

# AUTORIZACIONES, COMUNICACIONES PREVIAS Y DECLARACIONES RESPONSABLES EN LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

**Julio V. González García**

Profesor titular de Derecho Administrativo del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional, Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La transposición de la Directiva de servicios al ordenamiento jurídico español. – 3. Transposición de la Directiva de servicios y Estado autonómico. – 4. Extensión de las modalidades de autorización en la Directiva de servicios: hipertrofia del concepto. – 5. Valoración de los mecanismos de intervención administrativa en las actividades de servicios. – 6. El género de las comunicaciones previas como mecanismo de intervención preferente y sus dos especies en el nuevo artículo 71 bis de la LRJPAC. 6.1. Concepto y tipología. 6.2. La carencia de resolución administrativa aprobatoria como elemento esencial de las declaraciones responsables. – 7. Exigencia de norma de reconocimiento para la determinación de los efectos de las comunicaciones previas. – 8. Requisitos para los operadores de servicios. – 9. Procedimiento administrativo en los supuestos de actos comunicados. 9.1. Iniciación e instrucción del procedimiento. 9.2. Terminación del procedimiento. – 10. Efectos de la comunicación previa. – *Resumen-Resum-Abstract.*

---

## 1. Introducción

La aprobación de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre relativo a los servicios en el mercado interior (Directiva de servicios, en adelante) ha supuesto un cambio de gran envergadura en el contexto europeo. Desde luego,

---

*Artículo recibido el 05/05/2010; aceptado el 22/07/2010.*

El presente estudio se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación "Directiva de servicios y Ordenación de las actividades económicas", DER 2009/14273/C02/02, dirigido por Julio V. González García.

el gran debate público que suscitó por su impacto en el modelo social europeo<sup>1</sup> tiene una relación directa con el resultado de los referenda –especialmente el francés– que terminaron por rechazar el Tratado por el que se establece una constitución para Europa. Es, en esta línea, una Directiva que abre la puerta para autorizar un determinado nivel de dumping social –ejemplificado en el *fontanero polaco*– y que además provoca dificultades para una adecuada política de protección de los consumidores, por la aplicación de la denominada ley del país de origen de la prestación.

No es el momento para plantearnos de forma global el alcance de la directiva de servicios, sino que pretendo exponer algunos problemas más limitados. Cuando en un ámbito limitado como es el del Derecho administrativo se plantea el impacto que tiene la Directiva de servicios estamos planteando cómo se articula el régimen de intervención administrativa en el sector de los servicios, justamente el que resulta más relevante para la economía europea. Ello en el aspecto que posiblemente resulte más relevante, el relativo a los títulos habilitantes para el ejercicio de actividades de servicios.

Se trata de un debate que lleva tiempo planteándose en el ámbito europeo, posiblemente por la percepción de que el régimen tiene bastantes carencias, como se mostró durante el proceso de adopción de la directiva, debido a excesos y duplicidades que resultan de difícil justificación<sup>2</sup>. Es cierto que el sistema, tal como está configurado en la actualidad en los planos legal y de estructura administrativa está presentando debilidades. Pero a la regulación que surge de la Directiva se ha dado un giro total a un sistema como el español. La base de la Directiva, la desregulación, nos ha conducido a una situación que, sin duda, no es la más satisfactoria ya que conduce a una “sospecha de restricción indebida de cualquier regulación jurídico-pública

1. Sobre el impacto que tiene la Directiva de servicios sobre la Europa social, véase el excelente estudio dirigido por Neergaard, Ulla B. (Editor); Nielsen, Ruth (Editor); Roseberry, Lynn (Editor) *The Services Directive: Consequences for the Welfare State and the European Social Model*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008.

2. Barnard explica cómo el régimen de intervención administrativa en el sector servicios en Grecia suponía la obtención de más de 40 autorizaciones y otros requisitos formales por parte del prestador de servicios, lo que claramente supone un desincentivo para crear un negocio. Barnard, C. “Unravelling the Services Directive”; en *Common Market Law Review*, nº 45 (2008), p. 323.

del acceso al mercado”,<sup>3</sup> cuando no debiera ser así. Parece que el legislador se tendría que plantear, con tendencia a responder negativamente, si la autorización –concepto hipertrofiado en la Directiva, tal como se verá con posterioridad-, es la opción más positiva para la protección del interés general.

Es cierto también, que el debate sobre las modalidades de intervención administrativa se ha vinculado a los problemas de retrasos y, en general, de falta de eficacia en el funcionamiento administrativo. Como señalara Nieto en su momento, “...con la intervención administrativa no hay programación posible, dado que las licencias y las inspecciones... se retrasan indefinidamente. La experiencia demuestra que no hay forma de calcular cuándo se va a obtener el último papel; como también se sabe que es técnicamente imposible cumplir con todos los requisitos legalmente exigidos; por cuya razón un inspector celoso puede paralizar, con un reglamento en la mano, cualquier proceso”.<sup>4</sup> Se trata del problema del retraso que en nuestro ordenamiento, junto con otros de naturaleza penal, ha llevado a introducir fórmulas de externalización, como las que se adoptaron en el Ayuntamiento de Madrid,<sup>5</sup> que debieran ser repensadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de transposición de la Directiva de servicios. Razones para un replanteamiento del régimen de los títulos habilitantes existía.

Ciertamente, adoptar una Directiva que pretenda dar respuesta al modo de intervenir en el sector de los servicios puede suponer un esfuerzo hercúleo en el contexto europeo, teniendo en cuenta la amplitud de actividades afectadas y las diferentes necesidades de interés general que provocan; lo que incluso ha conducido a la Directiva a determinar cuál es el ámbito más usual en el que se van a poder aplicar su contenido, que coincide, por otra parte con las pequeñas y medianas empresas.<sup>6</sup> Junto con ello, no podemos olvidar que entre

3. 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*”; en *El cronista del Estado social y democrático de Derecho* nº 6, p. 34

4. A. Nieto, *La “nueva” organización del desgobierno*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 219.

5. Véase el estudio de Galán, A. Galán y C. Prieto Romero, “El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración”, en *Anuario de Derecho Municipal* (2008), pp. 63 y ss.

