplica la doctrina del artículo 43 de la Ley 30/1992 a los instrumentos de planeamiento (...). Por último, en la sentencia núm. 154/2010 de 15 de febrero de 2010, a la vista de la doctrina del Tribunal Supremo y la obligatoriedad de los Tribunales Superiores de seguirla al tratarse de un recurso en interés de ley, en el fundamento de derecho tercero in fine se ha concluido: 1.- El punto de partida una vez transcurridos los plazos del artículo 43 de la Ley 30/1992 es entender que la licencia ha sido adquirida por silencio administrativo positivo. 2.- De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo que se acaba de exponer será la Administración la que tenga la carga de la prueba de acreditar que la licencia contiene infracción del ordenamiento jurídico que impide la obtención de la licencia por silencio administrativo.” “Directiva de Servicios, Normativa de Transposición e Incidencia en el Ámbito Local. Ley 17/2009, Código: 09/052, (Departamento de Formación), Diputación de Alicante, 12 de marzo de 2010, *op. cit.*, pp. 28 y 29.

De conformidad con lo anterior, el Real Decreto-ley 8/2011 procedió a instaurar el carácter negativo del silencio, en aras, como dice su Exposición de Motivos, de la “seguridad jurídica en materia inmobiliaria”, citando expresamente la doctrina del Tribunal Supremo expuesta. Esta regla tan amplia ha empezado no obstante a suavizarse por el legislador y lo ha hecho, no por la vía de restaurar el silencio positivo, sino introduciendo el régimen de la comunicación previa, dado que una regla tan amplia de silencio negativo parece a todas luces contraria a los principios de simplificación y agilización administrativa.

Así, el Real Decreto-ley 19/2012, ha suprimido la necesidad de licencia de obra, sustituyéndola por el régimen de comunicación administrativa, para las obras de acondicionamiento de locales cuando no requieran de la redacción de proyecto de obra de conformidad con la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, esto es, cuando se trate de obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación de locales, siempre que no alteren la configuración arquitectónica de los edificios ni supongan un cambio de los usos característicos de éstos.

De esta forma, se acomete una racionalización del sistema, manteniendo la regla de la autorización previa, seguida de silencio negativo, únicamente para las obras de mayor envergadura y liberalizando determinadas obras menores mediante el sistema de comunicación previa.

Procede señalar, por último, que la regla de la autorización seguida de silencio negativo viene impuesta en muchos casos, especialmente en el ámbito de protección del medio ambiente, por el Derecho de la Unión Europea. Así ocurre, según la jurisprudencia del TJUE, en aquellos supuestos en los que las Directivas establecen sistemas de autorización o evaluación previa cuya resolución debe incluir un contenido sobre las condiciones aplicables para cohonestar la obra o actividad con las exigencias ambientales. Conforme a la jurisprudencia comunitaria, no caben en estos casos las autorizaciones tácitas por silencio positivo, cuando en ellas se eludiría el contenido mínimo que estas evaluaciones o autorizaciones deben contener²⁵⁷.

4ª) El **silencio positivo solo juega en los regímenes de autorización**, como precisan el preámbulo y el artículo 6 de la Ley 17/2009, por lo que no tiene cabida cuando la actividad privada está sujeta a las técnicas de declaración responsable y comunicación previa que permiten, con carácter general y desde su presentación, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad (art. 71 bis.3 LRJ-PAC).

5ª) En quinto lugar, en las reformas se advierte incluso una inversión del esquema general según el cual la regla es el silencio positivo y la excepción es el silencio negativo a fijar en cada caso, como hemos tenido ocasión de comprobar en apartado 2º anterior.

²⁵⁷ *Vid.*, STJUE de 14 de junio de 2001, Comisión v. Bélgica, asunto C-230/2000.

6ª) Finalmente, no se altera el régimen ni la naturaleza del silencio positivo que sigue siendo el antes fijado en el art. 43 de la Ley 30/1992, por lo que éste equivale a todos los efectos al acto finalizador del procedimiento que no puede ser desconocido por una posterior resolución expresa.

En consecuencia, las reformas legales consideradas pretenden avanzar en la implantación general del silencio positivo, pero al tiempo incorporan supuestos de silencio negativo y, sobre todo, su efectividad depende del próximo envío de un proyecto de ley o de la futura evaluación y, en su caso, modificación de las leyes sectoriales para reducir y ajustar los casos de silencio negativo a aquellos en los que concurren razones imperiosas de interés general, que deberían concretarse en la propia norma. Por tanto, el claro y amplio propósito reformador no va todavía acompañado de modificaciones legales que materialicen de forma real y efectiva ese objetivo o regla general del silencio positivo. Y es que, en la práctica y caso por caso, aparece la dificultad para encontrar un equilibrio entre la permanente tensión entre seguridad y legalidad, pues, junto a las consideraciones de eficacia, eficiencia y simplificación que postulan el silencio positivo, se aducen también los riesgos y peligros derivados de tal regla general para relevantes bienes públicos colectivos (p. ej., medio ambiente o urbanismo), así como en caso de solicitudes de contenido económico para la hacienda pública. En fin, estas reformas legales auguran nuevas modificaciones de normas de rango de ley, cuya ponderación, conforme a los parámetros indicados, habrá de hacerse en su momento caso por caso.

8. La duración indeterminada de la licencia para el ejercicio de una actividad

Dado que una vez que un prestador cumple con los requisitos exigidos, no existe necesidad en general de limitar temporalmente el ejercicio de la actividad, el primer apartado del artículo 7 de la Ley 17/2009, establece el carácter indefinido del ejercicio de una actividad de servicios, una vez efectuada la correspondiente comunicación o declaración responsable o el otorgamiento de la respectiva autorización. En este sentido, sólo se podrá limitar la duración cuando se trate de declaraciones responsables o autorizaciones que se renueven automáticamente, se trate de autorizaciones limitadas o por razones imperiosas de interés general.

Adicionalmente, la duración de la autorización concedida deberá fijarse de forma que no se restrinja ni se limite la libre competencia más allá de lo necesario para garantizar la amortización de las inversiones y una remuneración equitativa de los capitales invertidos. Con ello se pretende favorecer la máxima eficiencia en el proceso de asignación de autorizaciones, lo que redundará en una mayor eficiencia en la prestación del servicio.

9. La revisión de las autorizaciones

Las autorizaciones administrativas son actos administrativos favorables para los interesados, por lo que su revisión se ajustará al régimen general previsto para los actos administrativos. Al tiempo, en el sector de servicios se configuran como autorizaciones de funcionamiento, que generan una

relación jurídica permanente o de tracto sucesivo entre la Administración y el sujeto autorizado, instalando a éste en una situación objetiva definida abstractamente por la normativa constitutiva de ese status complejo, apareciendo, en consecuencia, la revocación como una condición incorporada al título habilitante²⁵⁸, que carece de carácter sancionador sin que, consiguientemente, se apliquen las garantías del artículo 25 CE²⁵⁹, y ello sin perjuicio de la necesidad de expediente con audiencia al interesado²⁶⁰. Por tanto, se distingue entre la revisión por motivos de legalidad (acto inválido) y la revocación en sentido estricto por motivos de oportunidad (acto inicialmente válido)²⁶¹, comportando ambas la cesación de la eficacia del acto.

En nuestro ordenamiento jurídico rige el principio general de irrevocabilidad de los actos favorables excepcionable mediante la oportuna habilitación legal²⁶²; pero sí aplicable en la legislación sectorial²⁶³ y, en particular, en el ámbito local para las licencias locales en el artículo 16 del RSCL de 1955, que contempla tres supuestos: incumplimiento sobrevenido de las condiciones que motivaron su otorgamiento, el cambio de circunstancias y los nuevos criterios de apreciación, fijando en estos dos últimos casos la exigencia de indemnización²⁶⁴. Tales cambios de apreciación tienen que ser necesariamente fundados en razones imperiosas de interés general y contar con habilitaciones precisas en la norma que regula cada autorización en concreto. En todo caso, esta clase de revocaciones son de naturaleza expropiatoria y deben dar lugar a las indemnizaciones correspondientes.

²⁵⁸ STS de 21 de diciembre de 2006 (RJ 2006, 9233). En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 9ª edic., Thomson-Cívitas, Madrid, 2004. *op. cit.*, pp. 140-143.

²⁵⁹ STC 181/1990, de 15 de noviembre y SSTS 17 de julio de 2000 (RJ 2000, 7790), 15 de marzo de 2002 (RJ 2002, 2769), 2 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 421), 21 de diciembre de 2006 (RJ 2006, 9233) y 16 de julio de 2007, (RJ 2007, 6792). No obstante, en ocasiones, puede tener carácter sancionador (STS de 17 de marzo de 2004, RJ 2004, 3293). La reciente jurisprudencia parece recoger la necesidad de amparo legal de la revocación (STS de 19 de enero de 2010, RJ 2010, 211).

²⁶⁰ STS de 12 de julio de 2000 (RJ 2000, 6245).

²⁶¹ STS de 31 de octubre de 2009 (RJ 2010, 1243). *Vid.*, SALA ARQUER, J. M., *La revocación de los actos administrativos en el Derecho español*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974, pp. 26 y 27-60; GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo español. Parte General*, 2ª ed., vol. 3, Eunsa, Pamplona, 1997, pp. 1162-1164, quien alude a la “peripeca” del vocablo “revocación” en nuestro Derecho; BOCANEGRA SIERRA, R., voz “Revisión de oficio y recurso de lesividad”, en MUÑOZ MACHADO, S., (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, tomo II, Iustel, Madrid, 2005, p. 2303; y, LAGUNA DE PAZ, J. C., *La autorización administrativa*, Cívitas, Navarra, 2006, quien entiende que más que en términos de legalidad y oportunidad, es una cuestión de objeto, pues la anulación se refiere a la invalidez inicial, con consecuencias jurídicas diversas, *op. cit.*, pp. 331-332.

²⁶² BOCANEGRA SIERRA, “Revisión de oficio y recurso de lesividad”..., *cit.*, p. 2311.

²⁶³ Así, arts. 101.3 y 105.2 del Texto Refundido de la Ley de Aguas (RDLeg. 1/2001, de 20 de julio); arts. 55, 63.4 y 78.1.c) y d) de la Ley de Costas (Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, modificada por la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral, actualmente en vigor) y arts. 31 bis, 73 y 74 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores .

²⁶⁴ Según SSTS de 8 de febrero de 2002 y de 16 de julio de 2007, no hay indemnización en la revocación por incumplimiento de las condiciones. *Vid.*, SALA ARQUER, *La revocación ...*, *op. cit.*, pp. 149-166; GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo español...*, *op. cit.*, pp. 1162-1164; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, 13ª ed., Cívitas, Madrid, 2006, pp. 669-672, pero con una noción más amplia de revocación; y, LAGUNA DE PAZ, J. C., quien alude a seis supuestos, en particular por incumplimiento tanto de la normativa vigente o de las específicas condiciones fijadas en el título habilitante. *La autorización administrativa*, Cívitas, Navarra, 2006, pp. 334-358.

La Directiva de Servicios prevé la retirada de las autorizaciones, en especial cuando dejen de cumplirse las condiciones para la concesión de la autorización (art. 11.4), exigiendo que la retirada sea una decisión motivada y susceptible de impugnación (art. 10.6). Ello se ha transpuesto en similares términos, sustituyendo el término retirada por el de revocación: “Lo dispuesto en el apartado anterior no afectará a la posibilidad de las autoridades competentes de revocar la autorización, en especial cuando dejen de cumplirse las condiciones para la concesión de la autorización” (art. 7.2, párrafo primero, Ley 17/2009)²⁶⁵.

Así pues, se habilita legalmente la revocación de las autorizaciones pero de forma parca e incompleta, pues sólo se indica un supuesto concreto consistente en el incumplimiento sobrevenido de las condiciones para su concesión²⁶⁶. Por tanto, de su comparación con la aludida previsión del artículo 16 RSCL surgen de inmediato las dudas respecto de su régimen jurídico y alcance: de un lado, si aquel supuesto es único o especial, esto es, si caben también otros supuestos que justifiquen la revocación, debiendo inclinarse por un criterio negativo pues debe existir una habilitación legal clara y expresa²⁶⁷.

Naturalmente, también son posibles las revocaciones de licencias otorgadas erróneamente, ello sin perjuicio, en este caso, de las responsabilidades en que pueda incurrir la Administración si el error le resulta imputable.

Otras potestades administrativas, más debilitadas que las anteriores, que pueden afectar al régimen de las autorizaciones y licencias, son las de modificación de las condiciones establecidas inicialmente. La potestad general de modificación corresponde, sin duda, a la Administración cuando esté legalmente habilitada y se justifique en razones objetivas y apoyadas en los intereses generales.

Y, de otro, en cuanto a la indemnización, puede entenderse que en aquel supuesto, ante el silencio legal y el precedente referido, no procede compensación, ya que, además, el solicitante, al igual que

²⁶⁵ Tanto el término revocación, como el nuevo supuesto, fueron sugeridos por el Consejo de Estado en su Dictamen de 18 de marzo de 2009 al anteproyecto (expte. 99/2009).

²⁶⁶ En este aspecto, *vid.*, CANO CAMPOS, T., “La invalidez sobrevenida de los actos administrativos”, *RAP*, núm. 167, 2005, pp. 502-505.

²⁶⁷ En cuanto a las circunstancias que pueden afectar a la vigencia o eficacia de la autorización, la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce que las licencias pierden sus efectos cuando se incumplen las condiciones que la autoridad concedente ha impuesto. Algunas sentencias más antiguas establecieron que cuando las licencias están condicionadas al cumplimiento de algunas prestaciones u obligaciones, el incumplimiento de las mismas opera como una condición resolutoria (así desde una Sentencia de 28 de junio de 1955, cuya doctrina se reitera en las de 26 de abril de 1959 y 23 de mayo de 1961). La jurisprudencia ulterior, abandonó, sin embargo, la doctrina de la condición resolutoria, utilizando el principio general de que la Administración puede revocar una autorización condicionada cuando el titular incumple las condiciones impuestas -se aplica directamente el art. 16.1 del RSCL- (SSTS de 27 de junio de 1991, 8 de junio de 1993, 22 de junio y 12 de julio de 1993), entre otras.

en las técnicas de control posterior, debe acreditar en todo momento el cumplimiento de las condiciones requeridas²⁶⁸.

Por último, la revisión de las autorizaciones sigue el régimen general de los recursos administrativos y el recurso contencioso-administrativo, así como de la revisión de oficio. Por ello, no ha sido necesario transponer la exigencia comunitaria de que las decisiones respecto de las autorizaciones sean motivadas e impugnables mediante un recurso judicial u otras instancias de apelación (art. 10.6 DS), pues ya están recogidas en la Ley 30/1992 (arts. 54 y 107 y siguientes), que además contempla la revocación de los actos desfavorables (art. 105.1 LRJ-PAC).

En definitiva, todo pivota en torno a la existencia de una justificación, de una razón poderosa en suma, para restringir legítimamente la libertad. Si realmente concurre una razón de semejantes características, la Directiva de Servicios admite la restricción de la libertad por la vía de la utilización de la técnica autorizatoria, pero sólo en la medida imprescindible y dentro de los contornos precisos que impiden un ejercicio arbitrario de la facultad de apreciación de las autoridades competentes. Adquiere fuerza así la concepción clásica del derecho preexistente, en este caso la libertad de establecimiento y prestación de servicios, que la autorización sólo puede declarar tal y como es caracterizada por la DS y la Ley 17/2009.

Resta por analizar únicamente las restantes formas de intervención administrativas distintas de la autorización que impulsa la Directiva.

²⁶⁸ Como indica GARCÍA LUENGO, J., en las autorizaciones operativas no hay confianza legítima si falta el presupuesto de hecho que las justifica, existiendo límites a este principio como es el caso de actos ilegales derivados de informaciones incorrectas o incompletas del destinatario a la organización administrativa, *El principio de protección de la confianza legítima en el derecho administrativo*, Cívitas, Madrid, 2002, pp. 290-292, y 355 y ss. De otra parte, señala LINDE PANIGUA, E., que “la Directiva exige (...) que los operadores cumplan en todo momento los requisitos precisos para la obtención de la autorización. Y, más adelante, en el apartado 4 del mismo artículo 11, se formula de modo negativo la posibilidad de que los Estados puedan revocar las autorizaciones concedidas como consecuencia del incumplimiento sobrevenido de los requisitos exigidos para la concesión de la autorización. Esto es, de modo explícito, los Estados miembros deben imponer a los operadores autorizados que informen a la autoridad competente sobre los cambios en su situación jurídica, lo que puede determinar desde variaciones en el régimen autorizativo en que esté incurso hasta la revocación de la autorización. Esta circunstancia supone, implícitamente, la facultad (que debiera ser una obligación) de los Estados miembros de implementar sistemas de control del ejercicio de la actividad en cuestión.” “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior”, *REDE*, núm. 14, 2008, *cit.*, p. 94.

CAPÍTULO III

LA SUSTITUCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN POR COMUNICACIONES PREVIAS Y DECLARACIONES RESPONSABLES

1. Introducción: El control a posteriori, un pilar básico de la Directiva de Servicios

Dentro de los títulos habilitantes que no se concretan en una decisión previa de la Administración, debe señalarse el consistente en la práctica de una comunicación o notificación previa a la Administración pública por parte del interesado en iniciar la actividad. Se trata de una figura cuya actual relevancia en el Derecho positivo contrasta con la escasa atención que ha recibido hasta fechas recientes por parte de la doctrina²⁶⁹. Con carácter preliminar, es preciso advertir que tras la denominación de la comunicación previa se esconde un variado conjunto de figuras, que se distinguen entre sí en función de que la disposición que las regule incorpore o no diversos elementos que pueden afectar, no sólo a las funciones encomendadas al título, sino también a su propia configuración y régimen jurídicos. No obstante, a pesar de la señalada diversidad existen ciertos elementos comunes a todas las manifestaciones de la comunicación previa que procederemos a analizar seguidamente.

Un postulado principal de la Directiva de 2006, que ya hemos apuntado con anterioridad, es que la figura de la autorización administrativa previa sólo se mantenga si es jurídicamente posible; y sólo será posible si se cumple la triple condición de que: 1) esté justificada por una razón imperiosa de interés general; 2) que el régimen autorizatorio no genere discriminación entre los prestadores de servicios; y 3) porque el objetivo perseguido no pueda conseguirse mediante una medida menos restrictiva, ya que en esta hipótesis podría frustrarse la función de control (art. 9.1 DS). Por su parte, la Ley 17/2009, al acoger estos principios remarca el último de ellos, el de proporcionalidad, proclamando que:

“En ningún caso el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad.”

²⁶⁹ Como advierte MUÑOZ MACHADO, S., “Las transformaciones del régimen jurídico de las autorizaciones administrativas”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 14, 2010, “así como el estudio del régimen jurídico de la autorización es clásico en la ciencia del Derecho Administrativo, según tenemos comprobado, no puede decirse lo mismo de las comunicaciones previas y las declaraciones responsables, sobre las que apenas existen estudios y, además, hay muy pocas referencias en la propia legislación. No es que las obligaciones de comunicar a la Administración no existieran en nuestro Derecho antes de que la Directiva 2006/123 las pusiera en primer plano. Pero la expansión actual de las mismas, convirtiéndolas en regla general frente a las autorizaciones administrativas, abre un panorama nuevo, en gran medida oscuro y desconocido por la falta de práctica y de reglas jurídicas que lo ordenen, *cit.*, p. 103.

Hay que hacer notar que, cuando la Directiva habla de estas medidas “menos restrictivas”, sustitutorias de la autorización previa, se refiere siempre a algún tipo de control a posteriori. Éste es el dato fundamental, un control sucesivo, sin que la DS indique o prejuzgue la técnica concreta que cada Estado miembro pueda utilizar a tal efecto. Así lo establece la Ley 17/2009 en su artículo 5, a cuyo tenor, “no cabe un régimen de autorización cuando se pueda obtener el mismo resultado con un control a posteriori.”

La incorporación de estas nuevas técnicas de intervención puestas al servicio del control administrativo *ex post* ha supuesto, como ha señalado PAREJO ALFONSO, “un cambio radical en el régimen de la policía administrativa de la actividad particular que, si puede discutirse si determina o no el montaje de un nuevo Derecho Administrativo, no puede cuestionarse que obliga a un profundo cambio de la “cultura” administrativa establecida con repercusiones en la organización, el funcionamiento, los medios personales de las Administraciones e, incluso, el régimen sustantivo y procedimental de sus actos y, en general, su actuación, así como en el entendimiento de la relación Administración-destinatario de ésta”²⁷⁰.

Esta reforma de la cultura administrativa se cimienta mediante la generalización del sistema de comunicación previa y declaración responsable en la actividad de los ciudadanos, es decir, a partir de la implantación de técnicas menos restrictivas para la libertad, lo que ha trasladado la intervención administrativa a un momento posterior en el que ocupan un lugar central las funciones de comprobación, control e inspección por parte de las Administraciones Públicas, permitiéndose el inicio de la actividad privada sin necesidad de una resolución administrativa previa. Ello supone la consecuente imposición de las importantes funciones de control a posteriori por la Administración, salvo -eso sí-, en los casos en que por aplicación de los principios de no discriminación, justificación o motivación de la intervención administrativa (razón imperiosa de interés general) y proporcionalidad, deba exigirse el régimen de autorización sujeto a control previo analizado en epígrafes anteriores.

Como indica MUÑOZ MACHADO, “las autorizaciones tienen un valor para los ciudadanos que las obtienen que radica en la seguridad jurídica y económica que les proporcionan. El ciudadano o empresa autorizados cuentan, a partir de ese momento, con un título otorgado por la Administración pública que le da la completa seguridad de que puede desarrollar la actividad pretendida sin temor a tachas de legalidad y sin que se le puedan exigir responsabilidades por hacerlo. En cambio, las comunicaciones y declaraciones responsables favorecen la libertad en el sector donde se aplican, agilizando su inmediato disfrute. Pero no cabe duda de que la falta de intervención de la Administración pública sume al administrado en una mayor inseguridad. Ambas instituciones permiten el ejercicio de las actividades privadas sólo bajo la responsabilidad del interesado, que es el único que, en principio, tiene la carga de valorar y decidir si la iniciativa que va a poner en

²⁷⁰ PAREJO ALFONSO, L., *Transformaciones y ¿reforma? del Derecho administrativo en España*, INAP-Editorial Derecho Global, 2012, pp. 165-166.

marcha se ajusta a la legalidad, y también que la documentación en que se apoya y avala su criterio cumple los requisitos previos consignados en aquélla²⁷¹.”

En definitiva, ambas técnicas son instrumentos principales al servicio de la simplificación administrativa y la dinamización de la economía, principios que, como ya hemos visto, se configuran como fundamentos mismos de la Directiva de Servicios.

2. Antecedentes legislativos

La técnica de la comunicación ha estado presente en nuestro ordenamiento jurídico y ha servido a diversos objetivos a lo largo de los años. Su utilización en el sistema legal español es tan pretérita como inexplorada. Existen, desde el siglo pasado, múltiples ejemplos en diversas regulaciones; sin embargo, todas ellas se caracterizan por establecer con poco detenimiento un régimen jurídico a todas luces precario. La inexistencia de una teoría general a la que acudir en interpretación de esta figura dificulta en muchas ocasiones su aplicación, sobre todo y más aún, cuando ésta resulta facultativa.

No todas las comunicaciones previas de inicio de una actividad existentes responden a una misma finalidad ni a un mismo modo de proceder y ejercer las potestades de la Administración. Es apreciable una evolución en su ámbito de aplicación y una progresión en la magnitud de sus consecuencias. En el caso español, existen precedentes tanto de la comunicación previa como de la declaración responsable, por ello, nos detendremos en el análisis de aquéllas referencias más paradigmáticas, estructurando la exposición en atención al ámbito del que proceden, y desglosando los antecedentes, en comparados estatal o autonómico²⁷².

En relación con el modelo comparado, es obligatorio prestar máxima atención a la figura jurídica de la denuncia de inicio de la actividad en Italia²⁷³. Las construcciones doctrinales en torno a ella son de gran valor e indirectamente ponen de relieve la necesidad de plantear cierto debate respecto del

²⁷¹ MUÑOZ MACHADO, S., “Las transformaciones del régimen jurídico de las autorizaciones administrativas”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 14, 2010, *cit.*, p. 104.

²⁷² *Vid.*, al respecto, NÚÑEZ LOZANO, M. C., *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

²⁷³ NÚÑEZ LOZANO, M. C., *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid, 2001, toma como punto de apoyo de su investigación la denuncia di inizio di attività introducida por la Ley italiana 241/1990 de 7 agosto (art. 19), luego modificada por la Ley 537/1993 de 24 diciembre, lo que le permite ofrecer una exposición, muy rigurosa, de las posiciones de la doctrina italiana sobre la figura y una serie de jugosas reflexiones que, no obstante, chocan inevitablemente con la realidad que ofrece la reciente regulación del tema en España. Por otra parte, la propia autora certifica que no abundan los estudios doctrinales sobre la materia y cita a ciertos autores que “dedican alguna atención a la figura”, (AGUADO CUDOLÀ, TENA PIAZUELO, TORNOS MAS), p. 29.

papel que juega la Administración en las actividades de los particulares²⁷⁴. En España y a nivel estatal, destacaremos diversas leyes en las que se ha utilizado esta técnica de intervención. A nivel autonómico será preciso reparar en el Reglamento de obras, actividades y servicios, aprobado por Decreto 179/1995, de 13 de junio [DOGC. núm. 2066, de 23-06-1995].

²⁷⁴ La transposición de la Directiva de Servicios se ha producido en una época en la que el debate sobre una modernización y transformación del procedimiento administrativo en términos más favorable al ciudadano ha venido intensificándose en **Alemania**. Al margen de las reflexiones en cuanto a una mayor transparencia administrativa, está la sistematización de las autorizaciones previas y la codificación de un régimen coherente de autorizaciones en la Ley Federal del Procedimiento Administrativo así como en las correspondientes leyes de los Länder. El motivo principal de esta reivindicación es la constatación de que la Ley de Procedimiento Administrativo de 1976 ha perdido parte de su fuerza orientadora por la tendencia del legislador de establecer distintos regímenes de autorización en las leyes especiales, “decodificando” así fácticamente el Derecho del procedimiento administrativo. Especialmente en el Derecho medioambiental existe una gran diversidad de procedimientos de autorización.

Es cierto que la Ley de Procedimiento administrativo establece tres categorías: el procedimiento simple u ordinario, el procedimiento formal que se inspira en el proceso judicial y el procedimiento de aprobación de un plan. Los tres regímenes permiten adecuar el procedimiento administrativo al alcance de la decisión a tomar. Es evidente que la autorización o el control de una actividad comercial exige otro procedimiento que la aprobación de un plan para realizar un proyecto de infraestructura. Sin embargo, la codificación de las tres categorías de procedimiento en la Ley general no ha conducido, como se esperaba, a una reducción del número de regulaciones especiales, ni tampoco a impedir nuevas particularidades procedimentales en las leyes especiales, sin que las particularidades puedan explicarse siempre por la racionalidad específica de la materia.

Como la diversidad procedimental se refiere primordialmente a las autorizaciones previas, la reforma planteada se refiere a una inserción de un régimen diferenciado claro y unificado de autorizaciones en la Ley de procedimiento administrativo. En este sentido se ha criticado que el legislador, transponiendo la Directiva de Servicios, ha incluido una disposición sobre la autorización tácita en la Ley de procedimiento administrativo sin regularla en el contexto de un régimen coherente de autorizaciones. Además, la autorización tácita, aunque ya existía en Alemania en algunas materias muy limitadas, no desempeña el mismo gran papel que en otros países europeos puesto que los deberes constitucionales de protección del Estado exigen un uso restringido de esta figura jurídica. Se puede decir incluso que la autorización tácita fue inventada para proteger al ciudadano frente a una Administración inactiva y porque no existía un control judicial efectivo en estos casos. En la medida en que la Administración Pública trabaja eficazmente y que existen remedios judiciales efectivos contra cualquier inactividad administrativa, la figura jurídica de la “autorización tácita”, es decir, el silencio positivo, no es un complemento necesario del régimen de autorizaciones, porque ya hay otras posibilidades para asegurar una decisión rápida.

En las propuestas de reforma realizadas en Alemania para la inserción de un régimen de autorizaciones previas en la Ley de procedimiento administrativo son los principios de proporcionalidad y concentración los que se ponen de relieve como enfoque favorable y simplificador para el ciudadano. En la medida de lo posible, una sola autorización debe comprender los distintos aspectos que actualmente requieran varias autorizaciones. El enfoque de dotar una autorización global con un efecto de concentración estaba también en el centro de la confección procedimental de los anteproyectos para un Código del medio ambiente que empezó a discutirse hace un cuarto de siglo.

En definitiva, en Estados federales o descentralizados la transposición de la Directiva ha sido compleja. Para evitar divergencias disfuncionales en la transposición hace falta una coordinación entre los distintos niveles así como entre las entidades subnacionales entre sí. En Alemania, la Federación y los Länder han hallado una solución coordinada en los elementos básicos del procedimiento administrativo, en cambio menos convincente en la realización de la dimensión técnico-organizativa. Mientras que se ha utilizado la Directiva en algunos países europeos como justificación de una fuerte desregulación, reduciendo, por ejemplo, los controles previos en el ámbito del medio ambiente, el legislador alemán se mostró reservado a esta tendencia, como se puede ver en cuanto al uso de la autorización tácita que está todavía limitada a asuntos menores. Según la concepción constitucional alemana, los deberes constitucionales de protección no permitirían un uso que aumentaría notablemente el riesgo para derechos de terceros o para bienes públicos como el medio ambiente. En su recién toma de posición en cuanto a la transposición de la Directiva por parte de Alemania, la Comisión Europea ha mostrado que no acepta una interpretación tan amplia de la cláusula de justificación de no hacer uso de la autorización tácita “por una razón imperiosa de interés general”.

Sin embargo, la Directiva ha dado nuevos impulsos para el debate alemán sobre una reforma más amplia del Derecho del procedimiento administrativo, especialmente en cuanto a una codificación de un régimen general coherente de las autorizaciones previas, junto con el debate actual sobre el fortalecimiento de la participación, que puede observarse en Alemania como en otros países europeos.

2.1. Regulación en el Derecho español

Para implantar este tipo de control, la Ley 17/2009 dio el primer paso, pero, sorprendentemente, no para poner en escena la figura que era de esperar, la comunicación simultánea o previa al ejercicio de la actividad, sino otra técnica, la llamada “declaración responsable”, que así ha ascendido súbitamente al “estrellato” de las categorías jurídico administrativas. Queremos decir que la gran figura de la comunicación previa (o simultánea), arquetipo mismo de la categoría de las “actividades” comunicadas a la Administración, queda relegada a un segundo plano, aludida sólo de pasada en numerosos pasajes de la propia Ley 17/2009, sin que ésta defina sus funciones ni sus analogías y diferencias con la declaración responsable. Posteriormente, la Ley 25/2009 sí definió ambas figuras, por cierto, en términos nada claros como seguidamente veremos.

Las inquietudes doctrinales, lógicamente, han girado desde siempre en torno a la autorización administrativa que, pese a su propia forma de ser, heterogénea y dispersa, ha contado y cuenta con alguna normativa de carácter general que también ha contribuido a ahorrarla y disciplinar algunos de sus aspectos más polémicos (revocación transmisibilidad, extinción...). Escasa atención se ha prestado a las comunicaciones previas que, sin embargo, y como decíamos, van a pasar, si no lo han hecho ya, a un primer plano²⁷⁵.

Todo cuanto queda dicho puede predicarse por igual de las declaraciones y comunicaciones. Pero a partir de este punto importa ya diferenciar claramente ambas figuras, sencillamente porque son diferentes, como distintas han sido las funciones que han venido cumpliendo. En este sentido, baste señalar, de entrada -estamos hablando del pasado-, la virtualidad de muchas comunicaciones de operar como acto principal capaz de abrir el acceso a una actividad, a diferencia de la función auxiliar, complementaria, de la clásica “declaración jurada” -madre aparente de la moderna “declaración responsable”-, esto es, manifestación del interesado adherida siempre a una declaración de voluntad principal.

Expondremos a continuación unos ejemplos, que, como decíamos, pese a la falta de estudios y de una regulación sistemática y completa, no se trata de algo nuevo en nuestro ordenamiento.

2.1.1. Las comunicaciones a la Administración

Estas comunicaciones han constituido un género integrado por muchas especies. Algunas de éstas tienen orígenes remotos aunque sin la importancia que han venido adquiriendo en los últimos veinte años. Han operado y operan en los campos más diversos: ejercicio de derechos fundamentales²⁷⁶, en

²⁷⁵ En este sentido, es obligado citar el Reglamento estatal de autorizaciones (Real Decreto 1778/1994 de 5 de agosto) y el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955. Da perfecta cuenta del enorme desnivel existente entre autorizaciones y comunicaciones, en cuanto a su altura dogmática, el hecho de que la propia Ley 25/2009 ha tenido que modificar la clásica lista de medios de intervención del artículo 84 de la Ley de Régimen Local, para incluir en ella la comunicación previa y la declaración responsable, así como, en general, “el sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma”. Idéntica operación han hecho algunas CC.AA. en sus respectivas Leyes de Régimen Local.

²⁷⁶ Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión (arts. 8 a 11).

materia de industria²⁷⁷, disciplina bancaria²⁷⁸, mercado de valores²⁷⁹, control de precios²⁸⁰, entidades aseguradoras²⁸¹, telecomunicaciones²⁸², comercio exterior²⁸³, Colegios profesionales²⁸⁴, etc.

Se trata de un universo sumamente heterogéneo cuya summa divisio estaría constituida, de una parte, por las “actividades comunicadas” que pueden dar acceso a una actividad, como si fueran

²⁷⁷ Ley 21/1992, de 23 de julio, de Industria (arts. 13, 14, 15.4 y 23). El artículo 13 de la citada Ley establece que: “El cumplimiento de las exigencias reglamentarias en materia de seguridad industrial, sin perjuicio del control por la Administración Pública a que se refiere el artículo siguiente, se aprobará por alguno de los siguientes medios, de acuerdo con lo que establezcan los reglamentos que resulten aplicables: a) Declaración del titular de las instalaciones y en su caso del fabricante, su representante, distribuidor o importador del producto; b) Certificación o acta de organismo de control, instalador o conservador autorizados o técnico facultativo competente; c) Cualquier otro medio de comprobación previsto en el Derecho comunitario y que no se halle comprendido en los apartados anteriores.” La Administración mantiene su poder de inspección sobre la actividad en funcionamiento (art. 14), así como su poder de autorización sobre los organismos de control (art. 15). La Ley exige, a su vez, que los organismos de control suscriban pólizas de seguro que cubran los riesgos de su responsabilidad en la cuantía que se establezca, sin que la misma limite dicha responsabilidad.

²⁷⁸ Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, modificada por la Ley 3/1994, de 14 de abril (arts. 57 y 58) y, finalmente, derogada por Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (arts. 6 a 15).

²⁷⁹ Real Decreto 1343/1992, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 13/1992, de 1 de junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras, modificado por Real Decreto 1419/2001, de 17 de diciembre, por Real Decreto 1332/2005, de 11 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 5/2005, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero y por el Real Decreto 364/2007, de 16 de marzo, (art. 41.2).

²⁸⁰ Real Decreto 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (art. 28).

²⁸¹ Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de ordenación y supervisión de seguros privados (art. 5.8).

²⁸² Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo del título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (art. 14.5). La Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, y la Orden de 22 de septiembre de 1998 por la que se establece el régimen aplicable a las autorizaciones generales por servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares. Según la regulación contenida en el capítulo II, del título II de la Ley 11/1998, relativa a las autorizaciones generales (normativa que se inspira en la Directiva 97/13/CE), los trámites precisos para prestar determinados servicios o establecer o explotar ciertas redes de telecomunicaciones se simplifican, quedando reducidos a dos aspectos básicos: la notificación por el interesado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de su intención y la inscripción de oficio de los datos del titular y de los del servicio en un Registro público cuya llevanza corresponde a la propia Comisión. El procedimiento de “obtención de las autorizaciones generales” se desarrolló en el artículo 4 de la Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1998, sustituyéndose de hecho la decisión administrativa por la notificación del interesado con los datos establecidos en la norma y la inscripción de oficio de los mismos en el Registro especial de autorizaciones generales. De este modo, el acto autorizatorio administrativo es sustituido por la comunicación del administrado, ya que éste impone el deber de inscribir en el Registro y esta inscripción determina el inicio de la actividad privada. La citada Ley 11/1998, fue derogada por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, a excepción de sus disposiciones adicionales quinta, sexta y séptima, y sus disposiciones transitorias sexta, séptima y duodécima (Disposición derogatoria única).

En la actualidad, rige en la materia la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, cuyo Título V intitulado “Dominio público radioeléctrico” (arts. 60 a 67), recoge el régimen jurídico de los títulos habilitantes que pueden otorgarse sobre el dominio público radioeléctrico, los cuales revestirán la forma de autorización general, autorización individual, afectación o concesión administrativas (art. 62.2).

²⁸³ Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, de Transacciones Económicas con el Exterior (art. 4.1).

²⁸⁴ Real Decreto 6/1996, de 7 de junio, modificadora de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales (art. 3.4).

autorizaciones; y, de otra parte, las comunicaciones “interlocutorias” o de mero trámite, es decir, las que sirven para comunicar datos, informar sobre hechos -puesta en marcha, modificación o cese de actividades-, y operaciones diversas; todo ello a efectos informativos, estadísticos, de control, etc²⁸⁵. Ocioso es decir que este segundo tipo de comunicaciones no son las concernidas por la Directiva de Servicios.

En el ámbito de las actividades comunicadas *proprio sensu*, es decir, las que operan como llaves que abren el acceso a una actividad, la diversidad de modalidades y fórmulas jurídicas tampoco se queda corta. Hay supuestos en que la presentación de la comunicación permite al interesado ejercer la actividad desde ese mismo momento; pero lo normal es que su eficacia venga demorada por un plazo ya establecido, bien en días o incluso en meses, que permita a la Administración reaccionar y eventualmente oponerse, o sea, vetar la iniciativa. Y en los supuestos en que la norma permite el ejercicio instantáneo de la prestación, es muy raro que no esté fijado un plazo concreto dentro del cual la Administración pueda suspender la actividad que ya se viene ejerciendo.

Sin entrar en la infinita casuística que nos brinda ese universo, lo que aquí interesa retener son tres rasgos esenciales: i) por lo general, antes del inicio de la actividad la Administración cuenta con un plazo en el que puede fiscalizar la iniciativa del interesado; por tanto, no es cierto que las comunicaciones estén totalmente desconectadas de la idea de control preventivo de la actividad. Asociar -como se suele hacer-, la figura de la comunicación a la idea de control a posteriori, es un sofisma; ii) cuando se permite el inicio de la actividad en el momento de la presentación de la comunicación, casi siempre pesa sobre la Administración el deber específico de fiscalizar la iniciativa del interesado en un plazo establecido al efecto; iii) la Administración sólo debe contestar al interesado en el caso de que se oponga, no debiendo emitir en ningún caso un acto autorizador; y, iv) el interesado, junto a la comunicación, debe presentar los documentos o pruebas que avalen el derecho que ejercita.

2.1.2. Las declaraciones “juradas” o “responsables”

“Declaración responsable” es una fórmula bastante reciente como expresión, pero como técnica jurídica su origen es tan remoto como el Derecho o la sociedad misma, que siempre ha requerido de quien declara que pronuncie el juramento o la promesa de que dice la verdad, o que cumplirá la obligación asumida o que acatará la decisión que se arbitre por quien corresponda. Ciertamente, el hecho de que la palabra dada no baste, sino que se exija el añadido de un juramento, dice poco de la fiabilidad del ser humano.

²⁸⁵ Son las que MORELL OCAÑA, L., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1998, ha encuadrado como “actuaciones de constancia”, al igual que los inventarios y los registros, p. 39. Por su parte, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, 2ª ed., vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000, trata en lugares diferentes las que llama “comunicaciones previas con reserva de oposición” y las “simples comunicaciones” que se encuadran entre las técnicas de información a la Administración, pp. 266 y 278.

En nuestro Derecho es evidente que las declaraciones responsables son herederas de las “declaraciones juradas” que han existido prácticamente desde siempre. Sería muy difícil concretar su origen histórico máxime teniendo en cuenta que las manifestaciones bajo juramento han servido a múltiples efectos, siendo uno de los más clásicos el de operar como requisito necesario para la ocupación de cargos públicos, establecido ya en Las Partidas²⁸⁶. Pero no es difícil hallar ejemplos muy antiguos que responden a la idea de la declaración responsable que manejamos en la actualidad²⁸⁷.

En cuanto al pasado más próximo, puede afirmarse que las declaraciones juradas proliferaron tras la Guerra civil, señaladamente en materias tan sensibles como el abastecimiento o la construcción de viviendas. La ocultación o falsedad en las declaraciones podía conllevar graves sanciones e incluso la privación de libertad²⁸⁸. En la etapa intermedia del régimen franquista aparecen disposiciones de notable relieve que vienen a consolidar esta técnica. Especial mención merecen en este sentido el Reglamento de Notariado de 1944²⁸⁹, el Reglamento Hipotecario de 1947²⁹⁰ y el Reglamento de la ley de Registro Civil de 1958²⁹¹, siendo un ejemplo particularmente “ilustre” el Reglamento de

²⁸⁶ En VI, Tít. IV, Partida III, (juramento de los jueces), citado por COLMEIRO Y PENIDO, M., *Derecho administrativo español*, vol. II, Madrid, 1850, p. 295. Otro ámbito donde cobran sentido las declaraciones juradas es el de los nombramientos de los guardas (“jurados”) que habían de prestar juramento ante la autoridad pública para que sus denuncias pudieran hacer fe, salvo prueba en contrario. Son muy expresivos al respecto los Anejos al Tratado de Bayona de 2 diciembre 1856 (art. 3) sobre límites en la frontera de Navarra y Guipúzcoa (Gaceta, 9 abril 1859); el Tratado de Bayona de 14 abril 1862 (art. 3), de límites entre España y Francia desde Navarra hasta el Valle de Andorra (Gaceta, 5 mayo 1863). Sobre este mismo punto puede verse el relato del citado autor, a propósito de ciertas disposiciones de la época que contemplaban esta jura de los guardas rurales o de campo ante el Gobernador o el Alcalde, pp. 152 y 227-228.

²⁸⁷ Así, la declaración jurada (expresando las características de la mercancía en tránsito) que exigía el Reglamento de 27 abril 1866 para la ejecución del Convenio celebrado entre España y Portugal con el fin de facilitar las comunicaciones entre ambos países, o las “relaciones juradas” que los contribuyentes habían de hacer de su predios rústicos y urbanos, censos, foros..., COLMEIRO Y PENIDO, M., *Derecho administrativo español*, vol. II, Madrid, 1850, p. 295. Asimismo, puede señalarse el art. 624 del Código de Comercio de 1885, relativo a la declaración que había de hacer el capitán de la nave naufragada ante la autoridad más inmediata; o la Orden de 18 abril de 1875 referida al cálculo de la renta de arrendamientos.

²⁸⁸ En este sentido, la Orden de 23 junio 1939 del Ministerio de Industria y Comercio respecto de la falsedad cometida en las declaraciones juradas presentadas por los comerciantes. Asimismo, el Decreto de 28 abril 1939 disponiendo el decomiso, sanciones económicas, clausura de establecimiento y privación de libertad de los inculpados. Muy significativa es la Nota de la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes de 28 octubre 1939, sobre la obligación de todos los tenedores de artículos de primera necesidad de suscribir la declaración jurada y entregarla en las Alcaldías y Delegaciones Provinciales ya que “al no hacerlo así incumplen una obligación, incumplimiento que será sancionado; se manifiestan antipatriotas y colaboradores con los enemigos del régimen y laboran contra sus propios intereses”.

En materia de reconstrucción cabe citar el Decreto de 4 junio de 1940 del Ministerio de Trabajo, que obliga a los constructores a la declaración jurada de datos necesarios para obtener los beneficios fiscales previstos. De esta época puede también citarse la Orden de 2 febrero 1940 (art. 14) que contempla la figura de la declaración jurada como uno de los requisitos para el reconocimiento del subsidio de vejez, que desplazó el régimen del “retiro obrero”.

²⁸⁹ Decreto de 2 junio 1944, (BOE 7 julio). Su artículo 280.4ª, letra d) incluye la declaración jurada como medio de prueba, entre otros, para la reconstrucción de instrumentos públicos inutilizados.

²⁹⁰ Decreto de 14 febrero 1947 (BOE 16 abril). Su artículo 459 contempla la declaración jurada a efecto de acceder a concurso para ocupar ciertas plazas, consistente en manifestar no haber sido sancionados ni corregidos disciplinariamente en el ejercicio de sus cargos.

²⁹¹ Decreto de 14 noviembre 1958 (BOE 11 diciembre). Su artículo 363, relativo a la “Fe de vida” o “de estado” dispone que también puede acreditarse mediante declaración jurada, prestada preferentemente por un familiar.

Contratación de las Corporaciones Locales de 1953 por cuanto recoge la práctica de los Pliegos de cláusulas administrativas particulares sobre el deber de los contratistas de formular “declaración bajo su responsabilidad” -aquí aparece la expresión moderna de la figura- de no hallarse comprendidos en los casos de incapacidad e incompatibilidad que inhabilitan para contratar con la Administración (art. 30, en relación con el 4 y 5), lo que luego han repetido las sucesivas Leyes de contratación del Estado²⁹².

Otras disposiciones de diversa importancia fueron poblando el ordenamiento administrativo de este tipo de declaraciones²⁹³ y ya a partir de la aparición de la Constitución de 1978, estas declaraciones “juradas” decaen y son paulatinamente relevadas por la fórmula “declaración responsable”, carente de la connotación religiosa de aquéllas, aunque la legislación surgida tras la Constitución todavía sigue ofreciendo muestras de declaraciones juradas en normas muy destacadas²⁹⁴ e incluso el Derecho europeo las exige en algunos casos²⁹⁵. Pero es una evidencia que en los últimos años la declaración “responsable” ha ido adquiriendo carta de naturaleza²⁹⁶, al menos como expresión, aunque en algún caso aislado se utilice también la fórmula “declaración de veracidad” o “declaración solemne”. El espaldarazo definitivo se lo ha dado el proceso de transposición de la Directiva Bolkestein, concretamente desde la aparición de la Ley 17/2009, de tal modo que en sólo unos meses son ya incontables las normas estatales y autonómicas que han incorporado la “declaración responsable” como figura central de dicho proceso. La clave fundamental a la heterogeneidad de supuestos, es que la declaración responsable se fija al inicio de una actividad.

²⁹² Así, el artículo 20 de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 mayo; artículos 49 y 61 de la Ley 30/2007 de 30 octubre de Contratos del Sector Público, y art. 73 del vigente Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

²⁹³ Por ejemplo, el Reglamento de Montes, aprobado por Decreto 485/1962 de 22 febrero, exige declaración jurada de los dueños de fincas pobladas de determinadas especies arbóreas (art. 228). Decreto 506/1971, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de Caza, cuyo artículo 36.1.f), prevé, para los infractores de la citada Ley sancionados ejecutoriamente, la necesidad de presentar una declaración jurada de haber cumplido las penas o las sanciones impuestas, como requisito para obtener licencia. Real Decreto 317/1977, de 4 marzo, por el que se constituye y regula el Fondo de Garantía Salarial (art. 14). Orden de 6 julio 1977, sobre amnistía a los funcionarios de la Administración Local (art. 11). Orden de 13 abril 1978, sobre situación de los militares que tomaron parte en la Guerra civil (...).

²⁹⁴ Así, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, art. 72.2, para acreditar la capacidad de obrar de empresarios no españoles, o el Real Decreto 849/1986, de 11 abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, para supuestos de cambio de titularidad de concesiones (art. 146.2.b) y 146.3).

²⁹⁵ En efecto, las exige si en el Estado existe esta figura; así, las Directivas 1999/42/CEE de 7 junio (art. 9), 2002/83/CEE de 5 noviembre (art. 61); 2009/81/CEE de 13 julio (art. 31.3). En estos casos, referidos todos a la acreditación de hechos negativos (no haber sido declarado en quiebra, no estar incurso en determinadas circunstancias) o muy difíciles de probar (honorabilidad, buena conducta), no se exige declaración jurada si en el Estado miembro no se expiden documentos acreditativos al respecto; y para el caso de que tampoco se practique la “declaración jurada” se sustituye ésta por una “declaración solemne”.

²⁹⁶ Son ejemplos bien representativos la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, cuyo art. 23.4 prevé la posibilidad de admitir la sustitución de la presentación de determinados documentos por una declaración responsable del solicitante; el art. 73 TRLCSP, el cual establece la posibilidad de sustituir la prueba de no estar incurso en prohibiciones para contratar que no pueda realizarse mediante testimonio judicial o certificación administrativa, según los casos, por una declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado (...), o, el art. 146.3 del citado Texto legal, para acreditar que determinadas circunstancias no han sufrido variación.