6. La Directiva nos hace un recordatorio de actividades que sí quedarán sometidas a su aplicación, lo que demuestra su conexión con las PYMES: El párrafo 33 dispone en este sentido que “el concepto de “servicio” incluye actividades enormemente variadas y en

los 27 países de la Unión conviven, al menos, dos modelos de ordenación de estos sectores, unos que radican sobre el control previo –y con la exigencia de un conjunto amplio de requisitos, tal como ocurre en el Derecho alemán o en el nuestro, que afectan desde la cualificación profesional a aspectos de las infraestructuras– mientras que en otros modelos –como el anglosajón y los derivados de él–, la participación del poder público es mucho menor, radicando en un momento ulterior al inicio de la actividad y en un control a través de la actividad que puede desempeñar el consumidor descontento con el servicio recibido.

La Directiva de servicios, indirectamente, no constituye sólo una Directiva para garantizar un mercado común de servicios, sino que afecta también a las actividades internas dentro del Estado, en donde se plantean problemas equivalentes para los operadores nacionales.<sup>7</sup>

---

constante evolución; entre ellas se cuentan las siguientes: servicios destinados a las empresas, como los servicios de asesoramiento sobre gestión, servicios de certificación y de ensayo, de mantenimiento, de mantenimiento de oficinas, servicios de publicidad o relacionados con la contratación de personal o los servicios de agentes comerciales. El concepto de servicio incluye también los servicios destinados tanto a las empresas como a los consumidores, como los servicios de asesoramiento jurídico o fiscal, los servicios relacionados con los inmuebles, como las agencias inmobiliarias, o con la construcción, incluidos los servicios de arquitectos, la distribución, la organización de ferias o el alquiler de vehículos y las agencias de viajes. Los servicios destinados a los consumidores quedan también incluidos, como los relacionados con el turismo, incluidos los guías turísticos, los servicios recreativos, los centros deportivos y los parques de atracciones, y, en la medida en que no estén excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, los servicios a domicilio, como la ayuda a las personas de edad. Estas actividades pueden constituir al mismo tiempo servicios que requieren una proximidad entre prestador y destinatario, servicios que implican un desplazamiento del destinatario o del prestador y servicios que se pueden prestar a distancia, incluso a través de internet”.

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

Lo que se podría considerar como una extensión de los efectos a las situaciones puramente internas, tiene su razón de ser en evitar las posibles discriminaciones que se producirían a los operadores radicados originariamente en el territorio de cada uno de los Estados. Obviamente, esta opción plantea problemas muy serios de la legitimidad de las autoridades comunitarias para la aprobación de esta norma meramente desreguladora, tal como se ha señalado acertadamente,<sup>8</sup> sobre todo teniendo en cuenta que reduce la capacidad de los Estados de modificar el modelo regulador de las actividades de servicios.<sup>9</sup> De hecho, con lo recogido en el artículo 16 de la Directiva de servicios, “diverge del artículo 49 y de la interpretación que le ha sido atribuida por el TJCE con la finalidad de hacer avanzar los intereses de la Unión, en detrimento de los poderes de los Estados miembros”.<sup>10</sup> Y, por ello, puede considerarse contraria a lo dispuesto en el artículo 5, en la medida en que excede “de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”.

Ciertamente, sus soluciones en muchos campos no son originales sino que se han limitado a estructurar y plasmar en un texto legislativo la doctrina que ha emanado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los últimos años. Pero, fuera de estos elementos nos encontramos ante la disposición que va a tener el papel preponderante en la configuración de la economía europea en los próximos años.

Posiblemente, la afirmación anterior pueda parecer excesiva. No obstante, más allá de que su origen esté en la denominada *Estrategia de Lisboa* –cuyos objetivos declarados tienen dicha dirección– hay que reconocer que la forma en la que se inician las actividades de servicios cambian por efecto de la Directiva: el mero hecho de que se fomente

---

dores que deseen desarrollar sus actividades en otros Estados miembros y requieren una modernización coordinada en un mercado interior ampliado a veinticinco Estados miembros”.

8. Véase, en este sentido T. De la Quadra-Salcedo Janini, “¿Quo vadis Bolkestein? ¿Armonización o desregulación?”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22 (abril-junio 2007), pp. 237 y ss.

9. Muñoz Machado habla de “restricción que inevitablemente produce en la libertad de opción del legislador respecto a la ordenación de la economía”. Las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho interno han llegado a producir mutaciones constitucionales “que dan un nuevo sentido y una interpretación vinculante a determinados preceptos de la norma constitucional, sin necesidad de que ésta sea formalmente reformada”. S. Muñoz Machado, “Ilusiones...”; *op. cit.*, p. 4.

10. K. Peglow, “La libre prestation...”, *op. cit.*, p. 105.

tanto la utilización de la Administración electrónica tiene una consecuencia inmediata, consistente en que los procedimientos administrativos se han de estructurar de una forma distinta, más lineal, y que los elementos que han de ser valorados se plantearán de otra forma. Los efectos territoriales de las actividades y, en particular, su sometimiento a la ley del país de origen del prestador de los servicios es un llamamiento a la competitividad entre Administraciones Públicas y a que no se produzcan discriminaciones inversas, que dejen en peor situación a los operadores que radiquen en el territorio gestionado por la autora de la norma. Y, en fin, la filosofía desreguladora que late en la Directiva es una forma de fomentar el desarrollo de las actividades de servicios, ya que limita las posibilidades de intervención por parte de los poderes públicos. Y, desde luego, la conjunción de todo ello –y de otros elementos– conduce a la conclusión que se ha planteado con anterioridad: después de la Directiva de servicios el marco general de intervención administrativa en la economía no es el mismo; lo que obliga a estudiar los nuevos títulos en los que se sustenta.<sup>11</sup>

## 2. La transposición de la Directiva de servicios al ordenamiento jurídico español

El proceso de transposición de la Directiva de servicios en España ha sido, está siendo, especialmente complejo.<sup>12</sup> Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales, Colegios Profesionales<sup>13</sup> son los sujetos sobre los que recae el cumplimiento, en sus ámbitos específicos, del mandato de transposición que expiró el 28 de diciembre

---

11. El propio Consejo de Estado lo exponía con estas palabras: “en suma, el anteproyecto pretende instaurar un nuevo modelo de intervención pública, a fin de adaptarlo al Derecho comunitario, que se caracteriza por la sustitución de algunas técnicas clásicas de ordenación de la actividad de los particulares por otras menos limitativas y por actuaciones de investigación y control ex post”. Dictamen 99/2009 del Consejo de Estado, de 18.03.2009 (punto III).