Lo que ahora interesa resaltar es que en la etapa que estamos considerando -la anterior a la transposición de la DS-, “declaración jurada” y “declaración responsable” han sido la misma figura, sólo distintas en el *nomen*, y han cumplido las mismas funciones. Concretamente, han servido para facilitar las relaciones Administración-administrado, exonerando a éste de alegar pruebas y documentos de difícil o imposible aportación, especialmente cuando se trata de acreditar hechos negativos cuya prueba resulte gravosa para cualquiera (prueba de honorabilidad, de no hallarse en prohibiciones o incursos en determinadas circunstancias, de no haber percibido otras subvenciones, ayudas, ingresos, etc.), y también como vehículo para informar sobre hechos positivos cuya probatura documental también supondría una carga de la que se libera al administrado porque a la Administración le basta en principio con su mera declaración; así ocurre con las que tienen por objeto el suministro de datos, la información sobre la tenencia de productos, datos de ventas realizadas, cambio de titularidad, demostrar requisitos, servicios prestados, etc.

Pero lo más relevante a nuestros efectos es poder concluir con toda claridad, a la vista de lo expuesto, que nunca las declaraciones juradas o responsables han sido una alternativa a la autorización administrativa clásica ni, por tanto, han sido un instrumento que por sí haya permitido el ejercicio de un derecho. Siempre han operado como un requisito más, entre otros, dentro del procedimiento administrativo; o sea, acto del interesado a veces trascendente pero siempre auxiliar de una petición, situación o relación principal; por ello, nunca autónomo ni suficiente para modificar por sí solo la situación jurídica del declarante.

Si se tienen en cuenta estos rasgos tan nítidos, sorprende sobremanera que el legislador de 2009 predique de las declaraciones responsables unas características y les atribuya unas funciones que nunca han tenido, creando así el lógico desconcierto. El diseño que el artículo 71 bis de la LRJ-PAC hace de la declaración responsable como técnica jurídica se aparta sustancialmente de lo que ha venido siendo esta figura y supone en realidad una creación *ex nihilo*, un producto nuevo, si bien es verdad que el proceso de desarrollo de dicho precepto, tan masivo e indisciplinado, ha propiciado que la configuración de la declaración responsable se haya ido deslizando hacia su “querencia” natural y, por tanto, haya vuelto a conectar con sus rasgos tradicionales, de tal modo que la figura no funciona exactamente como la ha dibujado dicho precepto, aunque tampoco es ya lo que era. Como mostraremos más adelante, la declaración responsable se ha convertido en algo tan amplio e indefinido que puede servir para casi todo, desde habilitar para el ejercicio de un derecho de alto valor social o económico, hasta para informar a la Administración sobre el horario de funcionamiento de una discoteca.

Este tratamiento de las figuras que nos ocupan, presidido por la confusión, no hace más que aumentar la crisis de las técnicas de intervención, en el sentido señalado por MUÑOZ MACHADO,

como la pérdida de coherencia y progresiva dilución de las características básicas de dichas técnicas²⁹⁷.

2.1.3. Antecedentes autonómicos: Cataluña.

a) El Decreto 179/1995, de 13 de junio, de obras, actividades y servicios de Cataluña

Otra de las normas en que aparece contemplada la figura de la comunicación es el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales de Cataluña, aprobado por Decreto 179/1995, de 13 de junio (artículos 96 y 98)²⁹⁸. Dicho Reglamento no permitía el régimen de comunicación para las actividades clasificadas, esto es, las actividades con incidencia medioambiental²⁹⁹. Asimismo, cabe resaltar, igualmente, la intención de sustituir con este nuevo instrumento interventor a la tradicional licencia urbanística, en relación con la ejecución de ciertos tipos de obras, concretamente, aquellas para las que no es necesaria la previa elaboración de proyecto técnico o, lo que es lo mismo, para las comúnmente denominadas “obras menores”, de las que podríamos extraer una serie de características propias de esta técnica tales como: i) hay un deber de comunicación a la Administración, con carácter previo a la ejecución de determinadas obras para las cuales no sea necesaria la presentación de proyecto. ii) la comunicación en cuestión conlleva para la Administración un deber de fiscalización; y iii) como consecuencia de la fiscalización cabe que la Administración se oponga al ejercicio de la obra o que efectúe observaciones o recomendaciones sobre la misma. La comunicación, por tanto, no produce efectos autorizatorios per se, sino que abre un periodo de tiempo (un mes) para que la Administración enjuicie la actividad que se pretende

²⁹⁷ Este diagnóstico lo efectúa MUÑOZ MACHADO, S., considerando la diversificación y mutación de dos técnicas concretas: la concesión y la autorización. *Servicio público y mercado, I, Los fundamentos*, Cívitas, Madrid, 1998, p. 311; asimismo, en *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 2ª ed., Iustel, Madrid 2006, pp. 1230 y ss. Si la dilución de las características de dichas categorías ha sido obra del devenir histórico podemos decir, en cambio, que las dos remozadas técnicas que aquí nos ocupan -declaración responsable y comunicación previa- ya se encuentran desdibujadas desde su nacimiento por culpa del legislador.

²⁹⁸ Un interesante comentario al Decreto 179/1995, con referencias generales a la técnica de la comunicación, se encuentra en AGUADO I CUDOLÁ, V., “El silenci administratiu en el reglament d'obres, d'activitats i servís: llicències presumptes i comunicació prèvia”, *Dret Local*, (T. FONT I LLOVET, coord.), Barcelona, 1997, pp. 195 y ss.

²⁹⁹ La Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de la Intervención Integral de la Administración Ambiental, sí permite aplicar el régimen de comunicación a este tipo de actividades si su incidencia medioambiental es baja. Los Ayuntamientos, mediante la correspondiente Ordenanza, pueden imponer el régimen de autorización previa (art. 41.3). Sobre la citada Ley, *vid.*, SANZ PÉREZ, D. C., *La Administración local y la protección de la atmósfera. La intervención a través de instrumentos de control preventivo*, CEDECS, Barcelona, 1999; así como el comentario crítico, en particular, por la limitación de la autonomía municipal que se imputa a la Ley, TORRES COBAS, F., “La llicència ambiental i el règim de comunicat en la nova normativa d'intervenció ambiental en les activitats”, *QDL*, núm. 20, 1999. En dicho trabajo se pone de manifiesto cómo las ordenanzas tipo redactadas (salvo la elaborada por la Generalidad de Cataluña) han previsto la introducción de la figura del “permiso municipal ambiental”. También sobre la incidencia de la Ley catalana en la autonomía local, puede verse el Dictamen del Consell Consultiu de la Generalidad de Cataluña núm. 204, de 20 de enero de 1998, así como el Dictamen del profesor GÓMEZ FERRER, R., sobre el proyecto del mismo texto legal, publicado en *Quaderns de Dret Local*, núm. 18, 1998.

desarrollar, por si es precisa la solicitud de licencia y no pudiese, por tanto, acogerse al régimen de comunicación previa³⁰⁰.

La legislación catalana y, en concreto el Reglamento de obras, actividades y servicios de las Entidades Locales Catalanas, aprobado por Decreto 179/1995, de 13 de junio, supuso una auténtica avanzadilla en la introducción, en nuestro país, de la comunicación previa como técnica de control administrativo alternativa a la tradicional licencia urbanística de obras³⁰¹.

De esta norma cabe destacar la intención de sustituir con este nuevo instrumento de intervención, a la tradicional licencia de obras, concretamente, aquellas para las que no es necesaria la previa elaboración de proyecto técnico o, lo que es lo mismo, para las comúnmente denominadas “obras menores”. Esta operación de sustitución de la tradicional técnica de la autorización por la de la comunicación previa con potestad de veto presenta diversos límites. Parece pues, conveniente dedicar cierta atención a los perfiles más singulares de esta regulación catalana, que son los referidos a su alcance sustitutorio de licencias previas.

Cabe recordar, en relación con este Decreto, que el mismo es una norma de desarrollo de segundo grado de la legislación básica estatal sobre el régimen local y un reglamento ejecutivo de la Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña. Al mismo tiempo, como se ha destacado, este reglamento adaptaba, si bien tardíamente, la legislación local catalana a la Ley estatal 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

³⁰⁰ No prevé el Reglamento de 1995 la participación de Entidades colaboradoras de la Administración con tareas certificantes, pues la magnitud de la obra sujeta a este régimen opcional no la hace precisa. Sin embargo, su aportación en la comunicación ambiental es sin duda capital, pues su función acreditativa podrá llegar a sustituir la propia actividad de verificación y control administrativo

³⁰¹ Como hemos puesto de relieve, es en este Decreto autonómico donde se encuentra, en primer lugar, en el conjunto del ordenamiento jurídico del Estado español, una regulación más general de esta novedosa figura. La misma se regula, concretamente en los artículos 96 y 97 que disponen lo siguiente:

“Art. 96. Sustitución de la licencia.

- 1.- Las ordenanzas municipales, salvo que una disposición legal establezca lo contrario, podrán sustituir la necesidad de obtención de licencia por una comunicación previa, por escrito, del interesado, a la administración municipal, para la ejecución de determinadas obras para las cuales no sea necesaria la presentación de proyecto o para el ejercicio de actividades no clasificadas y otras actuaciones que prevean las ordenanzas.
- 2.- A la comunicación se acompañará la documentación que las ordenanzas determinen, para su debida comprobación.

Art. 97. Procedimiento.

- 1.- Si en el plazo de un mes a contar de la presentación de la comunicación, la administración no manifiesta de forma motivada su disconformidad, la actuación comunicada quedará legitimada y podrá realizarse, siempre que sea conforme con la normativa aplicable.
- 2.- Durante dicho plazo la administración requerirá, en su caso, al titular de las obras o de la actividad a los siguientes efectos: a) Para que subsane las deficiencias observadas en la documentación; y, b) para su adaptación a la normativa aplicable, impidiendo la ejecución de las obras o el ejercicio de la actividad hasta que haya obtenido la preceptiva licencia, cuyo otorgamiento se sujetará al procedimiento que establezcan los artículos 75 y siguientes de este Reglamento.
- 3.- En los supuestos anteriores, la notificación del requerimiento al interesado suspenderá el cómputo del plazo señalado en el apartado 1.”

Resaltar, igualmente, que el citado Decreto se erige en la primera norma postconstitucional reguladora de los servicios locales, no aprobada, sin embargo, en el ámbito estatal, a pesar de lo previsto en la Disposición final primera de la LBRL, que llamaba al Gobierno para que actualizara y acomodara a lo dispuesto en dicha Ley, las normas reglamentarias que continuaban vigentes y, en particular, una serie de Reglamentos, entre ellos el de Servicios de las Corporaciones Locales, de 1955³⁰².

Con el fin de transponer al ordenamiento interno español la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996 (de forma anticipada a la transposición de los aspectos básicos de la misma por el legislador estatal), el Parlamento catalán aprobó la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de la Intervención Integral de la Administración ambiental.

La Ley asume dos objetivos fundamentales: reforzar la protección del medio ambiente y modificar el régimen tradicional de intervención en sector material. La reforma del régimen de intervención se justifica, según se dice en la Exposición de Motivos del texto legal, por el hecho de contar con un régimen de intervención administrativa complejo e incoherente. Para mejorar este régimen de intervención, la Ley establece “un sistema de intervención basado en los principios y criterios generales siguientes: integración de la acción pública de prevención y control de la contaminación, teniendo en cuenta el medio ambiente en su conjunto; descentralización; coordinación entre las Administraciones públicas competentes; simplificación de los procedimientos; modernización de los instrumentos de gestión y participación ciudadana”. En el texto articulado se insiste en esta finalidad de la Ley -art. 2.c)-: “reducir las cargas administrativas de los particulares y agilizar los procedimientos administrativos garantizando la colaboración y la coordinación de las Administraciones que deben intervenir”.

Una de las medidas simplificadoras que introduce la Ley es la sustitución, para determinados tipos de actividades económicas, de la autorización o licencia previa por la técnica de la comunicación de inicio de actividades. La Ley establece un modelo de intervención gradual, diferenciando tres tipos de actividades según su potencial contaminador e impacto ambiental (art. 7 y Anexos I, II y III del citado texto legal, y Anexos del Decreto 136/1999, de 18 de mayo). Mientras que las actividades de los Anexos I y II de la Ley 3/1998 requieren, respectivamente, autorización autonómica o licencia municipal, las actividades del Anexo III están, en principio, tan sólo sometidas al régimen de comunicación previa y control ambiental. El régimen de comunicación establecido en la referida Norma y en su Reglamento de desarrollo, el Decreto 136/1999, de 18 de mayo, es, de forma resumida, el siguiente: • Para el ejercicio de las actividades del Anexo III, al margen de la licencia urbanística que pueda ser exigida, el particular que desee ejercer tal actividad deberá presentar una comunicación al Ayuntamiento un mes antes del inicio de la actividad. • La documentación que

³⁰² La Comunidad Autónoma de Cataluña apuesta, sin duda, por la técnica de la comunicación. Anteriormente incluso a su introducción en el Decreto 179/1995, diversa normativa sectorial ya preveía su aplicación. Son de destacar, básicamente, dos reglamentaciones: la Ley 1/1983, de 18 de febrero, de regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales y el Decreto 149/1988, de 28 de abril, sobre el régimen procedimental de los precios autorizados y comunicados.

deberá aportarse junto con la comunicación se ha concretado en el Reglamento (arts. 73 y ss.). • La certificación técnica debe ir firmada por técnico competente o por entidad colaboradora debidamente autorizada (arts. 77 y 78). • Cualquier cambio sustancial en la actividad requiere nueva comunicación. • La Administración municipal someterá a control periódico la actividad comunicada (en defecto de norma específica, el control se realizará cada cinco años). • La verificación la llevará a efecto la propia Administración o una entidad colaboradora autorizada (arts. 89 y 90). • La Administración municipal puede en cualquier momento inspeccionar la actividad comunicada (art. 46 de la Ley 3/1998). Ni la Ley ni el Reglamento prevén la posible intervención administrativa durante el período de un mes que se establece entre la comunicación y el inicio de la actividad. Debe entenderse que en este período (en aplicación de lo dispuesto en el Reglamento autonómico de obras, actividades y servicios de los entes locales de 1995), la Administración puede exigir nuevos documentos y oponerse al inicio de la actividad. Transcurrido este período, cualquier intervención limitativa sobre la actividad comunicada que no se deba a la falsedad de los datos aportados o a cambios generales en el ordenamiento, comportaría para la Administración el deber de indemnizar los perjuicios que pudieran derivarse de esta intervención tardía si supusiere paralización de la actividad.

b) Decreto 106/2008, de 6 de mayo

En el Decreto 106/2008, de 6 de mayo, de medidas para la eliminación de trámites y la simplificación de procedimientos para facilitar la actividad económica, y, en concreto, que constituye el mismo el inicio de un mecanismo de transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, se prescribe la eliminación de la regulación que contenga barreras proteccionistas en el sector servicios, pero también obstáculos y cargas administrativas (registros, autorizaciones, etc).

Uno de los primeros aspectos que nos interesa analizar, es el que tiene que ver con los trámites adoptados de simplificación administrativa, entre los que se encuentran dos modelos a los que la Administración puede acudir para verificar el cumplimiento de la normativa establecida por parte de la ciudadanía y de los agentes económicos. Un modelo simple, que se basa en declaraciones de la persona titular, donde la comprobación de la corrección de los datos declarados y el control del cumplimiento normativo se hace con posterioridad. Este modelo se fundamenta en la asunción de responsabilidades por las personas interesadas que intervienen en el proceso y, un modelo complejo, cuando el impacto de las actividades, instalaciones, etc., sobre el medio, sobre las personas o sobre los bienes, hace altamente recomendable que antes del inicio de la actividad se verifique que cumple las normas. Estos procesos no se pueden resolver en un primer contacto y suponen la autorización administrativa expresa y el control previo de la actividad.

El modelo simple, con control posterior, basado en la comunicación y la declaración, permite la reducción de cargas para la ciudadanía y las empresas. El modelo simple tiene dos estadios. En una

primera fase, la persona titular de la actividad presenta la documentación que acredita el cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa vigente y la Administración comprueba la documentación presentada y resuelve en el primer contacto. Este estadio es el que la Oficina de Gestión Empresarial (OGE) aplica en los procesos que resuelve desde hace 15 años (Decreto 179/1995). La segunda fase, consiste en que, la persona titular no tenga que presentar la documentación que acredite el cumplimiento de la normativa. Solamente debe declarar que tiene la documentación y, si procede, autorizar, si esto es posible, que se haga la comprobación por medios telemáticos, ya que la persona titular es la responsable del cumplimiento de la normativa. La responsabilidad del cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa vigente se mantiene mientras dure el ejercicio de la actividad. El incumplimiento de la normativa o la aportación de datos falsos referidos a su cumplimiento pueden constituir infracción administrativa, en los términos que determine la legislación que sea de aplicación. En cualquier caso, a fin de garantizar el cumplimiento de las condiciones establecidas normativamente y, consecuentemente, la protección del bien público que la normativa persigue, normalmente será necesario que la Administración controle este cumplimiento después de la resolución³⁰³.

Esta figura permite pues que, por medio de la asunción de responsabilidades por la persona titular de la actividad empresarial o profesional, no sea necesario presentar la documentación que hasta ahora se requería. La persona titular, mediante la realización de una serie de trámites entre los que se encuentran los registros de Actividades Específicas, el Registro de Establecimientos Industriales de Cataluña, el Registro de Industrias Agrarias y Alimentarias y el Registro de Turismo de Cataluña, declarará que cumple los requisitos exigidos legalmente y que tiene la documentación que lo acredita. Con esta declaración, la Administración inscribirá la actividad en el registro correspondiente. Posteriormente se comprobará o podrá comprobarse la veracidad de los datos declarados.

Con la instauración de este régimen jurídico parece, que se ha querido distinguir el título habilitante en función de la menor o mayor incidencia que puedan ocasionar las actividades empresariales. Así llama poderosamente la atención, por ejemplo que, entre las normativas que el Capítulo V de dicho Decreto modifica con el objetivo de alcanzar la simplificación administrativa, no se encuentre la

³⁰³ A los efectos de este Decreto, se entiende por declaración responsable “el documento suscrito por la persona titular de una actividad empresarial o profesional, o por quien la represente, en el que declara, bajo su responsabilidad, que dispone de la documentación que acredita el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa vigente y que se compromete a mantener su cumplimiento durante la vigencia de la actividad. La persona que suscribe el documento debe identificarse y, en su caso, acreditar su representación” (art. 5.1).

Asimismo, “el hecho de presentar la declaración responsable faculta a la Oficina de Gestión Empresarial (OGE) y, si procede, a los órganos u organismos competentes de la Administración, para hacer, en cualquier momento, telemáticamente o por otros medios, las comprobaciones por muestreo o exhaustivas necesarias para verificar la conformidad de los datos de la declaración responsable. Si, una vez hecha la declaración, la Administración comprueba la inexactitud o falsedad de los datos declarados, este hecho comporta, previa audiencia a la persona interesada, dejar sin efecto el trámite correspondiente, incluidas las inscripciones que se hayan producido. Si esta conducta está tipificada como infracción en la legislación aplicable, da lugar a la incoación del expediente sancionador correspondiente. Si el trámite se deja sin efecto, con el fin de volver a realizarlo es necesario que el interesado aporte ante la OGE la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa de aplicación, siempre y cuando la Administración no lo pueda comprobar por otro medio” (art. 5, apdos. 2, 3 y 4).

normativa que regulaba las denominadas actividades calificadas y de espectáculos públicos y actividades recreativas. Y sí, por ejemplo, las actividades turísticas o agencias de viajes, cuando realmente, como se establece en la exposición de motivos del mentado Decreto, lo realmente pretendido consistía en la supresión de aquellas trabas administrativas que entrañaran costes excesivos a la ciudadanía y a las empresas y afectaran negativamente a la productividad, debiendo el Gobierno encontrar un equilibrio, ofreciendo una protección adecuada, pero asegurándose de que el impacto en el objeto de la regulación es proporcional y tiene los menores efectos negativos posibles.

c) Ley 20/2009, de 4 de diciembre

Al hilo de lo anterior, conviene traer a colación la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades, la cual establece un sistema de intervención integral, ateniéndose a la mayor o menor incidencia ambiental de las actividades, pero limitado únicamente a los aspectos ambientales, de manera que, la intervención administrativa por razón de otras materias, como por ejemplo la seguridad y salud de las personas, se regirán por la legislación local y normativa sectorial correspondiente³⁰⁴.

En el título tercero de dicha Ley se regulan todas las actividades que, por su incidencia en el medio ambiente, han de someterse obligatoriamente a algún régimen de intervención preventiva ambiental, de estricta competencia municipal. Así, la participación de la Administración de la Generalidad en el procedimiento de otorgamiento de la licencia ambiental se limita a la emisión de los informes preceptivos, de acuerdo con dicha ley o con el desarrollo reglamentario de la misma, o de acuerdo con la normativa sectorial ambiental de aplicación.

Asimismo, se difiere a la regulación en las ordenanzas municipales la posibilidad de someter algunas de estas intervenciones preventivas al régimen de comunicación, en función de la ubicación urbanística, de las características ambientales del medio receptor y de otros factores de incidencia ambiental, siempre y cuando no lo impida el cumplimiento de la normativa sectorial ambiental.

El título cuarto en sus artículos 51, 52 y 53, regula el régimen de comunicación, que también es de competencia municipal, para el ejercicio de determinadas actividades comprendidas en el anexo III de dicha Ley. La prevención ambiental, en este caso, se lleva a cabo mediante el acto de certificación técnica del cumplimiento de las normas ambientales.

³⁰⁴ Como dispone el Preámbulo de la Ley, “Esta integración de diferentes regímenes de intervención administrativa ambiental se enmarca en la Estrategia del Consejo Europeo de Lisboa del año 2000, que tiene como objetivo compaginar la necesaria reducción de cargas administrativas para las personas que ejercen actividades económicas con el respeto y las garantías en la prevención y el control del medio ambiente que pide la sociedad. Los objetivos de facilitación de trámites en la actividad económica y de simplificación administrativa están presentes, de hecho, en el conjunto de sistema de intervención administrativa ambiental que regula esta Ley, en cumplimiento de los compromisos adquiridos para mejorar la competitividad de la economía catalana y eliminar las trabas administrativas innecesarias a que nos obliga la Unión Europea.”

No hay la posibilidad de someter estas actividades a un régimen de licencia ambiental, al mismo tiempo que se refuerza el cumplimiento de los requerimientos ambientales y la apertura de la actividad bajo la responsabilidad de las personas o la empresa titulares y del personal técnico.

El artículo 52 dice concretamente que:

“La comunicación deberá formalizarse una vez acabadas las obras y las instalaciones necesarias, que tienen que estar amparadas por la licencia urbanística correspondiente o, si procede, por la comunicación previa de obras no sujetas a licencia, y también por las demás licencias sectoriales necesarias, fijadas por ley o por el desarrollo reglamentario de una ley, para llevar a cabo la actividad.

La comunicación deberá ir acompañada de la siguiente documentación:

- a) La descripción de la actividad mediante un proyecto básico con memoria ambiental, excepto en los casos en los que reglamentariamente se determine que solo se precisa una memoria ambiental.
- b) La certificación entregada por el personal técnico competente que, si procede, debe ser el director o la directora de la ejecución del proyecto que acredite que la actividad y las instalaciones se adecuan al estudio ambiental y al proyecto o a la documentación técnica presentados y que se cumplen todos los requisitos ambientales.

En los casos que se determine reglamentariamente, atendiendo a la necesidad de comprobar emisiones de la actividad a la atmósfera, como por ejemplo ruidos, vibraciones, luminosidad y otros, y al agua, o la caracterización de determinados residuos, es preciso acompañar también la comunicación de una certificación entregada por una entidad colaboradora de la Administración ambiental o por los servicios técnicos municipales.

Una vez efectuada la comunicación, el ejercicio de la actividad puede iniciarse bajo la exclusiva responsabilidad de las personas titulares y técnicas que hayan entregado las certificaciones, las mediciones, los análisis y las comprobaciones a los que se refieren los apartados anteriores, sin perjuicio que para iniciar la actividad hay que disponer de los títulos administrativos habilitantes o controles iniciales que, de acuerdo con la normativa sectorial no ambiental, sean preceptivos.

La comunicación no otorga a la persona o a la empresa titulares de la actividad facultades sobre el dominio público, el servicio público o los bienes colectivos.”

Por su parte, el artículo 53 establece que: “La certificación entregada por una entidad colaboradora de la Administración ambiental o por los servicios técnicos municipales, en los casos establecidos en el artículo 52.4, acredita que se cumplen los requerimientos, las emisiones y las condiciones técnicas determinadas por la normativa ambiental. Si esta certificación no es favorable no puede presentarse la comunicación a la Administración ni ejercer la actividad.”

Como puede observarse, el régimen de comunicación previa previsto difiere, por ejemplo, del regulado en el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales de Cataluña (Decreto 179/1995), dado que el mismo no está sometido a plazo para la oposición de veto por parte de la Administración. Así, la potestad fiscalizadora y de control de las actividades incluidas en el anexo III quedará sujeta a un régimen de autocontroles periódicos, atendiendo a la necesidad de comprobar emisiones de la actividad a la atmósfera, como por ejemplo ruidos, vibraciones, luminosidad u otros, y al agua, o la caracterización de determinados residuos, cuyo resultado se verificará de conformidad con lo que establezca la ordenanza municipal. Con este sistema, el

particular puede dar curso a la actividad una vez presentadas las certificaciones favorables de las entidades colaboradoras correspondientes o de los técnicos municipales, junto a su comunicación.

En este caso, la declaración surte efectos inmediatos y el interesado está legitimado para el ejercicio de la actividad como resultado de la misma y desde su presentación. La declaración de inicio de la actividad sustituye al acto autorizatorio de la Administración.

El título sexto establece los regímenes de intervención ambiental coordinados con otras intervenciones municipales. En las actividades sujetas a la legislación sectorial de espectáculos públicos y actividades recreativas y, si procede, otras actividades sometidas a la licencia o comunicación municipal sustantiva que se determine, la evaluación ambiental de la actividad se integra en el procedimiento de otorgamiento de la licencia o comunicación municipal sustantiva.

d) La Ley 11/2009, de 6 de julio

En relación con lo anterior y en materia de actividades de espectáculos públicos y actividades recreativas, conviene traer a colación, como ejemplo o manifestación de la regulación y aplicación de la técnica del régimen de la comunicación previa, la Ley 11/2009, de 6 de julio, de regulación administrativa de los espectáculos públicos y actividades recreativas, en la que, como criterio general, los espectáculos públicos y las actividades recreativas, así como los establecimientos abiertos al público en los que se llevan a cabo, quedan sometidos a una licencia municipal o, en casos más bien excepcionales, a una autorización de la Generalidad.

La ley regula con detalle el régimen jurídico aplicable a dichas licencias o autorizaciones, incluida la integración en estas licencias del procedimiento de control ambiental preventivo. Sin embargo, para simplificar lo máximo posible la intervención administrativa, la Ley faculta a los reglamentos de la Generalidad y a las ordenanzas municipales para establecer la obligatoriedad de una comunicación previa en los casos en que la legislación no requiere autorización ni licencia, e incluso para eximir de la necesidad de licencia o de autorización a determinados tipos de espectáculos públicos o de actividades recreativas, especialmente si tienen un aforo limitado o si tienen un valor cultural o artístico especial.

A su vez, justifica la Ley referida que, el régimen de control administrativo previsto sobre los espectáculos públicos, las actividades recreativas y los establecimientos en que estos se realizan, es plenamente coherente con 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 este sentido, “no hay duda de que en estos establecimientos existen razones imperiosas de interés general (objetivos de salud pública, protección de los consumidores y protección del entorno urbano) que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia asumida expresamente por la misma Directiva, justifican la aplicación del régimen de autorización; asimismo, la protección del interés legítimo de terceros,

especialmente de los vecinos, es otra razón imperiosa de interés general que, de acuerdo con la Directiva, justifica la aplicación del régimen del silencio administrativo negativo.³⁰⁵”

Finalmente, otro dato que evidencia, según el legislador, la coherencia de la Ley con las determinaciones de la Directiva 2006/123, es el hecho de que se facilita la sustitución del procedimiento de autorización o licencia por otros procedimientos menos restrictivos, como la comunicación previa a la Administración o incluso su exención. Esta alternativa no era posible en el régimen jurídico vigente hasta la entrada en vigor de la presente ley, ya que todos los establecimientos y todas las actividades, sin excepción, estaban sometidos a autorización o a licencia.

Sin embargo, la aplicación efectiva de procedimientos de control menos restrictivos se remite a los reglamentos y ordenanzas, ya que, según la Ley, para atender a los principios de necesidad y de proporcionalidad establecidos en la propia Directiva, se requiere una ponderación de las circunstancias de cada lugar, imposible de realizar desde la perspectiva inevitablemente general de la regulación legal. No obstante, el legislador indica que, dichas actividades deberán cumplir los mismos requisitos generales establecidos para las licencias y autorizaciones, regulando a su vez que, quedarán exentos de la necesidad de licencia municipal, salvo que las ordenanzas o reglamentos municipales, en supuestos expresamente justificados y de carácter excepcional, establezcan lo contrario: a) Los establecimientos abiertos al público que son de titularidad del propio ayuntamiento. b) Los espectáculos públicos y actividades recreativas de carácter extraordinario organizados por los municipios con motivo de fiestas y verbenas populares, con independencia de la titularidad del establecimiento o espacio abierto al público donde se llevan a cabo. c) Los espectáculos públicos y actividades recreativas de interés artístico o cultural con un aforo reducido, en el caso de que se lleven a cabo ocasionalmente en espacios abiertos al público o en cualquier tipo de establecimientos de concurrencia pública. En tal caso, puede establecerse la obligatoriedad de comunicación previa. d) Los espectáculos y las actividades deportivas de carácter esporádico.

e) Valoración

Una vez que hemos puesto manifiesto el menor interés de la legislación de espectáculos públicos y actividades recreativas por implantar la técnica de la comunicación previa, eso sí, como puede observarse para actividades de menor incidencia en la seguridad, salud pública y entorno urbano, como técnica alternativa a la tradicional licencia de actividad, hemos acudido al texto consolidado con sus modificaciones posteriores de la Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de Barcelona de las actividades y establecimientos de pública concurrencia aprobada por acuerdo del Consejo Plenario de fecha 11 de abril de 2003 y, desde luego podemos afirmar que, incomprensiblemente y

³⁰⁵ *Vid.*, aptdo. V del Preámbulo de la Ley 11/2009, de 6 de julio, de regulación administrativa de los espectáculos públicos y las actividades recreativas.

al menos hasta el momento, en la misma no hemos encontrado supuestos sujetos al régimen de la comunicación previa.

Y decimos “incomprensiblemente”, puesto que, como se ha puesto de manifiesto, la legislación de dicha Comunidad Autónoma y, en concreto el Reglamento de obras, actividades y servicios de las Entidades Locales catalanas (Decreto 179/1995), supuso una auténtica avanzadilla en la introducción en nuestro país, de la comunicación previa como técnica de control alternativa a la tradicional licencia urbanística de obras, de hecho, destacaremos al respecto lo dispuesto en la Ordenanza reguladora de Obras Menores de Barcelona, aprobada por el Ayuntamiento Pleno el 6 de abril de 2004, entrando en vigor el 1 de enero de 2005, la cual instaura un triple régimen jurídico de sumisión de las obras menores, de manera que las de relevancia mínima se han liberalizado completamente; las que, podríamos decir, de relevancia intermedia, se han sujetado a la comunicación previa, mientras que las que podrían considerarse de mayor impacto, se han sujetado a la licencia urbanística de obras menores.

De conformidad con lo anterior, uno de los principales problemas que podemos detectar en este caso, es el de la relación de la licencia de obras con la licencia de actividad. Como es sabido, cuando una obra tenía como fin específico una concreta actividad, ha sido tradicional el criterio de exigir primero la licencia de actividad y luego la licencia de obras, así lo recogió el artículo 22.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 y fue exigido con gran rigor por el Tribunal Supremo [SSTS de 21-05-1996 y 10-03-1998]. Sin embargo, no se debe olvidar que el panorama en las legislaciones autonómicas es variopinto, estableciéndose en un grupo de ellas el régimen de la tramitación conjunta de ambos tipos de licencia.

Es este uno de los aspectos que más controversia puede suscitar, ya que la necesidad de realizar obras de adaptación, mejora o reforma en un local, o bien de obra nueva, impide *per se* el inicio de la actividad, pero además entramos en la controversia licencia de apertura-licencia de obras del artículo 22.3 del RSCL. La necesidad de que la licencia de apertura sea previa a la de obras cumple el objetivo de posibilitar el ejercicio de la actividad en el inmueble proyectado, evitando gastos innecesarios a los interesados y, por ende, la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración. Conforme a ello, se plantea el interrogante de si con la declaración responsable o la comunicación para acceder a una actividad de servicios pueden iniciarse las obras necesarias. En puridad, si dicha declaración equivale a una licencia de apertura -puesto que puede ejercerse la actividad-, la respuesta debe ser afirmativa.

En principio, el carácter reglado de la licencia de obras impide que la misma se obtenga sin que antes se haya tramitado con arreglo al procedimiento urbanístico previsto, ello sin perjuicio de su obtención por silencio administrativo positivo una vez transcurrido el tiempo previsto desde su solicitud o, en los casos como los previstos en la normativa catalana, en el que se prevea para las obras de menor incidencia la técnica de la comunicación.

En definitiva, si lo que se pretende es facilitar el establecimiento de actividades y servicios, simplificando los procedimientos, necesariamente tanto la comunicación como la declaración responsable para el ejercicio de la actividad, así como el proyecto de obras, deberán tomar buena nota del mandato del legislador comunitario recogido en la transposición de la Directiva 2006/123/CE por la Ley 17/2009 sobre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, e intentar cohesionar ambos tipos de licencias a los efectos de alcanzar la finalidad y objetivos regulados en la misma.

En el caso de Barcelona, creemos que el Ayuntamiento deberá realizar un esfuerzo con el fin de adecuar y engranar ambos procedimientos de concesión de licencias a las técnicas, bien de la

comunicación previa, bien autorizatoria, debidamente justificada en este último caso, todo ello a los efectos de no encontrarse con disparidades tales como la existente en la actualidad³⁰⁶.

³⁰⁶ Otro ejemplo de comunicación sustitutiva de la licencia es el contenido en la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

Esta Ley, que se estructura en siete títulos, dedica el IV a regular la intervención en el uso del suelo, en la edificación y en el mercado inmobiliario, culmina el proceso edificatorio regulando los procedimientos de otorgamientos de las licencias urbanísticas y dispone, ya, desde su Preámbulo, que hace una regulación pormenorizada de las licencias urbanísticas, recogiendo con carácter general el silencio positivo y diversas modalidades de agilización de los procedimientos.

Con carácter general dispone, en su artículo 151, que están sujetos a licencia urbanística todos los actos del uso del suelo, construcción y edificación recogiendo, a continuación, una enumeración que parece realizarse a título meramente enunciativo, dado que deja abierta la posibilidad de incluir más supuestos, al expresar su apartado t) “Los demás actos que señalen los instrumentos del planeamiento urbanístico”.

Asimismo, sin llegar a hacer ningún tipo de clasificación de las actividades edificatorias y de los requisitos administrativos necesarios para su ejecución y, sin ni siquiera distinguir entre obras mayores y menores, establece, en su artículo 153 una regulación “Intervención de actos no precisados de proyecto técnico de obras de edificación”, que nos resulta, al menos, desconcertante.

Lo cierto es que no se nos ocurre a qué supuesto se está refiriendo el legislador autonómico, en este caso, pues difícilmente nos podemos encontrar con un caso de obra de nueva planta o de ampliación, por ejemplo, cuya ejecución, no requiera proyecto, pues siempre se tratará ésta, de una obra mayor, para la que será necesario, como mínimo, proyecto de un profesional técnico. De modo que a este respecto, debemos recordar que tal y como se ha encargado de precisar el Tribunal Supremo, sólo las obras menores estarían exentas de la necesidad de presentar proyecto.

Por su parte el artículo 156, cuando al referirse a “los restantes actos sujetos a licencia urbanística”, parece querer regular otro procedimiento de otorgamiento de licencias y, sin embargo, con un ánimo aparentemente liberalizador, introduce la técnica de la comunicación previa, disponiendo, que: “Cuando se trate de actos sujetos a intervención municipal no contemplados en los artículos 153, 154 y 155 de la presente Ley, dicha intervención se producirá conforme a las siguientes reglas:

“1ª Para legitimar su ejecución bastará con comunicar al Ayuntamiento la intención de llevar a cabo el acto con una antelación mínima de quince días hábiles a la fecha en que pretenda llevarse a cabo o comenzar su ejecución.

3ª Transcurrido el plazo a que se refiere la regla 1ª, la comunicación practicada con los requisitos de la regla 2ª producirán los efectos de la licencia urbanística, salvo que tengan lugar las actuaciones municipales previstas en las reglas siguientes.

4ª Dentro de los quince días siguientes a la comunicación el Ayuntamiento podrá adoptar, motivadamente, las medidas provisionales que entienda oportunas para evitar toda alteración de la realidad en contra de la ordenación urbanística aplicable, comunicándolas al interesado por cualquier medio que permita acreditar su recepción.

5ª El Ayuntamiento deberá dictar la orden de ejecución que proceda para garantizar la plena adecuación del acto o de los actos a la ordenación urbanística dentro de los quince días siguientes a la adopción de cualquier medida provisional. La orden que se dicte producirá los efectos propios de la licencia urbanística”.

Reglas que, en definitiva, vienen así a recoger, la técnica de la comunicación previa del ejercicio de derechos con potestad de veto sujeto a plazo, presuponiendo ciertamente dicha eficacia demorada de la declaración, el control preventivo de la Administración.

Más reciente es la regulación contenida en la Ley 38/2003, General de Subvenciones, y en el Real Decreto Legislativo 3/2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, los cuales prevén la técnica de la declaración responsable, aunque no para el ejercicio de una actividad privada. Creo, por tanto, que pueden referirse a realidades distintas, para el ejercicio de una actividad, o dentro de un procedimiento administrativo con otro fin.

Esta figura se incardina entre las técnicas ordenadas a la simplificación administrativa, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a aquellas actividades en las que sea mínimo el riesgo de desarrollar la actividad sin cumplir los requisitos previstos, en los que los intereses públicos implicados sean de escasa relevancia y que no incidan directamente en la esfera jurídica de terceros.

2.2. Regulación en el Derecho italiano

2.2.1. La Ley italiana número 241, de 7 de agosto de 1990

A diferencia de lo sucedido en nuestro país con la comunicación, la denuncia de inicio de actividad ha sido amplia y profundamente abordada por la doctrina italiana en relación a la simplificación procedimental.

El régimen de denuncia de inicio de actividad, regulado en el artículo 19 de la Ley número 241, de nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos pretende sustituir, para determinado grupo de actividades, al de la licencia³⁰⁷. La finalidad perseguida por la norma es la liberalización de ciertas actividades privadas³⁰⁸. Se sustituye el control inicial de la Administración, ejercido a través de la autorización, por un control sucesivo en orden a la comprobación de que la actividad del particular se mantiene fiel a la legalidad. De este modo, será posible el inicio de la misma con la sola presentación de la denuncia o comunicación y, en su caso, el transcurso del tiempo fijado sin manifestación en contra o veto de la Administración. Una vez presentada la denuncia los poderes públicos procederán a la comprobación.

En el régimen italiano, cabe destacar tres aspectos relevantes en relación al régimen jurídico de la comunicación o denuncia de inicio de actividad: i) el particular se encuentra legitimado para el ejercicio de la actividad por la ley y no por la Administración; ii) este régimen no se encuentra acotado por un *numerus clausus* de actividades, es decir, se aplicará a aquellas actividades cuyo desarrollo no suponga ningún riesgo, o sea este mínimo, para el interés público y, en concreto y muy especialmente, para la esfera jurídica de los terceros; iii) la inactividad de los poderes públicos durante el tiempo previsto no prohíbe su posterior intervención motivada por la ilegalidad del particular, dado que predominan, en todo caso, los intereses públicos por encima de los particulares.

La declaración de inicio de actividad italiana es una técnica de control administrativo de las actividades privadas llamada a sustituir, en ciertos casos, a las técnicas de intervención basadas en la producción de títulos administrativos habilitantes.

La mayoría de la doctrina italiana ha elogiado esta técnica de control administrativo, señalando que entraña una nueva manera de concebir las relaciones entre la Administración y los ciudadanos y que con ella se reconoce que, en ocasiones, es a través del ejercicio de la libertad del ciudadano como mejor se realiza el interés público. También existen voces críticas, sin embargo, se ha puesto de manifiesto que puede resultar poco favorable para el interesado, que queda expuesto a las sanciones

³⁰⁷ El texto de esta Ley se puede consultar, traducido por FANLO LORAS, A., “La Ley italiana de 7 de agosto de 1990, de nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos”, RAP, núm. 124, 1991.

³⁰⁸ El citado art. 19 fue modificado por Ley 122/2010, dando una nueva versión al “*DIA*”, (denuncia de inicio de la actividad) que pasó a denominarse “*SCIA*” (señalización certificado de comienzo de actividades). Posteriormente, la Ley 80/2005 la redenomina, “declaración de inicio de actividad”.

más graves por carecer su actividad de título legitimador. En opinión de CERULLI IRELLI³⁰⁹, el ciudadano tiene la desventaja de tener que ejercitar la actividad sin la cobertura que le presta el acto administrativo de autorización, tanto frente a terceros como frente a la jurisdicción penal; lo único positivo de la regulación es que el particular puede iniciar la actividad tras la declaración, sin tener que esperar el transcurso de los plazos con los que normalmente cuenta la Administración para resolver sobre una solicitud de autorización. BIANCHI³¹⁰, ha criticado la implantación de esta técnica en el ámbito del urbanismo, tanto por razones inherentes a la materia misma como por la forma en que se viene utilizando la declaración de inicio de actividad en particular, dado el talante desordenado de la normativa de dicha técnica, así como la improvisación con que la misma se viene reglamentando.

A este respecto y como ejemplo paradigmático de la aplicación práctica de la técnica que venimos analizando, se trae a colación la regulación italiana relativa a la intervención administrativa en el ámbito de ejecución de las obras menores³¹¹. Efectivamente, en aquel ordenamiento, y sobre la base de la Ley 662/1996, para una serie de intervenciones constructivas, se ha reconocido la necesidad de la denuncia preventiva; para estas intervenciones no se necesita ya solicitar una autorización administrativa. Sin embargo, como destaca TRAVI³¹², unos meses después de la entrada en vigor de la nueva disciplina, se ha afirmado, progresivamente la convicción de que la previsión de la denuncia de inicio de la actividad para algunas intervenciones constructivas no derogó la autorización o licencia urbanística, sino que introdujo únicamente una facultad alternativa; la misma intervención puede realizarse, a elección del ciudadano, sobre la base de la denuncia preventiva o en base a una autorización para edificar. A este respecto, se ha notado que en aquellos casos en los que la regulación local de la intervención constructiva resultaba más compleja u oscura, los ciudadanos preferían recurrir a la autorización. El coste de un procedimiento más oneroso se soporta más fácilmente que los riesgos de un procedimiento más ágil, pero que conlleva mayores incertidumbres para la posición del ciudadano. El valor de la certeza se percibe, también en las relaciones con la Administración, como prioritario y prevalece, también, respecto de aquél de la mera rapidez de un cumplimiento.

Lo anterior, lleva a TRAVI a afirmar, como conclusión, que “tiene sentido proceder a la liberalización de una actividad sólo si para esa actividad existe una normativa que asegure claridad y certeza. De otro modo, casi paradójicamente, el resultado de la reforma es opuesto respecto del deseado. De forma que no se produciría una mayor libertad de acceso al mercado, sino que, por el

³⁰⁹ CERULLI IRELLI, V., *La simplificación de la acción administrativa*, DA, núm. 248-249, 1997, p. 339 (traducc. de ARÉVALO GUTIÉRREZ, Alfonso).

³¹⁰ BIANCHI, A., “La denuncia de inicio de la actividad en materia de edificación”, *Revista jurídica de la edificación*, vol. 4, 1998, pp. 153-154.

³¹¹ *Vid.*, entre otros, VANDELLI, L., y GARDINI, G., *La simplificación administrativa*, Meggioli, Rimini, 1999.

³¹² TRAVI, A., “La liberalización: ámbito de aplicación del art. 19 de la Ley 241 y tutela de terceros”, *La simplificación administrativa*, (Vandelli, L., y Gardini, G., coord.), Meggioli, Rimini, 1999, p. 653.

contrario, se desincentiva aquella libertad, porque se introducen factores nuevos de incertidumbre, de riesgo, de responsabilidad”.

El estudio más detallado del caso italiano podría servirnos para resolver algunos de los interrogantes que plantea la regulación de la comunicación previa. O, al menos, podría darnos algunas pistas sobre los problemas que en la práctica plantean y, también, soluciones ideadas por aquel ordenamiento. Nótese, cuando menos, que se trata de una norma de 1990.

2.2.2. La Ley italiana de 18 de junio de 2009, número 69.

La Ley de 18 de junio de 2009, número 69, “Disposiciones para el desarrollo económico, la simplificación, la competitividad, así como en materia de procesos civiles”, interviene de manera sustancial en la regulación del procedimiento administrativo. Tras la última modificación efectuada por el Decreto-ley núm. 35, de 14 de marzo de 2005, que contiene disposiciones urgentes para el Plan de Acción para el Desarrollo Social, Económico y Territorial, el cual reescribió por tercera vez el artículo 19 de la Ley núm. 241 de 1990 sobre la llamada denuncia de inicio de la actividad (*DIA*).

La *DIA*, como técnica sustitutoria de la licencia, ha tenido y tiene, en sus múltiples concepciones, gran protagonismo entre los instrumentos de simplificación procedimental desde su introducción en los años noventa en la Ley de Procedimiento. Hasta hoy su configuración ha sido paralela a la que en nuestro sistema calificamos de comunicación previa con derecho a veto, prohibición u oposición³¹³.

Con anterioridad a la modificación de 2009, la eficacia de la *DIA* quedaba diferida a los treinta días posteriores a su presentación. Con la Ley núm. 69, se instaura la eficacia inmediata una vez entregada por el interesado, y en relación con las actividades de implantación productiva de bienes y servicios de la Directiva Bolkestein. El particular queda, como en el caso español, legitimado para el ejercicio empresarial con su solo depósito sin que la Administración pueda vetar *ex ante* su inicio.

El régimen italiano, sin embargo, difiere del diseñado por nuestro ordenamiento, al facultar a la Administración para que en el plazo de 30 días desde la presentación adopte, si es el caso y motivadamente, ante la falta de condiciones, modalidades y hechos legitimantes, medidas de prohibición de la continuación de la actividad y de remoción de sus efectos. Medidas que pueden no resultar procedentes si el interesado hace previo uso de la posibilidad de subsanar las deficiencias, adecuando la actividad a la normativa en un plazo fijado por el órgano público.

³¹³ Para una completa reconstrucción del instituto de la D.I.A., PARISIO, V., “Silencio positivo, denuncia de inicio de actividad (DIA) y comunicación certificada de inicio de actividad (SCIA) en el procedimiento administrativo: la simplificación procedimental entre el Derecho interno y el Derecho Europeo, en Italia”, en (VICENÇ AGUADO i CUDOLÀ y BELÉN NOGUERA DE LA MUELA, dir.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 102, reenvía a la monografía de E. BOSCOLO: *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, Padova, 2001; L. FERRARA: *diritti soggettivi ed accertamento amministrativo*, Padova, 1966; A. TRAVI, “Dichiarazione di inizio di attività (diritto amministrativo)”, en *Enciclopedia del diritto*, Milano, II, 2008, pp. 343 y ss., y para la DIA en materia urbanística, cfr. P. MARZARO GAMBÀ: *La denuncia di attività edilizia*, Padova, 2005.

Todo apunta, además, a que se ha atribuido a lo que ellos denominan “autodeclaración” del particular los mismos efectos que en estas páginas defendemos respecto a la funcionalidad de las declaraciones responsables, al requerir que ésta acompañe a la “declaración de inicio de actividad”.

Respecto a la naturaleza de este instituto vale la pena subrayar que la Jurisprudencia más reciente, como la sentencia del Consejo de Estado, sección VI, de 9 de febrero de 2009, núm. 717, lo configura no como un acto administrativo de formación tácita, sino como un acto privado. Desde un punto de vista subjetivo, la *DIA* no es un acto que derive de un procedimiento ante la Administración, pues proviene de un particular. Es una simple declaración de un sujeto privado a la que, si cumple los requisitos previstos en la Ley, se le otorgan idénticos efectos jurídicos a los de una autorización. Desde un punto de vista objetivo, según parte de la doctrina, no puede afirmarse que implique el ejercicio de ninguna potestad pública.

Uno de los aspectos problemáticos de este instituto es, precisamente, la subsistente tendencia de la Jurisprudencia contenciosa a reconducirlo a la figura del silencio positivo, afirmando, además, que al ocupar el lugar de la autorización, resulta también directamente impugnabile ante el juez administrativo. Se interpreta que este hecho no hace sino revelar la negativa del juez a renunciar a la presencia simbólica, aunque sea ficticiamente reconstruida, del procedimiento y del poder administrativo, y que no atiende necesariamente a las exigencias de protección de los intereses de los terceros.

Sea por lo que fuere, esta última lectura por parte de los autores italianos parece, por lo menos de entrada, ser coherente con las últimas modificaciones de su Ley de Procedimiento Administrativo: el actual apartado 5 del artículo 19 dictamina que toda controversia surgida y relativa a los apartados precedentes -entre los que se encuentra la regulación de la *DIA* de eficacia inmediata- se someta a la jurisdicción de los Tribunales contenciosos.