12. El desarrollo del proceso de transposición se puede consultar en J. V. González García, “La transposición de la Directiva de servicios. Aspectos normativos y organizativos en el Derecho español”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 32 (2009), pp. 469-506. Asimismo, puede verse R. Jiménez Asensio, *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho interno*; IVAP (2010).

13. Sobre los colegios profesionales en la transposición de la Directiva de servicios, véase M. Carlón Ruiz, “El impacto de la transposición de la Directiva de servicios en el régimen de los colegios profesionales”, de próxima publicación.

pasado.<sup>14</sup> Nótese que, tal como veremos con posterioridad, serán también los responsables de la realización del informe de transposición del artículo 39 de la Directiva y los que habrán de abonar las hipotéticas sanciones que nos impongan como consecuencia de defectos en la transposición de la directiva, tal y como dispone la Disposición Final 4ª de la *Ley paraguas*.

Desde el comienzo del proceso de transposición, se ha pretendido en nuestro país obtener los máximos réditos de la incorporación a nuestro ordenamiento, en una operación que ha vinculado tanto elementos jurídicos como económicos. No es algo exclusivo de nuestro país,<sup>15</sup> pero desde luego, en España la transposición de la Directiva de servicios no se puede desvincular de la remodulación de los procedimientos administrativos y la introducción de la Administración electrónica, lo cual constituye un elemento que contribuye al aumento de la competitividad del sector público. Todo ello, además, con el horizonte de mejorar la colaboración interadministrativa en la intervención en las actividades de servicios.

La Directiva de servicios se ha transpuesto al ordenamiento español,<sup>16</sup> en primer término, a través de una norma transversal –la *Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, coloquialmente conocida como *Ley paraguas*– y, en un segundo escalón, a través de una serie de disposiciones con rango de ley específicas tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, dentro de las cuales hay que citar expresamente a 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* –coloquialmente conocida por *Ley omnibus*–. Norma transversal que ha sido complementada por un aluvión de normas de naturaleza regla-

14. Véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares (Sala de lo Contencioso-Administrativo), núm. 227/2010 de 22 marzo, sobre pretensión de aplicación anticipada de la Directiva de servicios.

15. Así, en el caso francés, en una circular del Director del Gabinete del Primer Ministro, de 22.11.2007, se señalaba que la operación de transposición no “es sólo de naturaleza jurídica: al lado de otros frentes abierto por el Gobierno, constituye una oportunidad para simplificar los procedimientos, disminuir las cargas que pesan sobre las empresas, modernizar la economía y desarrollar el crecimiento económico y el empleo”.

16. Normativamente no se puede proporcionar un listado por su extensión, que además se amplía día a día. Puede verse, el tomo de recopilación *Directiva de servicios y normativa de transposición*, Ed. Aranzadi (2010).

mentaria que han desarrollado los principios de aquella y han reestructurado el régimen especial de los títulos habilitantes en servicios.

El esfuerzo que han realizado las Comunidades Autónomas no ha sido menor en el ámbito de sus competencias. En diversas modalidades, ya sea siguiendo el esquema de la *Ley ómnibus* (Castilla La Mancha, Comunidad de Madrid, Galicia, Navarra), ya sea con Decretoley (Andalucía, Aragón y Castilla y León), ya sea en el marco de la ley de acompañamiento a la Ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma (Comunidad Valenciana, la Rioja, Región de Murcia), ya sea con una ley de delegación del Parlamento al Gobierno (Cataluña), ya sea aprobando sucesivas disposiciones especiales (Canarias, Islas Baleares), se ha procurado cumplir con el mandato de transposición que acababa el 28 de diciembre; aunque el desarrollo reglamentario todavía está por aprobar. Sí conviene recordar que las materias más abordadas por las Comunidades Autónomas han sido la comercial, –en sentido amplio– y la ordenación del régimen del turismo. Conviene recalcar, no obstante, que en relación con el objeto de este escrito, también habría que citar –aunque no necesariamente sea transposición de la directiva– la profusa normativa dictada para la simplificación administrativa y de impulso económico, en las que se recoge el régimen de intervención en actividades económicas.

Como se acaba de indicar, la *Ley ómnibus* es la gran disposición aprobada por el Estado en donde se materializan los principios de la *Ley paraguas*. Ahora bien, no sólo es una disposición en la que se aborde la reforma de normas específicas, de naturaleza sectorial, sino que, por el contrario, incluye una reforma de la legislación general de las Administraciones Públicas –Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local y Ley 11/2007, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos. Es en la modificación de estas normas donde vamos a encontrar las bases de la nueva regulación de los mecanismos de intervención administrativa en las actividades de servicios; las cuales deberán ser desarrolladas en las normas donde se contengan su aplicación a cada uno de los sectores económicos y por las entidades que tengan atribuidas las competencias sectoriales, ya sea el Estado, ya sean las Comunidades Autónomas, ya las Corporaciones Locales.

Conviene dejar patente, de entrada, que esta forma diferente de intervenir en las actividades económicas no deja sin aplicación los títulos tradicionales o las autorizaciones, de tal manera que a partir de ahora convivirán de forma generalizada autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas.<sup>17</sup> No obstante, conviene recordar que todas las Administraciones Públicas han de efectuar un examen de los títulos habilitantes que tengan en este momento para comprobar su adecuación al régimen general previsto en las *Leyes ómnibus y paraguas*, en donde la autorización pasa a ser un título de segundo nivel, en la medida en que se opta primariamente por el género de las comunicaciones previas del prestador del servicio a la Administración. Sobre ello volveré con posterioridad, pero desde luego, todos los regímenes de intervención han de resultar analizados de acuerdo con los principios de ordenación tanto sobre el título como sobre los elementos subsidiarios que contenga la figura elegida. Sin lugar a dudas, cuantitativamente supone un estudio ingente para el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y los Colegios Profesionales, teniendo presente, además, que por aplicación de la Directiva se amplía el ámbito de lo que se entiende por autorización, como veremos con posterioridad.

Lo que es más importante, sin embargo, es que el cambio no es meramente terminológico. La hipotética voluntad de una Administración Pública de que se cambie de denominación del título de intervención para que no cambie nada –tal como ha ocurrido, recientemente, con la primera versión del Reglamento de Tabacos antes de su modificación como consecuencia del Dictamen del Consejo de Estado, que fue muy crítico–,<sup>18</sup> ha de desterrarse, teniendo presente que cuan-

---

17. Soy consciente de que con anterioridad a la entrada en vigor de la *Ley ómnibus* ya existía esta convivencia. No obstante, el cambio es relevante por cuanto que es ahora cuando se proporciona una regulación de carácter general, básico para todas las Administraciones Públicas de las dos últimas figuras. Aquí hay que reconocer el carácter pionero de la legislación catalana, primero con el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de 1995 –que eliminó las licencias para obras menores– o la Ley 3/1998, de Intervención Integral de la Administración Ambiental. En el ámbito estatal, en el año 2003 se produjeron dos importantes hitos, en el ámbito de los organismos modificados genéticamente –artículo 8 de la Ley 9/2003– o en el artículo 6.2 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones. A ellas habría que añadir todas las disposiciones de las Comunidades Autónomas de carácter general que las recogen.

18. Véase el Dictamen del Consejo de Estado de 14 de diciembre de 2009, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de ordenación del Mercado de Tabacos

do se opte por el género de la comunicación previa nos encontramos ante una forma diferente de intervenir, una distinta naturaleza de la actividad pública.

El cambio, por tanto, es de notable importancia. Si desde la perspectiva regulatoria debería conllevar una redefinición y ampliación de los poderes del regulador –aspecto que está contemplado en los artículos 4 a 7 del Proyecto de Ley de Economía Sostenible–,<sup>19</sup> eliminando los ámbitos de la autorregulación cuyos perniciosos efectos estamos viendo en la actualidad; el cambio administrativo ha de ser de especial intensidad, en la medida en que han de reforzarse las estructuras y los mecanismos de control a posteriori y educar a los órganos administrativos encargados de su aplicación a ejercer una protección adecuada del interés general con arreglo a los mismos parámetros. Y aquí, me temo, que es el punto en el que estamos más retrasados.

### **3. Transposición de la Directiva de servicios y Estado autonómico**

La transposición de la Directiva de servicios no es sólo una responsabilidad del Estado. Conviene recordar aquí que, con independencia de las reglas concretas que contenga cada Estatuto de Autonomía tanto en lo que afecta a las materias como a las funciones que asume cada una de ellas, hay cinco bloques funcionales de competencia autonómica que se verán afectados por la transposición de la Directiva de servicios: i) infraestructuras económicas de interés regional (carreteras, ferrocarriles, puertos, transportes terrestres, canales y regadíos,...); ii) sectores económicos concretos: turismo, caza, pesca, artesanía, industria, agricultura, ganadería, montes, aprovechamientos y servicios forestales,...; iii) organización de intereses económicos: cooperativas, mutuas, cámaras agrarias, cámaras de propiedad, cámaras de comercio, industria y navegación,...; iv) desarrollo económico regional: planificación de la actividad económica en el ámbito autonómico, v) y, por último, lo relativo a la configuración de un sector público económico propio de la CA y relativas a la participación en sectores económicos planificados dirigidos o gestionados por el Esta-

---

y normativa tributaria y se regula el Estatuto Concesional de la Red de Expendedurías de Tabaco y Timbre.

19. BOCG, Congreso de los Diputados, núm . A-60-1 de 09/04/2010.

do: participación en la formación de los planes generales, en la gestión del sector público estatal o en la gestión de la seguridad social.

Esta realidad competencial, esta distribución competencial del poder entre Estado y Comunidades Autónomas, se ven afectados directa e indirectamente por la norma europea y su proceso de transposición. Directamente porque han de producir un cambio equivalente al estatal en cuanto al régimen de ordenación de las actividades económicas, en aplicación de dichos principios. Indirectamente, porque dentro de los cambios que está sufriendo el Estado como consecuencia de la evolución del Derecho comunitario, de la ampliación de su ámbito de actuación, las reglas están sufriendo una mutación que repercute indirectamente en el régimen de las competencias autonómicas.

Desde una perspectiva competencial, el Derecho público económico es uno de los que se ve más afectado por el impacto del Derecho comunitario europeo. El ejemplo de la configuración de las agencias administrativas puede ser un ejemplo de cómo se han reestructurado las competencias económicas<sup>20</sup> y hoy la transposición de la Directiva de servicios sería otro caso equivalente, obviamente con unas consecuencias mayores por cuanto más amplio es el ámbito de aplicación de la Directiva y sus normas de transposición. La propia extensión territorial de los títulos habilitantes –que pasan a tener validez en todo el territorio español– es el ejemplo más adecuado, por la importancia en el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, de lo que se está señalando. Las cuestiones derivadas del uso de las lenguas oficiales diferentes del castellano son otra de las que indirectamente se verán afectadas por el proceso de transposición.<sup>21</sup> Es consecuencia “la comunitarización de la regulación de una parte apreciable de las economías nacionales” que se deriva de la Directiva, tal como ha señalado Parejo.<sup>22</sup>

20. Sobre esta cuestión, véase S. Muñoz Machado, “Las modulaciones de competencias de las Comunidades Autónomas por las regulaciones del mercado y las nuevas tecnologías”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 153 (2000), pp. 195 y ss.

21. Sobre los problemas de las lenguas en los Estados plurilingüísticos a la hora de la aplicación de la Directiva de servicios, véase el estudio de A. Nogueira López, “Simplificación administrativa y régimen de control previo administrativo de actividades de prestación de servicios: ¿hay espacio para los derechos lingüísticos?”, en *Revista de Lengua i Dret*, núm. 52 (2009), pp. 205 y ss.