2.2.3. El Decreto-ley número 78, de 31 de mayo de 2010.

La técnica de “declaración de inicio de actividad” fue finalmente, sustituida por la “indicación certificada de comienzo de actividad” o “*SCIA*”, que establece con carácter general el carácter inmediato del inicio de la actividad tras la presentación de dicho documento, regulada por Decreto-ley número 78/2010, de 31 de mayo, de “Medidas urgentes para la estabilización financiera de la competitividad económica”.

Sin embargo, la ley exige ahora acompañar la *SCIA* de “hetero-certificaciones”, expedidas bien por técnicos habilitados o bien por agencias para empresas acreditadas. En el primer caso, el promotor no puede iniciar su actividad desde el momento en que presente la *SCIA* ante la ventanilla única para actividades productivas, sino que tiene que esperar a que ésta le expida un recibo telemático, calificado legalmente “título autorizador”, que supone la verificación positiva de la *SCIA*. En el segundo caso, la agencia para empresas es la que emite una “declaración de conformidad”, definida legalmente como “la certificación del cumplimiento de los requisitos para la realización,

transformación, traslado y cese de las actividades de producción y bienes de servicios a ejercer en forma de empresa”. Al promotor le basta con la presentación de esta declaración ante la ventanilla única para poder iniciar su actividad.

Este régimen jurídico resulta difícilmente compatible con la Directiva de Servicios, desde el momento en que el operador debe esperar para el inicio de la actividad bien a que se le expida el certificado telemático, o bien a que se le emita la declaración de conformidad. Estaríamos, ante la metamorfosis de un régimen autorizatorio que se mantiene, si bien cambiando de identidad y de apariencia pues no hemos de olvidar que conforme estipula la Directiva de Servicios, existe un régimen de autorización cuando el operador económico, para poder ejercer la actividad, está obligado a establecer una convención con un organismo, ya sea de naturaleza pública o privada.

Pero, sin perjuicio de esa discutible configuración, hay un aspecto del control a posteriori de la actividad por la Administración que nos interesa destacar aquí por incrementar la seguridad jurídica del operador. Se trata de la previsión legal de un plazo de 60 días durante el cual la Administración puede adoptar una resolución motivada de prohibición de proseguir con la actividad y de eliminación de los eventuales efectos perjudiciales de la misma por no adecuarse a los requisitos legales y administrativos.

Una vez transcurrido este plazo, la prohibición administrativa de continuar la actividad únicamente cabe para proteger determinados intereses públicos enunciados por el legislador, y considerados especialmente sensibles. Y la Administración sólo podrá intervenir previa comprobación motivada de la imposibilidad de tutelar en todo caso dichos intereses mediante adaptación de la actividad de los particulares a la normativa vigente.

3. Definición de ambas figuras en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre

La Ley 25/2009, de 22 de diciembre (*Ley Ómnibus*), modifica la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común³¹⁴, introduciendo un nuevo artículo 71 bis, precepto de carácter básico por aplicación del artículo 148.1.18ª CE, que cumple la función de establecer la normativa esencial de esta modalidad de intervención administrativa. Con ello, se proporciona un carácter general a todo el territorio nacional de las soluciones que se habían ido desarrollando en las Comunidades Autónomas, vinculadas a sus propios procesos de simplificación administrativa, adoptadas en el curso de la crisis económica. Sin embargo, las peculiaridades autonómicas son tantas que, como ha señalado recientemente CANALS,

³¹⁴ Tener en cuenta que, a la Ley 30/1992 le resta poco menos de un año de vigencia. Recientemente se ha publicado en el BOE. núm. 236, de 2 de octubre, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuya Disposición derogatoria única deroga, entre otras, la citada Ley 30/1992, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, así como el Reglamento de de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (RD. 429/1993, de 26 de marzo) y el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (RD. 1398/1993, de 4 de agosto). Conforme a ello, cuando se analicen los distintos preceptos de la LRJ-PAC se efectuará una breve referencia al régimen previsto en la nueva norma.

“podría afirmarse, incluso, que, pese a existir una regulación básica, no existe una configuración homogénea de las mismas ni de sus efectos, lo que es, si cabe, aún más importante”³¹⁵. Teniendo en cuenta la extensión que puede tener este estudio, nos centraremos especialmente en lo derivado de la nueva regulación estatal.

3.1. Delimitación conceptual

Como hemos apuntado, la regulación general de estas técnicas menos restrictivas de intervención la encontramos ahora en el artículo 71 bis LRJ-PAC, adicionado por la Ley 25/2009. El apartado 1 de dicho precepto define la declaración responsable como “el documento suscrito por el interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio; que dispone de la documentación que así lo acredita; y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio. Los requisitos de la declaración responsable han de estar recogidos de manera expresa, clara y precisa³¹⁶.”

Por su parte, el artículo 3.9 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, define la declaración responsable como “el documento suscrito por la persona titular de una actividad empresarial o profesional en el que declara, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante la vigencia de la actividad”. Paradójicamente, la definición de este artículo no coincide con exactitud con la contenida en el nuevo artículo 71 bis LRJ-PAC.

De otro lado, el apartado 2 del citado artículo define la comunicación previa como “el documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1.”

Así, pues, la comunicación previa se caracteriza como aquel documento del que se sirve el prestador de una actividad de servicio para poner en conocimiento de la Administración pública sus

³¹⁵ CANALS i AMETLLER, D., “Mejora normativa y reducción de cargas administrativas”, en *Informe de las Comunidades Autónomas 2009*, Barcelona, Instituto de Derecho Público, 2010, p. 57.

³¹⁶ Desde un punto de vista doctrinal, esta modalidad de intervención recibe el nombre de “comunicación previa con control”, en la que lo previsible es la puesta en marcha de un control administrativo desde el arranque de la actividad correspondiente. *Vid.*, a este respecto, ARROYO JIMÉNEZ, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2004, pp. 356 y ss.

datos identificativos y todos los demás requisitos impuestos por la legislación aplicable para el ejercicio de un derecho o el inicio de aquélla³¹⁷.

Como regla general, la realización de una comunicación previa o una declaración responsable, al igual que el otorgamiento de una autorización cuando proceda, permite el reconocimiento o faculta para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad de servicio, desde la misma fecha de su presentación, con independencia de las potestades de comprobación, inspección y control de la Administración competente. De acuerdo con el apartado 3, del art. 71 bis, párrafo 1º LRJ-PAC, “las declaraciones responsables y las comunicaciones previas producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente y permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones públicas.”

La preexistencia de la libertad, de establecimiento y de prestación de servicios, faculta a su titular para ejercerla de forma general desde el mismo momento en el que presenta la correspondiente comunicación previa o declaración responsable a la Administración competente. La Ley 25/2009 admite incluso la posibilidad de la presentación de la comunicación con posterioridad al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad. Sin embargo, su operatividad en la práctica queda a expensas de que así lo disponga la normativa de aplicación, a la que el artículo 71.bis.3, párrafo 2º, LRJ-PAC se remite (“no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente”).

Como indica MUÑOZ MACHADO “es evidente, no obstante, que las regulaciones genéricas de ambas figuras, incorporadas al artículo 71.bis de la LRJAP, no han mantenido ninguna relación de continuidad con otras manifestaciones históricas, sino que proceden en línea recta de imposiciones regulatorias del Derecho Comunitario europeo. Una de las consecuencias innovativas de este cruce de la regulación europea con las tradiciones de nuestro ordenamiento ha sido la práctica unificación de ambas instituciones, que parecen ser instrumentos de uso alternativamente indiferente. Lo importante para la Directiva de 2006 y las normas que la han incorporado no es tanto cuál sea el régimen de dichas instituciones, como el aseguramiento de que son alternativas de la autorización

³¹⁷ Es la denominada “comunicación previa sin control”, que en principio no da lugar a una intervención administrativa desde la puesta en marcha de la actividad, ARROYO JIMÉNEZ, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2004, pp. 353 y ss. Asimismo, señala el citado autor dos rasgos característicos de las comunicaciones, por un lado, “al tratarse de títulos habilitantes su efecto principal consiste en el alzamiento en el caso concreto de una prohibición relativa. Por otro lado, todas las manifestaciones normativas de la comunicación previa se caracterizan porque el título habilitante no se concreta en una decisión a través de la cual un sujeto distinto del interesado invierte la prohibición relativa en el caso concreto, si no en un acto realizado por aquél: la práctica de la comunicación. Esta actuación consiste en una declaración por la que se comunica a la Administración pública no sólo los datos e informaciones requeridos por la disposición general que la regule, sino también la intención de iniciar una concreta actividad. Se trata, en definitiva, de una declaración de voluntad dirigida a la producción de un efecto jurídico concreto previsto por la norma y querido por el interesado: la obtención del título habilitante.”, *cit.*, p. 349.

previa y, por tanto, permiten el ejercicio de la actividad sin tener que rebasar una intervención preventiva de la Administración³¹⁸.”

Como hemos visto en párrafos precedentes, la Ley 25/2009 modificó, igualmente, el artículo 84 de la Ley de Bases del Régimen Local para introducir estos mecanismos, así como el control *a posteriori* dentro del elenco de los instrumentos de intervención. Hasta ahora, las escasas referencias que el art. 71 bis LRJ-PAC realiza a las declaraciones responsables y las comunicaciones previas no permiten, desde luego, la explicación de su régimen jurídico completo, que queda pendiente de muchos datos complementarios. Ha sido la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), la que ha clarificado la diferencia entre declaración responsable y comunicación previa³¹⁹. Así, podremos exigir una declaración responsable o una comunicación en los casos siguientes:

“(…) 2. Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para exigir la presentación de una declaración responsable para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, o para las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas, cuando en la normativa se exija el cumplimiento de requisitos justificados por alguna razón imperiosa de interés general y sean proporcionados.

3. Las autoridades competentes podrán exigir la presentación de una comunicación cuando, por alguna razón imperiosa de interés general, tales autoridades precisen conocer el número de operadores económicos, las instalaciones o las infraestructuras físicas en el mercado.”

Como ha señalado ALONSO MÁS, se puede optar por la declaración responsable, cuando concurra alguna razón imperiosa de interés general distinta de las previstas en el art. 17.1 LGUM y resulte necesario y proporcionado; y, en segundo lugar, cuando concurra alguna de las razones imperiosas de interés general de dicho artículo pero la normativa aplicable haya considerado suficiente una declaración responsable, resultando este medio proporcionado y necesario; o cuando, concurriendo dichas razones, la exigencia de una autorización no resulte necesaria en términos de proporcionalidad y baste una declaración responsable, resultando esta exigencia necesaria y proporcionada. Por lo que respecta a la exigencia de comunicación, a su juicio siempre sería posible exigirla, además de en el supuesto previsto en el art. 17.3 LGUM, cuando concurra cualquier razón imperiosa de interés general de las contempladas en el art. 17.1 y el recurso a la autorización no resulte necesario o sea desproporcionado; o cuando concurra una razón imperiosa de interés general distinta de las indicadas en el art. 17.2 pero se haya optado en la normativa aplicable por

³¹⁸ MUÑOZ MACHADO, S., “Las transformaciones del régimen jurídico de las autorizaciones administrativas”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 14, 2010, *cit.*, p. 105.

³¹⁹ Alguna legislación autonómica ha marcado con más claridad la diferencia entre ambas figuras. En este sentido, se encuentra la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña. Según esta legislación la función de la declaración responsable sería la de acreditar determinados requisitos, mientras que la de la comunicación sería la de poner en conocimiento de la Administración el ejercicio de una actividad para que ésta pueda realizar las comprobaciones posteriores que fueren necesarias.

comunicación en vez de por la declaración responsable; siempre, claro está, que resulte proporcionado y necesario el recurso a la comunicación³²⁰.

En mi opinión, los principios de proporcionalidad y de necesidad recogidos en la LGUM requeridos para la utilización de estas técnicas de intervención, ya venían expresamente regulados en la Directiva de 2006 en el ámbito de las actividades de servicios sujetas a la misma. Las normas que establezcan un régimen de comunicación o exijan la presentación de declaraciones responsables deberán apreciar, al amparo de los principios citados, las circunstancias de cada caso, debiendo resultar lo suficientemente abiertas para permitir excepciones en supuestos concretos

3.2. Aspectos comunes

Debe tenerse en cuenta que, en el caso de las comunicaciones previas, se deberá acompañar de la documentación necesaria que acredite el cumplimiento de los requisitos exigibles, documentación que habrá de “ponerse en conocimiento” de la Administración -en el sentido que habrá de entregarse a la Administración- para que se pueda ejercer el control posterior; mientras que en el caso de la declaración responsable, al declarar el interesado que “bajo su responsabilidad” cumple con los requisitos establecidos en la normativa aplicable y de que tiene la documentación que lo acredita, no es preciso que se produzca un traslado de la documentación, bastando que acredite que sí la tiene disponible.

Con carácter general, la declaración responsable y la comunicación previa permitirá o bien el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación³²¹. Recordemos, no obstante, que en el caso de la comunicación, si bien ésta normalmente ha de ser previa al inicio de la actividad, en algunos casos puede ser posterior, siempre que la norma prevea que puede hacerse expresamente de este modo (art. 71 bis, apartado 3, *in fine*).

El artículo 5, apartado 1, de la Ley 12/2012, de aplicación a la actividad del comercio, reconoce en concreto que la presentación de la declaración responsable o de la comunicación previa tiene el efecto de habilitar a partir de ese momento para el ejercicio material de la actividad comercial, sin que ello prejuzgue “en modo alguno la situación y efectivo acomodo de las condiciones del establecimiento a la normativa aplicable”, ni limite “el ejercicio de las potestades administrativas, de comprobación, inspección, sanción, y en general de control que a la administración en cualquier orden, estatal, autonómico o local, le estén atribuidas por el ordenamiento sectorial aplicable en cada caso.”

³²⁰ ALONSO MAS, M. J., “El nuevo régimen de los instrumentos de intervención de las entidades locales”, *Reforma del régimen local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: Veintitrés estudios*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2014, *cit.*, p. 466.

³²¹ Uno de los problemas que plantean las comunicaciones previas y las declaraciones responsables en los entes locales es su dificultad de distinción, como ha destacado FONT i LLOVET, T., PEÑALVER i CABRÉ, A., “La incidencia de la Directiva de Servicios en los entes locales”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011, pese a la claridad con que el artículo 71 bis, apartado 3, de la LRJ-PAC establece que ambas figuras tienen los mismos efectos de permitir el reconocimiento o ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, *vid.*, p. 17.

Una vez que se ha iniciado la actividad, la declaración responsable o la comunicación previa permiten realizarla por tiempo indefinido³²², salvo que el número de autorizaciones disponibles sea limitado o se justifique la reducción de la duración en alguna razón imperiosa de interés general. Asimismo, podrá limitarse la eficacia de las comunicaciones o de las declaraciones responsables, a una parte del territorio³²³ cuando esté justificado por razones de orden público seguridad pública, salud, pública o protección del medio ambiente, y ello resulte proporcionado y no discriminatorio.

3.3. Diferencias entre ambas figuras según la Ley 25/2009

Como hemos expuesto, cualquiera de las dos figuras tiene la virtualidad de permitir el ejercicio de una actividad. En la Ley 25/2009, ambas técnicas aparecen como indistintas o intercambiables, patología ésta muy destacada en algunas disposiciones de Comunidades Autónomas concretas³²⁴. Siendo esto así podemos hablar de confusión o de solapamiento entre las dos figuras, lo que hace necesario detectar las diferencias existentes entre ambas.

Pues bien, la primera de estas diferencias es la primacía que la Ley da a la declaración responsable, lo que supone la consolidación del alto papel que ya le había atribuido la Ley 17/2009. Esta apreciación queda plenamente corroborada por el desarrollo normativo posterior, como veremos.

Asimismo, existen contradicciones entre esa regulación central y el resto de los artículos de la Ley 25/2009, lo cual es desconcertante. Cada parte de la Ley parece haber sido redactada por manos distintas, ofreciendo cada sector (energía, medioambiente, etc.) sus propias “originalidades” respecto de la regulación troncal. Este mismo fenómeno se repite en el plano de la regulación autonómica de estas figuras: cada Comunidad Autónoma ha hecho su propia lectura del significado

³²² Ello es así, salvo que concurra cualquiera de las causas tasadas previstas en el artículo 7.1 de la Ley 17/2009, es decir, la previsión de la renovación automática o la sujeción única al cumplimiento continuo de los requisitos establecidos, la limitación del número de autorizaciones disponibles (por la escasez de recursos naturales o “inequívocos impedimentos técnicos” debidamente justificados (art. 8.1 Ley 17/2009), o la posibilidad de la justificación de la limitación de la duración de la autorización o de los efectos de la comunicación previa o la declaración responsable en atención a la concurrencia de una razón imperiosa de interés general. El mismo precepto precisa en su párrafo segundo que, “no se considera limitación temporal el plazo máximo que en su caso sea impuesto al prestador para el inicio de su actividad a contar desde el otorgamiento de la autorización o desde la realización de la comunicación o la declaración responsable.”

³²³ En coherencia con lo dispuesto por la Directiva de Servicios, el acceso a la actividad de servicios y su ejercicio no puede quedar a expensas y limitado por barreras territoriales internas o tipos de instalaciones (agencias, sucursales, filiales u oficinas), de modo que el prestador está facultado incluso para abrir sucursales al amparo de la misma comunicación previa o declaración responsable (o autorización). De ahí que el artículo 7.3, párrafo 1º, de la Ley 17/2009 prescriba que “la realización de una comunicación o una declaración responsable o el otorgamiento de una autorización permitirá al prestador acceder a la actividad de servicios y ejercerla en la totalidad del territorio español, incluso mediante el establecimiento de sucursales.”

³²⁴ Tal ocurre en el caso del Decreto 13/2010 de Cantabria sobre impacto ambiental; asimismo y muy marcadamente en la Ley de la Comunidad Valenciana 12/2009 sobre medidas fiscales de gestión administrativa y financiera. También es muy ostensible en el Decreto 63/2010 de esta última Comunidad, sobre Agencias de viajes, donde ambas figuras se utilizan de manera indistinta e, incluso conjunta, como se comprueba claramente en el modelo llamado “Comunicación/Declaración responsable” que se inserta tras la Disposición final primera como Anexo II, fusión donde la declaración aparece como un mero complemento de la comunicación.

de estas técnicas, de todo lo cual resulta finalmente un caos absoluto, tan injustificado como censurable³²⁵.

De entrada cabe afirmar, grosso modo, que las comunicaciones previas se refieren a supuestos de mayor envergadura, muy próximos a aquéllos para los que se sigue exigiendo la autorización clásica, mientras que las declaraciones responsables aluden a controles de menor nivel. En vista de ello, resulta llamativo el vuelco que el legislador ha dado a estas figuras, teniendo en cuenta el respectivo papel que han venido jugando en nuestro Derecho.

A tenor del nuevo artículo 71 bis LRJ-PAC, podemos apreciar las siguientes diferencias entre declaraciones responsables y comunicaciones previas:

3.3.1. Desde el punto de vista del objeto

Señala el apartado 1 del citado precepto que, la declaración responsable permite “acceder al reconocimiento de un derecho o facultad, o para su ejercicio”. Vemos en esta fórmula una función polivalente de la declaración responsable que abarcaría todos los estadios posibles (desde el reconocimiento del derecho que no se tuviera en principio -es decir, el supuesto que recuerda la figura de la autorización constitutiva- hasta los reconocimientos puramente declarativos de derechos potenciales o preexistentes, así como la mera permisión de actuaciones que guardan más relación con la gestión material y cotidiana de situaciones jurídicas perfectamente reconocidas y consolidadas³²⁶. En puridad, con esta figura tan versátil y por ello tan capaz de cumplir tantas funciones, no sería necesario ningún otro instrumento adicional. Así lo demuestra la nutrida casuística que brindan las disposiciones aparecidas tras la LRJ-PAC.

En efecto, una de las principales funciones que esas disposiciones atribuyen a la figura de la declaración responsable es la de reconocimiento de derechos, incluso con carácter constitutivo (uso de vías pecuarias, del dominio público hidráulico...), cumpliendo así el papel de las autorizaciones

³²⁵ Una causa determinante de esta dispersión, ha sido la remisión al vacío que hace el apartado 3 de este nuevo art. 71 bis de la LRJ-PAC: las comunicaciones responsables y las declaraciones previas “producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente”, lo cual supone la abdicación del legislador estatal de establecer una regulación suficiente sobre la eficacia de estas figuras, a la vez que una patente de curso para que cada legislador -estatal y/o autonómico- disponga lo que quiera, como así ha sucedido.

³²⁶ Tales serían los supuestos contemplados en el art. 15 de la Ley 25/2009 referidos a las entidades de control de la calidad de la edificación y los laboratorios de ensayo para el control de la calidad de la edificación.

administrativas³²⁷, como demuestran las disposiciones que al pie se citan³²⁸. También pueden incluirse en este primer apartado las declaraciones responsables que permiten la inscripción en un registro -generalmente en el sector turismo- que normalmente faculta para el ejercicio de la actividad³²⁹. Y apurando los conceptos, también podrían encuadrarse en este capítulo las declaraciones que sirven para clasificar las actividades dentro de una determinada tipología³³⁰. Pero aparte de estos cometidos, las disposiciones surgidas en los primeros meses de 2010 añadieron otros que son impropios de esta figura y que corresponderían al ámbito natural de las comunicaciones, según éstas han sido modernamente definidas por la legislación reciente que ya ha quedado comentada; así, las declaraciones responsables que tienen por objeto comunicar la mera puesta en marcha de una actividad o su modificación o cese³³¹; o las que sirven simplemente para suministrar datos a la Administración³³². Pero la gran paradoja la constituye el hecho de que las disposiciones autonómicas de adaptación a la Directiva de Servicios atribuyen a las declaraciones responsables un uso adicional que las desconfigura definitivamente respecto al nuevo diseño que les ha dado la Ley 25/2009 y, por ende, el nuevo artículo 71 bis de la LRJ-PAC. En efecto, numerosas disposiciones la conciben como simple documentación aneja a una solicitud para el reconocimiento u otorgamiento

³²⁷ En este sentido, el Decreto canario 48/2009, de 28 de abril, sobre medidas contra la crisis económica y de simplificación administrativa, prevé la posibilidad de sustituir la autorización por el sistema de declaración responsable del interesado sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos, o en su caso, por un deber de comunicación previa, realizándose posteriormente, por la Administración, las comprobaciones pertinentes para verificar la conformidad de los datos declarados o comunicados (art. 17).

³²⁸ Andalucía, Decreto 80/2010, de 30 de marzo (construcción alojamientos de una sola planta en campamentos de turismo; campamentos de turismo de uso privado). Castilla-La Mancha, Ley 7/2009 (instalaciones desmontables en vías pecuarias; establecimiento y ejercicio de actividades turísticas). Castilla y León, Decreto-ley 3/2009 (ejercicio de la mediación familiar; acceso y ejercicio de la actividad turística; ejercer como empresas de evaluación acústica). Galicia, Ley 1/2010 (control y certificación de productos amparados por una denominación geográfica). Islas Baleares, Ley 8/2009 (establecimientos comerciales inocuos, no considerados gran establecimiento comercial); Decreto 57/2010 (ejercer como empresa instaladora de instalaciones térmicas en edificios). Madrid, Ley 8/2009 (oficinas de turismo; establecimientos turísticos; agencias de viajes). Región de Murcia, Ley 12/2009 (obtención de la condición de feria comercial).

³²⁹ Andalucía, Decreto 80/2010. Castilla-La Mancha, Ley 7/2009. Castilla y León, Decreto-ley 3/2009. Galicia, Ley 1/2010. Islas Baleares, Decreto 60/2009. Madrid, Ley 8/2009. Navarra, Ley 6/2010.

³³⁰ Andalucía, Decreto 80/2010 (establecimientos hoteleros; alojamientos turísticos, construcción, ampliación o reforma). Comunidad Valenciana, Decreto 7/2009 (clasificación turística).

³³¹ Andalucía, Decreto 356/2009 (sobre industrias agroalimentarias). Canarias, Ley 12/2009 (actividad comercial). Islas Baleares, Decreto-Ley 1/2009, Medidas urgentes para el impulso de la inversión; Decreto 57/2010 (dar cuenta de la puesta en marcha de la instalación). Es paradigmático el supuesto del Decreto-ley balear 1/2009 sobre medidas urgentes para el impulso de la inversión en el que se dice expresamente que la declaración responsable sirve para dar cuenta del inicio de actividades económicas empresariales o profesionales en los casos en que estén sometidos a licencia o autorización administrativa (art. 9 y Disposición adicional primera).

³³² Andalucía, Decreto 80/2010 (dar cuenta de la finalización de obras, construcción o reforma en materia turística). Cataluña, Ley 26/2009 (declarar datos retributivos; acreditar que se tiene seguro obligatorio de cazador); Decreto 43/2010 (señalar el número de hectáreas afectadas y nivel de daños producidos). Castilla y León, Decreto-Ley 3/2009, Medidas de impulso de las actividades de servicio. Islas Baleares, Decreto 57/2010 (para declarar que se cumplen algunos requisitos). Navarra, Ley 6/2010, modificación de diversas leyes. Incluso finalidades más atípicas como declarar la autenticidad de las copias de documentos que se presenten (Ley de La Rioja 6/2009, de 15 de diciembre, sobre medidas fiscales y administrativas, art. 43); o el supuesto previsto en el art. 13.1.a) del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en donde se prevé que cuando se trate del otorgamiento de licencias que tengan por objeto la ejecución de obras de edificación será suficiente la presentación de proyecto básico, pero no podrá iniciarse la ejecución de la obra sin la aportación previa de un proyecto de ejecución debidamente visado por el Colegio profesional correspondiente cuando así lo exija la normativa estatal.

de derechos de diverso tipo (en materia de turismo, de subvenciones, reconocimiento de situaciones diversas)³³³ y, rizando aún más el rizo, como documento que ha de acompañarse a una comunicación previa de las que permiten el ejercicio de una actividad³³⁴. Con esta importante desviación, las citadas disposiciones, por pura inercia, han hecho retornar la figura a sus orígenes, o sea, al de aquellas “declaraciones juradas” cumplidoras de un papel siempre auxiliar.

Por su parte, la comunicación previa queda referida “al ejercicio de un derecho o inicio de una actividad” (art. 71 bis. 2 LRJ-PAC). A primera vista cabe interpretar que la Ley quiere referirse a los casos en que el derecho ya se encuentra reconocido -p.ej., por una autorización, o porque se parte de una situación de libertad absoluta- y la comunicación a la Administración opera sólo como una carga para poder actuar fáctica o materialmente. Es decir, que las comunicaciones tienen desde ahora tan sólo esa función “interlocutoria”, auxiliar, que tradicionalmente han cumplido, pero no esa función principal que otrora tuvieron, -la de abrir la puerta al ejercicio de actividades- y que en la actualidad parece haber sido copada por la declaración responsable.

Ahora bien, aunque estas distinciones pudieran ser acertadas, no cabe ocultar el dato de que la expresión “para el ejercicio de un derecho” figura tanto en la definición de la declaración responsable como en la comunicación previa, lo que pone de manifiesto el solapamiento existente, y por tanto, el carácter intercambiable de las figuras para una serie muy grande de supuestos. El apartado 3 del propio artículo 71 bis LRJ-PAC añade aún mayor confusión en la distinción entre ambas figuras, al decir que “Las declaraciones responsables y las comunicaciones previas... permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad”, sin dejar debidamente claro qué funciones de las que enumera deben ser cumplidas por una u otra técnica. Mas lo cierto es que el legislador ha dejado estas instituciones, ahora tan principales, en un estado de indefinición realmente llamativo, sin que la crítica realizada en su

³³³ Andalucía, Decreto 22/2010 (distintivo de calidad ambiental) y Decreto 80/2010 (simplificación de trámites administrativos en materia de turismo). Aragón, Decreto 47/2010 (concesión directa de subvenciones para la adquisición de vehículos). Canarias, Decreto 9/2010 (sistema agrícola de producción integrada) y Decreto 13/2010 (guías de turismo). Castilla-La Mancha, Decreto 1/2010 (áreas y talleres de especial interés artesanal) y Decreto 16/2010 (tiendas artesanas y red de tiendas). Castilla y León, Decreto-Ley 3/2009 (medidas de impulso de las actividades de servicio). Cataluña, Decreto-ley 1/2009 (ordenación de los equipamientos comerciales); Decreto 2/2010 (Agentes inmobiliarios); Decreto 30/2010 (Seguridad industrial); Decreto 37/2010 (Salones recreativos) y Decreto 43/2010, (medidas urgentes para paliar los daños ocasionados y reducir los riesgos en el medio natural con motivo del temporal de nieve de marzo de 2010). Comunidad Valenciana, Decreto 54/2010 (establecimientos de restauración); Decreto 233/2009 (fomento de innovación comercial). Islas Baleares, Decreto-Ley 1/2009 (medidas urgentes para el impulso de la inversión). País Vasco, Decreto 649/2009 (subvenciones, fomento actividades tercer sector); Decreto 41/2010 (apoyo financiero a PYMES). Región de Murcia, Ley 12/2009 (actividad comercial).

³³⁴ Diversos preceptos de la propia Ley 25/2009 ofrecen esta mezcolanza; así, los referidos al sector energético en los que se obliga al interesado a comunicar el inicio o cese de una actividad “acompañando la comunicación de una declaración responsable sobre el cumplimiento de los requisitos...”. *Vid.*, asimismo, art. 18.Cinco, sobre el inicio y cese de la actividad de comercialización de energía eléctrica; art. 19, Dos, ídem. sobre productos petrolíferos; art. 19, Tres, ídem. al por mayor de GLP; art. 19, Cuatro, ídem. a granel de GLP; art. 19, Catorce, sobre comercialización de gas natural. Reitera este régimen, el RD 197/2010 de 26 febrero, dictado en desarrollo de los preceptos citados de la Ley. Este RD adjunta, incluso, un modelo que incluye la declaración responsable en el cuerpo de la comunicación previa. Asimismo, el RD 369/2010 de 26 marzo sobre escuela de conductores y sobre fabricación, importación, venta y utilización de piezas para reparación de automóviles. Canarias, Decreto 9/2010, Sistema agrícola de producción integrada. Cataluña, Decreto 30/2010, Seguridad industrial. Comunidad Valenciana, Decreto 54/2010, Establecimientos de restauración.

momento por el Consejo de Estado sobre el particular haya servido para mejorar el texto legal en este punto³³⁵.

Ante esta situación la normativa sobrevenida ha errado también sobre el papel a cumplir por la figura de la comunicación previa, atribuyéndole cometidos que no le corresponden según el nuevo diseño de su función, deducible de una interpretación sistemática y razonable del artículo 71 bis LRJ-PAC³³⁶. Ciertamente, el grueso de su papel es el de instrumento transmisor de información; desde la clásica notificación de puesta en marcha de actividades ya autorizadas o no precisadas de autorización³³⁷, hasta el mero suministro de datos diversos: para dar cuenta de la transmisión de empresas, transferencia de autorizaciones, modificación y cese de la actividad, modificación de los datos de inscripción, de periodos de funcionamiento, de cierre, de horarios, apertura de sucursales, préstamos obtenidos, etc³³⁸. Pero la normativa de desarrollo que estamos considerando brinda ejemplos en los que la comunicación previa cumple el mismo e importante papel atribuido *ex lege* a la declaración responsable, lo que también supone un retorno a los orígenes de la figura, que sí valía entonces para viabilizar el reconocimiento y ejercicio de los derechos. En efecto, no son pocas las disposiciones que confían a la comunicación lo que teóricamente está ahora conferido a la

³³⁵ En su dictamen 779/2009, de 21 mayo 2009, sobre el anteproyecto de Ley el Consejo de Estado señala: “...cabe objetar el que la regulación proyectada sea en ciertos puntos abierta e imprecisa y que no siempre se sigan criterios homogéneos a la hora de regular algunas materias. Ello se advierte, por ejemplo, en la regulación de las figuras de la declaración responsable y la comunicación previa. Dejando a un lado los motivos que han llevado a exigir en cada caso una u otra modalidad de control -algo que no se ha aclarado ni justificado a lo largo de la tramitación del anteproyecto-...”, *cit.*, p. 23. Aunque el reproche se nos antoja excesivamente tibio en comparación con la envergadura de la cuestión, era sin duda suficiente para incitar a una mejora sustancial del texto legal, lo que no ha sucedido.

³³⁶ Es paradigmático de lo que venimos diciendo el tratamiento de la comunicación previa que se contiene en la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa Madrileña, la cual modifica, entre otras, la Ley 11/2002, de 18 de diciembre, de ordenación de la actividad de los centros y servicios de acción social y de mejora de la calidad en la prestación de los servicios sociales en la Comunidad de Madrid, estableciendo que “La comunicación previa deberá realizarse con una antelación mínima de un mes al inicio de la actividad a través de un servicio social, cambio de titularidad, traslado, modificación o cese de actividad, tanto del centro como del servicio social. A la autorización administrativa y a la comunicación previa se acompañará la documentación que se determine reglamentariamente y, en todo caso, la declaración responsable de la entidad titular de que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente de servicios sociales (art. 10.Cinco., aptdos. 4 y 5)

³³⁷ Canarias, Ley 12/2009 (licencia comercial); Decreto 48/2009 (crisis económica y simplificación administrativa); Ley 14/2009, de 30 de diciembre, de modificación de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de ordenación del turismo (construcción, ampliación, rehabilitación o reforma de establecimientos turísticos de alojamiento); Decreto 9/2010 (producción o comercialización bajo el logotipo de garantía, sistema agrícola de producción integrada de Canarias; para iniciar la actividad de control y certificación en materia agroalimentaria). Cantabria, Decreto 6/2010, por el que se aprueba el Catálogo de Juegos y Apuestas (para el inicio de sorteos con fines publicitarios). Cataluña, Ley 2/2010 (para introducir mejoras en establecimientos de acuicultura). Castilla-La Mancha, Ley 7/2009 (modificaciones o reformas que puedan afectar a la clasificación ya otorgada; actividad ferial). Comunidad Valenciana, Decreto 7/2009 (apertura de establecimientos). Galicia, Ley 1/2010 (celebración de ferias o exposiciones de ámbito exclusivamente local). Madrid, Ley 8/2009 (comercio de bienes declarados de interés cultural; para sustituir la inscripción en el Registro).

³³⁸ Cantabria, Decreto 13/2010 (impacto ambiental). Cataluña, Ley 20/2009 (control ambiental); Decreto 13/2010 (derecho vivienda); Decreto 30/2010 (seguridad industrial). Castilla-La Mancha, Decreto 1/2010 (áreas y talleres de especial interés artesanal). Castilla y León, Decreto-Ley 3/2009 (medidas de impulso de las actividades de servicio). Comunidad Valenciana, Decreto 54/2010 (establecimientos de restauración); Decreto 52/2010 (espectáculos públicos); Decreto 63/2010 (agencias de viajes). Galicia, Ley 1/2010 (modificación de diversas leyes para su adaptación a la DS). Islas Baleares, Decreto 60/2009 (materia turística); Decreto 57/2010 (instalaciones térmicas). Madrid, Decreto 19/2010 (centros privados de enseñanza). Navarra, Ley Foral 6/2010 (modificación de diversas leyes para su adaptación a la DS). País Vasco, Decreto 628/2009 (colaboración financiera en materia de vivienda y suelo). Región de Murcia, Ley 12/2009 (actividad comercial).

declaración responsable como función principal³³⁹. Algunas son absolutamente expresivas en este sentido³⁴⁰. En suma, los meros datos hablan por sí solos de que, al menos desde el punto de vista del objeto, la confusión está servida; lo estaba en su raíz y se ha multiplicado.

En este punto, y como ya avanzamos en líneas anteriores, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACA), intenta perfeccionar la regulación de las declaraciones responsables y de las comunicaciones, lo que no quiere decir que se consiga, regulando en su artículo 69 el contenido que hasta ahora recoge el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Así y en lo que al objeto de ambas figuras se refiere (“acceso al reconocimiento de un derecho o facultad o su ejercicio”, en el caso de la declaración responsable, y “ejercicio de un derecho” o “inicio de una actividad”, en el supuesto de la comunicación previa), el citado precepto no introduce variación ni novedad alguna.

3.3.2. Desde la perspectiva de la manifestación del interesado

Lo esencial de la declaración responsable no es tanto la afirmación de que el interesado cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente, sino que está en condiciones de probarlo de inmediato porque dispone de la documentación que así lo acredita (aptdo. 1, art. 71 bis LRJ-PAC). No se trata, por tanto, de manifestar que se está en una situación presuntamente regular y susceptible de ser probada, sino en una situación legal que se encuentra respaldada actualmente por una prueba documental que ya obra en poder del interesado, pero que éste no viene obligado a presentarla en el momento de hacer la declaración³⁴¹. Ciertamente, la función de este instrumento es la de proclamar “responsablemente” que se dispone de la documentación, que es precisamente lo contrario a tener que presentarla.

El apartado 1 del artículo 69 LPACA añade como contenido de la declaración responsable la manifestación del interesado de que pondrá a disposición de la Administración, cuando le sea requerida, la documentación que acredita el cumplimiento de los requisitos establecidos en la

³³⁹ Cataluña, Decreto-Ley 1/2009 (equipamiento comercial); Ley 20/2009 (control ambiental; Decreto 30/2010 (seguridad industrial: ejercer la profesión de instalación, mantenimiento, reparación... de productos industriales; actuar en la reparación de vehículos automóviles); Decreto 37/2010 (instalación de salones recreativos). Comunidad Valenciana, Decreto 52/2010 (sistema de acceso provisional a la actividad mientras se tramita la licencia); Decreto 63/2010 (para la inscripción en un Registro que permite el ejercicio de la actividad). Galicia, Ley 1/2010 (establecimientos veterinarios, residencias caninas y felinas; comercialización de bienes muebles integrantes del Patrimonio Cultural de Galicia). Región de Murcia, Ley 12/2009 (registro de ventas a distancia).

³⁴⁰ Así el Decreto-ley catalán 1/2009 sobre equipamiento comercial, del que se deduce que la figura que viene a sustituir a la autorización es la comunicación y no la declaración responsable; asimismo, en la Ley 20/2009 de control ambiental y Decreto 30/2010 sobre seguridad industrial, ambos de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

³⁴¹ Así, p.ej., el Real Decreto 249/2010 de 5 marzo, en materia de energía y minas, lo declara expresamente: “No se podrá exigir la presentación de documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos junto con la declaración responsable. No obstante, el titular de la declaración responsable deberá tener disponible esta documentación para su presentación ante el órgano competente de la comunidad autónoma, cuando éste así lo requiera en el ejercicio de sus facultades de inspección o investigación” (art. segundo.Catorce, párrafo 3º).

normativa vigente. En relación con ello, especifica también que las Administraciones podrán requerir en cualquier momento que se aporte la documentación que acredite el cumplimiento de los mencionados requisitos y que el interesado deberá aportarla.

Comparando la actual configuración de la declaración responsable y la clásica figura de la declaración jurada, éstas se parecen en que ambas liberan al interesado de presentar pruebas o documentos, pero difieren en algo fundamental: esta “moderna” declaración responsable obliga al interesado a la tenencia actual de la documentación que acredite su derecho o facultad, mientras que aquellas declaraciones hechas bajo juramento, en muchos casos venían precisamente a suplir la carencia de documentos o pruebas, porque éstos eran de molesta o difícil obtención para el administrado, o incluso de imposible aportación si se trataba de acreditar hechos negativos - típicamente, no haber sido sancionado, no hallarse incurso en tal o cual prohibición...- hechos, en suma, sólo desvirtuables por la Administración a través de una acción inspectora.

Como vemos, el vigente art. 71 bis de la LRJ-PAC no ofrece esta flexibilidad y se instala en un maximalismo que en muchos casos hará que la figura sea inoperante, pues si al interesado se le exige en todo caso y cualquiera que sea la índole del asunto que tenga recopilados todos y cada uno de los documentos y pruebas que respalden su derecho a lo que comunica, hay que dudar seriamente de que el objetivo de la simplificación se cumpla y de que la figura de la declaración responsable en concreto reúna verdaderamente las bondades que de ella se predicen en el plano de las ideas.

Creemos que lo dicho hasta aquí es consecuente con el diseño de la declaración responsable que se deduce de la letra misma del art. 71 bis LRJ-PAC; pero seguidamente es necesario situarse en ese otro discurso determinado por la realidad de lo que está ocurriendo en los Diarios oficiales, al que repetidamente venimos haciendo referencia. En efecto, también en este punto gran parte del planteamiento teórico se desmorona a la vista de cómo, con toda naturalidad, las disposiciones exigen que la declaración responsable vaya acompañada de documentos, con lo cual aquélla resulta ser un documento más entre otros³⁴². Esto lo confirman otras disposiciones que exoneran de esa probanza documental precisamente por la escasa envergadura del asunto³⁴³.

Esa exigencia de que el interesado posea actualmente los documentos y pruebas acreditativas de lo que declara, no la contempla la Ley para la figura de la comunicación previa, cuya función, es la de “poner en conocimiento de la Administración Pública competente los datos identificativos y demás

³⁴² Andalucía, Decreto 60/2010 (Reglamento Disciplina Urbanística); Decreto 22/2010 (distintivo calidad ambiental); Decreto 80/2010 (simplificación de trámites administrativos, turismo). Castilla y León, Decreto-Ley 3/2009 (medidas de impulso de las actividades de servicio). Comunidad Valenciana, Ley 12/2009 (medidas fiscales de gestión administrativa y financiera); Decreto 54/2010 (establecimientos de restauración); Decreto 7/2009 (establecimientos de restauración). Navarra, Ley Foral 6/2010 (modificación de diversas leyes para su adaptación a la DS).

³⁴³ Aragón, Decreto 47/2010 (sólo cuando la subvención no excede de 1000 euros). Castilla-La Mancha, Decreto 16/2010 (reconocimiento de tienda artesanal). Galicia, Ley 1/2010 (modificación de diversas leyes para su adaptación a la DS).

requisitos exigibles”³⁴⁴. A nuestro juicio, un recto entendimiento del precepto lleva a concluir que en este caso la Ley no prejuzga nada acerca de los documentos que deban o no acompañarse a la comunicación; o sea, que habrá que estar a lo que resulte de cada disposición, las cuales podrán exigir o no la presentación de la prueba en función de la importancia de cada asunto³⁴⁵. Esto es lo normal, es decir, lo que siempre ha regido tanto para las comunicaciones “interlocutorias” como para las que daban acceso a una actividad.

3.3.3. El valor de la proclamación de autenticidad en las declaraciones responsables

Una ostensible diferencia entre ambas figuras, al menos desde la pura literalidad de la Ley, deriva del dato de que es inherente a la declaración responsable que el manifestante haga expresa proclamación de la autenticidad de lo que declara, exigencia que la Ley no extiende a las comunicaciones previas. Es seguro que el peso de la tradición tiene mucho que ver con la indicada diferencia y que ésta carece de lógica dado el alto papel que han jugado algunos tipos de comunicaciones previas, muy superior al de las clásicas declaraciones “juradas”. Sin embargo, en la actualidad sí podría tener sentido dado el mayor peso específico que el legislador ha querido darle a la moderna “declaración responsable”.

Lógicamente, lo que importa de la diferencia en cuestión son sus efectos; o sea, si hay que anudar alguna consecuencia especial al hecho de que el interesado falte a la verdad precisamente al hacer una declaración responsable. Pero la Ley 25/2009, lejos de haber aclarado la razón de la diferencia y sus efectos correspondientes, diluye expresamente la supuesta distinción, según resulta del apartado 4 del propio artículo 71 bis LRJ-PAC, indicativo de que “la inexactitud, falsedad y omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o a una comunicación previa... determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho... sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar”³⁴⁶.

³⁴⁴ Esos “datos identificativos” y demás “requisitos exigibles” a los que se refiere la Ley cuando habla de la comunicación previa, apuntan especialmente a los requisitos formales que son inherentes a cualquier solicitud de iniciación de un procedimiento, como lo prueba la remisión que el propio precepto hace al artículo 70.1. de la LRJ-PAC, que es el que precisamente regula los requisitos de toda solicitud: hechos, razones y súplica; lugar fecha y firma; y órgano al que se dirige.

³⁴⁵ Canarias, Decreto 9/2010 (sistema agrícola de producción integrada) y Ley 12/2009, sobre licencia comercial. Cataluña, Ley 20/2009, de prevención y control ambiental de las actividades.

³⁴⁶ En este sentido, la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas [BOE. núm. 236, de 2 de octubre] establece, en su art. 38, aptdo. 7 que “Los interesados se responsabilizarán de la veracidad de los documentos que presenten.” En cuanto a los efectos derivados de la inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial de los datos incorporados a una declaración responsable o una comunicación previa, son los mismos que los previstos en la actualidad en el art. 71 bis LRJ-PAC, siendo el nuevo artículo 69 de la Ley 39/2015 una transcripción casi literal del enunciado de aquél.

La Ley entra en vigor al año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. No obstante, las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico producirán efectos a los dos años de su entrada en vigor (Disposición final séptima).

Claramente se comprueba que el tratamiento es idéntico para las dos figuras lo cual es sencillamente desconcertante, máxime teniendo en cuenta el carácter tan principal de la norma y por ello el deber del legislador estatal de haber perfilado debidamente los conceptos.

Ciertamente, ha de reconocerse que el sujeto que dirige una comunicación inexacta, incompleta, o incurre en falsedades, será responsable con independencia de si viene o no obligado por la norma a hacer un juramento o proclama la autenticidad de lo que dice. Hasta aquí, la igualación que hace la Ley es correcta. Pero a partir de ese punto también se ve lógico que la Ley hubiese dispuesto algún plus de responsabilidad -por dolo, culpa cualificada o actuación de mala fe- contra quien no sólo no dice la verdad sino que declara falsamente que es auténtico lo que dice. Pero al no haber sucedido así pierde mucho sentido la coexistencia misma de dos técnicas jurídicas que, amén de cumplir funciones análogas, según hemos visto, se confunden también en cuanto a las consecuencias derivadas de los incumplimientos de los administrados.

Desde luego, es consecuente que el precepto en cuestión no añada una palabra más a lo que dice en lo que atañe a la responsabilidad civil, ya que los conflictos entre el interesado y los terceros privados que resulten de la puesta en actividad de un servicio habrán de desenvolverse en el marco jurídico privado y sobre el telón de fondo de la cláusula salvo *iure tertii* que deja a la Administración al margen del asunto³⁴⁷.

Por igual o mayor razón es lógico que la Ley silencie lo relativo a las responsabilidades penales del declarante, que habrán de regirse por lo dispuesto en los artículos 390.1 y 392 del Código Penal, a cuyo tenor se castiga a los particulares que en documento público, oficial o mercantil cometan algunas de las falsedades siguientes: a) alterar un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial; b) simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad; c) suponer la intervención de personas en un acto que no la han tenido o atribuir a los que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho³⁴⁸.

³⁴⁷ La condición salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero tiene su origen en la conocida y secular cláusula *salvo iure tertii* introducida en los títulos concesionales y que hace referencia a que con el título concesional la Administración no perjudica a terceros que tengan derechos adquiridos preexistentes; con tal fórmula se afirma la neutralidad e irresponsabilidad administrativa frente a terceros. Dicha cláusula se reflejaba, por ejemplo, en el artículo 55.2 de la Ley de Obras Públicas de 1877 (conforme a la cual se dictó la Real Orden de 17 de abril de 1903) y, en la actualidad, se mantiene incluida en diversas normas, siendo propia en actos autorizatorios, licencias o concesiones.

En este sentido, no vemos obstáculo para la aplicación analógica de la clásica regla concerniente a las licencias: “Las autorizaciones y licencias se entenderán otorgadas sobre el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero” (art. 12.1 Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales), en línea con lo ya indicado supra sobre el encuadramiento de estas técnicas en el “régimen autorizatorio” en cuanto sea jurídicamente posible, como ocurre en este caso.

³⁴⁸ A falta de su concreción por el Código Penal, la jurisprudencia considera como documentos públicos cualquiera de los considerados como tales por la LEC (artículo 317) o por el Código Civil (artículo 1.216). En cuanto a los documentos confeccionados por particulares cuyo destino es formar parte de un expediente administrativo, tienen el carácter de documento público aquellos que, siendo privados en su origen, se incorporan a procedimientos judiciales o expedientes administrativos, doctrina consolidada en STS 522/1996, al otorgar el carácter de documentos públicos a ciertos documentos de particular configuración y suscripción, que surgen, desde el instante mismo de su confección, con inexorable y único destino de incorporación a la esfera pública (FJ 5).

Dicho artículo deja fuera del tipo penal la conducta consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos, que sólo contempla en su art. 390.4 o en caso de que sea autoridad o funcionario quien cometa la falsedad³⁴⁹.

Pero tampoco ha quedado previsto en la Ley 30/1992 lo concerniente a las responsabilidades administrativas, correspondiendo, por tanto, a las Leyes sectoriales la tipificación de las infracciones y sanciones por falsedad u omisión de estas declaraciones y comunicaciones, siendo lógico que reciban un tratamiento severo, como de hecho se ha producido en diversas disposiciones autonómicas con rango de Ley³⁵⁰.

Lo anterior resume la práctica totalidad de los elementos definatorios del régimen jurídico de las dos técnicas relacionales que nos ocupan. Los ciudadanos o las empresas pueden, por tanto, decidirse a ejercer un derecho o a iniciar una actividad con sólo comunicarlo o declararlo, pero deben saber que después vendrá la Administración a controlar lo que hacen y si se adecua a la legalidad. La libertad se amplía pero la seguridad se estrecha porque puede que, cuando la Administración verifique si la actividad que se ha iniciado se acomoda a la legalidad vigente, discrepe de la opinión de los declarantes o comunicantes. En el mejor de los casos, no serán infrecuentes los problemas de interpretación de normas que son ordinarios en cualquier decisión aplicativa.

Por ello es reseñable que la LRJ-PAC o cualquier otra norma general no haya regulado ni los procedimientos, ni los contenidos, ni las garantías frente a los actos posteriores de verificación y control. El contraste con el régimen de las autorizaciones previas es llamativo porque a éstas impone el legislador, como requisito, que sean regladas, claras, objetivas, imparciales, transparentes, otorgadas conforme a procedimientos conocidos, etcétera. Será imprescindible trasladar estas exigencias a los controles realizados a posteriori ya que, de no ser así, la inseguridad que generaría el inicio de una actividad sobre la base exclusiva de una declaración o comunicación sería notabilísima. El interesado puede encontrarse con correcciones ulteriores de la Administración

³⁴⁹ Como señala BACIGALUPO, E., *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Marcial Pons, Madrid, 2007, los deberes de veracidad han sido fragmentariamente considerados en el Código Penal; así, en el delito de estafa y afines, en el de falso testimonio; en los delitos societarios referidos a la veracidad de las cuentas anuales y documentos que deben reflejar la situación económica de la empresa. Y en el ámbito de las relaciones con la Administración, el deber de veracidad también está tratado de modo fragmentario; así, se incrimina la obtención de subvenciones mediante declaraciones falsas, incompletas o incorrectas (arts. 308, 309 y 628), pudiendo decirse con carácter general, como afirma el autor citado, que fuera de los casos en que las declaraciones falsas tienen por objeto la obtención de contraprestaciones patrimoniales estatales u oficiales, no existe un tipo especial que contemple estos supuestos, p. 33.

No obstante lo anterior, tener en cuenta que, de los preceptos citados, únicamente permanece en vigor el art. 308 CP, ya que los artículos 309 y 628 fueron derogados por Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. Asimismo y tras la modificación operada en el Código Penal de 1995 por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se ha derogado íntegramente el Libro III dedicado a las Faltas. Como señala el Preámbulo de la Ley 1/2015, “la reducción del número de faltas (...) viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles.”

³⁵⁰ Así, p.ej., en el Decreto Ley 3/2009 del Gobierno andaluz, Ley 14/2009 de Canarias, Ley 7/2009 de Castilla-La Mancha, Decreto Ley 3/2009 de Castilla y León, o la Ley 12/2009, de la Comunidad Valenciana.

que defrauden sus proyectos e intereses económicos. Por esta razón, es también seguro que el ámbito de las comunicaciones previas y declaraciones responsables tiene que ser el de las potestades regladas, porque, en otro caso, la verificación a posteriori por parte de la Administración le dejaría un margen de apreciación contrario a cualquier exigencia de la seguridad jurídica.

4. Fundamento

Los pocos autores que en nuestro país se han detenido a analizar la figura de la comunicación, han coincidido en relacionarla con los postulados de dos corrientes por las que discurre el actual Derecho Administrativo: la simplificación administrativa y la autorregulación. Ambas pretenden, en esencia, una redefinición de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos.

La corriente simplificadora intensificada en los años noventa en España y países vecinos propugna³⁵¹, a nuestro modo de ver, tanto una disminución de los obstáculos en las relaciones entre Administración y administrado -mediante la instauración de medidas de tipo organizativo:

³⁵¹ Como señala TORNO MAS, J., “La simplificación procedimental en el Ordenamiento español”, *RAP*, núm. 151, 2000, “El interés y el impulso de las medidas de simplificación, además de por las razones de índole general que acabamos de exponer, está claramente vinculado a los problemas que las cargas burocráticas suponen para una actuación eficiente del sector empresarial. En un mundo de competencia abierta, de fácil deslocalización de las instalaciones de producción de bienes, los empresarios exigen de la Administración una actuación ágil, y las Administraciones toman conciencia de que el desarrollo económico depende de forma determinante de una buena gestión de sus potestades de regulación. Esta directa vinculación entre actividad económica y simplificación administrativa tiene su manifestación más clara en el frecuente recurso a la sustitución de la técnica autorizatoria por la técnica de la comunicación. En estos casos, no se trata en verdad de simplificar el procedimiento de adopción de un acuerdo administrativo. La simplificación es más drástica, pues consiste en suprimir la intervención administrativa previa, aquella que condiciona la entrada del operador económico en el mercado. La autorización es sustituida por la carga del administrado de comunicar el inicio de una actividad. Se traslada de este modo al particular el deber de adecuar su actividad al ordenamiento, con la carga añadida, en algunas ocasiones, de tener que acompañar la comunicación con una “acreditación” expedida por un ente público o privado de control”, *cit.*, pp. 41 y ss.

También FONT i LLOVET, T., “Innovazione Amministrativa. L’esperienza spagnola”, *La semplificazione amministrativa* (L. VANDELLI Y G. GARDINI, coord.), Maggioli Editore, Rimini, 1999, p. 341 y ss.

ventanilla única, comunicación telemática³⁵² como la necesidad de ejercer una proporcionalidad interventora.

En los fundamentos de la autorregulación se encuentran, por otro lado, los beneficios de la colaboración con el sector privado, del que se toman en consideración referencias y decisiones. Sus mecanismos operan en sustitución o complemento de la actuación de los poderes públicos; quienes, en consecuencia, renuncian al ejercicio de determinadas facultades³⁵³.

¿Constituyen la declaración responsable y la comunicación previa ejemplos de simplificación administrativa?. La normativa así parece confirmarlo, al ubicar ambas instituciones en los apartados dedicados a las medidas simplificadoras³⁵⁴.

³⁵² La ventanilla única y los procedimientos electrónicos son un tipo de medidas “no legislativas” derivadas de la transposición de la Directiva, que se incluyen dentro de la simplificación administrativa de tipo organizativo. Con ellas el administrado evita, si así lo desea, ponerse en contacto con varias autoridades para recabar toda la información necesaria para el ejercicio de su actividad. Si no es ésta su voluntad, queda abierta la posibilidad de que el prestador de servicios pueda relacionarse directamente con cualquier entidad competente, y presentar y recibir de ella documentos, certificaciones, autorizaciones, etc.; desde la solicitud inicial hasta la recepción de la resolución finalizadora. Las ventanillas, que ofrecerán la posibilidad de realizar procedimientos y trámites necesarios para el acceso a actividades de servicio, pueden tener funciones tan sólo coordinadoras o también decisorias, sin que, claro está, esta última opción pueda interferir en el reparto constitucional de competencias. La Directiva contempla incluso la posibilidad, si así lo deciden los Estados miembros, de que se gestionen por operadores privados y de que se instauren las de tipo electrónico. Sólo quedan excluidos de su ámbito de actuación los procedimientos de recurso, de modo que caben en él no sólo los procedimientos de autorización, sino también la comunicación previa y la declaración responsable. No es que las ventanillas empresariales sean nuevas en nuestro país. En los últimos años hemos asistido a una potenciación de este tipo de entes con competencias básicamente de información y realización de concretos trámites. En la Comunidad Autónoma catalana tenemos las OGE: Oficinas de Gestión Empresarial, con funciones incluso de resolución; y a nivel estatal encontramos, por ejemplo, la Red 060 empresas, con tareas de asesoramiento. Estas iniciativas previas a la Directiva 2006/123/CE, sin embargo, no llegan a satisfacer todos los requerimientos de la misma, pues a menudo no permiten la tramitación electrónica de los procedimientos de forma completa. En este sentido, cabe mencionar la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Esta norma constituyó un paso importante en la habilitación de acceso electrónico en todos los procedimientos de todas las Administraciones Públicas, siendo hoy la base sobre la que se asentará la ventanilla única virtual.

³⁵³ *Vid.*, ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Navarra, 2002.

³⁵⁴ A modo meramente enunciativo, el Decreto 48/2009, de 28 de abril, por el que se establecen en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias medidas ante la crisis económica y de simplificación administrativa, hace prácticamente lo mismo; igual que la Ley Foral 15/2009, de 9 de diciembre, de medidas de simplificación administrativa para la puesta en marcha de actividades empresariales o profesionales, de la Comunidad Foral de Navarra. En Cataluña, la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas, incluye la comunicación previa y la declaración responsable entre las medidas de simplificación administrativa (arts. 34 a 40), con la expresa virtualidad de poder sustituir con algunas de ellas un procedimiento o un trámite, según dispone expresamente el apartado 1 del artículo 34. Más recientemente, la Ley 2/2014, de 21 de marzo, de Proyectos Estratégicos, Simplificación Administrativa y Evaluación de los Servicios Públicos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, cuyo art. 20 prevé el fomento, en todos sus ámbitos, del uso de declaraciones responsables y comunicaciones previas como medio de reducir las cargas burocráticas soportadas por los interesados, y especialmente en relación con la puesta en marcha de actividades empresariales o profesionales sometidas a control administrativo, o, la Ley 5/2014, de 20 de octubre, de administración electrónica y simplificación administrativa, de la Comunidad Autónoma de La Rioja, la cual incluye en su Título III, bajo el epígrafe “Simplificación administrativa”, las declaraciones responsables y las comunicaciones previas como medio de reducir la carga burocrática de los interesados (art. 32).

4.1. La simplificación administrativa

La introducción de esta técnica en el ordenamiento jurídico se conecta con el proceso de simplificación administrativa. Simplificar la Administración, supone hacerla menos complicada y, al mismo tiempo, reducir los trámites burocráticos. Se trata de una tarea que se proyecta en ámbitos muy distintos y, también en el está siendo objeto de nuestro interés.

Así lo pone de manifiesto, NÚÑEZ LOZANO³⁵⁵, quien además añade “que el creciente empleo de esta técnica es consecuencia, igualmente de la transposición de determinadas Directivas comunitarias que prevén su implantación. Afirmando, al mismo tiempo, que con la misma se persigue disimular la inactividad de la Administración. Aspecto este último que, en ningún caso, comparte. Si bien esta autora matiza a continuación, distinguiendo, por lo que a nosotros ahora nos interesa, entre la ordenación italiana, de la que dice que hay acuerdo sobre su servicio al principio de celeridad y, la española, de la que afirma que no podría predicarse esta cualidad, en cuanto que el control a posteriori, que conlleva la técnica de la comunicación previa, no es aleatorio, sino sistemático.

Distinción esta que no es compartida por la Doctrina española, respecto del sector material que venimos analizando, pues de lo que no cabe duda es de que, las consecuencias y efectos en los dos ordenamientos jurídicos son los mismos, viniendo sin duda, a abaratar, agilizar, favorecer y, en consecuencia, liberalizar la actividad privada, a la que se le exime de la importante carga de la solicitud de la licencia de obra y ello, sin perjuicio de la obligación, impuesta en todo caso, a la Administración competente de verificar y contrastar la actividad privada con el ordenamiento jurídico-urbanístico, de cuya perfecta ejecución, ella es responsable. Si bien, tendrá que hacerlo persiguiendo las más altas cotas de eficacia y eficiencia administrativas y torpedeando, en la menor medida posible el principio constitucional de la libertad individual”.

Por ello, conviene traer aquí las palabras de JIMÉNEZ-BLANCO³⁵⁶, cuando ponía de manifiesto “como en los últimos años es, perceptible una tendencia del Estado a replegarse, dando lugar a una Administración menos interventora pero, desde luego, mejor informada. Las viejas técnicas cada vez, resultan menos idóneas para los propósitos que las justifican y surgen otras nuevas que presuponen sobre todo la información: son, entre otros, los llamados actos comunicados a los Ayuntamientos. Son, pues, instrumentos menos aparatosos, pero más sutiles y penetrantes, y cuya operatividad real, por cierto en manos de una Administración tan arcaica e ineficaz como la española sólo puede ser mostrada por una práctica aplicativa de la que hoy carecemos”.

³⁵⁵ NÚÑEZ LOZANO, M. C., *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 196 y 203.

³⁵⁶ JIMÉNEZ-BLANCO, A., “El régimen general de las licencias”, *Tratado de Derecho Municipal*, (Santiago Muñoz Machado, dir.), tomo II, Cívitas, Madrid, 1988.

También BOIX PALOP³⁵⁷, destaca la importancia de la información administrativa respecto de este tipo de actividad privada. Concretamente, la información relativa a las licencias de obras menores, de las que dice, “la exigencia de licencia genera unos desproporcionados trastornos para el ciudadano, teniendo en cuenta la escasa entidad de la actuación, lo que acaba provocando, afirma, un masivo incumplimiento que no hace sino privar a la Administración de esos datos que le habrían de permitir tratar de controlar la realización de las obras de verdadero calado y que sí que pueden suponer algún riesgo real. Si la realización de obras no requiriera licencia, sino una mera comunicación previa a la Administración, que no supusiera más que esta diligencia inicial, ni por supuesto, mengua económica alguna, es fácil suponer que los motivos para omitir esta obligación serían escasos. Con esta información, la Administración estaría ya capacitada para, caso de considerar que la obra no fuera menor, iniciar el procedimiento correspondiente”.

A este respecto, recuerda MARTÍN-RETORTILLO³⁵⁸, que toda la actuación de la Administración es un actuar procedimentalizado; la Administración obra siempre a través de los procedimientos correspondientes. Simplificarlos pretende, pues, aligerar el siempre lento quehacer de aquélla, que en la vida de cualquier ciudadano va a dejar pocos sectores exentos de su intervención. Destaca, igualmente, cómo en el ámbito económico, estos procedimientos, resultan notablemente retardatarios de cualquier tarea que pretenda llevarse a cabo. De hecho, como ponía de manifiesto CLARICH³⁵⁹, la simplificación y la desregulación se consideran parte integrante de las políticas de incremento de la competitividad. No se cuestiona ni la intervención de la Administración, ni el grado de la misma; sino, obviamente, los procedimientos a través de los que se lleva a cabo. Las exigencias para salvaguardar el interés público a través del habitual y complejo sistema de autorizaciones y aprobaciones reiteradas se puede satisfacer, igualmente, con fórmulas distintas, que simplifican extraordinariamente la actuación procedimental de la Administración y la hacen más ágil y eficaz. Así lo reconoce incluso la Ley 30/1992. La eficacia administrativa a la que se refiere la Constitución y otras normas también mejorarán con la simplificación administrativa, origen de la comunicación previa y la declaración responsable³⁶⁰.

³⁵⁷ BOIX PALOP, A., “La discutible necesidad de la licencia de obras menores”, en *Nuevas perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al profesor José M^o Boquera Oliver*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 1336.

³⁵⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “De la simplificación de la Administración pública”, *RAP*, núm. 147, 1998, pp. 7-38.

³⁵⁹ CLARICH, M., “Entidades públicas y proceso de privatización”, *DA*, núm. 250-251, 1998, pp. 7-22.

³⁶⁰ Al respecto, la Disposición adicional primera de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece que: “1. El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, establecerá las modificaciones normativas precisas en las disposiciones reglamentarias dictadas en adecuación y desarrollo de la Ley 30/1992 (...), para la simplificación de los procedimientos administrativos vigentes en el ámbito de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos, atendiendo especialmente a la implantación de categorías generales de procedimientos, así como a la eliminación de trámites innecesarios que dificulten las relaciones de los ciudadanos con la Administración Pública...”. Para dar cumplimiento a lo previsto en esta Disposición se creó, por Decreto 670/1999, de 23 de abril, la Comisión Interministerial de Simplificación Administrativa, órgano que tenía como misión elaborar los objetivos, criterios y directrices del primer Plan General de Simplificación Administrativa aprobado en diciembre de 1999, entre cuyos contenidos, y por lo que a nosotros nos interesa, destacaremos, el de los procedimientos o trámites susceptibles de supresión, modificación o sustitución por instrumentos alternativos

Finalmente, ARROYO JIMÉNEZ³⁶¹ considera que, mientras que la autorización administrativa permite el desarrollo de un control administrativo caso a caso de los riesgos que la actividad proyectada presenta respecto del interés público, la finalidad de la comunicación previa es la de propiciar la obtención por parte de la Administración pública de la información necesaria acerca del mercado o actividad en cuestión. A pesar de que esta afirmación es sustancialmente correcta, la contraposición entre obtención de información, de una parte, y control administrativo, de otra, probablemente esconda una simplificación. En efecto, debe tenerse en cuenta que la comunicación previa opera en el ámbito de las prohibiciones relativas de carácter instrumental, esto es, prohibiciones que no traen causa de una desvalorización política de la actividad, sino que tienen como finalidad aumentar la eficacia de la actividad administrativa de intervención que se proyecta sobre esta última. En particular, la comunicación es un instrumento que sirve a la eficacia de la actividad de control administrativo.

Desde nuestro punto de vista, y tal y como entendemos la naturaleza y funciones de este instituto jurídico, no hay duda de que constituye una medida de simplificación administrativa, en concreto, procedimental³⁶². Es susceptible de eximir al particular de la presentación de todo tipo de documentos ante el órgano administrativo³⁶³ y, por lo tanto, lo libera de un concreto trámite con su sola manifestación de voluntad y autoresponsabilización.

La Administración se desprende de un paso esencial en lo que ha sido la intervención pública en las actividades empresariales: la verificación y control de la documentación aportada previamente al inicio de las mismas. Desaparece el papel como soporte de la información, y lo que llega a los órganos administrativos es la manifestación más simple de un compromiso. No existe, entonces, obligación de responder ni de notificar, a pesar de que la “Ley Ómnibus” no haya previsto la modificación del artículo 42 de la LRJ-PAC³⁶⁴.

³⁶¹ ARROYO JIMENEZ, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2004, p. 350.

³⁶² Así ocurre, por ejemplo, en el Decreto 106/2008, de 6 de mayo, de medidas para la eliminación de trámites y la simplificación de procedimientos para facilitar la actividad económica de Cataluña. El capítulo II recoge, en la sección dedicada a la simplificación de trámites en los procedimientos administrativos, la declaración responsable. Esta figura se asocia, entre otras, con la inscripción en distintos registros (de establecimientos industriales, de turismo, etc.); de modo que con la sola manifestación del profesional la Administración puede inscribir la actividad, sin perjuicio de que posteriormente compruebe la veracidad de lo declarado. La introducción de este instituto se considera imprescindible para consolidar el siguiente paso, que en materia simplificadora lo constituye la tramitación telemática. El Decreto 23/2009, de 26 de marzo, de medidas relativas a la simplificación documental en los procedimientos administrativos de la Comunidad de Castilla y León, apuesta también de manera firme por las declaraciones responsables, al pretender sustituir la aportación de cualquier documento por una manifestación de voluntad de los interesados relativa al cumplimiento de unos requisitos o la posesión de una documentación, como por ejemplo la certificación bancaria de la titularidad de una cuenta o los estatutos de las sociedades mercantiles.

³⁶³ Como ha sido apuntado, “la posibilidad de sustitución de la documentación exigida por una declaración responsable no atañe a la tramitación del procedimiento, sino a las condiciones de acreditación de los requisitos en su caso exigidos a los interesados a los efectos de la obtención de lo solicitado”, Dictamen núm. 164/2009, de 13 de abril, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el proyecto de Decreto por el que se establecen en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias medidas de simplificación, reducción de cargas en la tramitación administrativa y racionalización de los procedimientos administrativos.

³⁶⁴ Si bien dicho artículo incluye la comunicación como excepción a la obligación de resolver de la Administración, la Ley Ómnibus no ha previsto la modificación del artículo 42 para incluir junto con ésta a la declaración responsable.

Por lo que se refiere a la comunicación previa es difícil, en sentido estricto, relacionarla con las premisas de la simplificación en su vertiente procedimental. Entendemos que tampoco inicia un procedimiento, y que no se suprimen trámites porque no existen más allá de la comunicación del particular³⁶⁵. Puede interpretarse que esta figura contribuye a la simplificación procedimental sólo si se asemeja la supresión de formalidades y requisitos normativos con la directa y entera eliminación de un procedimiento autorizatorio.

La comunicación constituye el requisito necesario para dar comienzo a una actividad. Su efectividad lo encumbra como un instituto de configuración instantánea, que por regla general faculta el ejercicio empresarial desde el mismo momento en que se cumplen los requisitos fijados por la norma. La actuación del particular queda legitimada directamente por la Ley, no por un título jurídico público que condicione la perfección del derecho subjetivo subyacente.

El sujeto simplemente informa, hace saber a la Administración que comenzará una actividad, sin pretender de ella una respuesta ni favorable ni desfavorable. No hay obligación de resolver, ni de supervisar, ni de vetar, ni de notificar con carácter previo; porque estamos ante el ejercicio libre del derecho del administrado.

Con todo, este título privado despliega unos efectos jurídicos más allá de la órbita del comunicante. El recibimiento de la comunicación en sede administrativa inaugura otras potestades públicas como las de “comprobación, control e inspección” (y sanción, añadiríamos) según la Ley de Procedimiento Administrativo. Su presentación es el punto de partida de una relación de tracto sucesivo entre particular y Administración pública, por tratarse de actividades y servicios cuyo ejercicio tiene vocación de permanencia en el tiempo. Sólo en este sentido puede hablarse de procedimiento y expediente administrativo.

Esta afirmación conecta directamente con otra acepción de la simplificación administrativa apuntada al inicio de este epígrafe: la simplificación como sinónimo de proporcionalidad interventora³⁶⁶ y con la idea de una nueva forma de injerencia en las actividades de los particulares³⁶⁷.

³⁶⁵ Como ha dicho el Consejo de Estado, en su Dictamen núm. 779/2009, de 21 de mayo, “la mera presentación de una declaración responsable o comunicación previa no da lugar, *per se*, a un procedimiento administrativo. De hecho, basta con dicha presentación para que el sujeto pueda iniciar su actividad, sin que de ella se derive necesariamente la sustanciación de procedimiento alguno, por más que lo normal sea que exista una inmediata actividad de comprobación y control de la veracidad de los datos por parte de la autoridad competente”, *cit.*, p. 40.

³⁶⁶ Como apunta TORNOS MAS, J., “La simplificación procedimental en el ordenamiento español” *RAP*, núm. 151, 2000, “Esta directa vinculación entre actividad económica y simplificación administrativa tiene su manifestación más clara en el frecuente recurso a la sustitución de la técnica autorizatoria por la técnica de la comunicación. En estos casos, no se trata en verdad de simplificar el procedimiento de adopción de un acuerdo administrativo. La simplificación es más drástica, pues consiste en suprimir la intervención administrativa previa, aquélla que condiciona la entrada del operador económico en el mercado”, *op. cit.*, pp. 59-60.

³⁶⁷ TORCHIA, L., “Tendenze recenti della semplificazione amministrativa”, *Diritto Amministrativo*, núm. 3-4, 1998, p. 404.

4.2. La autorregulación

La intervención administrativa disminuye, pero no desaparece; se relaja en tiempo y forma. La Administración es obligada a mantenerse en un segundo plano hasta que la actividad está en pleno desarrollo (dependerá, en todo caso, de la naturaleza de la actividad). En ese momento puede y debe reaparecer y ejercer las potestades que le otorga el ordenamiento jurídico, asumiendo desde esa posición unas responsabilidades bien distintas a las tradicionales.

También hay un nuevo cuadro de ejercicio de deberes para el particular. Recae sobre él la obligación de adecuar su actividad a la legalidad vigente, lo que presupone su conocimiento e interpretación y, en muchos casos, la necesidad de recurrir a entidades especializadas. Cabría valorar si la asunción de nuevas cargas se ve compensada por el inicio sin dilaciones, la celeridad y el resto de facilidades que se le brindan. La sustitución de autorizaciones por comunicaciones o declaraciones, es a cambio de una mayor exigencia de compromiso y veracidad de las manifestaciones del sujeto interesado, que deberá asegurar la ausencia en ellas de inexactitudes o falsedades.

En cualquier caso, ésta es la dirección hacia la que avanza el Derecho administrativo, hacia la corresponsabilización del ámbito privado por sus actos y declaraciones. La filosofía de fondo es la restitución del ciudadano en la libertad de iniciativa y la asunción de responsabilidad por la actividad llevada a cabo por encima de la autoridad pública, que no aparece, ya, como fundamento de esta libertad³⁶⁸.

La redefinición del papel de la Administración y su obligada renuncia al dominio directo de determinados espacios, conectan de forma natural con los postulados de la autorregulación y con la colaboración con el sector privado en general, ¿Constituyen la declaración responsable y la comunicación previa ejemplos de esta tendencia?³⁶⁹.

³⁶⁸ BIANCHI, A., “La denuncia di inizio di attività in materia di edilizia. Profili ricostruttivi dell’istituto con particolare riferimento alla tutela giurisdizionale del terzo”, *Rivista Giuridica dell’Edilizia*, fasc. 4, 1998, efectuó unas reflexiones acerca del modo en que instrumentos como la comunicación o la “denuncia di inizio di attività” en Italia, contribuían a una acción de simplificación administrativa inspirada en el principio de superación de la manifestación formal de la voluntad pública. Según dicho autor, la centralidad del procedimiento, que ha caracterizado la forma de ser de la función administrativa, parece ceder paso a institutos de rápida definición de la relación entre el ciudadano y la Administración, desde una óptica que no ve como necesaria la presencia de un específico y formal acto. Estos institutos, en definitiva, se orientan a redefinir la relación entre el particular y el poder público, pues implican la superación “del momento dell’autorità”. La libertad del ciudadano precede a la autoridad de la Administración Pública, únicamente competente para confirmar su ejercicio. En otras palabras, se pasa de un principio autoritario según el cual el ciudadano puede realizar aquello para lo que está expresa y administrativamente autorizado, a un principio de autorresponsabilidad, a tenor del cual el ciudadano actúa de forma autónoma a partir de su particular valoración de la existencia de los presupuestos y requisitos, y se expone y asume el riesgo de error en sus propias valoraciones, pp. 151 y ss. Por su parte, como afirma BORRAJO INIESTA, I., “El intento de huir del Derecho Administrativo”, *REDA*, núm. 78, 1993, “la libertad va siempre, en Derecho, acompañada por la responsabilidad”, *cit.*, p. 246.

³⁶⁹ La Doctrina alemana no ha dudado en analizar la figura de la comunicación como una manifestación de autorregulación; del mismo modo que la italiana lo ha hecho como manifestación de simplificación administrativa. A este respecto, Véase, a este respecto, la obra de SEIDEL, A., *Privater sachverstand und staatliche garantenstellung im Verwaltungsrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 2000, p. 259 y ss., que suele citar la doctrina española.

Sin entrar en la noción ni en los tipos y características de lo que hoy se entiende por autorregulación³⁷⁰ destacaremos, a efectos de nuestra aportación, que implica la toma en consideración de criterios, pautas y decisiones con origen en la sociedad y en los distintos substratos profesionales. Conlleva un reconocimiento implícito de las ventajas de la colaboración pública con el ámbito privado en la satisfacción de los intereses generales, amén de las insuficiencias en materia de gestión y control del aparato administrativo, a la corrección de las cuales contribuye.

La autorregulación alcanza relevancia para el Derecho cuando éste recurre a ella y asume, con una intensidad variable, sus resultados.

La comunicación es un ejemplo de autorregulación que actúa no ya como complemento, sino en sustitución de la actuación de los poderes públicos. Éstos renuncian a sus potestades de control preventivo de la actividad en favor del autocontrol que realiza y presenta el administrado. Un trámite característico de la intervención administrativa se asume, ahora, por el sector privado, en base a las referencias y conocimientos con los que éste opera.

El particular también se autorregula, si es el caso, desde el momento en que el contraste de su actividad con la legalidad puede someterlo a un técnico privado y no a un órgano administrativo. Puesto que recae sobre el administrado la responsabilidad de adecuarse a las prescripciones normativas y técnicas, y no posee en muchos casos ni el conocimiento ni la capacidad profesional suficiente, lo habitual será que recurra a los servicios de entidades especializadas³⁷¹. Esta apelación al sector experto le permitirá trasladar, por lo menos en parte, eventuales responsabilidades en las que pueda incurrir³⁷².

Esto es lo que se conoce por la doctrina como el efecto integrador de la autorregulación, que se produce cuando se remite a ella un concreto trámite en la relación jurídica creada³⁷³. Lo que queda en manos de la autorregulación es, en este supuesto, el cumplimiento de la totalidad de requisitos necesarios para dar comienzo a una actividad; que, dadas las circunstancias, se reducen a la simple presentación de la comunicación. Ésta constituye un acto de autoadministración, un título de

³⁷⁰ Vid., ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Navarra, 2002 y DARNACULLETA GARDELLA, M^a. M., *Derecho Administrativo y autorregulación. La autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

³⁷¹ Sobre este tema vid., entre otros, el trabajo de CANALS AMETLLER, D., *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad: control, inspección y certificación*, Comares, Granada, 2003.

³⁷² El capítulo quinto de la Directiva, además de a las obligaciones vinculantes para los prestadores de servicios, dedica parte de su articulado a la adopción de determinadas medidas voluntarias, como las de apoyo a la calidad: códigos de conducta, normas voluntarias, certificación o evaluación voluntaria de las actividades por parte de organismos acreditados, etiquetas de calidad, etc., ejemplo claro de autorregulación regulada.

³⁷³ Como apunta ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación...*, lo característico o llamativo es que “lo remitido a la autorregulación privada, del solicitante o comunicante, no es un trámite muy acotado, sino la práctica totalidad de la tramitación que se concreta en la comunicación misma”, *op. cit.*, p. 140.

naturaleza privada sustitutivo de un acto de consenso administrativo, que se erige como único apto para el ejercicio de la actividad³⁷⁴.

El Derecho, en este caso, asume los resultados de la autorregulación de forma completa. La comunicación previa y la declaración responsable que la pueda acompañar, sustituyen a la resolución pública resultado de las funciones de control preventivo de la Administración. Al no preverse siquiera la facultad de prohibición sujeta a plazo, se da máximo reconocimiento a las conclusiones del autocontrol privado.

El efecto presuntivo de la autorregulación muestra, en estas dos instituciones, su máximo esplendor. La Administración pública no puede oponerse al inicio de la actividad: debe confiar, por mandato legal, en la información y declaraciones presentadas. Se presumen la validez y el acierto de las manifestaciones del particular hasta, por lo menos, la primera intervención pública directa³⁷⁵, que no podrá reconducir, hasta entonces, las eventuales desviaciones, o en otras palabras, los resultados del control autorregulado.

El efecto probatorio de la declaración responsable es lo que merece, en mayor medida, destacarse. Este efecto se refuerza, además, con la exigencia de que su realización, en algunos casos, sea ante un tercero. Y este tercero no parece poder ser cualquiera, como un técnico o una entidad colaboradora de la Administración, sino alguien que ostenta la condición de fedatario público. En la comunicación previa, el medio probatorio sería la declaración responsable que pueda adjuntarse, además de la eventual certificación técnica de un tercero especialista.

Reposa sobre la declaración responsable una revitalizada fe, la fe de la Administración pública en lo no documentado. Este crédito choca no ya con la relevancia otorgada, de siempre, al papel como soporte de la información, sino con el propio concepto de información. El testimonio documental desaparece en pro de una serie de aserciones del particular a las que se da el valor de prueba del cumplimiento de los requisitos normativos. Afirmaciones que nada desvelan del contenido concreto de la documentación que se atesora y que, por lo tanto, transmiten una información tácita a la Administración.

5. La clásica discusión sobre la naturaleza jurídica

La naturaleza de la declaración responsable y de la comunicación previa es la de actos de particulares sujetos al Derecho administrativo. No son actos administrativos ya que no proceden de la Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa³⁷⁶. El efecto habilitante que

³⁷⁴ BIANCHI, A., *La denuncia di inizio di attività Profili ricostruttivi dell'istituto con particolare riferimento alla tutela giurisdizionale del terzo*, Rivista Giuridica dell'Edilizia, fasc. 4, 1998..., *op. cit.*, p. 173.

³⁷⁵ ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Navarra, 2002, *op. cit.*, p. 142.

³⁷⁶ Como apunta RAZQUÍN LIZARRAGA, J. A., se trata de "actos jurídicos privados que sustituirán la decisión administrativa previa de la autorización", "El impacto de la Directiva de Servicios en el procedimiento administrativo: autorización, declaración responsable y comunicación", *Revista jurídica de Navarra*, núm. 49, 2010, p. 115.

deriva de ellas tampoco es imputable a un supuesto acto administrativo no expreso, ya que éste no existe. Ese efecto favorable dimana directamente de la norma, siendo la comunicación del interesado una carga necesaria para el despliegue de aquél.

La lógica interna de esta técnica excluye la emisión de un consentimiento positivo por parte de la Administración, es decir, la producción de un acto administrativo aprobatorio de la actividad, sea expreso o presunto; la obligación de resolver expresamente en todos los procedimientos que pesa sobre la Administración, como dispone el art. 42.1 LRJ-PAC, cambia diametralmente precisamente para dar sentido a este mecanismo. Por tanto, esta habilitación no la genera el eventual silencio de la Administración sino la concurrencia de la voluntad de la Ley, perfectamente objetivada en estos casos, y la conducta correcta del interesado en cuanto cumplidor de los requisitos exigidos por la norma. Como certeramente ha señalado NÚÑEZ LOZANO, con estas técnicas se prescinde no ya del acto autorizatorio escrito -pues no se trata de la mecánica del silencio- sino del acto administrativo mismo³⁷⁷. Por ello, no existe acto administrativo ni siquiera en los supuestos en que hubiera un plazo específico para vetar la actividad y la Administración no lo hiciese. Esta inhibición de la Administración no sería una autorización sino la inexistencia de un acto prohibitivo que permitirá al interesado seguir prestando la actividad ya iniciada, o bien comenzarla, si este comienzo pendía precisamente de la no emisión del acto obstativo de la Administración.

En suma, la comunicación o la declaración previa no son una solicitud, si bien hay que observar que el tratamiento que están recibiendo por las disposiciones que están adaptando la Directiva de Servicios no dista en muchos casos del que es propio de las solicitudes, sobre todo teniendo en cuenta los numerosos supuestos en que la eficacia de dichas comunicaciones o declaraciones no es instantánea, y los incontables casos en que se exige el acompañamiento de documentos, dos rasgos éstos, que son impropios de las declaraciones responsables y que debieran ser, a lo sumo, rigurosamente excepcionales. Ciertamente, no cabe negar que en algunos casos puedan ser necesarias estas cautelas, pero entonces quizás la solución más correcta sea que el legislador lleve estos supuestos a su terreno natural, esto es, al régimen de las autorizaciones administrativas.

Ahora bien, una vez sentado que autorizaciones y comunicaciones -o declaraciones- son figuras distintas, es obligado recordar que todas ellas son técnicas de intervención y se enmarcan en la categoría genérica de las “técnicas autorizatorias” o permisivas del ejercicio de actividades. La diferencia entre ellas está en el método de control, más simplificado en las fórmulas de fiscalización posterior y más complejo en las de control previo.

Por consiguiente, no hay obstáculo para admitir que las figuras que estamos considerando se integran en un concepto material, no técnico, de “autorización”, como así lo hace la Directiva de Servicios, es decir, un concepto amplio en el que no sólo está contenido la autorización *proprio sensu*. En el mismo sentido, la Ley 17/2009 considera como “régimen de autorización” cualquier

³⁷⁷ NÚÑEZ LOZANO, M. C., *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 110 y ss.

sistema previsto en el ordenamiento jurídico que contenga el procedimiento, los requisitos y autorizaciones necesarios para el acceso o ejercicio de una actividad de servicios, lo que evidentemente comprende figuras distintas de la autorización en sentido estricto.

Siendo esto así, es lógico de todo punto que las deficiencias o lagunas de regulación que presenten estas técnicas pueden ser resueltas aplicando analógicamente lo previsto para las autorizaciones (duración, transmisibilidad, extinción...), aunque siempre sin olvidar que estas habilitaciones no son actos administrativos, razón por la que no son aplicables los mecanismos -por ejemplo, la revisión de oficio- que sólo a aquéllos pueden referirse, y siempre salvando las diferencias entre autorizaciones y comunicaciones en cuanto a la forma de acceso a la actividad y al método de control.

En definitiva, se trata de técnicas de intervención y de control de la Administración sobre las actividades de los particulares que habilitan para el inicio de una actividad y su ejercicio. El Considerando 38 de la DS parece ir en esta línea cuando señala que: “La concesión de una autorización puede ser resultado no sólo de una decisión formal, sino también de una decisión implícita derivada, por ejemplo, del silencio administrativo de la autoridad competente o del hecho de que el interesado deba esperar el acuse de recibo de una declaración para iniciar la actividad en cuestión o para ejercerla legalmente”.

6. Régimen jurídico

Una vez apuntadas todas las anteriores cuestiones sobre las comunicaciones y las declaraciones responsables, procede a continuación seguir con su régimen jurídico. Ha de insistirse en que en nuestro Ordenamiento no existe todavía una regulación general de la figura, a diferencia de lo que sucede , como hemos visto, en el Derecho italiano.

A tales efectos analizaremos aquellas cuestiones jurídicas del procedimiento que a nuestro juicio merecen ser destacadas, tales como la necesidad de que exista un procedimiento ágil y contradictorio, la existencia de criterios estrictamente reglados, así como modelos normalizados de declaraciones responsables y comunicaciones previas, el veto de la Administración, el control de dichas actividades, su régimen de responsabilidad, y las tasas municipales que se puedan generar.

6.1. Procedimiento administrativo

6.1.1. Consideraciones generales

a) Un procedimiento “sui generis”

La comunicación o declaración de responsabilidad que presenta el ciudadano inicia un procedimiento administrativo, en cuyo caso, la Administración ha de controlar y fiscalizar el ejercicio del derecho o actividad que pretende llevarse a cabo. La circunstancia de que no exista un

acto administrativo en los supuestos en que la Administración no opone veto no implica, la ausencia de procedimiento administrativo. La pretensión de agilizar o de dotar de celeridad a la actuación administrativa que en ocasiones se esconde tras las técnicas que examinamos no puede justificar, salvo supuestos concretos y determinados, la omisión del procedimiento, que en definitiva es un lugar de encuentro entre el ciudadano y la Administración.

Es cierto que el procedimiento administrativo concebido como una serie de actos encadenados, orientados a una decisión última, no parece hallar cabida en las figuras de las declaraciones responsables y comunicaciones previas³⁷⁸. Aquí, la comunicación del interesado inicia un procedimiento que no termina en un acto administrativo a modo de decisión (pues no tiene la Administración la potestad para consentir la actividad)³⁷⁹ y la existencia de una resolución expresa viene determinada exclusivamente por el uso de la potestad de veto en el tiempo previsto.

³⁷⁸ Según GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, 10ª ed., Cívitas, Madrid, 2000, volumen 2, el procedimiento administrativo “se trata, más bien, de una cadena, cuyos distintos eslabones aparecen articulados a través de un vínculo común, sin merma de su individualidad propia, en orden a un fin único a cuya consecución coadyuvan”, *cit.*, p. 439.

Para BOQUERA OLIVER, J. M., *Estudios sobre el acto administrativo*, Cívitas, Madrid, 1990, el procedimiento administrativo es “el conjunto de trámites o diligencias que preparan, forman o ejecutan una voluntad administrativa”, *cit.*, p. 190.

El TSJ de Cataluña, en Sentencia nº 1017/1998, se señala que “el procedimiento aparece así como una serie o sucesión de trámites, fases y actos, exigidos como garantía del acierto de la decisión y de los derechos e intereses de los administrados” (FJ 2), “el ciudadano goza del derecho a la tramitación por la Administración de aquél procedimiento que la norma oportuna ha previsto para llegar a la resolución que ha de dar respuesta administrativa a su pretensión” (FJ 3).

Según la STS de 30 de noviembre de 1993, “los trámites procedimentales han de ser entendidos como garantía para los administrados para propiciar el acierto en las decisiones pero nunca deben ser instrumentalizados como hitos formales obstaculizados del procedimiento”.

³⁷⁹ Desde el punto de vista de GUAITA MARTORELL, A., “El concepto de acto administrativo”, *REDA*, núm. 7, 1975, el escrito de comunicación podría considerarse como un acto administrativo en toda regla en la medida que entiende que los particulares producen actos jurídicos, es decir, hechos jurídicos, humanos, voluntarios, libres que se rigen por normas administrativas y que en el seno del derecho administrativo despliegan su eficacia. De este modo, considera actos administrativos una instancia o cualquier petición por ser realizada por los particulares en el seno de una relación jurídico-pública con la Administración, pp. 531 y ss.

A pesar de ello, y de que del ejercicio de la comunicación no se derive ningún acto administrativo, hemos de hablar de un procedimiento administrativo, por muy *sui generis* que nos parezca³⁸⁰. El procedimiento administrativo no debe considerarse exclusivamente como un mecanismo de desarrollo de la acción administrativa, sino que debe constituir un lugar donde, verdaderamente, se hagan presentes los diversos intereses implicados.

Cuando el interesado presenta una comunicación a los órganos correspondientes lo que expone y se registra no es una solicitud de autorización administrativa, sino una declaración del particular. En esta declaración manifiesta su intención de iniciar un cometido empresarial pasado un plazo, porque así se lo permite la ley y sin perjuicio, en todo caso, de una oposición administrativa.

Las actividades sujetas a comunicación son actividades liberalizadas, cuyo ejercicio depende exclusivamente de la voluntad del particular del cumplimiento de los tres requisitos básicos anteriormente apuntados: un autocontrol susceptible de ofrecer garantías a la Administración; su presentación junto con la comunicación y el transcurso de un plazo determinado con un resultado silente.

El vocablo solicitar implica procurar obtener algo que se pretende de un sujeto destinatario, pidiendo una actuación concreta a tal efecto; la voz comunicar, en cambio, conlleva solamente el hacer partícipe de algo a un sujeto receptor sin recabar de éste un determinado comportamiento. La comunicación previa pretende, simplemente, informar a la Administración a efectos de la interposición del veto, puesto que el ejercicio de la actividad es libre, no sujeto a autorización, en otras palabras.

La desaparición del control inicial de los poderes públicos, en el régimen de comunicación, libera a la Administración de controlar la adecuación a la legalidad de las actividades. El control se presenta ejercido por el propio particular en el propio documento de la comunicación. Sin embargo, debe juzgar en todo caso la existencia o inexistencia del autocontrol, a efectos de interponer o no su veto

³⁸⁰ A pesar de que puedan aparecer opiniones en contra de la presencia de un procedimiento en el régimen de comunicación, la verdad es que, en todo caso, debería existir. No sólo por ser el lugar de encuentro idóneo entre la Administración y el ciudadano en general, sino para garantizar la presencia de trámites capitales como el de información pública y contextualizar la actividad práctica de la Administración. Todos los autores que hasta ahora han abordado el tema de la comunicación se muestran de acuerdo en la existencia de un procedimiento. ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación: Génesis y efectos*, Aranzadi, 2002, por ejemplo, entiende que en la comunicación, aquello sometido a la autorregulación privada es la práctica totalidad del procedimiento que se centraliza en la propia comunicación presentada. Procedimiento que, aunque breve, no debe mermar los trámites o incidentes que aseguren la atención a los intereses de los implicados y a la inequívoca dimensión pública que tendrá la resolución, explícita o presunta del procedimiento, *op. cit.*, p. 140. Por su parte, AGUADO I CUDOLÀ, V., “El silenci administratiu en el Reglament d’obres, activitats i serveis. Llicències presumptes i comunicació prèvia”, *Dret local*, (FONT i LLOBET, T., coord.), Marcial Pons, Barcelona, 1997, en un esfuerzo de abstracción de la mecánica de esta institución en general, expone su funcionamiento procedimental centrandolo en las distintas formas de terminación, pp. 209 y ss. TORNOS MAS, J., “La simplificación procedimental en el ordenamiento español”, *RAP*, núm. 151, 2000, también apuesta por la existencia de un procedimiento en tal sentido, p. 64. El anexo documental que aparece en la obra de CHOY I TARRES, A., *L'autorització i la llicència ambiental*, Bayer Hermanos, Barcelona, 2000, relativo a los modelos orientativos de documentos a redactar por el Ayuntamiento en el procedimiento ordinario de las solicitudes de autorización, licencia ambiental y régimen de comunicación, evidencia su opinión al respecto, pp. 188 y ss. Finalmente, NÚÑEZ LOZANO, M. C., *Las actividades comunicadas a la Administración: la potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid, 2001, quien ofrece un planteamiento de la figura que con pretensiones sistematizadoras, incide de lleno en sus posibles trámites procedimentales. pp. 128 y ss.

en el marco de un procedimiento, observando si ofrece garantías suficientes o no del cumplimiento de la legalidad. Por tanto, la comunicación inicia un procedimiento de verificación de tipo meramente formal y no un procedimiento de control en el sentido propio de la palabra. Sólo en la medida de que la información presentada no ofrezca garantías suficientes, la Administración podrá, ahora sí, de oficio durante el plazo previsto, iniciar un procedimiento administrativo de comprobación; donde será plenamente aplicable la regulación de la Ley 30/1992 y la comunicación del particular alcanzará la relevancia de un medio de prueba.³⁸¹

La Administración toma en consideración la información y referencias provenientes de la autorregulación privada a efectos de tomar una decisión en el procedimiento: la oposición o no del veto. No obstante, como vemos, conserva en todo caso la potestad última de comprobar por ella misma la información transmitida y reconducir, si es el caso, los efectos de la propia autorregulación.

La ley no prevé para el régimen de comunicación un procedimiento concreto. No se regulan los pasos concretos a seguir de forma que, a primera vista, resultamos sorprendidos y contrariados por la ausencia de trámites tan capitales como el de audiencia o el de información vecinal. Queda patente la necesidad de un procedimiento específico; las características y singularidades del régimen de comunicación lo hacen preciso. Solo así, dotándole de un procedimiento como medio de garantía y defensa de los derechos e intereses de los particulares, se favorece la asimilación y confianza en esta nueva técnica. Mientras tanto, en ausencia de una regulación diferenciada, debemos considerar aplicables las prescripciones de la Ley 30/1992, pues en ella se contiene la regulación del procedimiento administrativo común³⁸².

b) La exigencia de norma reguladora del procedimiento

Las dos modalidades de declaración previa están dibujadas a retazos en la LRJ-PAC, sin que contengan todas las peculiaridades que delimitan tanto la forma de presentación como las posibilidades de intervención de las Administraciones públicas. Es una consecuencia lógica del hecho de que ambas declaraciones han de conectarse a ámbitos muy diferentes de actividad particular y, por consiguiente, la estructuración del procedimiento, la documentación que se requiera, los límites de cada una de ellas y sus efectos deben recogerse en una norma posterior. Este hecho es de excepcional importancia, pues supone que no nos encontramos ante actos

³⁸¹ Hace aparición aquí el efecto presuntivo que proclamábamos de los métodos autorregulativos. Concretamente, la presunción de legalidad otorgada a la comunicación hecha por el particular, que es susceptible de ser destruida en el seno de un procedimiento de comprobación administrativo, donde alcanzará la relevancia de un medio de prueba. *Vid.*, AGUADO I CUDOLÀ, V., “La prueba en el procedimiento administrativo sancionador”, *DA*, núm. Extra 1, 2001, pp. 91-114 y *La presunción de certeza en el procedimiento administrativo sancionador*, Escola d’Administració Pública de Catalunya, Cívitas, Madrid, 1994.

³⁸² Artículo 1 de la LRJ-PAC. Cabe indicar, a este respecto que, la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre (LPACA), no introduce novedades destacables en materia de procedimiento (arts. 54 a 96). *Vid.*, igualmente, TORNOS MAS, J., “Algunas reflexiones sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común”, *Autonomías*, núm. 16, 1992, pp. 7-17.

administrativos sino sólo ante actos de particulares, y por ello, todo el régimen de los actos no se podrá aplicar en bloque a estos títulos.

La propia ley es consciente de su limitación ontológica y remite en todos los elementos anteriores a la norma de procedimiento que configure la Administración pública responsable. El artículo 71 bis. 3 lo dispone de forma nítida: “Las declaraciones responsables y las comunicaciones previas producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente y permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas”.

Es la norma la que tiene que estructurar el mecanismo de control que resulte adecuado para la actividad de servicios concreta, partiendo del problema planteado de cuándo se puede recurrir a la autorización y cuándo a estas modalidades de declaraciones previas. A partir de aquí la Administración puede iniciar el proceso, teniendo presente la exigencia de simplificación administrativa, el peso que han de tener los elementos de acceso electrónico a los servicios públicos.

Tanto es así, que la norma de procedimiento tendrá que configurar incluso los casos en los que se permite que el inicio de la actividad pueda efectuarse con carácter previo a la presentación de la comunicación, de acuerdo con lo previsto en el segundo inciso del artículo 71 bis.3. Posiblemente no sea un supuesto para las declaraciones responsables sino meramente para las comunicaciones previas.

La regla de configuración de las declaraciones previas ha de prever aspectos relevantes de su contenido y efectos, ya que la norma de habilitación resulta totalmente insuficiente, tanto en relación a los requisitos de los operadores como a los trámites necesarios de los procedimientos administrativos que han de ser seguidos.