22. L. Parejo Alfonso, “La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein” en *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, núm. 6 (2009), p. 35.

Teóricamente, la aplicación del Derecho comunitario se ha de realizar de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias. Es una idea que ha resaltado el Tribunal Constitucional en muchas ocasiones y que está recogida de forma expresa en los Estatutos de Autonomía de segunda generación, comenzando por el de Cataluña, que contempla dicha regla en los artículos 113 y 189.1. En este sentido, no se puede discutir la intensa actividad legislativa de la mayor parte de las Comunidades Autónomas para transponer en plazo la Directiva durante el otoño/invierno pasados y que ahora está dando sus últimos coletazos. Ahora bien, paralelamente a ese ejercicio de competencias legislativas hay que afirmar que la transposición de la Directiva de servicios ha supuesto una cierta rebaja en el ámbito de poder autonómico en cuanto a la capacidad para delimitar y ejecutar su régimen de intervención administrativa en las actividades de servicios.

La competencia estatal en la transposición de la Directiva de servicios<sup>23</sup> proviene de tres normas transversales, concretamente de los artículos 149.1.1 –igualdad en el ejercicio de derechos– 149.1.13 –bases y coordinación económica general– y 149.1.18 –procedimiento administrativo común y anejas–.<sup>24</sup> Competencias transversales que han sido utilizadas para estructurar un régimen de intervención administrativa que se impone de una u otra forma en todo el territorio nacional. Que se utilicen normas de esta naturaleza puede suponer un riesgo grande de redefinir de forma centralizadora las reglas de distribución de competencias y, si en este caso se quería una redefinición global del sistema de intervención, acaso fuera más adecuado recurrir a una ley de armonización, tal como señaló el Consejo de Estado.<sup>25</sup>

---

23. Sobre las competencias estatales y autonómicas en relación con la transposición de la Directiva, véase N. Paris i Domenech y M. Corretja Torrens, "Aproximació al procés de transposició de la Directiva de serveis: incidència en sistema de distribució de competències dissenyat per la CE y l'EAC", en *REAF*, núm. 10 (2010), pp. 72 y ss.

24. Una exposición de los referidos títulos, aplicados a la Directiva de servicios, que excede de la extensión de estas páginas, se puede ver en T. Quadra Salcedo Janini, "Estado autonómico y transposición de la Directiva de servicios" en la obra colectiva dirigida por Rivero Ortega, R.; *Impacto de la transposición de la Directiva de servicios en Castilla y León*; accesible en: <http://www.cescyl.es/pdf/coleccionestudios/ce13servi.pdf> (última consulta 20/07/2010).

25. En el Dictamen 99/2009, se afirma que "de que este tipo de leyes puede constituir un mecanismo útil para mejorar la coordinación en el ejercicio por el Estado y las Comunidades Autónomas de sus potestades normativas –especialmente en aquellos casos en que el ámbito de ejercicio de las competencias autonómicas pueda verse afectado por la existencia de una normativa europea de alcance general– y para garantizar el adecuado cumplimiento por España de sus obligaciones de transposición".

De hecho, ha de tenerse presente que toda la *Ley paraguas* tiene la naturaleza de básica (D.F. 1ª) y que toda la modificación del régimen administrativo de la *Ley ómnibus* tiene una idéntica naturaleza, en aplicación de la misma regla competencial, salvo la ordenación del silencio que se considera procedimiento común. Dicho de otro modo, el análisis de la razonabilidad de los títulos habilitantes, la proporcionalidad en su modo de intervención, se hará de acuerdo con los principios estatales, aunque los títulos sean de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. El debate que se produjo sobre las licencias comerciales<sup>26</sup> y su efecto sobre la situación de los núcleos urbanos –en donde se refleja bien la tensión entre la regulación social y la liberal de las actividades de servicios, y cómo se puede utilizar para realizar un examen del urbanismo, aunque formalmente no forme parte de su ámbito de aplicación– exterioriza bien que no es una situación que resulte *cómoda* en todas las circunstancias.

Más allá de esta lectura expansiva de la legislación estatal de transposición, que constituirá un riesgo en el futuro por la limitación que supone de las competencias autonómicas, cabe preguntarse si la uniformidad es consecuencia de la normativa aprobada por el Estado o si tiene un origen directo en la normativa europea que ahora se ha traspuesto; que ha reducido sustancialmente el ámbito de discrecionalidad de los Estados en la configuración de los títulos habilitantes y el ámbito al que se aplican. Porque lo que resulta obvio también es que el legislador español no ha sido especialmente original en cuanto a la configuración de los títulos habilitantes sino que ha seguido el camino marcado por la Directiva de servicios. Su aplicación a los operadores establecidos en España es una necesidad marcada por la competencia de ordenamientos jurídicos que fomenta la desregulación que supone la directiva.

#### **4. Extensión de las modalidades de autorización en la Directiva de servicios: hipertrofia del concepto**

El régimen que está previsto en la Directiva de servicios afecta a un conjunto amplio de mecanismos de intervención de los poderes

---

26. Sobre esta problemática véase, F. López Pérez, *El impacto de la Directiva de servicios sobre el urbanismo comercial*, Barcelona, Atelier, 2009.

públicos en las actividades de los particulares. Se puede afirmar que la *autorización* aparece como un concepto que afecta a toda aquella actividad administrativa en virtud de la cual se realice cualquier actividad de control/delimitación de las actividades de servicios, yendo de las más intensas –como son el otorgamiento de permisos para el ejercicio de actividades, esto es las autorizaciones tradicionales– a la ordenación de todas las formas de registro de operadores, aunque sean motivados por el ejercicio de actividades reguladas.<sup>27</sup> En este punto, resulta necesario recordar que la propia Directiva determina que por régimen de autorización hay que entender “cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio” (artículo 4).

Desde esta perspectiva, la autorización deja de ser un título habilitante en la Directiva de servicios para transformarse en el género de las modalidades de intervención administrativa sobre las actividades de servicios; lo cual imposibilita la articulación del régimen comunitario. No obstante, al lado del género, conviene examinar cómo se articulan las posibilidades que tienen los entes públicos y ante qué tipo de situaciones pueden ser utilizadas las especies de autorizaciones que cumplan con la función tradicional de esta modalidad de títulos.