En cuanto a su contenido, hay dos elementos relevantes: por un lado, contemplar los requisitos que exige la Administración para poder realizar la actividad, lo que habrá de plantearse de forma objetiva, transparente y no discriminatoria. No cabe aquí discrecionalidad administrativa en cuanto a la conveniencia de ejercer su actividad y cabrá valoración por parte del órgano competente en la medida en que haya elementos ponderables en el desarrollo de la misma, contempladas en la norma de reconocimiento. No resulta razonable que se planteen de otro modo, ya que es un elemento determinante para el ejercicio de la actividad.

De forma complementaria con lo anterior, qué mecanismos de acreditación del cumplimiento de los requisitos; lo cual ha de tener, asimismo, un grado de certeza suficiente para que el operador jurídico tenga seguridad. En este punto jugarán un papel esencial los informes de expertos externos a la propia Administración, que acostumbran a jugar un papel relevante. Nótese que lo anterior es básico para que la actividad se pueda seguir ejerciendo, ya que, como dispone el artículo 71 bis.4

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

c) La existencia de criterios estrictamente reglados

El funcionamiento eficaz de las técnicas que nos ocupan es incompatible con las dilaciones y las incertidumbres, exige que el control administrativo no entorpezca el impulso emprendedor de los particulares y reclama la máxima seguridad, tanto para el interesado que se aventura en invertir esfuerzo y recursos sin poseer un “papel” oficial que le respalde, como para la Administración que ha de confiar en que la actividad ya emprendida cumple con los requisitos exigidos. Esto significa que las reglas del juego deben estar predeterminadas y ser muy claras, para que el mecanismo pueda estar presidido por la transparencia y la automaticidad. Por consiguiente, nada más contrario a esto que la existencia de márgenes interpretativos, de conceptos indeterminados y, en suma, de facultades discrecionales. Ciertamente, las actividades comunicadas deben regirse por criterios estrictamente reglados.

De acuerdo con lo expuesto, es evidente que son excluibles todas las actividades cuyo acceso venga limitado por la escasez de recursos naturales o por razón de capacidades técnicas, circunstancias éstas que ya de por sí complican notablemente el otorgamiento de autorizaciones. Por tanto, lo discrecional debe quedar confinado en el ámbito de las autorizaciones y aun así debe hallarse comprimido al máximo³⁸³. Sin embargo, la propia Ley estatal 25/2009 se sale de estas coordenadas al contemplar la posibilidad de acceder, mediante la figura de la declaración responsable, a usos especiales del dominio público hidráulico (navegación y flotación, barcas de paso y sus

³⁸³ Hay que observar que el artículo 10 de la Directiva de Servicios, que lleva por título “Condiciones para la concesión de autorización” se refiere indirectamente a las autorizaciones discrecionales, aunque sin nombrarlas así. Este giro elusivo hace el precepto algo oscuro en una primera lectura. Su apartado 1 dice así: “Los regímenes de autorización deberán basarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que dicha facultad no se ejerza de forma arbitraria”. El apartado 2 enuncia las características que deberán reunir dichos criterios: a) no ser discriminatorios; estar justificados por una razón imperiosa de interés general, ser proporcionados a dicho objetivo de interés general, claros e inequívocos y objetivos, ser hechos públicos con antelación, transparentes y accesibles. En efecto, prima facie, es posible interpretar que la Directiva habla de autorizaciones regladas, pero a lo que se refiere en verdad es a una “facultad de apreciación” (discrecionalidad) delimitada por unos criterios para que aquella discurra por cauces objetivados. No se trata más que de imponer la tendencia, absolutamente lógica, de que la discrecionalidad reduzca sus márgenes, sin desconocer que la discrecionalidad en sí puede existir. Sin embargo, la Ley 17/2009, parafraseando de modo incompleto lo que establece la Directiva, hace una interpretación maximalista del asunto y viene a negar la existencia misma de discrecionalidad en el otorgamiento de toda autorización, lo que puede en algún caso chocar con la realidad de modo grave. Así, el artículo 6 de dicha Ley ha venido a decir que “los procedimientos y trámites para la obtención de autorizaciones a que se refiere esta Ley deberán tener carácter reglado, ser claros e inequívocos, objetivos e imparciales, transparentes, proporcionados al objetivo de interés general y darse a conocer con antelación”.

embarcaderos, y cualquier otro uso que no excluya la utilización del recurso por terceros)³⁸⁴, dejando así a la disponibilidad de la iniciativa privada un espacio -el de los permisos demaniales-tradicionalmente reservado a criterios administrativos de oportunidad o conveniencia, amén de su significación general como actos de tolerancia revocables *ad nutum*³⁸⁵.

No es extraño por ello que en estos casos se haga preciso que el legislador adultere el mecanismo normal de la “actividad comunicada” mediante la demora de su eficacia y la introducción de periodos específicos de veto o control administrativo, todo lo cual viene a desnaturalizar la ratio de estas figuras. Ocioso es decir que si éste es el resultado final, mejor sería seguir el cauce natural, esto es, la autorización previa. Con toda razón afirma TRAVI, que tiene sentido proceder a la liberalización de una actividad sólo si para esa actividad existe una normativa que asegure claridad y certeza, pues de otro modo, paradójicamente el resultado de la reforma es opuesto respecto del deseado³⁸⁶.

No obstante, hay que reconocer que la cuestión no puede plantearse en términos simplistas ya que aun en el marco de actividades genuinamente regladas puede ser necesaria una intervención administrativa, aunque mínima, para “modalizar” el ejercicio del derecho de que se trate con el fin de concordarlo con el interés público, intervención que evidentemente cae fuera de lo reglado, si no en el qué, sí en el cómo, el cuándo y el dónde (por ejemplo corrección del itinerario programado para celebrar una manifestación), intervención ésta que el art. 71 bis LRJ-PAC no contempla, pero que debe admitirse por ser conforme con la naturaleza de las cosas. Cosa distinta sería que la Administración tratara de introducir, so pretexto del control, criterios de apreciación discrecionales que son impropios de estas técnicas y que tienen su sede natural en el campo de las autorizaciones.

Es rechazable que las declaraciones responsables o comunicaciones funcionen en realidad como autorizaciones encubiertas.

³⁸⁴ Artículo 32. Uno y Dos de la citada Ley. Por otra parte, no deja de ser paradójico que se pueda acceder al uso especial mediante una declaración responsable cuando si se trata de una solicitud el silencio es negativo (art. 43.2 LRJ-PAC)

³⁸⁵ Es, desde luego, muy arriesgado que la Ley trate con ligereza estos temas, por los problemas que en la práctica puede generar, sobre todo cuando los usos especiales tienen permanencia y envergadura (así, embarcaderos, establecimiento de zonas recreativas y deportivas, arts. 69 y 74 RDPH) supuestos en que casi siempre será preciso que la Administración contraste caso a caso la concordancia de la actividad proyectada con el interés público o con los derechos e intereses de terceros. Dicho sea en otras palabras, es inconcebible que el interesado, sin más requisito que formular una declaración responsable pueda proceder a una tala de árboles en cauce público o establecer un embarcadero en el lugar que se le antoje. En estos casos siempre será precisa una intervención administrativa en la que inevitablemente jugarán apreciaciones de carácter discrecional. Prueba de ello es la previsión que la Ley 25/2009 hace respecto de un uso de intensidad relativa, tal como la navegación recreativa en embalses, disponiendo que “en la declaración responsable deberán especificarse las condiciones en que se va a realizar la navegación para que la Administración pueda verificar su compatibilidad con los usos previstos para las aguas almacenadas, protegiendo su calidad y limitando el acceso a las zonas de derivación o desagüe, según reglamentariamente se especifique”.

³⁸⁶ TRAVI, A., “La liberalizzazione”, *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 3, 1998, p. 653.

d) La necesidad de modelos normalizados

Como queda dicho, la automaticidad y la eliminación de incertidumbres son dos condiciones *sine qua non* para el funcionamiento cabal de estas figuras. Ciertamente, este funcionamiento no puede quedar supeditado a lo que opine la Administración en cada caso ni a la interpretación que pueda hacer el interesado sobre cuáles sean los requisitos legales exigibles para acceder a una actividad, máxime cuando se cierne sobre aquél el riesgo de incurrir en responsabilidades administrativas, civiles e incluso penales en caso de “inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o a una comunicación previa...” (art. 2.Tres, Ley 25/2009).

Propiamente, la cuestión entronca con los deberes de transparencia e información en que, por cierto, insiste la Directiva de Servicios. Ya desde su Preámbulo proclama que la información a los prestadores y destinatarios de los servicios debe ser clara e inequívoca, debiendo incluir, en particular, información relativa a procedimientos y trámites (Considerandos. 50 y 51), lo que reproduce en el artículo 7.1. Este deber de información no incluye el asesoramiento aunque sí comprende la ayuda³⁸⁷, consistente en “dar información sobre la forma en que se interpretan y aplican generalmente [...] los requisitos aplicables a los prestadores establecidos en su territorio, en especial los relativos a los procedimientos y trámites necesarios para acceder a las actividades de servicios y ejercerlas”³⁸⁸.

La Ley 25/2009 ha hecho una certera traducción de estos principios, integrando en el nuevo artículo 71 bis de la LRJ-PAC dos precisiones cruciales. Así, en el apartado 1 dispone que “Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable” y el apartado 5 ordena inequívocamente que “las Administraciones Públicas tendrán permanentemente publicados y actualizados modelos de declaración responsable y de comunicación previa, los cuales se facilitarán de forma clara e inequívoca y que, en todo caso, se podrán presentar a distancia y por vía electrónica”³⁸⁹.

Es ocioso decir que estos modelos no tienen valor constitutivo sobre lo que sea derecho válido y vigente en cuanto a los requisitos exigibles al interesado, sino un valor declarativo, aunque muy cualificado, si se quiere; pero los vicios de que adolezcan no pueden perjudicar al interesado que

³⁸⁷ El artículo 7.6. DS precisa que “la obligación de las autoridades competentes de asistir a los prestadores y los destinatarios no les exige que faciliten asesoramiento jurídico en casos particulares, sino que se refiere únicamente a información general sobre la forma en que suelen interpretarse o aplicarse los requisitos”.

³⁸⁸ Art. 7.2. en relación con el 7.1.a) de la Directiva.

³⁸⁹ Secundando esta importante previsión, el Real Decreto 136/2010 de 12 febrero modifica el Real Decreto 772/1999 de 7 mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones, estableciendo como preceptivo “en todo caso el establecimiento de modelos normalizados de declaraciones responsables y comunicaciones previas” (tener en cuenta que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, esta norma queda expresamente derogada, tal y como resulta de lo dispuesto en la letra f), aptdo. 2, de su Disposición derogatoria única). Algunas disposiciones autonómicas también han explicitado este deber; así, Canarias, Decreto 9/2010, Sistema agrícola de producción integrada. Cataluña, Decreto-Ley 1/2009 sobre equipamiento comercial. Castilla y León, Decreto-Ley 3/2009, medidas de impulso de las actividades de servicio; Región de Murcia, Ley 12/2009.

ajustara sus actuaciones a lo indicado por aquéllos. No han llegado estas disposiciones a precisar si es obligatorio para el interesado el uso directo de estos modelos, lo que a primera vista podría ser respondido afirmativamente habida cuenta la obligatoriedad de que aquellos existan.

Sin embargo, parece más correcto sostener que no es obligatoria la utilización del modelo facilitado por la Administración³⁹⁰ aunque, lógicamente, siempre tendrá el interesado que operar con las fórmulas establecidas, siendo responsable de las infracciones que puedan venir causadas precisamente por no ajustar su comunicación a los requisitos fijados en los referidos modelos.

6.1.2. Disposiciones generales del procedimiento administrativo

Que nos encontremos ante una carga para el particular con la finalidad de ejercitar una actividad económica, no significa en modo alguno que con declaración responsable y comunicación previa no haya que tramitar un procedimiento administrativo, del que quede constancia en un expediente, con independencia de que, en condiciones normales, no haya decisión administrativa y se ejercite la actividad sólo con el acto privado del comunicante.

Obviamente, el procedimiento ha de venir estructurado en la norma de configuración de la comunicación previa, dado que la regulación del artículo 71 bis LRJ-PAC no resulta suficiente a estos efectos. En consecuencia, es la norma donde se ha de configurar un procedimiento adaptado a la naturaleza de estas comunicaciones previas, el cual tiene que partir del hecho de la tramitación electrónica del procedimiento, que es la forma que se pretende que se ejercite, ya que debería servir en el marco de toda la Unión Europea, a través del procedimiento de ventanilla única³⁹¹.

Por otra parte, no podemos olvidar que la revisión de procedimientos administrativos es una exigencia de la Ley 17/2009, que en su artículo 17.1 dispone que “las Administraciones Públicas revisarán los procedimientos y trámites aplicables al establecimiento y la prestación de servicios con el objeto de impulsar su simplificación”.

La importancia que tiene la estructuración del procedimiento administrativo radica en un mecanismo de garantía del particular, ya que la Administración retiene facultades de inspección y control que podrían determinar el veto a la continuación del ejercicio de la actividad por parte del particular. Esto conlleva asimismo que podrán ejercitarse los derechos del ciudadano del artículo 35, especialmente significativos en la modalidad electrónica, que será el modo normal de proceder en los casos de comunicaciones previas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.3 de la Ley

³⁹⁰ Ello por razones de corte principal: antiformalismo, seguridad jurídica, etc. Avala la orientación antiformalista el RD 249/2010 de 5 marzo (sobre energía y minas) al disponer que la declaración responsable “Se podrá presentar utilizando el modelo establecido en el apéndice 4 de este reglamento”.

³⁹¹ Véase, en este sentido, el sistema parte de la tramitación a través de EUGO, que está abierta en <http://www.eugo.es>.

11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos³⁹². Pero, al mismo tiempo, las condiciones en las que se produce el ejercicio constituyen un elemento de garantía para el interés general y, de ellas, ha de quedar constancia en el expediente que se configure.

a) Iniciación e instrucción del procedimiento.

El procedimiento administrativo para el inicio de la actividad de servicios se tiene que iniciar a través de la propia comunicación previa, que deberá realizarse de acuerdo con los modelos que determine la Administración o que tengan un resultado equivalente³⁹³. El artículo 71 bis.1 LRJ-PAC insiste, en este sentido, en la claridad en la formulación de la declaración por parte del particular: “los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable”. Téngase presente que, por un lado, la ley configura la aprobación de estos modelos una obligación de la administración competente, lo cual además pasa a ser una necesidad desde el momento en que con ellos se va a tramitar en la mayor parte de los supuestos un expediente electrónico. Por ello, el apartado quinto del artículo 71 bis LRJ-PAC dispone que “las Administraciones Públicas tendrán permanentemente publicados y actualizados modelos de declaración responsable y de comunicación previa, los cuales se facilitarán de forma clara e inequívoca y que, en todo caso, se podrán presentar a distancia y por vía

³⁹² Recordemos la redacción de dicho precepto, a cuyo tenor: “en particular, en los procedimientos relativos al acceso a una actividad de servicios y su ejercicio, los ciudadanos tienen derecho a la realización de la tramitación a través de una ventanilla única, por vía electrónica y a distancia, y a la obtención de la siguiente información a través de medios electrónicos, que deberá ser clara e inequívoca:

- a) Los requisitos aplicables a los prestadores establecidos en territorio español, en especial los relativos a los procedimientos y trámites necesarios para acceder a las actividades de servicio y para su ejercicio.
- b) Los datos de las autoridades competentes en las materias relacionadas con las actividades de servicios, así como los datos de las asociaciones y organizaciones distintas de las autoridades competentes a las que los prestadores o destinatarios puedan dirigirse para obtener asistencia o ayuda.
- c) Los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a prestadores de actividades de servicios.
- d) Las vías de reclamación y recurso en caso de litigio entre las autoridades competentes y el prestador o el destinatario, o entre un prestador y un destinatario, o entre prestadores”.

³⁹³ NÚÑEZ LOZANO, M. C., “Las declaraciones responsables y las comunicaciones en el Proyecto de ley del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas”, *DA*, núm. 2, 2015, respecto del aptdo. 2 del art. 69 de la LPACA señala lo siguiente: “El apartado segundo prescinde del calificativo de “previa” con que su homólogo del artículo 71.bis LRJAP se refiere a las comunicaciones -extremo que se repite en los demás apartados del artículo 69- y sustituye la obligación de poner en conocimiento de la administración los “demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1”, por la de poner en conocimiento “cualquier otro dato relevante para el inicio de una actividad o el ejercicio de un derecho”. Esta sustitución comporta una mayor inseguridad jurídica si se interpreta que se confía al interesado la carga de discernir cuáles son los datos relevantes que ha de poner en conocimiento; aunque también puede interpretarse que contiene un mandato a la administración para que aligere la densidad de los modelos de comunicación, que en la práctica –y a mi juicio erróneamente- han venido a suplir la necesaria predeterminación normativa que requiere el régimen de actividades comunicadas. En todo caso, se marcan distancias entre la comunicación y la solicitud de inicio de un procedimiento, lo que no deja de ser paradójico a la vista del tercer párrafo del artículo 21.1 del Proyecto, que ahora exceptúa de la obligación de resolver a los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de declaración responsable o comunicación a la administración, de manera que se considera que las declaraciones responsables y todos los tipos de comunicaciones inician un procedimiento, no solo, por tanto, las comunicaciones previas con potestad de veto. A propósito de ello, la cuestión principal que suscita esta novedad es la de si la administración dispone de medios para realizar un control sistemático y no aleatorio del ejercicio de cuantos derechos y actividades se encuentran sometidos a declaración responsable y comunicación.

electrónica”. El documento que suscriba el particular se deberá acompañar de todos los elementos complementarios que haya determinado la norma y que servirán para acreditar que cumple con los requisitos que prevé la norma para el ejercicio de dicha actividad de servicios³⁹⁴.

La presentación errónea o incompleta de la documentación supone que la Administración tendrá la obligación de requerir al particular, al amparo del artículo 71 LRJ-PAC -o norma equivalente, como ocurre con el artículo 97 del ROAS catalán-, para que subsane los vicios que presente en el plazo que determine la norma de procedimiento. Esto tiene transcendencia por dos razones: por un lado, supone la suspensión del plazo para el ejercicio del veto por parte de la Administración y, por otro, la falta de subsanación de un elemento esencial ha de entenderse como desistimiento del particular del procedimiento y, en consecuencia, de la voluntad de ejercicio de la actividad que se haya solicitado en su momento.

Una vez presentada la comunicación se abre, por parte de la Administración, la posibilidad o deber de inspección, en función de la modalidad de comunicación previa tal como se señaló con anterioridad: en los casos de las declaraciones responsables es obligatoria la apertura de un procedimiento de control mientras que en los casos de meras comunicaciones previas se aportan unos datos que, en función de la política que en cada momento tenga la Administración, conduce o no a un procedimiento de control³⁹⁵. Conviene tener presente que dicho procedimiento, en estos supuestos, está presidido por el principio de proporcionalidad en función del momento en que se presentó la declaración responsable, salvo, evidentemente, que se presente un problema de protección de los consumidores que provoque la reaparición de las facultades de inspección por parte de la Administración competente.

También en ese sentido, ante las deficiencias en la presentación de la comunicación -ya sea por defectos u omisiones- la Administración deberá requerir, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71 LRJ-PAC y como procedimiento administrativo que es, la presentación de una declaración responsable para que subsane. En principio, la falta de aportación de la documentación relevante tiene el efecto de desistimiento de la voluntad de desarrollo de la actividad de servicios.

El desarrollo de los procedimientos no suele estar muy formalizado, teniendo en cuenta la propia naturaleza de la potestad administrativa que se está ejercitando. En todo caso, de lo que se trata es de concretar cómo se materializan las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones públicas. Las consecuencias que tiene el ejercicio de esta potestad por parte de la Administración -el veto a la continuación de la actividad o la imposición de elementos secundarios, tales como condiciones o modos-, obliga a que se guarden todas las garantías del procedimiento, incluyendo el trámite de audiencia del artículo 84 LRJ-PAC. Exige

³⁹⁴ El aptdo. 5 del art. 69 LPACA no experimenta tampoco grandes modificaciones respecto del texto del mismo apartado del art. 71 bis LRJ-PAC, pues simplemente se mejora la redacción y se suprime la mención de que las declaraciones y comunicaciones se podrán presentar a distancia por vía electrónica, en consonancia con la generalización de esta posibilidad.

³⁹⁵ *Vid.*, la Ordenanza reguladora de Obras de edificación y Actividades del Ayuntamiento de Valencia (BOP. de 16-07-2012).

también la recepción de la documentación en cualquier lengua de la Unión Europea de acuerdo con lo previsto en la Directiva de Servicios y permite la petición de informes y la apertura de procedimientos de prueba en los casos en que resulte necesario. Y, en fin, habrá que conservar un expediente administrativo, como si el resultado final fuera un acto administrativo. Desde esta perspectiva, ninguna diferencia existe entre la tramitación de un procedimiento que concluye con una resolución que con éstos otros procedimientos que terminarán (o no) con el silencio de la Administración receptora de la comunicación previa al ejercicio de la actividad económica.

En esta línea, que nos encontremos ante un procedimiento poco formalizado, que se pretende que sea rápido, no debe suponer la inexistencia de garantías para terceros interesados -participando mediante las alegaciones correspondientes- y que, en los casos que se requiera, haya que abrir procedimientos de información pública. No se oculta, sin embargo que, en la práctica puede resultar, tal como ocurre en las comunicaciones ambientales, que el procedimiento es, a todas luces, silencioso y obtuso. La participación de terceros mediante los trámites aludidos se reputa inexistente.

No obstante, conviene recordar que la Directiva de Servicios tiene como uno de sus principales propósitos el de la simplificación administrativa y el de la tramitación electrónica de los procedimientos. Con ello, en el fondo, se está obligando a que los entes públicos reformulen los procedimientos para adaptarlos a ambas realidades.

b) Terminación del procedimiento

El procedimiento administrativo concluirá, una vez instruido, a través de formas que están adaptadas a la propia naturaleza de la declaración responsable, por el mero transcurso del plazo, sin que la Administración haya ejercitado el veto al desempeño de la actividad o bien con una resolución administrativa en este sentido, que frustraría -si hay veto administrativo- o modularía -si se establecen condiciones o modos para la continuación del ejercicio de la actividad- la propia comunicación previa.

Si la inspección tiene efectos de conformidad con la declaración presentada, nos encontramos con que la Administración no tiene, en principio, la obligación de comunicar al particular el resultado a que ha llegado. No está en la esencia de las declaraciones previas y, en consecuencia es lo que resulta más consecuente. Con ello, el particular podrá continuar ejerciendo la actividad en las condiciones que están establecidas en la norma de procedimiento.

De este modo, si el resultado de la inspección es de disconformidad con el ejercicio de la actividad, la consecuencia es un veto para continuar el ejercicio de la actividad, ya sea total -que lo impide- o parcial -que introduce condiciones, términos o modos en su ejercicio-. Teniendo en cuenta que nos encontramos ante la restricción del ejercicio de un derecho, la resolución deberá ser necesariamente motivada, incluyendo los aspectos que impiden el ejercicio de la actividad o que justifican la imposición de condiciones.

Si la Administración ejerciera la potestad de vetar el ejercicio de la actividad, ésta siempre tendrá que ser por razones objetivas, y que estén recogidas en la norma. No cabrán, en consecuencia, las razones de oportunidad para la denegación del ejercicio de la actividad, lo cual no significa que no exista margen para la valoración del órgano administrativo. La consecuencia directa es que el particular debe dejar de prestar el servicio en el caso de que ya se haya iniciado la actividad económica. Vinculado a lo anterior, aparece la posibilidad de que la Administración abra un procedimiento sancionador, precisamente por ejercer una actividad sin sometimiento a las condiciones que recoge la norma. Y, por último, tal como recoge el artículo 71 bis.4 LRJ-PAC, “asimismo, la resolución de la Administración pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un periodo de tiempo determinado, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación”.

Con respecto a este mismo apartado 4, el artículo 69 LPACA muestra muy pocas variantes al respecto. Interesa destacar aquí, únicamente, que la no presentación de documentación que sea requerida para acreditar el cumplimiento de lo declarado, se contempla como nuevo supuesto para la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho así como la aplicación del régimen de responsabilidades que corresponda.

c) Régimen del silencio

c.1. Silencio positivo

De acuerdo con la Directiva de Servicios, el silencio negativo introduce una forma de control a priori que restringe el acceso a las actividades de servicios y resulta equiparable a la autorización, por lo que únicamente resultará admisible cuando se cumplan los criterios de necesidad justificada por una razón imperiosa de interés general, no discriminación y proporcionalidad. Afirma así la Directiva que “la concesión de una autorización puede ser el resultado no sólo de una decisión formal, sino también de una decisión implícita derivada, por ejemplo, del silencio administrativo de la autoridad competente o del hecho de que el interesado deba esperar el acuse de recibo de una declaración para iniciar una actividad en cuestión o para ejercerla legalmente” (considerando 39).

Vuelve a plantearse el debate sobre si los supuestos de silencio positivo no son, precisamente, esos en que la autorización administrativa debería sustituirse por la comunicación previa y/o la declaración responsable. Al respecto conviene recordar, en relación con las comunicaciones previas y las declaraciones responsables, los problemas que pueden plantearse:

1.- En cuanto a la primera de las cuestiones, la jurisprudencia viene a decir que, cuando el particular no aporta la documentación, ni tampoco es requerido para ello, no se produce el silencio. Posición que, sin más, no parece sostenible, dado que en efecto habrá que determinar, en primer

lugar, qué es lo realmente indispensable para resolver; en segundo lugar, porque suponiendo que sea indispensable dicha documentación, la Administración lo que debe hacer es requerir su aportación, y en tercer lugar, el hecho de que el transcurso del plazo para resolver y notificar se suspenda cuando ha habido requerimiento, significa que, si no hay requerimiento, los plazos prosiguen su curso. La respuesta, por tanto, en estos casos, formalmente debería ser la producción del silencio positivo.

2.- Respecto a la segunda de las cuestiones planteadas, como es sabido, el artículo 42.5 c) de la Ley 30/1992 señala que las causas que justifican la suspensión del plazo máximo para resolver y notificar se da justamente cuando deban solicitarse informes que, además de ser preceptivos, sean determinantes para la resolución del procedimiento; si bien en este caso la suspensión tendrá un período máximo de tres meses. Hay que entender que, para la que la suspensión sea operativa, debe acordarse expresamente y notificarse al interesado; no obstante lo anterior, algunas leyes autonómicas, como la Ley 14/2010, de 3 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos, establecen el automatismo de esa suspensión. Por supuesto no todo informe determinante es además vinculante, por lo que entonces se plantea si el silencio puede operar en los casos en que el informe omitido sea vinculante, habida cuenta que, en estos casos, nos encontramos con un supuesto de compartición de las potestades decisorias. CIERCO SIERA, entiende que, cuando estemos ante un informe vinculante, no puede optarse por la prosecución del procedimiento; pero esto puede chocar con la limitación temporal prevista en el artículo 42.5.c) LRJ-PAC³⁹⁶.

En este punto, tampoco puede olvidarse que el artículo 83 de la LRJ-PAC permite continuar el procedimiento en caso de falta de emisión de informes determinantes en plazo. Pero con esto no se soluciona completamente el problema que nos ocupa, sean estos informes emanados de la Administración o sean emanados de una Administración distinta. Y sobre todo, los problemas se agudizan en este segundo caso, en que entran en juego las relaciones interadministrativas.

Por otra parte, en los casos en que la Administración que tramita el expediente, no llegara si quiera a solicitar el informe, es lógico pensar que en estos casos, a falta de previsión legal expresa habría que entender producido el silencio positivo, dado que la falta de coordinación entre órganos o Administraciones intervinientes, únicamente puede ser imputable a la Administración.

Finalmente si el órgano que debe emitir el informe vinculante lo hace, y lo hace en sentido negativo, el órgano competente para resolver el procedimiento principal, deberá tener en cuenta dicho informe, aunque lo haya emitido incluso fuera de plazo, pero siempre antes de que se haya dictado propuesta de resolución (artículo 83.4 de la Ley 30/1992) y se respeten los plazos máximos para resolver y notificar dentro del plazo máximo de tres meses establecido en el artículo 42.5 c) LRJ-PAC. La cuestión pues, habrá de dilucidarse a la luz de los principios recogidos en el artículo 4

³⁹⁶ CIERCO SEIRA, C., “Algunas reflexiones sobre la simplificación de los procedimientos administrativos a la luz de los avances de la Administración electrónica”, *RGDA*, núm. 19, 2008.

de la Ley 30/1992, dado que sería absurdo que la Administración no pudiera continuar con el procedimiento por la inactividad de la que debe informar; pero, si finalmente el informe se emitiera, aun fuera de plazo, lo lógico sería, en base al principio de buena fe que debe inspirar las relaciones entre las Administraciones Públicas, tenerlo en consideración.

3.- Por último y respecto a la tercera cuestión planteada relativa al “silencio contra legem”, no es necesario indicar que es ésta la cuestión más candente que se suscita en relación con el silencio positivo. En este punto, la jurisprudencia mayoritaria entiende que no es viable la producción del silencio positivo cuando el acto fuera contrario al ordenamiento, sin embargo, ello no es lo más satisfactorio para la seguridad jurídica del solicitante. Si la Ley estableciera el silencio negativo, aquél sabría que tiene la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional, que habría quedado expedita por la inactividad. Pero, cuando se dice que el silencio es positivo, salvo que ello sea contrario al ordenamiento, en la mayor parte de los casos el solicitante no podrá saber, pura y simplemente, si se ha producido el silencio positivo. Además, ante esta situación la Administración elude toda responsabilidad en el otorgamiento de la licencia, y la responsabilidad se trasladaría al particular.

Con todo, le podemos atribuir un efecto positivo, que es el de reforzar la tesis que se mantiene en este trabajo en el sentido de que el silencio administrativo, desde el inicio del procedimiento, tiene efectos estimatorios o desestimatorios que no se condicionan ni a que la petición sea ajustada a derecho ni a los avatares de los informes interadministrativos; hecho que podrá ser objeto de revisión por la Administración pero no se puede cuestionar el sistema o distorsionarlo simplemente porque no guste (como están haciendo algunas leyes especiales). O lo que es lo mismo, la obligación de comunicar los efectos de la falta de resolución y notificación en plazo es coherente con el hecho de que el artículo 43 LRJ-PAC no permita condicionar el sentido, positivo o negativo, del silencio.

c.2. Distinción entre la autorización administrativa concedida por silencio administrativo positivo, y el régimen de comunicación previa con derecho a veto

En el marco de la actuación comunicada a la que nos venimos refiriendo, al encontrarnos ante un supuesto donde no existe acto administrativo ni expreso ni tácito³⁹⁷, o al menos no lo es si se entiende el acto administrativo como título jurídico, sino tan sólo un derecho de veto a favor de la

³⁹⁷ El acto tácito es, según la sentencia de 6 de marzo de de 1958 que recoge GUAITA MARTORELL, A., “El concepto de acto administrativo”, *REDA*, núm. 7, 1975, p. 538 y ss., “el que surge tácitamente de un comportamiento activo”; en la sentencia de 9 de marzo de 1966, también citada por el mismo autor, se alude al acto tácito como “conducta o comportamiento de significado inequívoco en relación con el particular interesado, en virtud de los cuales es lógico y lícito inferir que la prestación onerosa por el mismo realizada ha de tener su equivalente económico”. Para MARTÍN MATEO, R., “Actos tácitos y actividad autorizante”, *REDA*, número 4, 1975, p. 23, “es una expresión de voluntad deducida de una conducta directamente dirigida a otra finalidad”; según GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo* (el autor cita en esta sede a ZANOBINI), vol. I, 10ª ed., Madrid, 1987, “las declaraciones tácitas de voluntad administrativa consisten en un comportamiento de la Administración que, sin tener por fin manifiesto una voluntad, directamente la presuponen”, *cit.*, p. 449. Por su parte, ESCUIN PALOP, V., *El acto administrativo implícito*, Madrid, 1999, identifica el acto tácito con el acto implícito y lo define como “una declaración de voluntad de un órgano administrativo sin seguir el correspondiente procedimiento”, *cit.*, p. 13. Para BOQUERA OLIVER, J. M., *Estudios sobre el acto administrativo*, 5ª ed., Cívitas, Madrid, 1988, el acto tácito es el silencio administrativo o acto presunto, lo que aquí se entiende por acto tácito es para él acto expreso implícito, pp. 241 y ss.

Administración, el acto de sentido contrario fundado en la nulidad de pleno derecho debe dejar paso a la actividad revisora de oficio. Así, en el supuesto de veto, será necesario seguir un expediente administrativo que termine con una resolución administrativa de prohibición, restitución y prohibición de ejercicio de la actividad, todo ello dependiendo de la norma sectorial. En este caso la resolución será recurrible tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional, dado que dicha resolución sí que es en cambio un acto administrativo, justamente porque es expresión del ejercicio de una actividad que el Derecho confiere a la Administración; el veto es aquí el título jurídico con el cual ésta restringe la libertad de actuación del particular. De ahí la distinción entre la autorización administrativa concedida por silencio administrativo positivo, y el régimen de comunicación previa con derecho a veto, ya que ambas comparten sólo algunos aspectos, sin que quepa predicar de estas la misma identidad. Así, una y otra coinciden en que la petición de licencia y la comunicación desencadenan una labor administrativa de verificación y control que tiene como finalidad clarificar la compatibilidad de lo pretendido con el ordenamiento jurídico; en ciertos casos ambas propician de igual modo la identificación de intereses privados afectados y su participación en el procedimiento de control. Sin embargo difieren en el resultado: si la actividad es contraria a Derecho la Administración se opondrá a su ejercicio en los dos casos, si bien en el supuesto del ejercicio de la potestad autorizatoria mediante la denegación de la licencia y en el del ejercicio de la potestad de veto mediante el acto impeditivo en que éste consiste; si la actividad es conforme a Derecho la Administración la permitirá cuando ejerce su potestad autorizatoria³⁹⁸, pero no si se trata de una comunicación previa, supuesto éste en el que el ciudadano desarrollará tal actividad al amparo de su libertad.

Consecuentemente, las profundas diferencias entre el silencio administrativo positivo y la ausencia de veto de la Administración, no permiten la equiparación. En primer lugar, hay que partir del dato de que el silencio positivo es en nuestro Derecho un supuesto de inactividad administrativa formal³⁹⁹. Presupone, como es sabido, una obligación de resolver y notificar a cargo de la Administración que ésta incumple. Frente a este incumplimiento, la Ley 30/1992 opta por entender que la Administración ha resuelto en sentido afirmativo a lo pedido. El sentido positivo es, por tanto, y en lo que aquí interesa, una autorización notificada al solicitante, como se desprende del

³⁹⁸ FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., “Reivindicación del silencio positivo: Reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas”, *RAP*, núm. 127, 1992, ha señalado que “la potestad autorizante consiste en un derecho-deber de comprobar y constatar que el derecho o la actividad que se pretende ejercitar cumple los requisitos preestablecidos y, por consiguiente, es compatible con el interés público por ella tutelado. Pero el resultado del ejercicio efectivo de esa potestad consistirá en: a) la realización de las actividades de constatación o comprobación pertinentes; b) la emisión del acto administrativo, que no es un acto jurídico de constatación o certificación, sino una declaración de voluntad que consiente y permite la realización de la actividad, sobre la base de las precedentes operaciones de comprobación y constatación”, *cit.*, p. 122.

³⁹⁹ Según la clasificación de inactividad que propugna GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 2002, la omisión de la fiscalización administrativa podría catalogarse como inactividad formal singular procedimental o singular, que se define como “la falta de ejercicio de una potestad administrativa a través de la correspondiente tramitación y resolución de un procedimiento administrativo”; ello no obstante es dudoso, ya que el autor puntualiza que tal actividad consiste “en la no formulación de una declaración unilateral de voluntad, juicio, conocimiento o deseo que resulta legalmente obligada en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria”, pp. 117 y ss. Como se aprecia, es la ausencia del acto administrativo debido lo que parece caracterizar este tipo de inactividad formal.

primer apartado del artículo 43.3 LRJ-PAC, que señala que “la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento”. En el supuesto que estudiamos, hemos de tener en cuenta como dato primordial, que la comunicación cursada a la Administración no genera para ésta obligación de resolver y notificar.

En segundo lugar, la autorización concedida por silencio administrativo positivo es, por tanto, un título jurídico que habilita un comportamiento, en sentido amplio, del administrado. Sin embargo, la ausencia de veto de la Administración, y aquí radica la diferencia fundamental, no es, un acto administrativo, ni presunto, ni tácito, o al menos, no lo es si se entiende el acto administrativo como título jurídico, ya que en el supuesto que estudiamos la Administración carece de potestad para conseguir la actividad notificada. En cambio, sí es un acto administrativo la resolución en virtud de la cual la Administración se opone a la actividad proyectada, justamente porque es expresión del ejercicio de una potestad que el Derecho confiere a aquélla. El veto es aquí el título jurídico mediante el cual la Administración restringe la libertad de actuación del particular.

c.3) Otros apuntes doctrinales

Con el fin de luchar contra “la complejidad, la extensión y la inseguridad jurídica de los procedimientos administrativos” que dificultan el acceso a las actividades de servicios, el artículo 13 DS contiene, como hemos dicho anteriormente, la que ha sido calificada por la doctrina como “una de las modificaciones con mayor trascendencia introducida por la Directiva en los procedimientos autorizatorios”, al establecer el carácter general de la regla del silencio positivo, en términos que no admiten ninguna duda.

Pero si el silencio negativo resulta equiparable a una autorización, hay que preguntarse si el positivo no equivale a una comunicación previa.

Para BAÑO LEÓN⁴⁰⁰, la regla del silencio positivo resulta, en la práctica, asimilable a la institución de la comunicación previa, y como tal ha de entenderse aplicable. En este sentido, cita este autor el planteamiento de SANTAMARÍA PASTOR, para quien “la recuperación del silencio positivo pasa, por extraño que parezca, por su erradicación de la teoría del acto administrativo (...)”, añadiendo que si quiere hacerse viable el silencio positivo, “hay que dejar de considerarlo dogmáticamente como un tipo de acto autorizatorio lícito. Hay que invertir el planteamiento y configurar el ámbito material del silencio como un tipo de actividad privada libre sometida a una carga de comunicación previa y susceptible de ser sujeto a un condicionamiento posterior y eventualmente a un reto o prohibición por parte de la autoridad administrativa en un plazo temporal limitado”⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ BAÑO LEÓN, J. M., “El silencio administrativo: notas sobre una regulación anacrónica”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1343 y ss.

⁴⁰¹ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada”, *DA*, núm. 28, 1986, pp. 116 y ss.

GARCIA DE ENTERRÍA había apuntado ya esta idea en 1995⁴⁰², afirmando que cuando existe silencio positivo “más que ante la técnica de intervención con sometimiento a una actividad de autorización previa, nos encontramos ante la técnica de la carga de comunicación del proyecto a la Administración con facultad de ésta de dictar una orden prohibitiva durante un plazo preclusivo”.

Lo que enmascara o esconde esta realidad es, como puso de manifiesto GARCIA DE ENTERRÍA, “el hecho de que la comunicación del proyecto se presente bajo forma de solicitud de autorización y que la orden prohibitiva, a su vez, adopte el carácter y se instrumente como una denegación de la solicitud solicitada”.

Muy significativo resulta, en este sentido, la denominación que la regla del silencio positivo o acto presunto recibe en Italia, donde se la conoce como “silencio-consentimiento”.

Si el silencio enmascara una comunicación previa, condicionada a la posibilidad de que la Administración deniegue la actividad en un plazo, este silencio positivo, tal como está configurado, sirve mal tanto a los intereses públicos como a los privados del particular solicitante⁴⁰³.

Ello es así porque, cuando hay un interés público relevante, no puede dejarse al albur de la Administración otorgar por silencio un permiso o licencia para una actividad que pueda afectar a ese interés, pues tal licencia únicamente podrá luego revisarse de oficio por la propia Administración si concurre una causa de nulidad de pleno derecho. Lo propio, en estos casos, es mantener el silencio negativo, lo que es lo mismo que decir conservar el régimen de la licencia o de la autorización previa.

En este sentido se pronuncia BAÑO LEÓN: “La resolución por silencio positivo es incompatible con la configuración de la autorización como prohibición de una actividad bajo reserva de la decisión administrativa, puesto que el interés público que reclama la prohibición no se satisface con el simple transcurso del tiempo. Si los intereses de la protección urbanística o del medio ambiente requieren un control administrativo, la ineficacia de la Administración no justifica en modo alguno la permisividad tácita. La única razón que puede justificar la autorización administrativa previa es que la actividad trascienda los intereses privados afectando a los intereses de terceros, cuando no a los de toda la comunidad”⁴⁰⁴.

⁴⁰² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Sobre silencio administrativo y recurso contencioso”, *RAP*, núm. 16, 1995, pp. 85 y ss., citado por J.M. BAÑO LEÓN en la obra citada *ut supra*.

⁴⁰³ LOZANO CUTANDA, B., “Últimos cambios en las técnicas de intervención administrativa: el difícil equilibrio entre la liberalización y la seguridad jurídica”, *Prestación de servicios, Administraciones Públicas y Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, 2013, Valencia, p. 159.

⁴⁰⁴ BAÑO LEÓN, J. M., “El silencio administrativo: notas sobre una regulación anacrónica”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1343 y ss.

Pero, cuando no concurre un interés general de este tipo que justifique mantener el silencio negativo, la regla del silencio positivo tampoco sirve adecuadamente a los intereses del particular solicitante y sería mejor, por ello, sustituirla por el régimen de comunicación previa.

Ello es así, fundamentalmente, por la inseguridad jurídica que genera poseer un título habilitante “presunto, pero no cierto”. Pero además, el silencio positivo no sirve en absoluto cuando la realización efectiva del derecho que se reclama no se obtiene con el acto presunto estimatorio, sino que exige una actuación material de la Administración. En estos casos de nada sirve que se reconozca *ex lege* el carácter “estimatorio” del incumplimiento por la Administración de su deber. Por ello, muchos de los autores citados propugnan una sustancial reducción de la aplicación del silencio positivo, mediante una revisión que ha de conducir, en muchos casos, a la supresión de la autorización y su sustitución por el sistema de comunicación previa, y en otros a recuperar el carácter tradicional del silencio negativo.

7. Clases de comunicaciones previas por sus efectos

Tras la figura de la comunicación existen diversas técnicas de regulación del acceso al mercado. Éstas se distinguen entre sí en función de que la disposición general que las regule incorpore, junto a la declaración de voluntad del particular interesado, otros elementos que hagan más o menos complejo el título habilitan y, por lo que aquí interesa, que conlleven una mayor o menor incidencia de la intervención sobre los principios constitucionales en juego.

La combinación de dos criterios, esto es, el relativo a la incorporación de procedimientos administrativos de control; y, el segundo, el de cómo se articule la inversión de la prohibición relativa, y, en particular, el de si el momento en el que ésta se produce queda o no diferido al transcurso de un plazo, permite identificar tres categorías de comunicación previa: la simple comunicación sin control, en la que la obtención de título habilitan no se encuentra sometida a plazo alguno; la comunicación previa que da lugar a un procedimiento de control, pero de naturaleza represiva; y, tercero, la denominada comunicación con potestad de veto, que se caracteriza por que la disposición que la regula somete la obtención del título habilitan al transcurso de un plazo, durante el que la Administración desarrolla un procedimiento de control de naturaleza preventiva, que podrá concluir, eventualmente, en el ejercicio de una potestad administrativa de veto.

Existe una cuarta posibilidad lógica, la comunicación sometida a plazo pero sin control preventivo. La finalidad del título sería la de proporcionar información a la Administración pública. No obstante, a pesar de ser teóricamente posible esta figura no se contempla en nuestro ordenamiento jurídico. De hecho, éste suele utilizar la figura de la inscripción en un registro administrativo, a los efectos de adoptar una decisión administrativa habilitante sin control.

7.1. Ausencia de veto: ejercicio instantáneo de la actividad e, incluso, el ejercicio anticipado.

Señala el art. 71 bis, aptdo. 3 LRJ-PAC, que las declaraciones responsables y las comunicaciones previas permitirán “con carácter general el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad desde el día de su presentación”. De ello resulta clara la posibilidad de ejercer la actividad de que se trate desde el momento mismo en que dichos documentos son depositados en cualquiera de los lugares previstos por la propia LRJ-PAC para la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones (art. 38.4). Es más, no prevé expresamente que dicha eficacia se despliegue sólo desde el momento en que la comunicación llegue precisamente al órgano competente o desde el momento en que el interesado obtenga un acuse de recibo⁴⁰⁵. Esta es una regulación “ortodoxa” de la institución que además deja sin fundamento la posición de algunos autores basada en el prejuicio de que la Administración cuenta siempre con un plazo para poder vetar la actividad antes de que esta comience⁴⁰⁶. No es así; lo normal es la eficacia inmediata de la comunicación y lo excepcional -por no decir “anómalo” a la vista del art. 71 bis LRJ-PAC- es la eficacia demorada que analizaremos en el epígrafe siguiente.

La norma no prevé aquí el desarrollo de procedimientos de control administrativo caso a caso vinculados a la práctica de la comunicación. Sin embargo, este hecho no excluye que la Administración pueda ejercer las potestades de inspección y control que tenga encomendadas con carácter general, esto es, resulta perfectamente compatible con un control represivo. Aquí la intensidad con la que se interviene sobre la libertad es ciertamente reducida y desde el punto de vista material, será variable en función de los costes económicos, de oportunidad, o de otro tipo, que para el particular suponga la presentación de documentos.

Por añadidura, a renglón seguido el propio precepto hace la salvedad *-in melior* para el interesado de que la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad, cuando la legislación lo prevea expresamente; es decir, que la actividad puede iniciarse, y la comunicación ser presentada después.

⁴⁰⁵ Lo que no sería ilógico, por analogía con lo previsto en el art. 42.3 b) LRJ-PAC respecto al cómputo del plazo para resolver: “desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación”. En cuanto a la mención que hacemos en el texto a un supuesto acuse de recibo no sería extravagante tal medida pues la propia Directiva de servicios habla de ella en su Considerando 39 aunque no esté plasmada en ninguno de sus artículos, a diferencia de lo que ocurre con toda solicitud de autorizaciones, según dispone el art. 13.5.

El aptdo. 3 del art. 69 de la **Ley 39/2015** (que sustituirá al aptdo. 3 del art. 71 bis LRJ-PAC), acota los efectos de las declaraciones responsables y de las comunicaciones, suprimiendo la referencia a “los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente”, de modo que solo dispone, en lo que ahora interesa, que “permitirán, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación”; y que la comunicación “podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente”

⁴⁰⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. II, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2009, p. 281; SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, *op. cit.*, p. 661. Asimismo, BLANQUER CRIADO, D., *Curso de Derecho Administrativo*, I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 312-313. No cabe duda de que el prejuicio del que hablamos está influido por algunos supuestos concretos, tan significados como el del artículo 21.2 CE relativo al derecho de reunión y manifestación (la comunicación debe hacerse con diez días naturales de antelación, como mínimo (arts. 8 y 9 L.O. 9/1983 de 15 julio, reguladora del derecho de reunión), pero no siempre la legislación ha contemplado esta suerte de eficacia demorada.

Así las cosas, la obligada conclusión es que, a tenor de lo que establece la LRJ-PAC, no cabe hablar en puridad de comunicaciones previas -entiéndase, con eficacia demorada-, sino del posible ejercicio de actividades de modo simultáneo a la comunicación, e incluso de comunicaciones posteriores a dicho ejercicio. Ciertamente, esto es lo que ha quedado establecido en la LRJ-PAC como norma común, y esta es, efectivamente, la solución que puede contemplarse en algunos preceptos de la Ley 25/2009, señaladamente en la rama de “Industria”. Y también es lo que han dispuesto expresamente algunas disposiciones autonómicas; así, tanto para las declaraciones responsables como para las comunicaciones. También pueden encontrarse algunos supuestos, muy escasos, en los que cabe presentar la declaración o comunicación después del inicio de la actividad⁴⁰⁷.

Pero sería erróneo pensar que este “régimen común” sea el que se haya impuesto y rija en todos los casos. La realidad desmiente esta suposición, como seguidamente veremos.

7.2. La comunicación previa con control represivo

Tal y como se ha señalado, la vinculación entre la comunicación previa y el control administrativo es más estrecha de lo que a primera vista podría parecer. En determinadas ocasiones, la disposición general que resulta del título habilitante puede ir más lejos, estableciendo un mecanismo de control administrativo caso a caso que se activaría con la práctica de la comunicación. Nótese que este es un procedimiento administrativo distinto al anterior, que habrá de iniciarse de modo sistemático con ocasión de cada nueva comunicación previa que se practique.

Por otro lado, las comunicaciones con control administrativo caso a caso pueden ser distintas en función de cómo configure la norma el título habilitante, y, en particular, de cuál de las dos siguientes alternativas adopte: es posible, primero, que la inversión en el caso concreto de la prohibición quede operada a la sola práctica de la comunicación por parte del interesado, de modo que el control será *ex post*; por el contrario, conforme a la segunda opción la habilitación queda dilatada en el tiempo al transcurso de un plazo, durante el que se desarrollará un control preventivo.

En el primer supuesto, el control será de tipo represivo. Si un vez concluido la Administración detecta algún tipo de incumplimiento de la regulación material en la actividad del particular y prohíbe su desarrollo, lo hará a través de una prohibición singular de naturaleza igualmente represiva. En el segundo supuesto, el control también será de tipo represivo, y tendrá lugar durante los primeros momentos del desarrollo de la actividad, sin implicar al mismo tiempo, una mayor restricción de la libertad.

⁴⁰⁷ El art. 69.3 de la Ley 39/2015 recoge dos tipos de comunicaciones: las previas con exclusivo control a posteriori y las comunicaciones a posteriori. La consecuencia que de ello se desprende es que todo el conjunto de comunicaciones previas con potestad de veto que en la actualidad se encuentran diseminadas por los ordenamientos jurídicos sectoriales, estatales y autonómicos, quedarían desplazadas por la Ley por tratarse de técnicas de control a priori.

7.3. El veto de la Administración: eficacia demorada

La tercera manifestación de la comunicación previa está configurada, al igual que la anterior, como un instrumento que permite el desarrollo de un control caso a caso. No obstante, se diferencia de ella en el dato capital de que su mera práctica no invierte directamente la prohibición relativa instrumental. Por el contrario, la disposición general que la regula somete la obtención del título habilitante al transcurso de un plazo cuyo cómputo comienza, eso sí, con el acto de comunicación del particular. A lo largo del mismo la Administración desarrolla una actividad de control sobre el proyecto de actividad.

A diferencia de lo que ocurre en la anterior versión, éste va a presentar aquí un carácter preventivo. Como resultado del procedimiento del control, la Administración podrá, bien impedir el ejercicio del derecho mediante el ejercicio de su potestad de veto, o bien abstenerse de actuar, permitiendo así que el particular obtenga el título habilitante con el mero transcurso del plazo.

En primer lugar, el acto de comunicación tiene como principal efecto el de iniciar el cómputo del plazo. Este plazo presenta una doble virtualidad. Es, ante todo, un término cuyo transcurso tiene como consecuencia la obtención del título habilitante. Pero el plazo se encuentra también vinculado al procedimiento administrativo de control, donde opera como marco temporal, no de la obligación de resolver, sino de la subsistencia de la potestad administrativa de veto.

La segunda cuestión es la de las relaciones entre el acto de comunicación y la iniciación del procedimiento administrativo de control. Al igual que ocurre en la segunda modalidad de la figura, también aquí habrá que estar al Derecho positivo. En efecto, será la disposición general que lo regule la que determine si el acto de comunicación genera de modo automático la iniciación del procedimiento administrativo de control, o sí, por el contrario, este es del tipo de los iniciados de oficio. A falta de previsión expresa parece razonable inclinarse por la primera alternativa en atención al principio de celeridad. No obstante, el acto de comunicación del particular a la Administración pública no puede concebirse en puridad como una solicitud de iniciación. Y ello no solo porque con su presentación nada se pide a la Administración, sino también por carecer del principal efecto jurídico de las solicitudes, cual es el inicio del cómputo del plazo de la obligación de notificar una resolución expresa.

En tercer lugar, el transcurso del plazo sin que se produzca el ejercicio de la potestad de veto no puede concebirse como una autorización otorgada por silencio administrativo. El alzamiento de la prohibición relativa no se encuentra sometido en estos casos al dictado de un acto administrativo habilitante, sino que es una consecuencia jurídica del transcurso de un plazo, que se deriva directamente de la Ley. A diferencia de lo que ocurre en el caso del silencio, la norma no desvalora la inactividad del órgano. Tal y como se ha señalado, la ausencia de respuesta es una posibilidad prevista, cuando concurren las circunstancias oportunas, por el ordenamiento jurídico. Por esta razón parece más adecuado considerar que en el procedimiento de control no hay obligación de resolver.

Es sorprendente que la propia Ley 25/2009 haya contemplado una solución distinta a la descrita para los cuatro supuestos del sector “medio ambiente” que la Ley contiene, sin que justifique la razón de este diferente tratamiento. Esto pone de relieve que ya desde el origen mismo de este proceso de transposición de la Directiva de Servicios, empiezan a aparecer preceptos que se apartan del régimen común recién estrenado. Han sobrevenido no pocas disposiciones, estatales y autonómicas, que han optado por la eficacia demorada, tanto para las declaraciones responsables, como para las comunicaciones. La pregunta obligada es si esta solución tiene alguna legitimación o carece de ella. Todo depende de cómo se interprete la expresión “permitirán con carácter general... desde el día de su presentación”, pues se puede entender en sentido imperativo como “generalmente y en todo caso”, lo que sería consecuente con el carácter de norma común propio del art. 71 bis, o bien entenderse como que la fórmula admite excepciones (o sea, “con carácter general... salvo supuestos especiales”); en suma que dicha fórmula estaría legitimando implícitamente supuestos de eficacia demorada.

Aunque en muchos casos esta eficacia demorada puede contar con una justificación razonable –por motivos de seguridad, por la complejidad de la tarea fiscalizadora o por otras causas semejantes– lo cierto es que desde el punto de vista formal o del respeto al sistema normativo la conclusión no puede ser más lamentable: la nueva norma de la LRJ-PAC (art. 71 bis), con sus imprecisiones o sus dudas -“permitirá con carácter general”- ha nacido débil, y por ello se ha visto arrasada por el aluvión de disposiciones que han ido apareciendo sin orden ni concierto.

8. El control de las actividades comunicadas

El desplazamiento del grueso de la actividad administrativa de limitación o policía de un control preventivo a un control operativo, debería haberse visto reflejada en los cambios normativos estatales, autonómicos y locales para transponer la Directiva de Servicios. Por un lado sería preciso abordar un reforzamiento de los, exangües, cuerpos de inspección, unido a una regulación del procedimiento y efectos de su actividad en un contexto en el que esta se convierte en el vértice de la intervención administrativa de garantía de intereses generales. Por otro establecer los requisitos que deben satisfacer las entidades colaboradoras con la Administración (ECAs) cuando el control se desplaza al ámbito privado para que este se desarrolle bajo los mismos parámetros de fiabilidad, independencia y respeto de los intereses públicos.

Con la significativa excepción de Cataluña, esta redefinición del régimen jurídico del control del ejercicio de actividades no se ha reforzado confirmando que más que un cambio de un control ex ante a un control ex post nos encontramos con una mera desregulación puesto que los mimbres con los que cuenta la Administración -y los ciudadanos afectados por estas actividades- para conocer su cumplimiento con los requisitos que le impone el ordenamiento jurídico son muy deficientes. Si existe coincidencia en que apenas se realizan inspecciones, que la regulación de los métodos y

garantías para su ejercicio brilla por su ausencia, parece complicado que este cambio de paradigma encuentre a la Administración preparada para redoblar los esfuerzos en este ámbito⁴⁰⁸.

8.1. Control operativo de las actividades por la Administración

8.1.1. Cuestiones generales

La relación creada entre la Administración y el particular en las actividades sometidas a comunicación o declaración está, como hemos dicho, destinada a perdurar en el tiempo. Subsiste, por lo tanto, la exigencia de que la actividad desarrollada se adecue en todo momento al interés general. Este planteamiento es precisamente el que justifica el nacimiento de las facultades administrativas de intervención posterior, cuya finalidad será la salvaguarda de dicho interés y, eventualmente, la subsanación de vulneraciones normativas⁴⁰⁹.

En el régimen de las comunicaciones previas y declaraciones responsables, se trata de una fiscalización administrativa “en la sombra” que sólo si es negativa se hará visible ad extra. Esto es lo normal, aunque ya hemos visto que no son infrecuentes los supuestos de control preventivo, es decir, aquellos en que declaraciones y comunicaciones tienen una eficacia demorada.

⁴⁰⁸ Así lo hacía notar el Consejo de Estado en el Dictamen 779/2009 en relación con la Ley Ómnibus: “Sin embargo, estas medidas no siempre van acompañadas del correspondiente aumento de los mecanismos de control a posteriori de la actividad, ni de un correlativo refuerzo de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios o del fomento de la calidad de los servicios”. Sobre esta necesidad de reforzamiento de la actividad administrativa de inspección en los supuestos de reducción de la intervención administrativa insistieron diversos autores. *Vid.*, a este respecto, BERMEJO VERA, J., “La Administración inspectora”, *RAP*, núm. 147, 1998, p. 42; FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de inspección*, Comares, 2002, pp. 3 y 4; RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 28.

⁴⁰⁹ Algunos autores han puesto el acento en este control posterior de la Administración como el camino a través del cual proteger los ingresos locales derivados de las tasas. La excepción de la fiscalidad contenida en la Directiva 2006/123/CE y en la Ley sobre el libre acceso a las actividades debe entenderse en términos generales, pues lo cierto es que la nueva normativa afecta de manera indudable a la fiscalidad municipal por los efectos que conlleva la sustitución de las licencias por comunicaciones previas y declaraciones responsables. Tras la modificación de la Ley 30/1992 y del artículo 84 de la LRRL, se ha otorgado renovada relevancia al control posterior como forma de intervención administrativa en las actividades. Al encontrarse éste, de alguna forma, recogido como hecho imponible en el artículo 13 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos, no se ha entendido imprescindible, al menos para parte de la Doctrina, la modificación del Real Decreto 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales. Algunas normas municipales ya han incorporado las declaraciones responsables y comunicaciones previas en su articulado, como ha sucedido con la Ordenanza fiscal reguladora de la tasa por licencias de actividad para la apertura de establecimientos del Ayuntamiento de Granada (BOP. núm. 239, de 16 de diciembre de 2009). Conforme establece su artículo 1, aptdo. 2, están sujetos a dicha tasa todos los supuestos regulados en la Ordenanza Municipal de Licencias, Obras y Actividades, cualquiera que sea su tramitación, mediante control previo o posterior, con solicitud de licencia, declaración responsable o comunicación previa, y entre otros los siguientes: (...) h) La presentación de Declaración Responsable o comunicación previa al inicio de obras conforme a lo dispuesto en la Ordenanza Municipal reguladora de Intervención en materia Urbanística. Asimismo, el art. 3 dispone que el devengo de la tasa y el nacimiento de la obligación de contribuir se producen al iniciarse la actividad municipal que constituye el hecho imponible, y, en lo que aquí interesa, en la fecha de presentación de la declaración responsable o comunicación previa. Las personas que cumplimenten una u otra deben presentar junto con ellas un justificante de haber realizado el ingreso de la tasa correspondiente. La disminución de ingresos del consistorio granadino derivada de la sustitución de las licencias por estas técnicas se observa en un cuadro de tarifas y coeficientes reductores, del que destacaremos la diferencia entre el coste por licencia (797,31 euros), declaración responsable (399 euros) y comunicación previa (181,41 euros).

La intervención pública *ex post* no queda delimitada en el tiempo. El artículo 71 bis LRJ-PAC establece dos posibles momentos en los que presentar la comunicación: antes del comienzo de la actividad o posterior a éste. Sin embargo, en ninguno de los dos casos menciona en qué instante podrán ejercerse las facultades de comprobación, control e inspección.

La normativa de desarrollo o sectorial terminará de perfilar estos aspectos, aclarando para el ámbito concreto la periodicidad del ejercicio de las potestades de control, las características de las actuaciones de inspección, y los derechos que deberán asistir a los administrados ante estas intervenciones programadas o sorpresivas de los órganos administrativos.

Se echa en falta, aun así, la concreción espacio-temporal de las eventuales actuaciones de comprobación, como la que hace la Ley italiana de Procedimiento con los treinta días posteriores a la presentación de la “dichiarazione di inizio”. No hubiera estado de más acotar el ejercicio de esta primera facultad, estableciendo también un período de subsanación de deficiencias no obstativas para el ejercicio legítimo de la actividad⁴¹⁰.

Podemos encontrarnos que el primer control previsto no se reglamente, por ejemplo, hasta un año después de la puesta en marcha. Durante ese tiempo podrían perpetrarse ilegalidades y, lo que es más grave, producirse perjuicios a terceros evitables con la primera toma de contacto sobre la actividad ya en funcionamiento. La facultad de comprobación no tendría que preverse muy alejada en el tiempo, lo justo y necesario para la observación in situ de eventuales desarreglos. El plazo de treinta días, el que habitualmente se ha otorgado a la Administración para ejercer su veto, nos parece razonable. Incluso el control podría resultar más penetrante que en relación a las actividades sujetas a prohibición, pues operaría sobre una actividad ya en desarrollo y no sobre el papel⁴¹¹.

8.1.2. Presupuestos y justificación

El artículo 71 bis LRJ-PAC determina qué tipo de comportamientos son susceptibles de provocar la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o la actividad. Por un lado, se refiere a la inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial en cualquier dato, manifestación o documento

⁴¹⁰ Por último, en cuanto a las facultades de inspección, comprobación y control, el profesor AGUADO I CUDOLÀ, V., “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios: autorización, declaración responsable, comunicación previa y silencio positivo”, *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: Aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona, 2012, apunta “que las normas que estableciesen el régimen de la comunicación previa podrían fijar un término a la Administración para que adoptase las medidas necesarias, ya sea para preservar los derechos del mismo comunicante, ya para salvaguardar el interés público o de terceros; de este modo sería controlable por los Tribunales la actuación administrativa por la que se prohibiese o limitase la actividad comunicada por el particular, cuando ésta fuera extemporánea o respondiese meramente a un ánimo dilatorio con el objetivo de impedir o entorpecer el ejercicio del derecho; así, apunta el citado autor, que la motivación sería un factor fundamental en la adopción de estas medidas de limitación y que otro parámetro importante de referencia para el ejercicio del control judicial sería la proporcionalidad exigible a toda la actuación administrativa y, en particular, a la de limitación”, *cit.*, pp. 81 y ss.

⁴¹¹ VALENTE, M., “Il nuovo art. 19 della Legge 241 del 1990: la Denuncia d’inizio attività ‘immediata’ per l’esercizio di attività di impianti produttivi di beni e di servizi e di prestazione di servizi”. Este artículo puede consultarse en <http://www.diritto.it/pdf/28092.pdf>

que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o a una comunicación previa. Por otro lado, está la no presentación ante la Administración competente de una u otra.

La Ley no distingue y trata de forma homogénea incumplimientos bien distintos, rehuendo darles un tratamiento diferenciado. No es de recibo equiparar su gravedad, y ello debería reflejarse en las disposiciones sancionadoras sectoriales.

El problema que se plantea en este punto es que en su apartado cuarto, el artículo 71 bis únicamente invalida la declaración responsable en los casos en que la inexactitud, la falsedad o la omisión sea de carácter esencial, lo que equivale a que no toda inexactitud, falsedad u omisión que no revista tal carácter, no impedirá que la declaración surta sus efectos, que son el reconocimiento de un derecho o el inicio de una actividad.

Este concepto jurídico indeterminado que es el de la esencialidad vuelve a plantear un problema de interpretación: hasta qué nivel o cota la falsedad todavía no esencial y a partir de qué momento comienza a serlo. De acuerdo con una interpretación sistemática, del conjunto del artículo, se aprecia que obedece a lógicas diferentes, tal vez fruto de intervenciones puntuales en su proceso de redacción. Así, no se entiende que, si la declaración responsable descansa sobre la confianza en el particular, no se reaccione con mayor energía ante una traición de esa confianza. Posiblemente una inexactitud sea susceptible de relativización; en cambio una falsedad es algo más grave, por cuanto existe un elemento doloso de sustituir la verdad por la mentira, de suerte que en sede de declaración responsable, no puede ser admisible en modo alguno el requisito de la esencialidad y mucho menos que se equipare a la inexactitud o a la omisión.

También atribuye este artículo la misma eficacia de invalidar el reconocimiento del derecho o el inicio de la actividad el supuesto consistente en la “no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable o comunicación previa”. Y en este punto resulta obligado plantearse qué sentido tiene invalidar la eficacia de la declaración si la misma no se ha producido. Recordemos que el apartado tercero del artículo 71 bis LRJ-PAC sitúa el momento a partir del cual se reconoce el derecho o se permite iniciar la actividad “desde el día de su presentación”. Por consiguiente, si no existe presentación, no pueden anularse sus efectos.

Así como se encuentra redactado este apartado, parece convertir la presentación de una declaración responsable en una obligación del interesado, cuando es todo lo contrario. Lo cierto es que el artículo 71 bis no califica la declaración responsable, sino que se limita a definirla. Pero no es menos cierto que el sentido de la misma que persigue el legislador no es otro que el de conferir el derecho al interesado de si no puede aportar los documentos que le exige el artículo 70.1 LRJ-PAC, al menos manifestar que reúne los requisitos que le exige el ordenamiento jurídico, y esto es un derecho y no un deber; esto es, habrá que incluirlo en el derecho de los ciudadanos que enumera el artículo 35 de la Ley 30/1992, así como otras normas especiales que contemplan derechos de los interesados, como por ejemplo el artículo 6 de la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los

ciudadanos a los Servicios Públicos, que reconoce el derecho a relacionarse con la Administración en soporte magnético.

Siempre que sea de carácter esencial, la inexactitud, falsedad u omisión determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada. Otra cuestión que llama poderosamente la atención consiste en el momento a partir del cual se impide continuar con el ejercicio del derecho o actividad. El sentido común obliga a que se retrotraigan las actuaciones al momento inicial de la presentación de la declaración responsable con la inexactitud, la falsedad o la omisión de carácter esencial. Sin embargo el artículo 71 bis sitúa los efectos constitutivos de la invalidez “en el momento en que se tenga constancia de tales hechos”. Es decir, que el legislador permite que se inicie una actividad con una simple declaración responsable con datos falsos, de suerte que el ejercicio de este derecho dejará de reconocerse desde el momento en que se constate la falsedad; pero hasta entonces eso no suceda, el mismo será efectivo.

Hemos pasado de la licencia como técnica autorizatoria a la declaración responsable, remitiendo a una función de control posterior, pero admitiendo que, en los casos de falsedades de datos únicamente esenciales, la actividad podrá ser ejercida hasta que se detecte la falsedad⁴¹².

El segundo inciso del apartado cuarto, del artículo 71 bis LRJ-PAC, contempla exclusivamente, como mera posibilidad, la restitución de la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado.

Es decir y abundando en lo que venimos diciendo, en lugar de sancionar de forma ejemplar, como sucede en el modelo anglosajón, la traición de la confianza depositada en el particular, el artículo 71 bis LRJ-PAC remite a “la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias” la retroacción de los efectos y la contempla exclusivamente como una opción. La inexactitud, falsedad u omisión en el contenido de una declaración responsable insistimos, debiera contar con una reacción más enérgica de la Administración.

De hecho, la mayoría de normativas estudiadas consultadas no detallan las consecuencias derivadas de esta “inexactitud, falsedad u omisión”. Sólo algunas, como la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria (artículo 31.2.k), o la Ley 32/2014, de 22 de diciembre, de metrología (art. 11), regulan de forma expresa los efectos de incluir este tipo de datos en las declaraciones responsables. Estos

⁴¹² Obsérvese que en este punto se importa el esquema propio de la anulabilidad de los actos administrativos, si bien se aplica *mutatis mutandi* a los actos de los particulares. En efecto la anulabilidad permite hacer surtir efectos *ope legis* a un acto inválido, de manera que los mismos existen hasta tanto la anulabilidad se declara como tal, que a partir de entonces deja de surtir sus efectos, pero los que han surtido hasta la declaración de anulabilidad subsisten. Así sucede lo mismo, si bien aplicado a los actos de los particulares: la declaración surte efectos hasta en tanto no se descubre la falsedad, en caso de que se detecte, subsistirán los efectos anteriores.

incumplimientos, así como la no presentación de la declaración responsable o la comunicación previa, cuando son exigibles legalmente, son considerados infracción grave⁴¹³.

En Cataluña, el Decreto 106/2008, de 6 de mayo, de medidas para la eliminación de trámites y la simplificación para facilitar la actividad económica, establece que, si una vez hecha la declaración la Administración comprueba la inexactitud o falsedad de los datos declarados, este hecho comporta, previa audiencia a la persona interesada, dejar sin efecto el trámite correspondiente, incluidas las inscripciones que se hayan producido. Si la conducta es, además, constitutiva de infracción, se incoará el correspondiente expediente sancionador, y no podrá presentar nuevamente otra declaración, siendo precisa la aportación documental de los datos cuya existencia antes sólo se declaraba (artículo 5).

La Ley faculta a los órganos competentes para dictar una orden de clausura o cese de la actividad, desde el momento en que tienen constancia de estas circunstancias a las que aludimos. Estas órdenes, técnicas de intervención en sí mismas, deben emitirse tras la substanciación de un procedimiento en el que el particular haya podido ser escuchado. Los principios de contradicción y audiencia han de quedar garantizados, en tanto derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración⁴¹⁴; a menos que sea preciso actuar de forma cautelar e inmediata ante una situación de riesgo para personas y bienes⁴¹⁵.

La orden de cese debería sólo quedar justificada ante la constatación de que la actividad es contraria a Derecho, pues cabe recordar que la legitimidad de la misma proviene directamente de la Ley. Esta afirmación es especialmente relevante por lo que se refiere, en concreto, al incumplimiento de la carga de comunicar. Como ha apuntado la Doctrina: “Si, como afirman nuestros Tribunales, la potestad para otorgar una licencia para el ejercicio de una actividad faculta a la autoridad para ordenar la clausura de la misma cuando se carece de licencia; cuando la Administración no tiene tal potestad no puede tampoco ordenar ningún cese ni clausura si la actividad es, en sí misma, lícita”⁴¹⁶.

Nuevamente la normativa no limita el tiempo en que podrá dictarse esta orden; a pesar de ello, puesto que tiene como presupuesto la falsedad u omisión de datos o documentos, lo deseable sería que se originara en el contexto de las tareas administrativas de comprobación posteriores al inicio

⁴¹³ Es considerada una infracción grave, según el artículo 31.1 de la Ley 21/1992, de industria: “k) La inexactitud, falsedad u omisión en cualquier dato, o manifestación, de carácter esencial, sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos señalados en la declaración responsable o la comunicación aportada por los interesados; l) La realización de la actividad sin cumplir los requisitos exigidos o sin haber realizado la comunicación o la declaración responsable cuando alguna de ellas sea preceptiva.”

⁴¹⁴ *Vid.*, el Dictamen núm. 2/2009, del Consejo Económico y Social, sobre el Anteproyecto de Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, p. 17.

⁴¹⁵ Es destacable en este sentido el artículo 30 del Decreto 48/2009, de 28 de abril, por el que se establecen, en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, medidas ante la crisis económica y de simplificación administrativa.

⁴¹⁶ NÚÑEZ LOZANO, M. C., *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid, 2001, *op. cit.*, p. 124.

empresarial. En cualquier caso, se dictará sin prejuzgar eventuales responsabilidades penales, civiles y administrativas que se pudieran derivar. La suspensión de la actividad se hará, entendemos, sin perjuicio de iniciar tanto un expediente de subsanación de defectos como, en su caso, la instrucción de uno sancionador.

No cabe, por tanto, que la Administración invoque razones de oportunidad o conveniencia para impedir la actividad. No obstante, hay que tener en cuenta otros supuestos posibles de extinción del derecho o facultad que la Ley no recoge⁴¹⁷, tales como la muerte del titular, la revocación por razones de oportunidad o la extinción del plazo que estuviere establecido, lo que abre lagunas de régimen jurídico, pero que son causas susceptibles de control administrativo, aunque no se encuentren nominadas en la LRJ-PAC.

Nadie duda de que el control administrativo sobre declaraciones responsables y comunicaciones debe ser tanto o más intenso, si cabe, que en las actividades autorizadas, pues si cunde la indisciplina en este campo dichas técnicas se irán desmoronando por sí solas; sólo son viables u operativas si funcionan correctamente. Es obligado recordar aquí la consabida idea de que la implantación de estas figuras desplaza hacia la Administración la carga de un esfuerzo en vigilancia y control que antes la soportaban los privados en forma de dilaciones y trabas burocráticas.

Por ello, como no podía ser de otro modo, la LRJ-PAC recoge el principio de que los efectos favorables al interesado que derivan de las declaraciones responsables y comunicaciones previas serán “sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas” (art. 71 bis.3), y es oportuno destacar en este sentido la adición a la LRJ-PAC de un nuevo artículo por obra de la Ley 25/2009 en el que se enfatiza la idea de que las Administraciones Públicas “podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan” (art. 39 bis. 2).

Por lo demás, el artículo 69 LPACA en relación con las facultades de comprobación, control e inspección de las Administraciones públicas, no introduce cambio alguno.

8.1.3. El plazo para el ejercicio de la potestad de control

Nada más se añade al respecto, tan sólo la previsión de que la resolución de la Administración que declare la inexactitud o falsedad pueda determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento, o al ejercicio del derecho, o al inicio de la actividad correspondiente; y también la imposibilidad de instar un “nuevo procedimiento” con el

⁴¹⁷ Por ejemplo, el Real Decreto 198/2010 de 26 de febrero, por el que se adaptan determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico a lo dispuesto en la Ley 25/2009, cuyo artículo 3, aptdo. Cuatro, referido al sector eléctrico, dispone que si en el plazo de un año desde la fecha de comunicación de inicio de la actividad, la empresa no hubiere hecho uso efectivo y real de la misma, la Administración declarará la extinción de la habilitación para actuar.

mismo objeto durante un tiempo determinado⁴¹⁸. Se prevén estas posibilidades, pero no se regula siquiera un criterio temporal orientativo que pueda servir de referencia a la legislación sectorial⁴¹⁹.

Hay que notar, de una parte, que tal potestad de control se formula de forma incondicionada; sin sujeción a plazo; de otro lado, hay que resaltar también que el referido precepto no contempla la hipótesis de que las normas puedan establecer un determinado plazo a contar desde el inicio de la actividad para que la Administración, durante ese plazo, pueda vetar la actividad ya emprendida, mediante la emisión de una orden de cese. Sin embargo, esta imprevisión de la LRJ-PAC no impide distinguir, dos tipos de control: a) el que se ejerce durante toda la vida de la actividad; b) el que tiene señalado por las normas un determinado plazo desde que la actividad se inicia. La cuestión principal que ello plantea es la de si son compatibles o no. Antes que nada conviene advertir que en España el problema no tiene una gran proyección en la práctica, dado los muy escasos supuestos existentes de controles sujetos a plazo.

En la doctrina italiana ha habido intensa polémica sobre si la previsión de un periodo inicial de control enerva la posibilidad de que la Administración pueda vetar la actividad una vez concluido aquél. Ello es indicativo de cómo subyace aquí también la clásica tensión entre seguridad jurídica e interés público, entre garantías y potestades. En España no vemos base jurídica alguna que permita sostener que el transcurso del plazo conlleve la caducidad de la potestad de control; ésta no se extingue y, como afirmamos supra podrá ejercerse en cualquier momento, exista o no un periodo específico para vetar la actividad y tendrá por objeto tanto los desajustes entre lo declarado en su día y la actividad ejercida que hubieran sobrevenido desde la conclusión de aquel plazo, como las discordancias o falsedades originarias que pudieron haber sido detectadas por la Administración dentro de dicho plazo y sin embargo no lo fueron.

Pero una cosa es afirmar la posibilidad de que la Administración ejerza su potestad de control *sine die*, lo que a nuestro juicio no tiene discusión, y otra distinta son las consecuencias que puede conllevar el hecho de que la Administración no prohíba la actividad durante el “plazo ad hoc” y lo haga luego en cualquier momento.

Es claro que si la norma establece un plazo específico ha de ser para que la Administración despliegue una actividad cualificada de control concentrado durante ese plazo, lo que a la par generará en el interesado la confianza de que una vez transcurrido aquél sin oposición de la

⁴¹⁸ Como apuntó el Consejo de Estado, en su Dictamen núm. 99/2009, habría sido mucho más correcto eliminar esta alusión a un “nuevo procedimiento”, teniendo en cuenta que ni la comunicación ni la declaración inician un procedimiento administrativo. Conforme a ello, el citado órgano consultivo recomendaba sustituir esta expresión sencillamente por “la imposibilidad de presentar una declaración responsable o comunicación previa con el mismo objeto”, p. 40. No obstante las consideraciones del Alto órgano consultivo. El art. 71 bis LRJ-PAC incluía las declaraciones responsables y las comunicaciones previas en el Capítulo I del Título VI, intitulado “Iniciación del procedimiento”. Por su parte, la **Ley 39/2015, de 1 de octubre**, que deroga la anterior, regula dichas figuras en el art. 69 incardinado en la Secc. 3ª, capítulo II, del Título IV, bajo el epígrafe “Iniciación del procedimiento a solicitud del interesado”.

⁴¹⁹ También es el Consejo de Estado el que sugirió que podía haberse introducido un apartado que regulase la pérdida de efectos de la presentación de la declaración o comunicación, en aquellos casos en que transcurrido un determinado plazo desde que tuvo lugar tal presentación, no se hubiera dado inicio a la actividad, Dictamen 99/2009, p. 41

Administración, se habrá disipado el estado de incertidumbre, siempre latente en estos casos, sobre la regularidad de la situación. Es innegable que una vez finalizado el plazo la situación del interesado se hallará liberada de la precariedad inicial, pasando a tener al menos una apariencia de situación consolidada, por consentida.

Teniendo en cuenta lo anterior resulta difícil sostener que una orden de cese “tardía” –posible siempre, y lícita, como venimos de afirmar– carezca de consecuencia alguna si aquella tardanza no tiene una causa objetiva que la justifique. De entrada, no cabe negar las posibles consecuencias internas, en el ámbito disciplinario; pero esto no parece suficiente para “cuadrar” el supuesto en un marco equilibrado donde se tengan en cuenta las lesiones posibles a los intereses del particular afectado. En este sentido, todo conduce a la institución de la responsabilidad patrimonial, para cuya aplicación no será obstáculo el argumento de que la Administración está ejecutando lícitamente sus competencias, aunque sea fuera del plazo específico, ya que la solución al problema no pasa por imputar a la Administración un “funcionamiento anormal” del servicio público. Pero también habrá que ponderar meticulosamente el nivel de confusión introducido por el propio interesado a través de sus declaraciones y comunicaciones, así como la exigencia de la prueba de la efectividad del daño que se le hubiera irrogado precisamente por causa de ese control tardío. En suma, la solución al supuesto no se apartaría sustancialmente de la prevista para las licencias otorgadas erróneamente, ex art. 16.3 del Reglamento de Servicios de las Entidades Locales, ello no obstante salvando las distancias y con los temperamentos que se acaban de citar.

8.1.4. El régimen sancionador

La declaración del cese en la actividad, decretada por la Administración, es en puridad un supuesto de resolución-sanción⁴²⁰. El artículo 71 bis LRJ-PAC no regula prácticamente el procedimiento a seguir; es más, lo poco que regula lo remata con otra remisión (“todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación”), lo que evidencia el escaso celo del legislador estatal en haber profundizado con carácter troncal o común en unos aspectos que son tan esenciales para el desenvolvimiento de estas dos técnicas, reestrenadas ahora como “estrellas” de la intervención administrativa. No se comprende el por qué de esa abdicación cuando el establecimiento de unas reglas comunes sobre estos aspectos en nada hubiera mermado el poder de las Comunidades Autónomas de introducir modificaciones basadas en las peculiaridades de su organización propia, o de añadir otras especialidades demandadas por la índole de las materias de su competencia; ni se aprecia que un supuesto régimen jurídico común, de alcance suficiente, no fuera compatible con el régimen propio de cada sector, por muy diversos que éstos sean.

⁴²⁰ *Vid.*, REBOLLO PUIG, Manuel, “Derecho administrativo sancionador”, *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, núm. 31, 2006, pp. 151-170.

a) Sobre la subsanación.

Como ya queda indicado, las causas motivadoras del cese de la eficacia figuran en el apartado 4 del art. 71 bis LRJ-PAC. No deja resuelta esta “norma común” lo que deba entenderse por “inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial”⁴²¹, ni si es posible la subsanación a posteriori de declaraciones responsables o comunicaciones previas incursas en algún defecto o irregularidad. Es lógico interpretar que podrán ser subsanados los defectos no esenciales, esto es, aquellos que no dan lugar al cese de la actividad, pero esto es algo que tendría que haber regulado claramente la Ley, entre otras cosas porque el terreno de las actividades comunicadas, en el que ha de florecer la transparencia y la buena fe recíproca, no es precisamente el más adecuado para que abunden las rectificaciones, enmiendas o aclaraciones posteriores, puesto que éstas son contrarias por naturaleza al rigor que ab initio deben revestir las declaraciones de los interesados. Por tanto, si bien parece razonable que haya un margen posible a la subsanación⁴²², éste debe ser estricto pues lo contrario pondría en riesgo la fiabilidad misma de estos mecanismos⁴²³.

⁴²¹ Algunas disposiciones autonómicas sí lo han hecho; así, en Andalucía, el Decreto 356/2009 de 20 octubre (art. 15.Diez), dispone que: “Se considera de carácter esencial aquella inexactitud, falsedad u omisión en cualquier dato, manifestación o documento incorporado a la declaración responsable que afecte a la clasificación de los establecimientos de alojamiento turístico en cuanto al tipo, grupo o categoría así como a las garantías o seguros que, en su caso, sean exigibles...”. Igualmente, la Ley 12/2009 de 23 diciembre de la Comunidad Valenciana (Disposición Adicional): “Se considera falsedad u omisión de carácter esencial en datos, manifestaciones o documentos aquella que: 1. Afecte a la acreditación de la personalidad física o jurídica del interesado. 2. Afecte a la declaración responsable y comprometa la clasificación de los establecimientos de restauración en cuanto al grupo o disponibilidad del local en el que se implantará la actividad”.

⁴²² En este sentido, la Directiva de Servicios sí contempla expresamente dicha posibilidad para las solicitudes de autorizaciones, estableciendo en su artículo 13.6: “Si la solicitud está incompleta, se deberá informar a los interesados lo antes posible de que deben presentar documentación adicional y de los posibles efectos sobre el plazo contemplado en el apartado 3”. Claro es que la ratio del precepto no es trasplantable por entero y sin más al ámbito de las actividades comunicadas. En sentido parecido, el Decreto andaluz 80/2010, de 30 de marzo, de simplificación de trámites administrativos, contempla la subsanación de las declaraciones responsables (art. 12).

⁴²³ Entre las no pocas lagunas que ofrece el art. 71 bis LRJ-PAC, una muy importante es la de si la Administración puede relacionarse con el interesado que formula la declaración o comunicación (para recabar información, oponer reparos, etc.) o debe limitarse, bien a prohibir la actividad si ésta no se ajusta a Derecho, o bien guardar silencio si el resultado del control no puede ser negativo.

No es fácil responder a esta cuestión. La propia naturaleza de estas técnicas, amiga del automatismo y la objetividad y contraria a las interferencias administrativas induce a postular la última de las dos hipótesis referidas, máxime teniendo en cuenta lo que diremos -infra- respecto al margen en el que debe moverse en estos casos la posibilidad de subsanación de los documentos del interesado. Pero también puede resultar perjudicial cerrar toda posibilidad de interlocución, sencillamente porque sea necesaria para la viabilidad de la pretensión o para atajar la posible colisión sobrevenida de la actividad de que se trate con el interés público. Ya indicamos *supra* cómo puede ser precisa alguna dosis decisional de la Administración, incluso en las actividades marcadamente regladas. En suma, no es prudente sentar reglas rígidas al respecto, sino dar entrada al principio de proporcionalidad y al *favor libertatis* contemplado ahora en la LRJ-PAC en relación con las medidas que limiten el ejercicio de los derechos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad (art. 39 bis.1). En cualquier caso, lo que debe quedar claro es que en el ejercicio de esa función de control la Administración no deberá introducir exigencias ni deberes o cargas que no estuvieren contemplados en los respectivos modelos de declaración o comunicación, como tampoco debe servir tal control para subsanar los vicios esenciales de que adolecieran dichos documentos, o su ausencia misma, tanto por ser ello contrario a la lógica interna de estas figuras como por oponerse a lo dispuesto en el propio art. 71 bis, apartado 4 LRJ-PAC.

b) La carencia de reglas procedimentales.

El art. 71 bis LRJ-PAC se limita a referirse a dos momentos o situaciones procedimentales. En primer lugar, dispone que la concurrencia de una causa determinante del cese “determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constatación de tales hechos”.

Seguidamente, el propio artículo se refiere a un posterior momento procedimental, señalando que: “La resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado”.

Por tanto, el precepto alude literalmente a un primer trámite consistente en la paralización inmediata de la actividad, o sea, una medida provisional que debe adoptarse tan pronto la Administración tenga conocimiento de la irregularidad. Omite el precepto cualquier referencia a actos de comprobación o a la audiencia del interesado, lo cual no deja de ser anómalo. Y también omite toda referencia al procedimiento que ha de preceder a esa “resolución que declare tales circunstancias”.

Dicha regulación abre un abanico de incógnitas, la principal es cuándo ha de ordenarse la paralización de la actividad; si en ese primer momento en el que la Administración detecta la irregularidad, de inmediato e “inaudita parte”; o si por el contrario ha de esperarse a esa resolución final de la que habla el precepto. Éste aboga por la primera solución: la suspensión automática de la actividad “desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos”, o sea, se trataría de la imposición *ope legis* de una medida provisional que la Administración debe adoptar inexorablemente. Pero aunque esto sea lo que resulte de la literalidad de dicho precepto no es razonable que la solución quede planteada en tales términos y la prueba de ello es que la propia Ley 25/2009, en otros pasajes de su texto, se aparta del esquema de lo que ella misma establece como norma común. Es más la propia Ley -“paraguas”- 17/2009 contiene en su artículo 7.2 una redacción mejor que la que ha pasado a la Ley 30/1992 al introducir la palabra “comprobación”, lo que indudablemente apunta a la realización de diligencias dirigidas a esclarecer la situación.

En efecto, en el artículo mediante el cual se modifica la Ley de Industria (art. 13. Uno), ya la paralización de la actividad no aparece tan automática, puesto que el incumplimiento de los requisitos ha de ser “verificado” por la autoridad competente, y la actividad ha de cesar “salvo que pueda incoarse un expediente de subsanación de errores”. Seguidamente, el precepto habla de la apertura de “un expediente informativo al titular de la instalación, que tendrá quince días naturales para aportar las evidencias o descargos correspondientes”. Como se ve, la Ley 25/2009 aporta soluciones procedimentales necesarias que sin embargo no incorpora a la LRJ-PAC como hubiera sido lógico y conveniente.

Pero lo realmente paradójico es que sea un precepto aislado y singular de la Ley, referido a la modificación de la Ley General de Telecomunicaciones (art. 27. Uno), el que contenga un procedimiento digno de tal nombre, claro y razonable, conforme al clásico esquema iniciación-desarrollo-terminación, con audiencia, obviamente, del interesado, precepto éste que incluso resuelve el supuesto de los incumplimientos sobrevenidos, cuestión que brilla por su ausencia en la norma del procedimiento común, al igual que otros supuestos más matizados.

En conclusión, resulta muy chocante que algo tan básico como el procedimiento de inhabilitación o cese de la eficacia de esas actividades comunicadas carezca de previsiones en el LRJ-PAC y la solución haya que ir a buscarla en la Ley General de Telecomunicaciones o en otra cualquiera otra que ofrezca unas reglas procedimentales razonables. Tan lógico es que el cese deba ser normalmente decretado tras la tramitación de un procedimiento, como que la Administración pueda adoptar medidas cautelares cuando resulte necesario. Lo que no es lógico es esa paralización inmediata -y en todo caso- de que habla la Ley⁴²⁴.

8.2. Control operativo de actividades por Entidades Colaboradoras de control técnico. Breve referencia a los OCA's en la Comunidad Valenciana

La realización del control de actividades de servicios por parte de Entidades de control técnico ha experimentado un auge con la normativa de servicios tanto realizando una labor de apoyo en el ámbito privado de aseguramiento de calidad o de cumplimiento normativo, como sustituyendo a la Administración en materia de control e inspección técnico de actividades, o incluso haciéndose cargo de la gestión de las ventanillas únicas.

Los amplios cambios en la intervención administrativa en el control de actividades económicas, que hacen bascular hacia el sector privado funciones de control preventivo de actividades y de comprobación de su ajuste a la legalidad, obligan a lo que ESTEVE PARDO denominaba “recomposición de los criterios objetivos y de racionalidad pública” en garantía de los intereses generales⁴²⁵.

Con independencia de la valoración que merezca esa opción normativa de desplazamiento del ejercicio de funciones públicas al ámbito privado -en general justificada en razones técnicas, de eficacia o puramente ideológicas- lo cierto es que, una vez que el cambio se produce, es necesario reconstruir el sistema de garantías de esos intereses generales que estaba presente cuando estas actividades se realizaban desde el poder público⁴²⁶. La inexistencia de un régimen jurídico general o sectorial que aborde las consecuencias de este desplazamiento de funciones públicas al sector

⁴²⁴ Situación que se mantiene en la **Ley 39/2015, de 1 de octubre**.

⁴²⁵ ESTEVE PARDO, J., *Técnica, riesgo y Derecho*, Ariel Derecho, 1999, p. 131.

⁴²⁶ La colaboración público-privado institucionalizada a través de sociedades de economía mixta podría ser una fórmula para aunar la experiencia técnica que pretendidamente es la justificación para externalizar estas funciones y el control de la Administración. Sobre el régimen jurídico de estas sociedades, *vid.*, SANTIAGO IGLESIAS, D., *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*, Iustel, 2010.

privado es, sin duda, un problema relevante. Existen diversas cuestiones en relación con la actividad de control técnico que, salvo alguna excepción, no han recibido respuesta en los cambios normativos en relación con la Directiva de Servicios y tampoco se advierten en la Ley de Economía Sostenible. Singularmente la naturaleza jurídica de su actividad; las garantías de fiabilidad e independencia de estas entidades cuando realizan controles técnicos substitutivos de los de la Administración; o la delimitación de la responsabilidad y de los recursos que proceden, son las cuestiones que suscitan más preocupación pero que están lejos de encontrar un tratamiento normativo adecuado.

También deberían contemplarse las facultades de inspección directa que se reserva la Administración tanto sobre los sujetos sometidos a la actividad de las entidades colaboradoras con la Administración (ECAs), como sobre las propias ECAs o la propia posibilidad de recuperación de la documentación de las actividades que realiza por cuenta de la Administración en caso de revocación de la acreditación⁴²⁷.

La naturaleza de la actividad de las entidades de control técnico es una cuestión que ha suscitado un debate doctrinal a lo largo de los últimos años, en buena parte alentado por la indefinición normativa y la adopción de soluciones cambiantes. En este punto, consideramos que la actividad que despliegan las ECAs sustituyendo a la Administración en el control del ajuste a la legislación vigente de actividades privadas supone el ejercicio de una función pública y que, como tal, requiere desarrollo normativo en una norma con rango de ley por lo menos en lo que se refiere a la regulación de la objetividad de su ejercicio y el valor de sus comprobaciones.

La legislación estatal, y la mayor parte de la normativa autonómica de transposición, no ha abordado una regulación de la validez y efectos de los controles efectuados por las ECAs. El valor probatorio de las comprobaciones que realizan estas entidades, la forma de documentar estas comprobaciones o las garantías de los administrados son elementos que quedan, con carácter general, sin respuesta normativa⁴²⁸.

Tan sólo Cataluña, en una ley contemporánea con este proceso de transposición pero sin conexión directa con ella, ha procedido a efectuar una regulación de los principales problemas jurídicos que genera la creciente presencia de las ECAs realizando funciones de inspección y control técnico. La Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, dedica un capítulo a estas entidades (arts. 91-101), estableciendo una regulación detallada sobre sus funciones; forma de habilitación; obligaciones de independencia, confidencialidad e imparcialidad; obligaciones; y la supervisión administrativa, que incluye el

⁴²⁷ En este sentido se pronuncia FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de inspección*, Comares, 2002, p. 574.

⁴²⁸ Ejemplo de ello lo podemos encontrar en la modificación efectuada por la Ley 3/2010, de 21 de mayo, de Andalucía de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética de Andalucía. Tras la modificación operada, el artículo 29 queda redactado como sigue: “Las certificaciones o actas de inspección y comprobación de los organismos colaboradores en materia de energías renovables, ahorro y eficiencia energética tendrán valor probatorio” (apdo. 3).

derecho de las personas afectadas por su actuación a presentar reclamaciones en caso de incumplimiento de sus obligaciones, con traslado al órgano administrativo competente si esta fuere desfavorable o no fuera resuelta en plazo (art. 96). También se contemplan los supuestos de suspensión y retirada de la habilitación y un catálogo de infracciones⁴²⁹.

Esta afirmación de que las ECAs ejercen funciones públicas de control e inspección y que sus actas tienen idéntico valor probatorio que las de los funcionarios públicos plantea otras cuestiones como su coherencia con el artículo 137 de la Ley 30/1992 que exige la condición de funcionario para dotar de este valor probatorio a su actividad en el marco de la potestad sancionadora⁴³⁰.

La Ley catalana asume que las ECAs realizan funciones públicas de autoridad (“en el ejercicio de las funciones de inspección y control”) y, en consecuencia, atribuye a estas comprobaciones “la misma validez jurídica” que las emitidas por el personal de la Administración. Este paso supone cerrar, al menos en Cataluña, un debate largo sobre la naturaleza de la actividad de las ECAs y admitir que éstas pueden ejercer funciones públicas que les son encomendadas “en los términos establecidos por la presente ley y por la normativa sectorial” (art.91 Ley 26/2010 de Cataluña)⁴³¹.

Se hace, eso si, mediante una norma con rango de ley; una reserva de Ley cuya funcionalidad defendía ESTEVE PARDO a fin de “definir, redefinir o articular las relaciones entre Estado y sociedad”⁴³². CANALS ATMELLER sostiene, en esta línea, que debe ser la Ley la que atribuya estas funciones a agentes privados fijando su régimen jurídico, los límites al ejercicio privado de

⁴²⁹ En relación con la naturaleza de la actividad de estas entidades se establece en su artículo 95: bajo la rúbrica de “Actos, informes y certificaciones”, que: 1. Los hechos constatados por el personal técnico habilitado de las entidades colaboradoras en el ejercicio de las funciones de inspección y control, así como cualquier actuación técnica que les sea encargada, se documentan en los correspondientes actos, informes y certificaciones, en los términos fijados por la normativa sectorial.

2. En los actos, informes y certificaciones debe hacerse constar expresamente la condición de entidad colaboradora de la Administración pública en el ámbito material concreto de actuación.

3. Los actos, informes y certificaciones emitidos por el personal técnico habilitado de las entidades colaboradoras en el ejercicio de las funciones de inspección y control tienen la misma validez jurídica que los emitidos por el personal de la Administración encargado de dichas funciones”.

⁴³⁰ REBOLLO PUIG, M., “La actividad de inspección”, en CANO CAMPOS, T., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Iustel, vol.II, 2009, pp.62-63 aborda esta cuestión.

⁴³¹ PADRÓS REIG, C., *Actividad administrativa y entidades colaboradoras*, Tecnos, Madrid, 2001, señalaba el carácter difuso de los contornos pero hacía un esfuerzo de diferenciación entre la potestad de inspección como actividad de examen de adecuación a la norma y actividad de control administrativo en la que tan sólo se comprobarían datos sin potestades exorbitantes ni capacidad de reacción ante la constatación de incumplimientos, pp. 21 y ss. Asimismo, GALÁN GALÁN, A., y PRIETO ROMERO, C., “El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración”, *Anuario de Derecho Municipal*, Marcial Pons, Madrid, 2008, diferencian una actividad de cumplimiento reglamentario que vendría a ser una actividad de apoyo a la Administración en la verificación del cumplimiento de los requisitos técnicos para el inicio o funcionamiento periódico de la actividad y la actividad de control administrativo “que no es otra cosa que la función pública de inspección”, y que la administración puede realizar de manera directa o indirecta a través de una entidad privada colaboradora, p. 83. Igualmente, *vid.*, GARCIA URETA, A., *La potestad inspectora de las Administraciones públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2006, quien indica que “la realidad pone de manifiesto que existe una actividad de inspección que las normas atribuyen a los particulares y que no se reduce únicamente a la mera constatación o recopilación de datos” para concluir que estas ejercerían en muchos casos funciones públicas pero bajo la titularidad de éstas por la Administración y con estrictos requisitos de sujeción al control de la Administración (autorización, garantías de solvencia e imparcialidad, mecanismos de recurso ante la propia Administración”, p. 347.

⁴³² ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Navarra, 2002, p.173.

funciones públicas, las garantías de los terceros afectados por la actuación y el valor y efectos jurídicos de sus actos⁴³³.

La ley catalana es cuidadosa en este aspecto ya que la atribución de la potestad inspectora tanto a personal laboral como funcionario y la propia asunción del valor probatorio de la actividad de las ECAs se efectúa fuera de los artículos dedicados a la potestad sancionadora. Otra cuestión es la validez jurídica que tendrían tanto las actas de personal laboral y ECAs usadas en un procedimiento sancionador. FERNÁNDEZ RAMOS había defendido que “el fundamento del valor probatorio de las actuaciones inspectoras no estriba tanto en la supuesta presunción de veracidad del acta de inspección como documento público, como en el hecho de que tales actas incorporen una verdadera actividad probatoria desarrollada, con respecto a las garantías legales, por personal cualificado e imparcialidad, cualidades y exigencias éstas que puede satisfacer también una entidad colaboradora”⁴³⁴. Efectivamente esta conclusión parece correcta por lo que deberían extremarse las cautelas en la regulación de las garantías de imparcialidad, las vías de recurso ante sus actuaciones y la supervisión que realiza la Administración de su actividad.