## **5. Valoración de los mecanismos de intervención administrativa en las actividades de servicios**

Como se acaba de indicar, las *Leyes paraguas y ómnibus* configuran un régimen de actos de intervención en las actividades econó-

---

27. El párrafo 39 de la Exposición de Motivos de la Directiva lo afirma con total nitidez: “El concepto de “régimen de autorización” debe abarcar, entre otros, los procedimientos administrativos mediante los cuales se conceden autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones, pero también la obligación, para poder ejercer 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 con un organismo o de obtener un carné 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 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”.

micas de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la ley que está compuesto por autorizaciones, declaraciones responsables y actos comunicados.<sup>28</sup> Tres modalidades de intervención que responden a finalidades distintas y que, de hecho, plantean el momento de la actividad administrativa en diferentes puntos. Precisamente por ello, la ley recoge unas notas que ha de aplicar la Administración competente y que constituyen principios sobre el cómo y el cuándo de la intervención administrativa.

El nuevo artículo 39 bis de la LRJPAP, recordando el contenido del artículo 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, establece, en este sentido, 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". El principio de menor restricción y exigencia de motivación de la opción elegida por el regulador son, en consecuencia, los puntos sobre los que se estructura la arquitectura de intervención administrativa.

El principio de menor restricción en el ejercicio de las actividades de servicios responde, en principio, a una política de mayor eficacia en el ejercicio de las actividades económicas, que permita el comienzo de éstas con la mayor celeridad, tal como resulta de un régimen de liberalización de la mayor parte de los sectores. Conecta, directamente, con el modo de funcionar un ente público en el contexto de Administración electrónica –la cual es, además, casi una obligación en el momento de

28. Aunque el cambio normativo se ha producido hace bien poco tiempo, ya están apareciendo estudios en relación con los nuevos títulos habilitantes. Véase, por ejemplo, M. Rodríguez Font, "Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local", en *Anuario del Gobierno Local*, 2009, pp. 261 y ss.; B. Lozano Cuetanda, "Ley Ómnibus: Silencio administrativo, declaración responsable y comunicación previa"; La Ley núm. 7339 (2010); F. Bauzá Martorell, "Declaración responsable y comunicación previa: consideraciones críticas del procedimiento administrativo a raíz de la Ley Ómnibus"; La Ley 7419 (2010) o J. C. Laguna de Paz, "Controles administrativos para el acceso al mercado: autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas", en R. Rivero Ortega, "Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León", que se puede consultar en <http://www.cescyl.es/pdf/coleccionestudios/ce13servi.pdf>.

aplicación de la Directiva de servicios, dado que tiene que permitir que un ciudadano radicado fuera de España pueda prestar sus servicios aquí sin especiales dificultades—. Este principio se vincula, asimismo, a una concepción extrema del mandato de simplificación administrativa, que obliga a que se limiten aquellos actos que resulten “indispensables para conseguir un objetivo de interés general” (§ 46 de la Directiva de servicios).<sup>29</sup> Conecta, en definitiva, con los principios de la economía de mercado y, al eliminar los requisitos públicos proporciona una aparente mayor competitividad de la economía; o dicho de otro modo, es un instrumento para lograr una “economía social de mercado altamente competitiva”, por citar las palabras del artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea. Piénsese que el ejercicio a posteriori de las potestades de intervención no supone, desde el planteamiento de la Directiva, una merma de la protección del interés general, siempre y cuando se arbitre un procedimiento administrativo adecuado a un régimen de intervención diferente.

Si el principio de partida es éste, resulta lógico que un mayor grado de intervención y, en particular, los regímenes de autorización administrativa previa, resulten limitados,<sup>30</sup> idea que, por otra parte,

---

29. Concretamente, en el considerando 46, que afecta especialmente a las actividades externas pero que es igualmente predicable del régimen interior, se señala lo siguiente: “Una de las principales dificultades a que se enfrentan en especial las PYME en el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio reside en la complejidad, la extensión y la inseguridad jurídica de los procedimientos administrativos. Por este motivo, y a semejanza de otras iniciativas de modernización y de buenas prácticas administrativas a nivel comunitario o nacional, procede establecer principios de simplificación administrativa, en concreto limitando la autorización previa obligatoria a aquellos casos en que sea indispensable e introduciendo el principio de autorización tácita de las autoridades competentes una vez vencido un plazo determinado. El objetivo de este tipo de acción de modernización es, aparte de garantizar los requisitos de transparencia y actualización de los datos relativos a los operadores, eliminar los retrasos, costes y efectos disuasorios que ocasionan, por ejemplo, trámites innecesarios o excesivamente complejos y costosos, la duplicación de operaciones, las formalidades burocráticas en la presentación de documentos, el poder arbitrario de las autoridades competentes, plazos indeterminados o excesivamente largos, autorizaciones concedidas con un período de vigencia limitado o gastos y sanciones desproporcionados. Este tipo de prácticas tienen efectos disuasorios especialmente importantes para los prestadores que deseen desarrollar sus actividades en otros Estados miembros y requieren una modernización coordinada en un mercado interior ampliado a veinticinco Estados miembros”.

30. La STJCE de 20.2.2001 –caso *ANALIR c. Administración General del Estado*, Asunto C-205/99– afirma, en esta línea, que para que “un régimen de autorización administrativa previa esté justificado, aun cuando introduzca una excepción a una libertad fundamental, debe, en cualquier caso, basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de

ya había sido reiterada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.<sup>31</sup> Los títulos que se establezcan han de cumplir con los principios de proporcionalidad, no discriminación y necesidad; o, como ha señalado la sentencia Europa 7 “para estar justificado, tal régimen, que es, en principio, contrario al artículo 49 CE y al NMRC, no sólo debe obedecer a objetivos de interés general, sino también articularse sobre la base de criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados”.<sup>32</sup> Con ello se incorporan a los ordenamientos europeos continentales pautas regulatorias habituales en los regímenes anglosajones. De los tres requisitos hay uno que afecta al modo

---

antemano por las empresas interesadas, 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 utilizarse de manera arbitraria”.