La identificación entre inspecciones públicas y controles de entidades que actúan en colaboración y bajo supervisión de la Administración tiene otra vertiente en términos de sometimiento a la normativa de servicios. Como afirmaba PADRÓS REIG, “puesto que en nuestro ordenamiento no se admite la realización de funciones públicas de autoridad por parte de particulares, ello sitúa los organismos de control directamente dentro de la prestación de servicios. Cabe preguntarse pues, si el legislador optara por reformular la función de los organismos de control y permitiera el ejercicio de autoridad por particulares, si ello eximiría a los mismos del régimen de libertad de la Directiva. Parece que la respuesta debe ser afirmativa”. Pese que esta última solución, a juicio de este autor, violentaría la dogmática tradicional del Derecho administrativo español, lo cierto es que ese es el camino que abre la Ley 26/2010 catalana y que se adivinaba en normas anteriores⁴³⁵.

Una cuestión preterida también por la normativa de transposición es la garantía de la independencia de las ECAs⁴³⁶. No se regulan en modo alguno los conflictos de intereses que se pueden presentar en el ejercicio de su actividad por la existencia de lazos económicos o de otro tipo con las empresas que son objeto de sus controles.

⁴³³ CANALS ATMELLER, D., “El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración”, en GALÁN GALÁN, A., PRIETO ROMERO, C. (dir.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Ed. Huygens, 2009, p. 45.

⁴³⁴ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de inspección*, Comares, 2002, p. 563.

⁴³⁵ PADRÓS REIG, C., “La Directiva de Servicios en el mercado interior (DSMI) y la seguridad industrial”, *RGDA*, núm. 24, 2010, p. 28.

⁴³⁶ Sobre la fiabilidad e independencia de los controles de las ECAs, *vid.*, NOGUEIRA LÓPEZ, A., “Entidades colaboradoras con la Administración, libre prestación de servicios y régimen de control preventivo de actividades”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 16, 2009.

Tampoco se regulan mecanismos para evitar que una misma entidad acumule todos los controles externos a que se somete a una determinada empresa por un periodo de tiempo prolongado favoreciendo la ocultación de situaciones negativas para los intereses generales.

Este olvido vuelve a contrastar con la existencia de una regulación, en este sentido entre los Documentos que ha elaborado la ENAC (Entidad Nacional de Acreditación).

En materia de responsabilidad había una coincidencia general en la doctrina en el sentido de considerar que estas actividades se realizan bajo la responsabilidad de las ECAs cuando actúan en el ámbito privado y también, normalmente exigiendo garantía suficiente, cuando realizan funciones de control administrativo.

Quedan dudas, no obstante, en relación con la responsabilidad in vigilando que pueda corresponder a la Administración por cuenta de quien se realizan estos controles especialmente en los supuestos en que terceros afectados puedan haber instado a la Administración a que supervise esa actividad de control.

No obstante, la realidad abre perspectivas insospechadas que obligan a hacer nuevas reflexiones. El Ayuntamiento de Madrid aprobó una Ordenanza por la que se establece el Régimen de Gestión de Control de las Licencias Urbanísticas de Actividades (BOCM, de 06/07/2009). Las entidades colaboradoras combinan actividades de cumplimiento reglamentario aportando seguridad jurídica a los operadores pero también realizan actividades de control público. Para obtener la acreditación las entidades colaboradoras deben seguir y superar un curso de formación impartido por el Ayuntamiento de Madrid. No resulta aventurado apuntar que estas ECAs puedan llegar a utilizar como un argumento para eximir su responsabilidad haber actuado conforme a las pautas señaladas por la Administración en el curso de formación que es un requisito para su acreditación.

En el ámbito de la Comunidad Valenciana, el Decreto Ley 2/2012, de 13 de enero, del Consell, de medidas urgentes de apoyo a la iniciativa empresarial y a los emprendedores, microempresas y pequeñas y medianas empresas (pyme), introdujo modificaciones sustanciales en el procedimiento de apertura de establecimientos públicos mediante declaración responsable previsto en el artículo 9 de la Ley 14/2010, de 3 de diciembre, de la Generalitat, de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos.

En concreto, tales modificaciones afectan, sobre todo, a la función de los denominados organismos de certificación administrativa (OCA) que, en lo que atañe a sus atribuciones, van a ejercer labores de comprobación, informe y certificación de los establecimientos públicos sujetos a la normativa vigente en esta materia. Este tipo de entidades certificadoras resultan una novedad en este ámbito.

En particular, si bien ya mencionadas en el Decreto 52/2010, de 26 de marzo, del Consell, fueron introducidos en su actual dimensión en virtud de la referida Ley 14/2010 (arts. 9.6, 10.3 y 17.4); una

ley que, como tal, necesitaba ser objeto de complemento normativo a los efectos de fijar la naturaleza, funciones y régimen jurídico de dichas entidades.

La regulación originaria de los OCA les atribuía un papel complementario, que no excluyente, de la labor administrativa. Un papel centrado, básicamente, en la necesidad de abreviar plazos y tareas burocráticas, pero sin perder de vista la decisión última de la Administración en este ámbito. Sin perjuicio de ello, con la nueva regulación operada en virtud del citado Decreto Ley 2/2012, estos organismos pasan a ostentar un mayor protagonismo y responsabilidad dentro del procedimiento de apertura de locales abiertos a la pública concurrencia⁴³⁷.

La regulación actual de dichos organismos viene constituida, básicamente, por la Ley 8/2012, de 23 de noviembre, de la Generalitat, por la que se regulan los organismos de certificación administrativa (OCA) y el Decreto 7/2014, de 10 de enero, de desarrollo de la citada Ley. Así, tal y como señala el artículo 2 de la Ley 8/2012:

“1. Se entenderá por Organismo de Certificación Administrativa (OCA) a toda persona física o jurídica con capacidad de obrar que, debidamente inscrita en el registro que se crea, ejerza funciones de comprobación, informe y certificación en el ámbito de la normativa vigente en materia de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos.

2. Las funciones de los OCA no sustituirán las potestades de comprobación propias de la administración. En este sentido, tanto la administración local como la autonómica podrán, en cualquier momento, verificar las funciones y actuaciones desarrolladas por aquéllos.”

Por otra parte, el artículo 18 de la Ley recoge la creación del Registro de Organismos de Certificación Administrativa, estableciendo que, para poder efectuar las funciones de comprobación, informe y certificación así como aquellas que se deriven de la normativa vigente, los OCA deberán estar inscritos en el Registro de Organismos de Certificación Administrativa. En el caso de que se cancele su inscripción, se procederá a lo que se establezca en la normativa de desarrollo de esta ley. La regulación específica del mencionado Registro se ha llevado a cabo, mediante el Decreto 7/2014, de 10 de enero (arts. 1 y 8 a 14).

9. El régimen de la responsabilidad

9.1. La falta de control previo y la responsabilidad por daños

No es aventurado a estas alturas destacar la importancia de la responsabilidad administrativa en el marco de la sociedad actual tiene una dimensión, un alcance y una extensión que, desde luego, no eran previsibles en otros tiempos. Mediante ella se convierte a la Administración en garante del

⁴³⁷ En este contexto, los cambios introducidos por dicho decreto ley configuran un modelo de apertura por el que, si obra certificación de OCA junto con la documentación anexa presentada con la declaración responsable, el titular o prestador podrá abrir el establecimiento de manera inmediata sin que sea necesario el otorgamiento de licencia municipal. En otras palabras, se atribuye al OCA una función en cierto modo equivalente a la labor administrativa, de modo que su labor, efectuada de acuerdo con los requisitos normativamente establecidos, sea suficiente para la referida apertura.

correcto funcionamiento de un conjunto de servicios públicos en ocasiones privados que, en otros tiempos, hubieran resultado impensables.

En el fondo de este incremento se sitúa su conformación como “cierre” del sistema administrativo y de compromiso de las Administraciones públicas de que no causaran daños a los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos⁴³⁸.

Ahora, con las nuevas técnicas de intervención, se plantean nuevos problemas. Si los ciudadanos inician una actividad, confiados en que cumplen los requisitos y la Administración no comprueba dicha circunstancia y se produce un daño frente a terceros, la duda sobre la responsabilidad está servida. Los particulares no tienen por qué verse afectados como consecuencia del mal funcionamiento del servicio de comprobación y aseguramiento a la sociedad de que las actividades y los servicios se realizan en las condiciones que determina el ordenamiento jurídico.

No obstante lo anterior, cabe realizar otra reformulación diferente a la anterior, el ejercicio de un derecho, sin autorización administrativa o sin tan siquiera intervención de la Administración, genera en primer término mayor posibilidad de provocar daños, pero al mismo tiempo cercena las posibilidades de responsabilidad patrimonial de la Administración, abocando a la víctima a las limitaciones de la solvencia del autor del daño, extremo que se constituye como argumento a favor de la pérdida de garantías, las que ha ido conquistando el ciudadano en su relación jurídico-administrativa y que ahora quizás se cercena, a favor de una pretendida eliminación de control.

Creemos que es preciso reconfigurar el orden interno-externo de responsabilidad por el ejercicio comunicado o declarado de una actividad. Frente a terceros, la dejación en la función de comprobación-inspección se vislumbra como un elemento clave del mal funcionamiento administrativo y, por tanto, como una causa última de la responsabilidad administrativa. Es probable, en este punto, que la conformación clásica de la responsabilidad administrativa no pueda enervar aquí la responsabilidad administrativa y que, por tanto, frente a terceros la Administración correspondiente deba responder en términos comunes. Pero es cierto que al margen de la actividad de comprobación, el daño (si es que hablamos de él) es consecuencia de una actividad privada hecha al margen de la correspondiente normativa y, por tanto, con infracción de ésta. Esta actuación culpable o negligente del interesado está sometida a responsabilidad penal (si hay falsedad) y/o civil (derivada de la negligencia). Como hemos venido indicando, las normas administrativas deben prever el efecto de declaraciones incompletas o gravemente erróneas, y deben hacerlo no sólo en términos de infracción-sanción, sino, probablemente, incorporando la «reposición» al estado inicial de la situación, lo que podría llegar a incluir el efecto indemnizatorio externo bien de forma directa bien por la vía de repercusión administrativa de la responsabilidad adquirida frente a terceros.

⁴³⁸ Es cierto también que la introducción y aceptación en nuestro ordenamiento jurídico del principio de confianza legítima viene a completar el alcance de aquélla con la inclusión de los supuestos que derivan de la inacción de la Administración o de la tolerancia.

La responsabilidad administrativa no desaparece, sin embargo, de forma absoluta, pues el título de imputación puede encontrarse en el no ejercicio de las funciones inspectoras que corresponden a la Administración en el momento de la comunicación y, posteriormente, una vez la instalación está en funcionamiento. Pero en todo caso el título de imputación ya es otro, no el acto administrativo expreso o presunto que reconoce la corrección de la actividad, sino el no ejercicio de modo adecuado de la función inspectora sobre la actividad que se va a desarrollar o que ya se lleva a cabo.

9.2. El visado colegial y la responsabilidad del redactor del proyecto

Con los cambios en los controles administrativos recobra importancia el papel que desempeña el redactor del proyecto técnico (cuando sea necesario para poder iniciar una actividad). Recordemos que el prestador de servicios en la declaración responsable deberá manifestar el cumplimiento de los requisitos exigidos, facilitando a la autoridad competente la información necesaria para el control de la actividad [artículo 5.c) y 7 de la Ley 17/2009].

Esta situación fáctica enlaza directamente con la modificación que al visado se hace con el artículo 13 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, modificada por Ley 25/2009, de 22 de diciembre, en el que pese a que se le da al visado un carácter potestativo, las garantías que se desprenden de que el proyecto esté visado ante la eventualidad de los daños derivados de un trabajo profesional recomiendan que se vise el proyecto, dado que en este caso el Colegio responderá subsidiariamente.

De conformidad con lo anterior y en concreto con la Disposición final tercera de la Ley 25/2009, la cual prevé, una autorización al Gobierno para que dicte las disposiciones reglamentarias y necesarias, se adopta el Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio, en el que se determinan los trabajos profesionales que, por quedar acreditada su necesidad y proporcionalidad ante otras alternativas posibles, obligatoriamente deben obtener el visado colegial, como excepción a la libertad de elección del cliente.

Este Real Decreto tiene carácter básico en virtud del artículo 149.1.18ª de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, por referirse al visado, función pública propia de los colegios como

corporaciones de derecho público, y en virtud del artículo 149.1.13^a, por la especial trascendencia económica que tiene el uso de este instrumento en el sector de los servicios profesionales⁴³⁹.

La necesidad de que esté sometido obligatoriamente a la técnica del visado colegial, queda acreditada por existir una relación de causalidad directa entre el trabajo profesional y la afectación a la integridad física y seguridad de las personas, y su proporcionalidad por resultar el visado el medio de control más proporcionado, teniendo en cuenta los distintos instrumentos de control posibles.

Cabe destacar por otra parte que lo previsto en la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, y lo establecido en este Real Decreto que se dicta para su desarrollo, no afecta a la capacidad que tienen las Administraciones públicas, en ejercicio de su autonomía organizativa y en el ámbito de sus competencias, para decidir caso por caso para un mejor cumplimiento de sus funciones, establecer con los Colegios profesionales u otras entidades los convenios o contratar los servicios de comprobación documental, técnica o sobre el cumplimiento de la normativa aplicable que consideren necesarios relativos a los trabajos profesionales.

Consecuentemente, el técnico redactor del proyecto y subsidiariamente su Colegio Profesional, en aquellos casos en los que se exija el visado, serán responsables ante los daños provocados por un trabajo profesional.

9.3. La débil posición de terceros

La posición de los terceros es otra de las típicas lagunas de los regímenes de comunicación⁴⁴⁰. La ausencia de resolución administrativa expresa o presunta determina el alcance de sus posibilidades de defensa, claro está. No puede el tercero utilizar de manera directa la vía de recurso, pero tampoco valerse de la acción del artículo 102 LRJ-PAC para iniciar un procedimiento por el que la Administración declare nulo un acto dictado por ella misma. La revisión de oficio no tiene cabida, como no la tiene la declaración de lesividad del artículo 103, pues el poder de anular o revocar por

⁴³⁹ El Real Decreto 1000/2010 se compone de siete artículos, una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales. Como dispone su artículo 1, el real decreto tiene por objeto tiene por objeto desarrollar lo previsto en el art. 13 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios profesionales, que regula el visado colegial. En particular, establece los trabajos profesionales que obligatoriamente deben obtener el visado de un colegio profesional, así como concretar el régimen jurídico aplicable a los casos de visado obligatorio. Por su parte, el artículo 2 establece, con carácter exclusivo y excluyente, cuáles son los trabajos profesionales concretos que tienen que obtener obligatoriamente el visado colegial, de acuerdo con los criterios de necesidad, por existir una relación de causalidad directa con la seguridad o integridad física de las personas, y proporcionalidad, que exige el artículo 13 de la Ley sobre Colegios Profesionales. El artículo 3 establece el visado único aunque el trabajo se desarrolle en proyectos parciales, mientras el artículo 4 establece como excepción a la obligación de visar el caso en que el trabajo profesional deba presentarse ante la oficina de supervisión de proyectos de la Administración pública competente. Por su parte, el artículo 5 identifica el colegio competente para visar en cada caso y el artículo 6 regula la forma en la que debe ejercerse la función de visado cuando éste es obligatorio. Finalmente, el artículo 7 contempla la libre prestación de servicios de los profesionales comunitarios, que cuando ejerzan en España en régimen de libre prestación de servicios, deberán visar sus trabajos en los mismos casos y condiciones que los españoles.

⁴⁴⁰ Como ha apuntado el Consejo de Estado, la sustitución de la técnica autorizatoria por la comunicación previa o la declaración responsable no siempre va acompañada ni de “un correspondiente aumento de los mecanismos de control a posteriori de la actividad, ni de un correlativo refuerzo de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios”, Dictamen 99/2009 del Consejo de Estado, p. 22.

parte de la Administración presupondría erróneamente que la comunicación o la declaración responsable dan lugar a un acto administrativo.

Las opciones más sólidas y con mayores posibilidades de prosperar serían dos⁴⁴¹. En primer lugar, la provocación por parte del tercero de un acto administrativo, al presentar una denuncia y solicitar del órgano competente una orden de cese de la actividad. La negativa o el silencio de este último conformarían un acto expreso o presunto, recurrible tanto en vía administrativa como contenciosa. La otra opción sería la substanciación de un procedimiento ante la jurisdicción ordinaria, la vía civil. Puesto que las actividades sometidas a comunicación o declaración responsable son libres, no requieren título administrativo previo, y su control se ejecuta y formaliza exclusivamente desde el ámbito privado, también dentro de estos límites podrían resolverse las eventuales controversias. La utilización de una acción de cesación, cabe añadir, se contempla como una posibilidad frente a conductas que infrinjan lo dispuesto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (artículos 26 de la Ley y 42 de la Directiva)⁴⁴².

La Doctrina ha manifestado que podría incluso plantearse “una nueva configuración de la jurisdicción contencioso-administrativa como la jurisdicción del interés general, ante la que pudieran acudir directamente los terceros afectados por el ejercicio de actividades sujetas a comunicación, sin tener que provocar primero un acto negativo de la Administración (...) Cabría considerar incluso la pertinencia de desvincular el control judicial de la intervención de la Administración, de modo que la actuación del tercero ante la jurisdicción estuviera dirigida, en vez de contra la Administración que no opuso el veto, directamente contra el interesado”⁴⁴³. Ésta parece ser la opción que ha seguido el legislador italiano.

10. Las tasas municipales en los supuestos de comunicación previa al inicio de las actividades

La transposición de la Directiva de Servicios introdujo preocupación entre las entidades locales respecto a la situación en la que quedaban las tasas por la concesión de licencias de apertura. La premisa de la que se partía en algunos análisis es que las maltrechas haciendas locales no podían permitirse perder los ingresos vinculados a las citadas tasas⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ NÚÑEZ LOZANO, M. C., *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid, 2001 y RODRÍGUEZ FONT, M., *Régimen de comunicación e intervención ambiental: entre la simplificación y la autorregulación*, Atelier, Barcelona, 2003, *op. cit.*, p. 247.

⁴⁴² RODRÍGUEZ FONT, M., “Protección y garantías de los usuarios desde las técnicas e instituciones de la regulación”, *Derecho de la regulación económica*, I. Fundamentos e instituciones (MUÑOZ MACHADO, S., y ESTEVE PARDO, J., coord.), Iustel, 2009.

⁴⁴³ NÚÑEZ LOZANO, M. C., *Las actividades comunicadas a la Administración...*, *op. cit.*, p. 186.

⁴⁴⁴ Puede verse en este sentido PÉREZ PÉREZ, M. del M., “La nueva tasa por la actuación de control posterior de aperturas de establecimientos sometidos al procedimiento de comunicación previa y declaración responsable” en Noticias jurídicas, marzo, 2010.

Esta postura se refleja también en el Real Decreto Ley 19/2012, de 25 de mayo, cuando se señala en su exposición de motivos que “la sustitución de la licencia por actos de control ex post no supondrá en ningún caso merma alguna de los ingresos fiscales de los ayuntamientos o de los organismos que expidieran con anterioridad las licencias previas de apertura. Por el contrario, en la medida que se agilice la apertura de nuevos establecimientos, podrá registrarse un incremento de la recaudación obtenida por este concepto al facilitarse la apertura de más y nuevos comercios.

Sin embargo, siendo la tasa un tributo vinculado a la financiación de una actividad administrativa, para responder a la pervivencia de la tasa, y al modo en que se ve afectada deberá analizarse si se ve modificada la actividad administrativa que se financia. Y siendo la respuesta afirmativa, dado que el control preventivo y previo e indefectible se sustituye por un control y a posteriori, habrá que analizar en qué medida la modificación de la actividad afecta a la delimitación del hecho imponible y a la cuantificación de la tasa. En definitiva, la respuesta respecto a la incidencia que sobre las tasas presentan las comunicaciones previas será el resultado del análisis del régimen jurídico de las tasas municipales y de su aplicación sobre la nueva actividad. Y conviene tener presente, a estos efectos, que el servicio o la actividad administrativa no deben tener como único fin el cobro de la tasa sino la satisfacción de necesidades del municipio o de sus ciudadanos.⁴⁴⁵

En nuestro ordenamiento las tasas municipales se regulan en el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales y, supletoriamente, en los artículos 2.2 de la Ley General Tributaria, y 6 de la Ley de Tasas y Precios Públicos. En ellos, tras la adecuación del concepto de tasa a la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre, las tasas se definen como los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público y en la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado.

En consecuencia, podrá exigirse una tasa tanto por las actuaciones de control preventivo tendentes a la comprobación del cumplimiento de aspectos tales como la seguridad, la salubridad o el cumplimiento de la normativa sectorial aplicable al local en el que se va a implantar la actividad, como por las actuaciones de comprobación a posteriori de estos mismos aspectos. Sin embargo, siendo las distintas las actividades, también deberá serlo su reflejo en la definición del hecho imponible de la tasa por la ordenanza fiscal que la regule. Si la ordenanza fiscal contiene una definición del hecho imponible de la tasa que únicamente prevea la actividad municipal, técnica o administrativa, tendente a verificar si los establecimientos reúnen las condiciones necesarias, como presupuesto para otorgar la licencia de apertura, y la actividad a realizar por la corporación pasa de ser una actividad de control previa a posteriori de la actividad comunicada que se indica en la

⁴⁴⁵ SIMON ACOSTAS, E., “Las tasas y precios públicos de las entidades locales”, en *La Reforma de las Haciendas Locales*, Lex Nova, Valladolid, 1991, p. 123.

declaración responsable, no podrá exigirse la tasa, al realizarse una actividad administrativa distinta de aquella cuya realización genera el nacimiento del tributo.⁴⁴⁶

Para exigir la tasa el hecho imponible tendrá que incorporar también la actividad de control posterior al inicio de la actividad comunicada previamente por el sujeto pasivo y de los requisitos declarados. Habitualmente lo que se ha hecho por aquellos ayuntamientos que han adaptado sus ordenanzas y, como diremos, por el propio legislador estatal al modificar la Ley reguladora de las Haciendas Locales, es reflejar las dos actividades en la misma definición del hecho imponible.

10.1. La naturaleza jurídica de las actuaciones de control y su incidencia respecto a la tasa

Las actuaciones de control a posteriori pueden comprender actuaciones administrativas de comprobación del cumplimiento de la legalidad efectuadas a partir de la documentación presentada y, también, actuaciones de inspección, tendentes a verificar si concurren nuevos hechos o circunstancias no señalados en la declaración responsable presentada.

En relación con las segundas, pueden plantearse dudas respecto a la incidencia que presenta su naturaleza jurídica, teniendo en cuenta que la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1992 concluyó que la facultad general de policía, desplegada a través de la acción inspectora, no constituye fundamento jurídico para el cobro de la tasa por concesión de la licencia de apertura.⁴⁴⁷

De la citada sentencia no se desprende que no pueda exigirse una tasa cuando la actividad de verificación del cumplimiento de la legalidad se realiza a partir de las actuaciones de inspección⁴⁴⁸ “La ratio decidendi” de la sentencia es que no se acreditó la realización de ninguna actividad administrativa distinta de la mera constatación de que se estaba realizando la actividad. Pero tanto

⁴⁴⁶ Como señala SIMÓN ACOSTA, E, *Las tasas de las Entidades Locales (El hecho imponible)*, Aranzadi, 1999, el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLHL), se refería a la tasa por el otorgamiento de licencia de apertura aunque como fue adecuadamente interpretado, el resultado de la actividad administrativa no debía ser necesariamente positivo y podía exigirse la tasa aunque la licencia no fuera finalmente concedida. Las ordenanzas fiscales matizaron que la actividad administrativa municipal tendente a verificar si se cumplían los requisitos como condición previa al otorgamiento de la licencia de apertura y el resultado de esta actividad podía ser la negación de la licencia, pp. 56 y ss.

⁴⁴⁷ En este sentido PÉREZ PÉREZ define que las actuaciones de control a posteriori tienen categoría de intervención de las actividades privadas de la ciudadanía, negando su naturaleza de procedimiento inspector cuyo fundamento jurídico se enmarca en las actuaciones de policía encaminadas a la vigilancia del cumplimiento de la normativa reguladora por parte de los ciudadanos, así como en las actuaciones necesarias para el ejercicio de la potestad sancionadora en aquellos casos que se constate el incumplimiento de las preceptivas obligaciones legales; “La nueva tasa...”, cit.

⁴⁴⁸ Literalmente señala que “el ayuntamiento de la imposición no ha prestado servicio alguno previo a la liquidación practicada y los que dice haber sido prestados después son irrelevantes y supérfluos en cuanto a la integración del hecho imponible. No existen otras actuaciones municipales en el expediente administrativo que el acta de inspección levantada el 14 de noviembre de 1986 en la que se hace constar que el local objeto del tributo no posee licencia de apertura y la tasa que por tal concepto se gira cuatro días más tarde”.

los servicios de inspección, como las actuaciones de comprobación realizadas a partir de un servicio de inspección pueden justificar la exigencia de una tasa si así está previsto en su regulación.⁴⁴⁹

Por tanto, se podrá exigir una tasa por las actuaciones de inspección desarrolladas a partir de una declaración responsable o tras constatar la ausencia de la presentación de esta declaración. Y resulta conveniente, para evitar interpretaciones restrictivas en este sentido, que la definición del hecho imponible que se efectúe en la ordenanza fiscal comprenda expresamente las actuaciones de inspección.

Por otra parte, jurisprudencia dictada en relación con la concesión de la licencia de apertura ha señalado que su otorgamiento es una actuación municipal que por sí sola justifica la exacción de la tasa, y que para la concesión de la apertura no es necesario la realización de actividades de inspección física o la visita al local (STSJ Madrid de 18 de octubre de 1996). Por el contrario, en relación con las tasas por inspección, por ejemplo por inspección de motores, se exige que la visita y la inspección sea efectivamente realizada (STSJ Madrid de 14 de octubre de 1989).

Si la tasa se exige por el control a posteriori efectuado a partir de la documentación presentada por el interesado no sería necesaria la visita. Pero puede ocurrir que el sujeto inicie la realización de la actividad y no presente declaración responsable. En estos casos, la constatación de la realización de una actividad se efectuará mediante una inspección, tras la cual pueden realizarse actuaciones de verificación de que las actividades económicas se ajustan a la legalidad.⁴⁵⁰ E incluso es posible que estas actuaciones de inspección se realicen en el curso de la comprobación iniciada tras la declaración responsable.

10.2. Las modificaciones del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales para regular la tasa por actuaciones de verificación a posteriori

Como ya se ha indicado, el artículo 20.1 del TRLHL, contiene una regulación genérica del hecho imponible de las tasas y establece que las entidades locales, mediante la aprobación de sus propias ordenanzas fiscales y en los términos previstos en la propia ley referida podrán establecer tasas, entre otras actividades, por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos. Este mismo artículo, en su apartado 4, señala que las entidades locales podrán

⁴⁴⁹ SERRANO ANTÓN, F., “Las tasas por la prestación del servicio y realización de actividades administrativas en la Hacienda Local”, *Anuario Aragonés del gobierno local 2009*, núm. 1, 2010, entiende en similar sentido que “la solicitud de la licencia, no obstante, no es una condición importante para la efectiva prestación del servicio y, en definitiva, para la procedencia de la tasa. Esta se devenga cuando se inicia la prestación del servicio. De este modo, siendo la licencia de solicitud obligatoria, el ente público local tras comprobar que se está ejerciendo una actividad sin obtener la previa licencia preceptiva, iniciará los trámites de verificación e inspección, debiendo el sujeto abonar la oportuna tasa, sin perjuicio de la oportuna sanción”, *cit.*, p. 308.

⁴⁵⁰ Según señala SERRANO ANTÓN, F., “Las tasas por la prestación del servicio...”, “la motivación del servicio o de la actividad no sólo puede ser realizada por la solicitud del sujeto pasivo, sino también por su omisión. El ente local exigirá una tasa cuando se vea obligado a prestar un servicio público o a realizar una actividad administrativa, después de considerar su necesidad y aunque el sujeto pasivo no lo haya solicitado directamente sino que de sus conductas se derive dicha obligación”, *op. cit.*, p. 275.

establecer tasas por cualquier supuesto de prestación de servicios o de realización de actividades administrativas de competencia local, incluyendo a continuación una relación meramente enunciativa, de alguna de las actividades por las que las entidades locales pueden establecer tasas.

En la redacción inicial se incluía, entre estas actividades, el otorgamiento de licencias de apertura, aunque siendo la relación meramente ejemplificativa, desde el momento en que el otorgamiento de licencia de apertura se sustituye por un control de la actividad comunicada, podría exigirse también una tasa por las actuaciones de comprobación o verificación a posteriori.

No era necesaria, por tanto, la modificación del TRLHL para que una ordenanza fiscal pudiera exigir una tasa por las actuaciones de comprobación o verificación a posteriori. Aunque los preceptos enunciativos tienen una función esencialmente didáctica y, resulta conveniente que vayan modificándose cuando se alteran las circunstancias que tratan de clarificar.

Por ello, la Ley de Economía Sostenible modificó el apartado i) del artículo 20.2 del citado TRLHL, incluyendo, entre las actividades por las que las entidades locales podían exigir tasas, el otorgamiento de las licencias de apertura de establecimientos, así como por la realización de la actividad de verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación sectorial cuando se trate de actividades no sujetas a autorización o control previo.

El Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, ha vuelto a modificar el citado artículo, pasando a tener la siguiente redacción: “Otorgamiento de las licencias de apertura de establecimientos o realización de las actividades administrativas de control en los supuestos en los que la exigencia de licencia fuera sustituida por la presentación de declaración responsable o comunicación previa”.

En esta última redacción las actividades de control se configuran de modo más amplio, evitando así dudas acerca de si puede exigirse una tasa por actividades de control distintas a la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación sectorial, al mismo tiempo que las actividades de control se relacionan con la sustitución de las licencias de apertura por declaraciones responsables o comunicaciones previas. Pero, en todo caso conviene insistir en que se trata de un precepto didáctico que no impedía la exigencia de la tasa por actividades de control en los supuestos de presentación de declaración responsable con carácter previo a su modificación. Y en que esta nueva redacción tampoco evita la modificación de la ordenanza fiscal o la aprobación de una nueva, para la exigencia de la tasa por las actividades administrativas de control a posteriori.

10.3. La necesidad de prestación del servicio y su justificación

La realización de la actividad administrativa resulta imprescindible para la procedencia de la tasa, tal como ha exigido la jurisprudencia de modo reiterado⁴⁵¹. Se trata de un aspecto que puede originar conflictos en la aplicación de las tasas por las actividades de control y verificación de las actividades comunicadas, dado que no siempre resultará evidente la prestación del servicio.

En las tasas por el otorgamiento de la licencia de apertura, su propia expedición o, en su caso, denegación, permiten constatar la realización de las actuaciones de carácter técnico y administrativo tendentes a verificar que el establecimiento cumple con las condiciones exigidas como presupuesto para su concesión.

Mayores dudas se suscitaban en relación con la procedencia de las tasa en los cambios de titularidad o de denominación social, entendiéndose que era necesario que se produjese una actividad municipal que supusiera la prestación de un nuevo servicio, como ocurría en los supuestos de cambio en la disposición física del local o en la actividad desplegada en él, que hacían aconsejable una nueva tramitación.

También han resultado conflictivos los supuesto de obtención de la licencia de apertura por silencio administrativo. Habitualmente se ha entendido que no procedía la exigencia de la tasa porque no estaba acreditada la prestación del servicio (la ya citada STS 13 de octubre de 1992). Pero en otras, la concesión de la licencia por silencio no ha impedido la exigencia de la tasa si el Ayuntamiento acreditaba que se habían realizado las actividades administrativas y técnicas tendentes a la verificación del cumplimiento de la legalidad, por ejemplo, si se había iniciado el expediente y se habían realizado actuaciones dirigidas a la emisión de informes urbanísticos, visitas destinadas a verificar al respecto la reglamentación sobre inspección de ruidos, peligro de incendio, etcétera. (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 24 de abril de 1995).

Con la comunicación previa, la realización de la prestación del servicio de verificación por parte del Ayuntamiento no siempre resultará acreditada. La regulación que se ha hecho por parte de la mayor parte de los municipios no prevé ninguna comunicación por parte del municipio. Con las licencias, o se obtenía un pronunciamiento expreso o se obtenía la concesión de la licencia por silencio, dado

⁴⁵¹ Entre otras muchas, la STS de 12 de marzo de 1998 señala que debe producirse una actividad municipal que suponga la prestación de un servicio, así como la concesión de la licencia, y que justifique el devengo de la tasa. En similares términos, la Sentencia de 2 de marzo de 1999 del TSJ de Andalucía señala que: “Caracteriza la tasa como tributo, frente a otras categorías tributarias como el impuesto, su fundamento en la contraprestación de un beneficio individual, real o presunto, que se irroga al particular cuando la Administración le presta un servicio o realiza una actividad de su competencia que han sido solicitados o provocados por aquél. En aquellas tasas cuya justificación se encuentra en el desarrollo de una actividad administrativa, como la que nos ocupa, la realización de ésta resulta imprescindible para su devengo”. Igualmente, la STSJ de Cataluña de 4 de marzo de 1999 señala que, para poder exigir esta tasa se requiere que la Administración municipal haya desarrollado una actividad técnica y jurídica tendente a verificar la concurrencia de las condiciones necesarias para el ejercicio de la actividad que pretende desarrollarse en el correspondiente establecimiento. En el supuesto enjuiciado se entiende que la instalación de unas máquinas recreativas no exige en sí misma licencia municipal de apertura de establecimientos, al no precisar la actividad especial de control por parte del Ayuntamiento, por lo que resulta improcedente la exigencia de la tasa.

que la inactividad de la administración tenía efectos positivos. Con la comunicación previa, por el contrario, la mera presentación faculta para el ejercicio de la actividad siempre que el uso o la actividad comunicada esté permitida por el ordenamiento y se adjunte la documentación exigida.

En caso de que la documentación exigida sea insuficiente se requerirá al ciudadano para que subsane. En el supuesto de que la documentación exigida resulte suficiente de que se proceda a su substracción podría resultar conveniente poner en conocimiento del ciudadano el resultado de las actividades de control. Esta puesta en conocimiento al interesado le permitiría tener constancia de la realización de la actividad.

10.4. Conclusiones

La licencia de apertura es sustancialmente diferente de la licencia de obras, dando lugar al devengo de dos tasas diferentes, aún en el caso de que se trate de operaciones simultáneas; sin embargo, es igualmente claro que no tendrán ningún fundamento unas tasas por apertura de establecimientos desproporcionadas con el coste del servicio. Aunque se sostenga que no les afecta el nuevo impuesto sobre construcciones, la propia creación de éste ha de afectar a todas las tasas, impidiendo su desnaturalización. En la actualidad, ante los problemas que plantea la propia vigencia de la Directiva de Servicios, por algún sector doctrinal se ha sostenido que alguna solución han de darle el legislador o la doctrina, ya que lo que no tiene sentido es que con la escasez de recursos que ya tienen de por sí los Ayuntamientos, el sustituir el procedimiento de licencia previa por comunicación previa del interesado, vaya a traer consigo una merma en los ingresos tributarios.

Entendemos que sin embargo, no cabe compartir planteamientos de este tipo: la cuantía de las tasas debe ser la que constitucional y legalmente corresponda al coste del servicio o actividad (siempre considerados en su conjunto). Si fuere legalmente factible que se excediera tal coste, como no hay norma legal alguna que establezca la cuantía de ese «impuesto indirecto» sobre el exceso, la propia regulación legal sería manifiestamente inconstitucional.

La reacción de las Entidades locales a una merma de ingresos por aplicación de la Directiva de Servicios habría de consistir más bien en ponerla de manifiesto y reclamar financiación por otras vías constitucionales y legales o, en su caso, la potenciación de las actuales, por ejemplo, mediante la actualización de los valores catastrales.

Coincidiendo con la conclusión, la premisa resulta reveladora de la desnaturalización de las tasas, pues la eliminación de licencias o su sustitución por otras formas de comprobación o control no

tiene porqué significar ninguna pérdida de ingresos, sino, en todo caso, una minoración paralela del coste de las actividades administrativas⁴⁵².

Las Entidades locales no pueden recaudar por una tasa una cantidad superior, en su conjunto, al coste real, si se conoce a priori, o previsible del servicio o actividad por cuya prestación o realización se exija dicha tasa. Es una consecuencia esencial de la propia naturaleza de las tasas, sin que el régimen constitucional y legal vigente permita la imposición de verdaderos impuestos indirectos sobre el uso de los servicios o actividades públicas.

Las llamadas “desnaturalizaciones de las tasas” por incurrirse en «excesos reprobables» en la determinación de sus cuantías⁴⁵³ encontrarán en la Directiva un nuevo y potente obstáculo para su mantenimiento.

⁴⁵² Siguen plenamente en vigor las consideraciones que sobre la subsidiariedad de las tasas se contienen en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de abril de 1998 (JT 1998\618): “La efectiva realización de la actividad o del servicio es requisito fundamental para el devengo de la tasa, lo que es consecuencia ineludible del principio de subsidiariedad de la tasa respecto del servicio. El servicio o la actividad municipal no tienen como fin el cobro de tasas, sino que su objeto consiste en la satisfacción de necesidades realmente sentidas por el municipio o los individuos. La tasa existe en función del servicio y no el servicio en función de la tasa. De aquí que la Jurisprudencia se halla pronunciado siempre contra la desnaturalización de las tasas, afirmando reiteradamente que la tasa no se justifica por sí misma, sino que sólo tiene fundamento jurídico suficiente cuando se establece como medio de distribución del coste de un servicio que es prestado por razones no recaudatorias. Por ello el poder local de establecer tasas no es una habilitación en blanco para establecer tributos de manera indiscriminada, sino que el poder termina allí donde la tasa se convierte en el móvil de la actividad que constituye el hecho imponible”.

⁴⁵³ La sentencia 602/2007, de 31 de mayo de 2007, del TSJ de Cataluña, anula la Ordenanza sobre una “Tasa por la prestación de los servicios de intervención integral de la Administración municipal en las actividades e instalaciones”, en base a que: “No consta en absoluto en el expediente la “necesaria justificación de la cuantía de la tasa propuesta”. No es que no haya la exigible motivación especialísima que hemos apuntado, sino que nada se dice en lugar alguno del expediente sobre esa justificación. Las tarifas del artículo 6 de la Ordenanza carecen de cualquier justificación, en particular cuando incluyen diversas cantidades por metro cuadrado (de lo que se queja especialmente la recurrente, en cuanto Asociación de fabricantes de hormigón preparado), distintas según las actividades de que se trate, pero no en todas, porque para salas de juego, discotecas y bares especiales y para oficinas bancarias y de ahorro, se establecen exclusivamente elevadísimas cuotas fijas. Ni siquiera existen fijados límites o topes máximos para evitar resultados irracionales como resultado de la utilización de parámetros no justificados ni, por ello, mínimamente controlables”.

En el mismo sentido, la STSJ de Cataluña 1214/2006, de 30 de noviembre de 2006, anula tanto la liquidación por la llamada Tasa por Licencia ambiental como las tarifas de la Ordenanza. La liquidación girada tenía un importe de 105.801,83 euros, equivalentes a 17.603.943 de las antiguas pesetas, que representaba el 40,63% de la totalidad de los costes previstos para el ejercicio. La sentencia sostiene que se ha producido una desnaturalización de la tasa, al ser su importe irracional, declarando que la tasa prevista por la Ley lo es exclusivamente para resarcirse de los costes generados por la intervención y no para allegar recursos adicionales. Se dice al respecto en el Fundamento sexto: “Supone una manifiesta desnaturalización de la tasa de que se trata que su importe sea de más de 105.000 euros cuando el proyecto técnico a que se refiere la Ley, y que hay que “comunicar” para su comprobación, ha ascendido, según consta probado en los autos, a poco más de 3.200 euros. No resulta racional que el coste de comprobar un proyecto ascienda a una cantidad que multiplica por más de 32 veces el coste del propio proyecto. Tal conclusión, además de irracional, es contraria al tenor del art. 24 de la Ley de Haciendas Locales, produciéndose la citada desnaturalización de la tasa por un exceso injustificado, reprobable, notorio y excesivo, porque nunca una simple recepción de una comunicación y documentación, y una estereotipada actividad municipal (en realidad, según el contenido del expediente administrativo, ninguna actividad administrativa distinta de la propia liquidación de la tasa), puede suponer una tasa de más de 17 millones de pesetas. Es un ejemplo típico de los denunciados por la doctrina de frecuentes fenómenos de “desnaturalización” de la tasa, convirtiéndolo en la práctica en un impuesto indirecto, sin legitimación legal para ello y con resultados injustos de forma patente, pues no cabe permitir la imposición de verdaderos impuestos indirectos sobre el uso de los servicios públicos (*vid.*, igualmente, SSTs de 11 de junio de 1996, 6 de febrero de 1995, 20 de julio de 1994 y de 22 de mayo de 1998), entre muchas otras.”

En todo caso, la simplificación de actividades administrativas que supone la Directiva habrá de trasladarse a la correspondiente reducción de las cuantías en las tasas en que se refleje, que podrá hacerse mediante la aplicación de un porcentaje sobre la tarifa por el otorgamiento de licencias.

11. Otras consideraciones

La doctrina ha puesto acertadamente de manifiesto la insuficiente y ambigua regulación que contiene el artículo 71 bis) de la Ley 30/1992 de dos instituciones llamadas a tener una singular importancia en el control administrativo de actividades. Llama la atención, en especial, la deficiente definición de las dos figuras, que hace que resulte difícil su distinción.

El principal elemento diferenciador de la comunicación previa y la declaración responsable radica, en su contenido. Puesto que la comunicación es una mera aportación de datos, en la declaración se suple, además, la entrega de documentos que acrediten determinados requisitos o condiciones por la declaración de que estos se cumplen y, quien así lo hace, asume la responsabilidad de la veracidad de su declaración. Ambos sistemas pueden operar por ello conjuntamente, si bien también lo pueden hacer de forma independiente.

Otra posible diferencia entre ambas técnicas se refiere a su ámbito de aplicación, que parece más amplio en el caso de la declaración responsable dado que, puede utilizarse para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio. De esta forma, la declaración responsable no siempre constituye una técnica de control *a posteriori* de actividades, como ocurre con la comunicación previa, pues puede utilizarse también con el objetivo de suplir la documentación necesaria para el reconocimiento de un derecho.

Estas nuevas formas de control de las actividades van a permitir, sin duda, una notable agilización administrativa, pero su aplicación, al igual que la regla del silencio positivo, requiere analizar cuidadosamente los intereses protegidos, de forma que cuando concurra una razón imperiosa de interés general habrá de mantenerse el control previo si resulta proporcionado para su salvaguarda.

Las comunicaciones previas y las declaraciones responsables suscitan, a nuestro entender, dos órdenes de problemas, que de no adaptarse las medidas correctoras necesarias, pueden afectar al principio de seguridad jurídica, tanto para los operadores como para terceros: en cuanto a los operadores, éstos pueden incurrir en responsabilidad, además de no poder continuar con la actividad, por haber cometido algún error de apreciación en el régimen jurídico aplicable a esta actividad; los terceros que se puedan ver afectados por la actividad, al no existir acto administrativo de autorización, difícilmente pueden saber cómo y en qué plazo podrán actuar contra el ejercicio de la misma.

En segundo lugar, la comunicación previa y la declaración responsable suscitan el problema de la disminución de los controles sobre la actividad, con los riesgos que ello entraña para la garantía

efectiva de determinados intereses públicos, como son los derechos de los terceros interesados, de los consumidores y usuarios y la calidad de los servicios. Por ello, el propio artículo 71 bis) no establece que necesariamente deban suprimirse los controles *a priori* en caso de comunicación previa o declaración responsable, pues sólo lo establece “con carácter general”. Esto abre la puerta a que las normas sectoriales establezcan un plazo, tras el inicio de la actividad, durante el cual la Administración podría oponer su veto, siguiendo la vieja fórmula de “actividad autorizada con reserva de veto sujeto a plazo”.

Así lo hace la propia Ley Ómnibus, que, en materia de servicios ambientales, prevé un plazo durante el cual la Administración puede oponerse al inicio de la actividad⁴⁵⁴.

Debe precisarse, no obstante, que en caso de que se establezca una exigencia de comprobación administrativa previa o de que la presentación de la comunicación no permita el inicio de la actividad desde el día de la presentación, nos hallaríamos a efectos de la Directiva de Servicios y pese a su denominación, ante un régimen encubierto de autorización. Si así fuere, el plazo previo de comprobación cautelar que condiciona y retrasa el inicio de la actividad debe estar justificado, al igual que el régimen de autorización propiamente dicho, en una razón imperiosa de interés general. Se trata, en cualquier caso, de un sistema de control previo mucho más ágil que la autorización en sentido estricto.

En tercer lugar resulta esencial, un reforzamiento de las técnicas de inspección y sanción con el fin de garantizar que la eliminación del control previo no propicia los incumplimientos legales.

La Administración debe dotarse de más efectivos para desempeñar estas nuevas funciones inspectoras y sancionadoras. Ello va a plantear a corto plazo problemas de redistribución de personal, puesto ya no serán necesarios empleados públicos dedicados al control previo, y sí muchos más encargados de la inspección, que requieren, además, una mayor formación para el desempeño de su labor.

Dada la imposibilidad actual de incrementar efectivos en la Administración por la imperiosa necesidad de reducir los gastos públicos, la solución que se vislumbra y que algunas Comunidades Autónomas, como Cataluña, ya vienen aplicando desde hace tiempo, es la habilitación a sujetos privados para ejercitar las actividades de información, inspección y control de las actividades.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, estas entidades ahorran costes a la Administración, y le ofrecen la posibilidad de disponer de capacidad de reacción ante las innovaciones tecnológicas que se van produciendo y, con ello, constituyen una garantía de la eficacia de la actuación de los

⁴⁵⁴ Las leyes autonómicas también han previsto estas comprobaciones administrativas previas (así, p. ej., Ley 11/2003 de Castilla y León, art. 35.2, Ley 2/2006 de la Comunidad Valenciana, art. 65.3, o la Ley 4/2009 de la Región de Murcia, art. 40.4).

poderes públicos, supliendo las lagunas e incapacidades que estos tienen, dado el actual desarrollo científico-técnico.

El Real Decreto-ley 19/2012, habilita expresamente a las Corporaciones locales para recurrir a la colaboración privada de entidades de validación legalmente acreditadas, a través de las cuales podrá gestionarse la totalidad o una parte de la actividad de comprobación.

De este modo, viene a dar cobertura legal, con carácter general, a la regulación por ordenanzas municipales de sistemas de control de actividades mediante entidades privadas. Procede recordar, en este punto, que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid⁴⁵⁵ anuló, precisamente por falta de cobertura legal, los preceptos de una Ordenanza del Ayuntamiento de esa ciudad por la que se introdujo un sistema parcialmente privatizado de gestión de las licencias por la Agencia de gestión de licencias de actividades con la finalidad de agilizar su gestión y evitar así las prácticas corruptas puestas de manifiesto en el conocido como “caso Guateque”.

Como límites a esta colaboración privada en las actividades administrativas de control, el Real Decreto establece la necesidad de que dichas entidades actúen “en un régimen de concurrencia”. Se contempla la posibilidad de que los interesados utilicen a estas agencias para la valoración de los requisitos manifestados en sus declaraciones responsables, pero se precisa que de ello no podrá derivarse tratamiento diferenciado alguno por parte de la Administración competente, con lo que se evita la conversión de estas valoraciones privadas en “pseudoautorizaciones”, como ha ocurrido en Italia con las declaraciones de conformidad de las agencias para empresas.

Por último, interesa señalar la reducción de la protección de los posibles terceros afectados por las actividades que traen consigo estas técnicas de control a posteriori, pues al configurarse como actos privados no pueden ser reconocidos en vía administrativa y contencioso-administrativa. Resulta conveniente, por ello, que se les reconozca con carácter general y a nivel de legislación básica, la condición de interesados en el procedimiento de inspección.

⁴⁵⁵ STSJ Madrid, de 17 de febrero de 2011: Esta sentencia no cuestionaba el sistema de colaboración privada en el ejercicio de funciones administrativas de verificación, inspección y control, y citaba incluso diversos ejemplos de otras Comunidades autónomas, pero declaró la nulidad de los preceptos recurridos en cuanto establecían una prestación patrimonial de carácter público sin la necesaria cobertura legal, vulnerando por ello la reserva de Ley del artículo 131.3 de la Constitución.

CONCLUSIONES

I

La Directiva de Servicios, como hemos visto, representa un cambio trascendental en la configuración de un verdadero mercado unificado de los servicios, cuyo fundamento se encuentra en el reconocimiento de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios. La acción armonizadora del legislador europeo respecto de esas libertades básicas es de singular relevancia en aras del establecimiento de un auténtico mercado interior de los servicios, generándose por las autoridades internas competentes una elefantiasis normativa difícil de gestionar.

Esta norma, constituye un paso más en el proceso de constante evolución del modelo de intervención de los poderes públicos. Con ella se busca instaurar un marco regulatorio predecible y favorable para los agentes económicos que cree un entorno proclive a la generación de actividad y la creación de empleo para dinamizar la actividad económica. Con este fin, la legislación interna ha eliminado las restricciones desproporcionadas o injustificadas al funcionamiento de los mercados de servicios. Nuevos instrumentos de técnica jurídica, como hemos podido comprobar, han sido llamados a cubrir el vacío dejado en muchos sectores de actividad por la eliminación de autorizaciones y licencias administrativas.