31. Puede servir, en este punto, la STJCE de 22.1.2002 –caso *Canal Satélite Digital c. Administración General del Estado (Asunto C-390/99)*– en la que se afirma lo siguiente para admitir un régimen de autorización administrativa previa al ejercicio de actividades económicas:

“1) Una normativa nacional que prevé un procedimiento de autorización previa para que los operadores de servicios de acceso condicional puedan comercializar aparatos, equipos, descodificadores o sistemas para la transmisión y recepción digital de señales de televisión por satélite, así como prestar los servicios correspondientes, restringe tanto la libre circulación de mercancías como la libre prestación de servicios. En consecuencia, para que esté justificada con arreglo a dichas libertades fundamentales, tal normativa debe perseguir una finalidad de interés general reconocida por el Derecho comunitario y respetar el principio de proporcionalidad, es decir, ha de ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que pretende lograr, sin ir más allá de lo necesario para alcanzarlo.

2) 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 previa 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 utilizarse 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 considerarse 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 genera, puede disuadir a los operadores de llevar adelante su proyecto.”

32. STJCE de 31.1.2008, Europa 7 (Asunto C-380/05).

en que se configure el requisito –el de no discriminación, que es el que plantea menos problemas–. Los otros dos, necesidad y proporcionalidad, se incorporan a la valoración del título habilitante que resulte más adecuado. Sólo en el caso de que una autorización resulte necesaria y proporcionada se puede arbitrar. Si no fuera así se tendría que recurrir a otros procedimientos.

Así, la necesidad se ha de justificar a través de una razón imperiosa de interés general, que ha de ser motivada de acuerdo con los parámetros del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La necesidad es entendida como justificación en virtud de los siguientes motivos: “que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general”. Esta explicación, poco precisa, se ha de complementar con lo dispuesto en las definiciones, en virtud de la cual la razón imperiosa de interés general será aquella que determine el TJCE, que se ejemplifica del siguiente modo: “razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, incluidas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de 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”.

En aplicación de esta doctrina sobre las razones imperiosas de interés general, desde 1991 se han admitido por parte de la jurisprudencia del TJCE intervenciones administrativas en ámbitos económicos que no están ni lejanamente contempladas en el artículo 16.3: así, se pueden citar el mantenimiento del orden social y de una política social legítima,<sup>33</sup> la buena Administración de justicia,<sup>34</sup> la protección de los consumidores,<sup>35</sup> la estabilidad financiera del sistema de seguridad social<sup>36</sup> o incluso la

---

33. STJCE, Schindler.

34. STJCE Reisebüro Broede.

35. STJCE ARD 28.10.1999; Asunto C-6/98.

36. STJCE de 16 de mayo de 2006, Watts, Asunto C-372/04.

protección cultural.<sup>37</sup> En este sentido, teniendo presente el contenido del artículo 16 de la Directiva se ha pretendido frenar una posible vis expansiva de los Estados, afirmando que “de este hecho, se puede constatar que las restricciones a la libre circulación serán más difíciles de imponer, ya que la justificación por las razones imperiosas de interés general ha sido sustancialmente reducida. No queda más que justificarlo por uno de los cuatro motivos citados por la directiva”.<sup>38</sup> Y, de hecho, la propia pretensión de las autoridades comunitarias es que la redacción proporcionada al artículo 16.3 “excluye así que los Estados miembros puedan invocar otros objetivos de interés general”.<sup>39</sup>

Junto con ella, el segundo elemento que resulta más complejo de examinar y que merecerá una respuesta distinta en cada supuesto es el de la proporcionalidad que se entiende en la directiva, ya que “el requisito deberá ser el adecuado para conseguir el objetivo que se persigue y no ir más allá de lo necesario para conseguirlo”. Es un precepto que está en línea con lo que está exigiendo la jurisprudencia del TJCE que “tiende a estructurar en dos escalones: el test de adecuación y el test de necesidad. Además, el control se centra en el carácter *indispensable* de la medida nacional a la hora de restringir una libertad comunitaria, lo que lleva al Tribunal a realizar una interpretación restrictiva de las excepciones, en línea con la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales y las excepciones a éstos”. No obstante, continua afirmando Sarmiento, “el análisis preponderante en la jurisprudencia del TJCE es el juicio de necesidad, que el propio Tribunal no duda en definir como *la medida menos restrictiva*. La argumentación del Alto intérprete dice lo siguiente: si un Estado miembro considera que se debe excepcionar una libertad comunitaria en aras de las excepciones expresas o una exigencia imperativa, deberá mostrarse que tal derogación es la medida menos restrictiva de todas las que podía adoptar el Estado”.<sup>40</sup> Idea que se recoge en el artículo 5 c) de la *Ley paraguas* cuando se afirma que “en ningún caso, el

37. STJCE de 2 de junio de 2005, Asunto c-89/04; Mediawet.

38. K. Peglow, “La libre prestation de services dans la directive núm. 2006/123/CE”, en *Revue Trimestrelle de Droit Europeen*, núm. 44-1, 2008, p. 100.

39. Comisión de las Comunidades Europeas, *Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios*, p. 52. Se puede consultar en [http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/services-dir/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_en.htm).

40. D. Sarmiento Ramírez-Escudero *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 642 y 643.

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”.

Este último contenido de la *Ley paraguas* conecta con la idea general que restringe la admisibilidad de las autorizaciones en el ordenamiento español especialmente por el contenido de la dicha ley, en la que se proporcionan dos pautas: de acuerdo con lo previsto en el artículo 5, el principio es que “no podrá” configurarse un régimen de autorización más que “excepcionalmente” y con una motivación suficiente sobre la concurrencia de los tres requisitos que se han desarrollado con anterioridad.