En un contexto de crisis financiera generalizada, las Comunidades Autónomas, junto con los Entes Locales, han abordado en la medida de sus posibilidades y con mayor o menor acierto, la modificación de sus ordenamientos jurídicos en los diferentes sectores de su actividad, para introducir principios de simplificación administrativa y buena regulación que mejoren el funcionamiento y eficacia de la actuación de las Administraciones públicas y la rapidez de los procedimientos administrativos.

La reconfiguración de sus títulos de intervención, en un sector ampliamente intervenido implica un examen a conciencia, en un juicio de razonabilidad y proporcionalidad, de los pros y contras de mantener o eliminar dichos regímenes. Y en ese proceso no deben verse influenciadas por la tendencia imperante de primar el control ulterior por el hecho de que las licencias son percibidas como una técnica interventora obsoleta o inadecuada que ha pasado de ser la regla general a la excepción. No debiéramos olvidar que la Directiva de Servicios y la normativa de adaptación interna pese a dar preferencia a consideraciones económicas por encima de otras prioridades, estipula que también deben ser apreciadas, otras como, la garantía de una mejor calidad, la seguridad de los servicios que prestan las empresas, la salud pública, el orden público, etc.

Pese a ello, la expurgación del régimen clásico de intervención administrativa ha venido de la mano del legislador estatal y de sus leyes más recientes, esto es, el conjunto de normas de carácter básico que ha dictado el Estado en su estrategia anti-crisis y de recuperación de la economía, normas que tienen un común denominador: la imposición de una concreta técnica de intervención menos restrictiva y sujeta a controles posteriores, que a priori, permitirá el ejercicio de la actividad de inmediato, o en su defecto en un mínimo período de tiempo.

La apreciación discordante de los efectos de la DS por las CCAA y la distinta intensidad de la transposición, ha generado, como hemos tenido la oportunidad de ver, una disparidad de marcos regulatorios que ha creado una incertidumbre jurídica, en ocasiones probablemente distorsionante del funcionamiento del mercado interno. Ejemplo de ello, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre de garantía de unidad de mercado, que, indirectamente (mediante el recurso a la prevalencia del marco regulatorio más laxo), va a generar una uniformización normativa en todo el territorio nacional que desdibujará el reparto constitucional y estatutario de competencias con justificación en el principio de unidad del orden económico nacional presente implícitamente en el artículo 139 CE, sin mencionar la litigiosidad que se creará entre las Comunidades Autónomas a costa del *dumping regulatorio*, con motivo de la aplicación de la normativa de origen y el principio de eficacia en todo el territorio nacional.

En cualquier caso, y como ya ha quedado apuntado, esta situación podría corregirse, mediante **la armonización consensuada de la normativa reguladora de la actividad económica y de un refuerzo y perfeccionamiento de los mecanismos de coordinación y cooperación institucional que debe comandar el legislador estatal en este proceso de cambio.**

II

En relación con este proceso de transformación actual, habría que preguntarse si, en realidad, hay realmente un cambio de paradigma. Si el criterio determinante de la respuesta hubiera de ser el de la novedad de las técnicas a que da lugar (declaración responsable y comunicación previa), la respuesta habría de ser negativa. La doctrina llamó la atención tempranamente y ha corroborado luego que tales técnicas son conocidas en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo desde hace tiempo y su uso dista de ser marginal, encontrándose, además, en crecimiento ya antes del dictado de la Directiva de Servicios, al menos en algunos sectores. Otra cosa es si se adopta el criterio, de la economía interna del régimen de la intervención administrativa. Este punto de vista, que es el correcto, impone la respuesta positiva.

El cambio existe pues, pero no supone tanto des-regulación, en el sentido de des-administrativización, como re-regulación de la intervención administrativa. La intervención administrativa persiste como tal incluso en los supuestos en los que la solución deba ser, y sea, la libertad de acceso y ejercicio. Porque en modo alguno comporta, como parece deducirse de las

opiniones doctrinales citadas en este trabajo, la mera sustitución de la autorización por una simple comprobación de declaraciones y comunicaciones de los sujetos pasivos. Al respecto, lo dejan absolutamente claro, las reformas operadas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, al incluir entre los medios de intervención de la actividad de los ciudadanos, el sometimiento a comunicación o declaración responsable y a control posterior al inicio de la actividad.

III

Así las cosas, es evidente que la tarea aún dista mucho de haber sido completada, no sólo porque la ya citada estrategia llamada “Europa 2020” de creación de un mercado único y abierto de servicios plantea numerosos desafíos en forma de reformas estructurales sobre la base de la Directiva de servicios que están por venir, sino además porque quedan importantes cuestiones pendientes en el proceso de adaptación a la misma que deben ser resueltas de forma nítida y precisa. Por ejemplo, **la regulación de las comunicaciones previas y las declaraciones responsables contenida en las leyes 17/2009 y 25/2009** peca de ser excesivamente genérica y fragmentaria, dejando demasiados cabos sueltos que **suscitan una notable inseguridad jurídica.**

Las autorizaciones tienen un valor para los ciudadanos que las obtienen que radica en la seguridad jurídica y económica que les proporcionan. El ciudadano o empresa autorizados cuentan, a partir de ese momento, con un título otorgado por la Administración pública que le da la completa seguridad de que puede desarrollar la actividad pretendida sin temor a tachas de legalidad y sin que se le puedan exigir responsabilidades por hacerlo. En cambio, las comunicaciones y declaraciones responsables favorecen la libertad en el sector donde se aplican, agilizando su inmediato disfrute. Pero no cabe duda de que la falta de intervención *a priori* de la Administración pública sume al administrado en una mayor inseguridad. Ambas instituciones permiten el ejercicio de las actividades privadas sólo bajo la responsabilidad del interesado, que es el único que, en principio, tiene la carga de valorar y decidir si la iniciativa que va a poner en marcha se ajusta a la legalidad, y también que la documentación en que se apoya y avala su criterio cumple los requisitos previos consignados en aquélla.

La técnica de la comunicación, quizás no sea para los particulares, en todo caso, más ventajosa que la técnica de la autorización. En efecto, aunque es cierto que las actividades sujetas a comunicación previa no precisan para su realización del título administrativo en que consiste la autorización, también lo es que la existencia de un acto administrativo que proporcione cobertura a las actividades privadas representa en ocasiones una garantía para el particular.

En este sentido, no cabe duda de que **la posición del tercero es la que resulta más perjudicada.** De interesado con derecho a ser informado de la tramitación del procedimiento autorizador, y

legitimado para impugnar el acto definitivo, pasa a ser un tercero que desconoce la comunicación y que no podrá impugnar acto administrativo alguno. La defensa de su interés se deberá ejercer a través de una reclamación de actuación administrativa positiva en relación a la actividad que desarrolla el sujeto o entidad que presentó la comunicación una vez tenga conocimiento de tal actividad, lo que en la mayoría de supuestos ocurrirá cuando la instalación ya esté en funcionamiento. Si la Administración niega la intervención o no responde, deberá impugnar el acto de denegación de la intervención solicitada o la inactividad. La posición, evidentemente, queda sensiblemente debilitada.

Esta cuestión tampoco ha sido resuelta por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuya entrada en vigor está prevista para el 2 de octubre de 2016. Habría sido deseable que, como mínimo, se hiciera extensivo al tercero denunciante la previsión que el primer párrafo del artículo 62.3 reserva para las denuncias que invocan un perjuicio en el patrimonio de las Administraciones públicas (en este caso, “la no iniciación del procedimiento deberá ser motivada y se notificará a los denunciantes la decisión de si se ha iniciado o no el procedimiento”).

IV

Las conclusiones anteriores nos llevan a otra, muy relacionada con ellas. La opción a favor del empleo de la comunicación previa deberá venir justificada por la índole y las especiales características de la actividad de que se trate, de naturaleza tal que para el control de su ejercicio no sea necesario un título administrativo interpuesto. Por ello, no toda actividad sujeta a autorización puede sin más quedar sometida al régimen de comunicación previa.

En consecuencia, deberán de tratarse en todo caso, de actividades que puedan iniciarse de modo inmediato tras la comunicación, y tengan escaso potencial de lesión de los intereses públicos o de tercero o revestir características tales que, a priori, induzcan a primar los intereses del particular frente a cualquier otro interés contrapuesto, tal y como se ha propugnado en Italia con respecto a la declaración de inicio de la actividad. También debería valorarse introducir previsiones semejantes a las que existen en el ámbito tributario de regulación de los efectos jurídicos vinculantes de las consultas que eventualmente los operadores o ciudadanos puedan realizar en este contexto de invisibilización de la Administración en el control de acceso a actividades.

V

Un sistema de comunicaciones responsables solo es aceptable si es acompañado, simultáneamente, por una des-regulación profunda de la actividad, que minimice el riesgo de intervenciones ex post más o menos justificadas o arbitrarias. La carencia de un modelo presuntamente liberalizador de piezas capitales, como son las potestades de que dispone la

Administración para corregir y sancionar las infracciones legales en que hayan incurrido los declarantes o comunicantes y, sobre todo, el plazo para utilizarlas, convierten a las declaraciones responsables y las actividades comunicadas en un título de habilitación indeseable para cualquier operador económico sensato, que jamás procederá a realizar cualquier inversión mínimamente cuantiosa sin la garantía de que su proyecto no podrá ser enervado y clausurado por la Administración en el momento temporal en que ésta tenga por conveniente, y siempre en base al real o supuesto incumplimiento de requisitos legales más o menos discutibles.

Es cierto que la inercia de los sistemas administrativos de intervención previa (vía autorización) es aún muy fuerte, y que, pese a los esfuerzos desplegados por las Leyes 17 y 25/2009, de transposición de la Directiva de Servicios, el ámbito de aplicación de los regímenes de declaración responsable y comunicación previa es aún muy reducido; pero no hay que descartar que los afanes liberalizadores de la normativa comunitaria obliguen en un futuro próximo a ampliar considerablemente dicho ámbito, lo cual sería una catástrofe para los operadores económicos que pretendan desarrollar su actividad en sectores objeto de una regulación técnica minuciosa, densa y compleja. Es verdad que el régimen de autorización previa supone un freno temporal a la iniciativa económica: pero no debe olvidarse que el empresario compra, a cambio de la demora, la seguridad de su inversión, que queda amparada por un acto administrativo.

VI

Tampoco se aprecian cambios en la organización del personal en las Administraciones y son escasos en la regulación de los ingresos para adaptarse a las nuevas fórmulas de control. Como ha sucedido en muchas otras ocasiones con el Derecho comunitario parece como si un mecánico proceso de transposición, sin reflexión crítica sobre las consecuencias de los cambios, se culminara hasta que en algún momento futuro percibamos sus consecuencias.

El deficiente proceso de transposición ha supuesto la dejación por el Derecho de la fijación de los requisitos detallados de inicio de actividades para garantizar valores y bienes relevantes del ordenamiento jurídico en un abandono desde las instancias políticas de su función de decisión democráticamente atribuida. Tampoco la legislación más reciente prepara a nuestra burocracia para desempeñar tareas efectivas de inspección que suplan los actuales controles previos, ni creemos que operadores, ciudadanos y jueces estén preparados para asumir plenamente el descargo de la responsabilidad de las Administraciones públicas en los agentes privados causantes del daño.

El control del ejercicio de actividades debería haber supuesto un reforzamiento de los cuerpos de inspección, de la normativa de disciplina y del régimen jurídico de las entidades de control que realizan funciones públicas de control. También en este caso no es este el panorama que dibuja un examen de la legislación. La legislación sectorial no establece qué requisitos se consideran esenciales a los efectos de aplicación de la previsión de paralización por incumplimiento que

establece la Ley 30/1992. No se articulan obligaciones de colaboración de la amplia gama de sujetos privados (colegios profesionales, asociaciones profesionales, entidades de control técnico...) que pueden disponer de información necesaria por el control de la Administración y que, por el cambio de técnicas de intervención, ésta ahora no tiene.

Los amplios cambios en la intervención administrativa en el control de actividades económicas, que trasladan hacia el sector privado funciones de control preventivo de actividades y de comprobación de su ajuste a la legalidad, obligan a reconstruir el sistema de garantías de esos intereses generales que estaba presente cuando estas actividades se realizaban desde el poder público.

En una norma con rango de ley debería atribuirse el ejercicio de las funciones de control a agentes privados fijando su régimen jurídico, los límites al ejercicio privado de funciones públicas, las garantías de los terceros afectados por la actuación y el valor y efectos jurídicos de sus actos. Igualmente deben explicitarse las fórmulas de control por la propia Administración de la actividad de estas entidades que realizan controles por cuenta de la Administración. Una regulación de los requisitos de independencia de estas ECAs sería también necesaria en un contexto de intensificación de su papel.

VII

A estas alturas, casi diez años después desde que se aprobase la Directiva de Servicios, no cabe duda alguna que la norma comunitaria exige sustituir un gran número de licencias por otras técnicas menos restrictivas como son, la comunicación previa o la declaración responsable.

Ahora bien, esta transposición de la Directiva está siendo especialmente compleja en nuestro país, no sólo como consecuencia de la multitud de clases de autorizaciones existentes, sino fundamentalmente como consecuencia de nuestro modelo de Estado descentralizado. La diferente regulación de las autorizaciones, y ahora también de la comunicación previa o la declaración responsable, según la Comunidad Autónoma en la que nos encontremos, o lo que es más, según la Entidad Local, comporta para los ciudadanos altas dosis de inseguridad jurídica y de discriminación. Realidad que no hace sino poner de relieve la necesidad latente de que de una vez por todas, el legislador estatal, haciendo uso de sus competencias constitucionales, que las tiene, (artículos 149.1.1, 149.1.18 y 149.1.18, de nuestra CE), proceda a dictar una normativa básica que resuelva el problema, acabando con tal disparidad, y que hasta la fecha no lo ha hecho, lo que supone un gran obstáculo para el particular que quiere ejecutar unas obras o abrir un nuevo negocio, restando con ello competitividad a nuestro país y frenando la creación de empleo, en detrimento del progreso económico y social del que estamos tan necesitados en estos momentos.

En este sentido, y aunque la técnica legislativa de urgencia no resulte ser la adecuada para fijar una legislación básica, no podemos omitir el esfuerzo unificador que en esta materia ha realizado el

legislador estatal con la aprobación del Real Decreto-Ley 19/2012, al fijar de una forma concreta para todo el territorio nacional, un listado de actividades para las que determina que debe sustituirse la licencia de actividad, y en su caso, la de obras de acondicionamiento de local, por la comunicación previa o declaración responsable, al entender que la licencia municipal no queda suficientemente justificada, así como la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. Y es que anteriormente, la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, resultó ineficaz para la reducción del número de licencias de actividades que predicaba, justamente porque la generalidad de sus términos dejaba la puerta abierta a las diferentes interpretaciones y concreciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, que no llegó a producirse.

No obstante lo anterior, el gran reto lo siguen teniendo la mayor parte de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, que deberán efectuar el desarrollo normativo de la legislación estatal, concretando qué actuaciones urbanísticas y qué actividades someten a comunicación previa o declaración responsable, pudiendo limitarse a reproducir el listado actividades y las obras de acondicionamiento de local, según lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 19/2012, o pueden ir más allá, ampliando el número de actividades o suprimiendo los límites del Real Decreto, tal y como ya han hecho la Comunidad de Madrid y la Comunidad Valenciana, así como regulando detalladamente los procedimientos de comunicación previa y declaración responsable, así como la documentación que en su caso debe acompañarse, de una manera clara, sencilla y eficaz, que deberá aplicarse rigurosamente, y el ejercicio de las funciones administrativas de control “ex post”, tanto en su vertiente de verificación y comprobación de las comunicaciones previas y declaraciones responsables y demás documentación anexa, como el ejercicio de las funciones de inspección. Pues sólo un control posterior eficaz, garantiza la salvaguarda de los intereses generales y por tanto el éxito de la comunicación previa y la declaración responsable.

Por su parte, como todo proceso de simplificación administrativa, la implantación de la Directiva además de una simplificación normativa y procedimental, requiere de un proceso de simplificación organizativa, adaptando la estructura burocrática al nuevo modelo de intervención administrativa y readaptando las funciones y puestos en la Administración.

Pese a ello, aunque hemos iniciado nuestra andadura por el sendero que la Directiva nos abrió hacia la libertad y hacia el progreso económico y social, todavía queda mucho camino por recorrer, ya que junto con el cambio normativo, en el que ya estamos inmersos, se hace necesario un cambio cultural, no sólo en la organización administrativa, sino en la sociedad en general, lo que no sucede de un día para otro con la aprobación de una serie de normas, y es en este cambio cultural donde todos los ciudadanos tienen un reto que no es baladí, ya que esa mayor libertad para el ciudadano que supone la aplicación de la Directiva, implica una mayor responsabilidad en su ejercicio, que hay que asumir y para la que hay que estar preparados.

Las comunicaciones de puesta en marcha y las declaraciones responsables son actos jurídicos privados con eficacia propia que sustituyen la exigencia de una resolución administrativa que proclame el derecho a realizar la actividad. Con la licencia, la posición jurídica del interesado es indiscutible, ya que ésta ha sido declarada formalmente por la Administración competente. Aunque parezca una cuestión baladí, la posesión de un título formal tiene su importancia en la práctica, no sólo porque acota certeramente el alcance de la actuación privada sino también por sus efectos económicos, como han podido comprobar durante años los promotores y agentes inmobiliarios que solicitaban financiación para sus actuaciones urbanísticas sin disponer de un acto autorizador expreso por el hecho de haber obtenido la licencia por silencio administrativo positivo. En estos casos, incluso la presentación del certificado administrativo de acto presunto ha sido objeto de suspicacias por parte de las entidades crediticias. Así pues, por más bucólico que sea el marco legal vigente, deberíamos profundizar acerca de la eficacia real que puede llegar a tener en la práctica un mecanismo de autorregulación basado en la declaración de voluntad del propio interesado.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO I CUDOLÀ, V., *La presunción de certeza en el procedimiento administrativo sancionador*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Cívitas, Madrid, 1994.

- “El silenci administratiu en el Reglament d'obres, activitats i serveis. Llicències pressumptes i comunicació prèvia”, *Dret Local*, (T. Font i Llovet, coord.), Marcial Pons, Barcelona, 1997.

- *Silencio administrativo e inactividad: límites y técnicas alternativas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001.

- “La prueba en el procedimiento administrativo sancionador”, *DA*, núm. 1 Extra, 2001.

- “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios: autorización, declaración responsable, comunicación previa y silencio positivo”, *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: Aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona, 2012.

ALBI, F., *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960.

ALONSO MAS, M. J., “El nuevo régimen de los instrumentos de intervención de las entidades locales”, *Reforma del régimen local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: 23 estudios*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2014.

ALONSO MAS, M. J., y NARBÓN LAÍNEZ, E., *El silencio administrativo y su problemática procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

ARROYO JIMENEZ, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2004.

ARZOZ SANTISTEBAN, X., “La versatilidad de lo básico en materia económica, con especial referencia a la crisis financiera y las Cajas de Ahorro”, *La regulación económica. En especial la regulación bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Iustel, 2012, Madrid.

BACIGALUPO ZAPATER, E., *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

BAÑO LEÓN, J. M., *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Cívitas-Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1991.

“El silencio administrativo: notas sobre una regulación anacrónica”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

BERBEROFF AYUDA, D., “Las entidades locales ante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *QDL*, núm. 21, 2009.

- BERMEJO VERA, J., “La Administración inspectora”, *RAP*, núm. 147, 1998.
- BIANCHI, A., “La denuncia di inizio di attività in materia di edilizia. Profili ricostruttivi dell’istituto con particolare riferimento alla tutela giurisdizionale del terzo”, *Rivista Giuridica dell’Edilizia*, fasc. 4, 1998.
- BLANQUER CRIADO, D., *Curso de Derecho Administrativo*, I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- BOCANEGRA SIERRA, R., voz “Revisión de oficio y recurso de lesividad”, en MUÑOZ MACHADO, S., (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, tomo II, Iustel, Madrid, 2005.
- *Lecciones sobre el acto administrativo*, 3ª edic., Thomson-Civitas, Madrid, 2006.
- BOIX PALOP, A., “La discutible necesidad de la licencia de obras menores”, en *Nuevas perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al profesor José Mª Boquera Oliver*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- BOQUERA OLIVER, J. M., *Estudios sobre el acto administrativo*, 5ª ed., Cívitas, Madrid, 1988.
- BORRAJO INIESTA, I., “El intento de huir del Derecho Administrativo”, *REDA*, núm. 78, 1993.
- CANALS i AMETLLER, D., “El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración”, en GALÁN GALÁN, A., PRIETO ROMERO, C. (dir.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Ed. Huygens, 2009.
- “Mejora normativa y reducción de cargas administrativas”, en *Informe de las Comunidades Autónomas 2009*, Barcelona, Instituto de Derecho Público, 2010.
- CANO CAMPOS, T., “La invalidez sobrevenida de los actos administrativos”, *RAP*, núm. 167, 2005, pp. 502-505.
- CERULLI IRELLI, V., *La simplificación de la acción administrativa*, *DA*, núm. 248-249, 1997, (traducc. de ARÉVALO GUTIÉRREZ, Alfonso).
- CHOY I TARRES, A., *L’autorització i la llicència ambiental*, Bayer Hermanos, Barcelona, 2000.
- CIERCO SEIRA, C., “Algunas reflexiones sobre la simplificación de los procedimientos administrativos a la luz de los avances de la Administración electrónica”, *RGDA*, núm. 19, 2008.
- CLARICH, M., “Entidades públicas y proceso de privatización”, *DA*, núm. 250-251, 1998.
- COLMEIRO Y PENIDO, M., *Derecho administrativo español*, Madrid, 1850.

DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., (dir.), *El Mercado interior de servicios en la Unión Europea (estudios sobre la Directiva 123/2006/CE, relativa a los servicios en el mercado interior)*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

- “La Directiva de Servicios y la libertad de empresa”, *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7, 2009.

- “Ley, derechos fundamentales y libertades económicas: la intervención local en servicios y actividades”, *RAP*, 192, 2013.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás, “¿Quo Vadis Bolkestein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?”, *REDE*, núm. 22, 2007.

- “Mercado interior y Directiva de Servicios”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011.

DÍEZ LEMA, J. M., *Subvenciones y crédito oficial en España*, Instituto de Estudios Fiscales-Instituto de Crédito Oficial, Madrid, 1985.

DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., y MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho Administrativo*, 29ª edic., Aranzadi, 2014.

DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, Archivio Giuridico “Filipo Serafin”, 1903.

ENTRENA CUESTA, R., “Las licencias en la legislación local”, *REVL*, núm. 107, 1959.

ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, voz *Autorización*, Imprenta de Eduardo Cuesta, Madrid, 1874.

ESCUIN PALOP, V., *El acto administrativo implícito*, Madrid, 1999.

ESTEVE GARCÍA, Francina, *Técnica, riesgo y Derecho*, Ariel Derecho, 1999

“Los diferentes instrumentos de liberalización incluidos en la Directiva 2006/123 de servicios”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011.

ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Navarra, 2002.

EZQUERRA HUERVA, A., “Los servicios sociales a la luz de la Ley de garantía de la unidad de mercado”, *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado: comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, ALONSO MAS, M. J., (dir.), 2014.

FANLO LORAS, A., (traducc.), “La Ley italiana de 7 de agosto de 1990, de nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos”, *RAP*, núm. 124, 1991.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., “Utilización de los bienes y derechos públicos: estudio de su régimen jurídico (artículos 84 a 109)”, en MESTRE DELGADO, J. F., (dir.), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, El Consultor, La Ley-Actualidad, Madrid, 2004.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.

- “Los transportes por carretera y competencia”, *Transportes y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreos, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la Competencia*, Civitas, Madrid, 2004.

FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., “Reivindicación del silencio positivo: Reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas”, *RAP*, núm. 127, 1992.

FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de inspección*, Comares, 2002.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Inscripciones y autorizaciones industriales”, *RAP*, núm. 52, 1967.

- *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991.

- “Empresa pública y servicios públicos: el final de una época”, *REDA*, núm. 89, 1996.

- “Aplicación de la Ley del comercio minorista en las diferentes comunidades autónomas”, *Nueva ordenación del comercio minorista en España*, Madrid, 1996.

- *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1999.

- “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *RAP*, núm. 150, 1999.

- *Manual de Derecho Urbanístico*, 18ª edic., El Consultor, La Ley-Actualidad, Madrid, 2005.

- “La larga marcha por la libertad de empresa”, *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Madrid, Círculo de Empresarios, 2009.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 7ª edic., Civitas, Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ TORRES, J. R., “Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable”, *Revista catalana de derecho público*, núm. 42, 2011.

FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., *El acto administrativo*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1929.

FONT i LLOVET, T., “Innovazione Amministrativa. L’esperienza spagnola”, *La semplificazione amministrativa* (L. VANDELLI Y G. GARDINI, coord.), Maggioli Editore, Rimini, 1999.

FONT I LLOVET T., y PEÑALVER I CABRÉ, A., “La incidencia de la Directiva de Servicios en los entes locales”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011.

FORTES MARTÍN, A., *El régimen jurídico de la autorización ambiental integrada*, La Ley, Ecoiuris, Madrid, 2004.

FRANCHINI, F., *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'Amministrazione e i privati*, Giuffrè, Milano, 1957.

FUERTES LÓPEZ, M., “Luces y sombras de la incorporación de la Directiva de servicios”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011.

GALÁN GALÁN, A., y PRIETO ROMERO, C., “El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración”, *Anuario de Derecho Municipal*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

GAMERO CASADO, E., “Los municipios y la ventanilla única de la Directiva de servicios”, *REL*, núm. 122, 2009.

- “Ventanilla única y Administración electrónica en la transposición de la Directiva de servicios”, en *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, CES., Castilla y León, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo”, *RAP*, núm. 38, 1962.

- *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Cívitas, Madrid, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 9ª ed., Thomson-Cívitas, Madrid, 2004.

GARCÍA LUENGO, J., *El principio de protección de la confianza legítima en el derecho administrativo*, Cívitas, Madrid, 2002.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., “Autorizaciones y concesiones en el dominio marítimo”, *Revista Española de Derecho Marítimo*, núm. 3, 1963.

GARRIDO FALLA, F., “Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas”, *RAP*, núm. 28, 1959.

- *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, 10ª ed., Madrid, 1987.

- *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2002.

- *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2002.

- *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2012.

GARCIA URETA, A., *La potestad inspectora de las Administraciones públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

GASCÓN Y MARÍN, J., *Tratado de Derecho Administrativo*, 13ª edic., tomo I, Ed. Reus, Madrid, 1955.

GIANNINI, M. S., *Diritto Amministrativo*, volume secondo, Giuffré, Milano, 1993.

GOERLICH PESET, J. M. (dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho a la competencia: Un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina de mercado*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2011.

GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo español. Parte General*, 2ª ed., vol. 3, Eunsa, Pamplona, 1997.

GUAITA MARTORELL, A., “El concepto de acto administrativo”, *REDA*, núm. 7, 1975.

JIMÉNEZ ASENSIO, R., “El impacto de la transcripción de la Directiva de servicios en el Derecho local”, en E. MOREU CARBONELL (Ed.), *El impacto de la transcripción de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho administrativo*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, XII, 2010.

JIMÉNEZ BLANCO, A., “Régimen general de las licencias”, en MUÑOZ MACHADO, S., (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, tomo II, 3ª ed., Iustel, Madrid, 2011.

JORDANA DE POZAS, L., “Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo”, *REP*, núm. 48, 1949.

LAGUNA DE PAZ, J. C., “Nuevo marco jurídico de las actividades liberalizadas”, en BAÑO LEÓN, J. M., CLIMENT BARBERÁ, J. (coords.), *Nuevas perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al Profesor J. M. Boquera Oliver*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

- *La autorización administrativa*, Civitas, Navarra, 2006.

- “Directiva de Servicios: el encuentro del parto de los montes”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, 2009.

- “Controles administrativos para el acceso al mercado: autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas”, *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Consejo Económico y Social de Castilla y León (Colección de Estudios, 13), 2010.

LINDE PANIAGUA, E., “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior”, *REDE*, núm. 14, 2008.

LÓPEZ MENUDO, F., voz en *Autorización*, “Enciclopedia Jurídica Básica”, tomo I, Civitas, Madrid, 1995.

LOZANO CUTANDA, B., “Ley ómnibus: silencio administrativo, declaración responsable y comunicación previa”, Diario *La Ley*, núm. 7339, 2010.

- “Últimos cambios en las técnicas de intervención administrativa: el difícil equilibrio entre la liberalización y la seguridad jurídica”, *Prestación de servicios, Administraciones Públicas y Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, 2013.

MANZANEDO MATEOS, J. A., *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, Ilegal, Madrid, 1968.

MARTÍN MATEO, R., “Actos tácitos y actividad autorizante”, *REDA*, número 4, 1975.

MARTÍN-RETORTILLO, L., “Transportes”, en MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico*, vol. II, La Ley, Madrid, 1991.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias”, *RAP*, núm. 24, 1957.

- *Derecho Administrativo Económico*, vol. I, La Ley, Madrid, 1988.

- “De la simplificación de la Administración pública”, *RAP*, núm. 147, 1998

MAYER O., *Derecho administrativo alemán*, vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1950.

MEILÁN GIL, J. L., “Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión (A propósito del régimen jurídico de las Centrales Lecheras)”, *RAP*, núm. 71, 1973.

MEYER, G., *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes*, Teil I, Duncker & Humboldt, Leipzig, 1883; Teil II, 1885.

MIGUEZ MACHO, L., *La intervención administrativa en el comercio interior*, Madrid, Iustel, 2005.

MILLÁN MORO, L., *La armonización de legislaciones en la CEE*, CEC, Madrid, 1986.

MONTILLA MARTOS, J. A., “La articulación normativa Bases-Desarrollo al incorporar el Derecho Europeo en el Estado Autonomico”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 2, 2004.

MORELL OCAÑA, L., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1998.

MUÑOZ MACHADO, S., “La interpretación de la Constitución, la armonización legislativa y otras cuestiones (la STC de 5-8-83: asunto LOAPA)”, *REDC*, núm. 9, 1983.

- *Servicio público y mercado, I, Los fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998.

- *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo I, Civitas, Madrid, 2004.

- “La garantía jurisdiccional de la integridad y superioridad de la Constitución: la descentralización del sistema”, *RGDA*, núm. 5, 2004.

- *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 2ª ed., Iustel, Madrid 2006.

- “Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios”, *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Madrid, Círculo de Empresarios, 2009.

- “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, 2010.

- “Las transformaciones del régimen jurídico de las autorizaciones administrativas”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 14, 2010.

NIETO A., “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1991.

NOGUEIRA LÓPEZ, A., “Entidades colaboradoras con la Administración, libre prestación de servicios y régimen de control preventivo de actividades”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 16, 2009.

“La termita Bolkestein”, *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 22, 2011.

NÚÑEZ LOZANO, M. C., *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

“Las declaraciones responsables y las comunicaciones en el Proyecto de ley del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas”, *DA*, núm. 2, 2015.

OLIVÁN, A., *De la Administración pública con relación a España*, 1843 (reeditado por IEP), Madrid, 1954.

ORDÓÑEZ SOLÍS, David., “La Administración que demanda la ciudadanía: el reto de hacer sencillo lo complejo”, *La incidencia de la Directiva de Servicios en las ordenanzas reguladoras de los servicios, XVI Seminario sobre gestión pública local*, Gijón, 2010.

PADRÓS REIG, C., *Actividad administrativa y entidades colaboradoras*, Tecnos, Madrid, 2001.

- “La Directiva de Servicios en el mercado interior (DSMI) y la seguridad industrial”, *RGDA*, núm. 24, 2010.

PALOMAR OLMEDA, A., “Volver a empezar: a propósito de la aplicación de la Directiva de servicios y de la Administración electrónica”, *RAD*, núm. 9, 2010.

- “Directiva de servicios y administración electrónica: dos nuevos retos para las Administraciones públicas y un cambio profundo en su régimen de actuación”, *AJA*, núm. 798, 2010.

PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Comentario al artículo 611”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo VIII, vol. 1º, dirigidos por ALBADALEJO GARCÍA, M., Edersa, Madrid, 1987.

PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, 15ª edic., vol. I, Marcial Pons, Madrid, 2004.

-Derecho administrativo I. Parte general, Madrid, 2010.

PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993.

- *Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 2003.

- “La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein: la interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema”, *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 6, 2009.

- Transformaciones y ¿reforma? del Derecho administrativo en España”, INAP-Editorial Derecho Global, 2012.

PARISIO, V., “Silencio positivo, denuncia de inicio de actividad (DIA) y comunicación certificada de inicio de actividad (SCIA) en el procedimiento administrativo: la simplificación procedimental entre el Derecho interno y el Derecho Europeo, en Italia”, en (VICENÇ AGUADO i CUDOLÀ y BELÉN NOGUERA DE LA MUELA, dir.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona, 2012.

RANELLETTI, O., “Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative”, *Giurisprudenza italiana*, 1894.

RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., “De la intervención administrativa previa al control posterior”, *RAD*, núm. 2, 2010.

- “El impacto de la Directiva de Servicios en el procedimiento administrativo: autorización, declaración responsable y comunicación”, *Revista jurídica de Navarra*, núm. 49, 2010.

REBOLLO PUIG, M., “La licencia específica para la implantación de grandes establecimientos comerciales”, *Revista Estudios sobre Consumo*, núm. 51. 1999.

“Derecho administrativo sancionador”, *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, núm. 31, 2006.

REVUELTA PÉREZ, I., *El control integrado de la contaminación en el Derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000.

- *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, Madrid, 2009.

- “Aprovechando que el Pisuerga para por Valladolid: análisis del Proyecto de Ley Ómnibus”, Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios, Círculo de Empresarios, 2009.

- “La transposición de la Directiva de Servicios: panorámica general y blanca de su transposición en España”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317, junio 2011.

RIVERO YSERN, E., “La actividad de intervención en la Directiva de servicios: autorizaciones administrativas, declaraciones responsables y comunicaciones previas”, *Mercado europeo y reformas administrativas*, Civitas, Pamplona, 2009.

RODRÍGUEZ FONT, M., *Régimen de comunicación e intervención ambiental: entre la simplificación y la autorregulación*, Atelier, Barcelona, 2003.

“Protección y garantías de los usuarios desde las técnicas e instituciones de la regulación”, *Derecho de la regulación económica*, I. Fundamentos e instituciones (MUÑOZ MACHADO, S., y ESTEVE PARDO, J., coord.), Iustel, 2009.

ROMANO, S., *Corso di Diritto Amministrativo. Principi Generali*, terza edizione riveduta, Cedam, Padova, 1937.

ROYO VILLANOVA, A., *Elementos de Derecho Administrativo*, 21ª edic., Librería Santarén, Valladolid, 1948.

SALA ARQUER, J. M., *La revocación de los actos administrativos en el Derecho español*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974.

SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., “La Directiva de Servicios y su transposición ¿una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa?”, *Mercado europeo y reformas administrativas (la transposición de la Directiva de Servicios en España)*, RIVERO ORTEGA, R., (dir). Civitas, 2009.

- “El impacto de la Directiva de Servicios en la Administración Local: una reflexión general”, en AGUADO I CUDOLÀ, V., y NOGUERA DE LA MUELA, B., (dir.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona, 2012.

SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a. A., y VILLAREJO GALENDE, H., “La Directiva de Servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra”, *Revista jurídica de Navarra*, núm. 44, 2007.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2012.

SANDULLI, A.M., *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzatori*, RTDP, 1957.

SANTAMARÍA DE PAREDES, V., *Curso de Derecho Administrativo*, 6ª ed., Establecimiento topográfico de Ricardo Fe, Madrid, 1903.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada”, *DA*, núm. 28, 1986.

- *Principios de Derecho Administrativo*, 1ª ed., vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999.

- *Principios de Derecho Administrativo*, 2ª edic., vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000.

- *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. II, 1ª edic., Iustel, Madrid, 2004.

- *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. II, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2009.

SANTIAGO IGLESIAS, D., *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*, Iustel, 2010.

SANTOFIMIO GAMBOA, J. O., “León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público”, *RDDA*, núm. 5, 2011.

SANZ PÉREZ, D. C., *La Administración local y la protección de la atmósfera. La intervención a través de instrumentos de control preventivo*, CEDECS, Barcelona, 1999.

SANZ RUBIALES, I., *Una aproximación al nuevo mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero*, REDA, núm. 125, 2005.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SEMPERE NAVARRO, A. V., *Jurisprudencia Social Comunitaria*, Aranzadi, 2008.

SEYDEL, *Das Gewerbepolizeirechet nach der Reichsgewerbeordnung*, 1985, p. 69 (citado por SALA ARQUER, J. M., *La revocación de los actos administrativos en el Derecho español*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974).

SIMON ACOSTAS, E., “Las tasas y precios públicos de las entidades locales”, en *La Reforma de las Haciendas Locales*, Lex Nova, Valladolid, 1991.

- *Las tasas de las Entidades Locales (El hecho imponible)*, Aranzadi, 1999.

SOSA WAGNER F., y SOSA MAYOR, I., *El Estado fragmentado: modelo austro-húngaro y brote de naciones en España*, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2007.

TORNOS MAS, J., “Comercio interior y exterior”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho Administrativo Económico*, vol. II, La Ley, Madrid, 1991.

- “Algunas reflexiones sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común”, *Autonomies*, núm. 16, 1992.

- “La libertad de establecimiento comercial y sus posibles limitaciones”, *Grandes establecimientos comerciales: su ordenación e implantación*, Tecnos, 2000.

- “La simplificación procedimental en el ordenamiento español” *RAP*, núm. 151, 2000.

TORCHIA, L., “Tendenze recenti della semplificazione amministrativa”, *Diritto Amministrativo*, núm. 3-4, 1998.

TORRES COBAS, F., “La llicència ambiental i el règim de comunicat en la nova normativa d'intervenció ambiental en les activitats”, *QDL*, núm. 20, 1999.

TRAVI, A., “La liberalizzazione”, *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 3, 1998.

“La liberalización: ámbito de aplicación del art. 19 de la Ley 241 y tutela de terceros”, *La simplificación administrativa*, (Vandelli, L., y Gardini, G., coord.), Meggioli, Rimini, 1999.

UREÑA SALCEDO, J. A., “El principio de Servicio objetivo a los intereses generales y su control por los tribunales”, *DA*, núm. 289, 2011.

- *Ciencia y empresa: la transferencia de conocimientos científicos*, RGDA, núm. 36, 2014.

UREÑA SALCEDO, J. A., y AULLÓ COLOMA, NÚRIA, “Régimen legal de los juegos de azar en línea”, en *El juego de azar on line en los nativos digitales*, Tirant Humanidades, Valencia, 2013

VALENTE, M., “Il nuovo art. 19 della Legge 241 del 1990: la Denuncia d’inizio attività ‘immediata’ per l’esercizio di attività di impianti produttivi di beni e di servizi e di prestazione di servizi”.

VANDELLI, L., y GARDINI, G., *La simplificación administrativa*, Meggioli, Rimini, 1999.

VILLAR PALASÍ, J.L., “Naturaleza y regulación de la concesión minera”, *RAP*, núm. 1, 1950.

- “La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo”, *RAP*, núm. 3, 1950.

- *Concesiones administrativas*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, vol. IV, Barcelona, 1952.

- *La intervención administrativa en la industria*, tomo primero, IEP, Madrid, 1964.

VILLAREJO GALENDE, H., “Mercado europeo y reformas administrativas”, en RIVERO ORTEGA, R., (dir.), *La Directiva de Servicios en el Mercado Interior: Una Perspectiva General*, Cívitas, Pamplona, 2009.

APÉNDICE NORMATIVO y JURISPRUDENCIAL

I. NORMATIVA COMUNITARIA

Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

II. NORMATIVA ESTATAL

Constitución española de 1931

Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Constitución Española de 29 de diciembre de 1978.

Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.

Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico.

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, modificada por la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral.

Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (modificada por la Ley 3/1994, de 14 de abril (arts. 57 y 58) y, finalmente, derogada por Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito).

Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria.

Real Decreto 1343/1992, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 13/1992, de 1 de junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras, modificado por Real Decreto 1419/2001, de 17 de diciembre, por Real Decreto 1332/2005, de 11 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 5/2005, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero y por el Real Decreto 364/2007, de 16 de marzo.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones.

Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas.

Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Real Decreto 697/1995, de 28 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Establecimientos Industriales de ámbito estatal.

Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

Orden Ministerial de 12 de marzo de 1998.

Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

Ley 14/1999, de 14 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común.

Real Decreto-Ley 4/2001, de 16 de febrero, de Régimen de intervención administrativa aplicable a la valorización energética de harinas de origen animal procedentes de la transformación de despojos y cadáveres de animales.

Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas.

Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y control integrados de la contaminación.

Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de regulación de los planes y fondos de pensiones.

Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.

Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido.

Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales.

Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados.

Real Decreto 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.

Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad medioambiental.

Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera.

Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio.

Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio.

Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955.

Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio.

Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego.

Real Decreto-ley, 8/2011, de 1 de julio.

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio.

Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.

Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.

Real Decreto-ley 8/2014 , de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

III. NORMATIVA AUTONÓMICA

Andalucía

Ley 3/2009, de 22 de diciembre, por la que se modifican diversas leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior.

Ley 3/2010, de 21 de mayo, por la que se modifican diversas leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior.

Ley 4/2011, de 6 de junio, de medidas para potenciar inversiones empresariales de interés estratégico para Andalucía y de simplificación, agilización administrativa y mejora de la regulación de actividades económicas en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Ley 3/2014, de 1 de octubre, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas.

Asturias

Decreto 72/2001, de 19 de julio, regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado de Asturias.

Ley 9/2010, de 17 de diciembre, de comercio interior.

Ley 10/2010, de 17 de diciembre, de tercera modificación de la Ley 7/2001, de 22 de junio, de turismo.

Canarias

Ley 12/2009, de 16 de diciembre, Ley 12/2009, de 16 de diciembre, reguladora de la Licencia Comercial.

Cantabria

Ley 1/2010, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Cantabria 6/2002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria y la Ley de Cantabria 11/2006, de 17 de julio, de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico.

Ley 2/2010, de 4 de mayo, para la modificación de la Ley de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del Comercio de Cantabria, y de otras normas complementarias para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

Ley 3/2010, de 20 de mayo, por la que se modifica la Ley de Cantabria 1/2001, de 16 de marzo, de Colegios Profesionales de Cantabria, para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Castilla y León

Decreto-ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León.

Ley 8/2014, de 14 de octubre, por la que se modifica la Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León.

Castilla – La Mancha

Ley 7/2009, de 17 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los Servicios en el Mercado Interior.

Ley 1/2013, de 21 de marzo, de medidas para la dinamización y flexibilización de la actividad comercial y urbanística en Castilla-La Mancha.

Ley 8/2014, de 20 de noviembre, por la que se modifica la Ley 2/2010, de 13 de mayo, de Comercio de Castilla-La Mancha.

Cataluña

Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las entidades locales.

Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades.

Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales.

Ley 5/2010, de 26 de marzo, de bases de delegación en el Gobierno de la potestad legislativa para la adecuación de normas con rango de ley a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña

Decreto legislativo 3/2010, de 5 de octubre, para la adecuación de normas con rango de ley a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público.

Ley 16/2015, de 21 de julio, de simplificación de la actividad administrativa de la Administración de la Generalidad y de los gobiernos locales de Cataluña y de impulso de la actividad económica.

Extremadura

Decreto 18/2009, de 6 de febrero, por el que se simplifica la tramitación administrativa de las actividades clasificadas de pequeño impacto en el medio ambiente.

Galicia

Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 10/1988, de 20 de julio, de ordenación del comercio interior de Galicia.

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

Ley 13/2010, de 17 de diciembre, de comercio interior de Galicia.

Illes Balears

Ley 8/2009, de 16 de diciembre, de reforma de la Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears para la transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

Ley 12/2010, de 12 de noviembre, de modificación de diversas leyes para la transposición en las Illes Balears de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior.

Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears

La Rioja

Ley 6/2009, de 15 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2010.

Decreto 25/2010, de 30 de abril, de modificación de diversos decretos para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el Mercado Interior

Madrid

Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa Madrileña.

Ley 2/2012, de 12 de junio, e Dinamización de la Actividad Comercial en la Comunidad de Madrid.

Murcia

Ley 12/2009, de 11 de diciembre, por la que se modifican diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

Navarra

Ley Foral 15/2009, de 9 de diciembre, de medidas de simplificación administrativa para la puesta en marcha de actividades empresariales o profesionales.

Leyes Forales 6/2010, de 6 de abril, de modificación de diversas leyes forales para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior.

Ley Foral 7/2010, de 6 de abril, de modificación de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra, para su adaptación a la directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior.

Ley Foral 11/2012, de 21 de julio, de la transparencia y del Gobierno abierto.

Comunitat Valenciana

Ley 12/2009, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat.

Decreto 165/2010, de 8 de octubre, por el que se establecen medidas de simplificación y de reducción de cargas administrativas en los procedimientos gestionados por la administración de la Generalitat y su sector público.

Ley 2/2012, de 13 de enero, de Medidas Urgentes de Apoyo a la Iniciativa Empresarial y los Emprendedores, Microempresas y Pequeñas y Medianas Empresas de la Comunitat Valenciana.

Ley 6/2012, de 24 de octubre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Comercial y la Eliminación de Cargas administrativas.

País Vasco

Ley 7/2012, de 23 de abril, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior.

III. OTRAS

Constitución italiana de 1947

Ley Fundamental de Bonn de 1949

Ley de 18 de junio de 2009, número 69, Disposiciones para el desarrollo económico, la simplificación, la competitividad, así como en materia de procesos civiles.

SENTENCIAS

STJCE de 25 de mayo de 1982 (Comisión/Países Bajos (96/81 y 97/81)

STJCE de 22 de junio de 1989 (asunto 103/88)

STCE de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo, Asunto 103/88

STCE de 17 de octubre de 1989, Ufficio Distrettuale, Asunto 231/87 y 129/88

STJCE de 27 de marzo de 1990, C-113/89

STJCE asunto Comisión c. Alemania, de 28 de febrero de 1991

STJCE 24 de febrero de 1999 (Asunto Asociación de pacientes)

STJCE de 23 de mayo de 2000, Comisión /Italia (C-58/99, Rec, p. 1-3811)

STJCE de 20 de febrero de 2001, as. C-205/99, Analir y otros

STJUE de 14 de junio de 2001, Comisión v. Bélgica, asunto C-230/2000

STJCE, de 22 de enero de 2002, asunto C-390/99, Canal Satélite Digital

TJCE de 4 de junio de 2002, Comisión/Portugal, (C-367/98, Rec. p. 1-4731)

Sentencia Comisión c. Francia, de 4 de junio de 2002

STJCE de 20 de junio de 2002, as. C-388/00 y C-429/00, Radiosistemi

Sentencia Comisión c. Reino de España, de 13 de mayo de 2003

STJCE publicó la sentencia de 11 de diciembre de 2007 (C-438/05)

STJCE de 18 de diciembre de 2007, C-341/05, de 3 de abril de 2008, C-346/06

STJCE de 19 de junio de 2008 C-319/06)

STJUE de 10 de febrero de 2009, Comisión versus Italia.

STJCE de 10 de marzo de 2009, C-169/07, as. Hartlauer

STJCE (Sala Cuarta) de 22 octubre 2009

STJUE de 1 de junio de 2010, asuntos acumulados c-570/07 y c-571/07

STJUE (Sala Segunda), de 24 de marzo de 2011, asunto C-400/08

STC de 28 de julio de 1981

STC 37/1981, de 16 de noviembre

STC 1/1982, de 28 de enero

STC 76/1983, de 5 de agosto

STC 18/1984, de 7 de febrero

STC 27/1987, de 28 de febrero

STC 37/1987, de 26 de marzo

STC 48/1988, de 22 de marzo

STC 49/1988, de 22 de marzo

STC 91/1984, de 9 de octubre

STC 64/1990, de 5 de abril

STC 181/1990, de 15 de noviembre

STC 79/1992, de 28 de mayo

STC 178/1992, de 13 de noviembre

STC 239/1992, de 17 de diciembre

STC 236/1991, de 12 de diciembre

STC 61/1993, de 18 de febrero

STC 62/1993, de 18 de febrero

STC 55/1993, de 6 de mayo

STC 96/1996, de 30 de mayo

STC 146/1996, de 19 de septiembre

STC 208/1999, de 11 de noviembre

STC 109/2003, de 5 de junio

STC 10/2005, de 20 de enero

STC 33/2005, de 17 de febrero

STC 193/2013, de 21 de noviembre

STC 26/2012, de 1 de marzo

STC 111/2012, de 24 de mayo

STS de 4 de diciembre de 1917

STS de 5 de octubre de 1918

STS de 8 de octubre de 1925

STS de 17 de julio de 2000

STS de 15 de marzo de 2002

STS de 2 de diciembre de 2002

STS de 17 de marzo de 2004

STS de 21 de diciembre de 2006

STS de 16 de julio de 2007

STS de 7 de octubre de 2009 (rec. nº 204/2008)

STS de 19 de enero de 2010

STS 3867/2015, de 3 de septiembre de 2015 (rec. 3687/2013)

STS 3866/2015, de 3 de septiembre de 2015

STSJ de Cataluña (Sala Segunda), de 24 de marzo de 2011