Es, a partir de estos supuestos, como se tiene que analizar el régimen que aparece recogido en las dos leyes españolas, especialmente en la *Ley ómnibus*. Es por ello por lo que se puede avanzar que el elemento menos restrictivo nos conduce a analizar las formas de comunicación previa que están contempladas por dos modalidades: la declaración responsable y la comunicación previa en sentido estricto. Pero hay que resaltar la importancia que tiene sobre todo para las Administraciones públicas, dado que, como ha señalado Muñoz Machado, “el cambio de paradigma es de enorme envergadura, ya que obliga a las Administraciones Públicas, preparadas sobre todo para el control preventivo de la actividad económica de las empresas y sujetos privados, a orientar la preservación de los intereses públicos mediante un sistema de controles a posteriori”.<sup>41</sup>

No obstante, conviene recordar que este es el marco para la reevaluación de los títulos administrativos existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la ley; y que en nuestro ordenamiento jurídico ha supuesto una verdadera reelaboración de los mecanismos de intervención administrativa. El informe presentado en diciembre de 2009 y la sucesión de disposiciones que se han aprobado entre el final de 2009 y el primer trimestre de 2010 son expresivos de las actividades

realizadas por el Estado español para ajustarse a los contenidos de la disposición comunitaria.

## **6. El género de las comunicaciones previas como mecanismo de intervención preferente y sus dos especies en el nuevo artículo 71 bis de la LRJPAC**

### **6.1. Concepto y tipología**

La *Ley ómnibus* introduce un nuevo precepto en la Ley 30/92, de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo Común (LPC, en adelante), el artículo 71 bis, que tiene carácter básico por aplicación del artículo 149.1.18 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, “podría afirmarse, incluso, que, pese a existir una regulación básica, no existe una configuración homogénea de las mismas ni de sus efectos, los que es, sin cabe, aún más importante”.<sup>42</sup> Teniendo en cuenta la extensión que puede tener este estudio, nos centraremos especialmente en lo derivado de la nueva regulación estatal.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 71 bis LPC el género de las comunicaciones previas consiste en una declaración efectuada por un particular a la Administración responsable por la que comunica “no sólo los datos e informaciones requeridos por la disposición legal que la regule, sino también –y quizá fundamentalmente– la intención de realizar 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 inversión en ese caso de la prohibición relativa instrumental establecida por la

---

42. D. Canals i Ametller, “Mejora normativa y reducción de cargas administrativas”, en *Informe de las Comunidades Autónomas 2009*, Barcelona, Instituto de Derecho Público, 2010, p. 57.

norma, o en otros términos, la obtención del título habilitante".<sup>43</sup> No es, como es conocido, un instrumento novedoso, aunque sí se puede predicar esta característica de la generalización que hace la legislación de procedimiento administrativo para cualquier procedimiento, y, más aún, que constituye el mecanismo primario que está a disposición de los entes públicos para intervenir la actividad de los particulares.

Esta modalidad de intervención administrativa acostumbra a operar sobre aquellas actividades en las que se pretende ganar en eficacia en el control que realizan las Administraciones Públicas, sin que por ello se resienta el interés general, en la medida en que las potestades administrativas se ejercerán a posteriori. Es, por una parte, un modelo que sirve a la liberalización de los mercados que acostumbran a estar, además, desregulados –como ocurre con las actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la directiva– y, por otra parte, permite disponer de una ordenación de los procedimientos administrativos simplificado, modulado, con lo que ello conlleva en relación con el cumplimiento del principio de celeridad administrativa. Téngase en cuenta que en el contexto de la transposición de la Directiva de servicios el hecho de disponer de procedimientos simplificados resulta especialmente importante, en la medida en que su tramitación debe realizarse de forma electrónica.

Esta es la esencia general de las dos figuras que recoge el nuevo artículo 71 bis LPC: declaración responsable y comunicación previa. De acuerdo con las definiciones legales, nos encontramos ante comunicación previa en aquellos casos en los que se presenta ante la Administración un "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". Por su parte, la declaración responsable es aquel documento "suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cum-

plimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio”.

Se trata de figuras en las cuales hay un punto común, la falta de intervención administrativa previa al inicio de la actividad; esto es, el procedimiento administrativo no tiene el horizonte final de un acto de autorización, sino que concluye con la comunicación de datos o, en su caso, la verificación de la información aportada por el particular. No son, sin embargo, iguales, dado que se diferencia la intensidad del control, manifestado en la implicación del particular que se responsabiliza de una serie de datos que aporta a la Administración. Esta diferencia deriva, de la mayor complejidad de la actividad que se va a desarrollar. Precisamente por ello, aunque ambas entronquen dentro del género de la comunicación previa, los particulares van, en consecuencia, a poder ejercitar su derecho al desempeño, ya que responden a parámetros diferentes.

De este modo, la modalidad definida en la ley como comunicación previa entroncaría con lo que doctrinalmente se ha definido como simple “comunicación previa sin control”, en donde lo razonable consiste en que la norma en que se desarrolle no prevea “el desarrollo de procedimientos de control administrativo caso a caso vinculados a la práctica de la comunicación”.<sup>44</sup> Se trataría del método para realizar actividades con escasa transcendencia para el interés general y por tanto la finalidad esencial sería, de este modo, la obtención de información por parte de la Administración Pública, con independencia de que disponga de las facultades de inspección y control adecuados a la naturaleza de la actividad.

La segunda modalidad entroncaría, por el contrario, con lo que se ha definido como “comunicación previa con control represivo”. Se trata, pues, de una modalidad según la cual, aunque el particular pueda iniciar el ejercicio de su actividad, hay una intensidad mayor de control dado que éste se activa en el mismo instante del inicio de la actividad. Aunque siga resultando una fuente importante de información para la Administración, la función primordial que cumple la declaración responsable es otra, ya que permite la “generalización del control por parte de la Administración en el momento inicial en

44. L. Arroyo Jiménez, *Libre empresa...*; *op. cit.*, p. 353.

el que se ejercita la actividad”,<sup>45</sup> disponiendo, en consecuencia, de elementos que la acercan más a la autorización tradicional.

Esta diferencia, que resulta esencial para diferenciar declaraciones responsables de comunicaciones previas, no elimina el hecho de que ambas figuras respondan a la misma filosofía. Los particulares van a comenzar el ejercicio de su actividad sin necesidad de autorización previa otorgada por la Administración Pública. De hecho, el nuevo artículo 71 bis.4 de la LPC recalca la importancia cualitativa de la presentación del documento ante la Administración: “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”.

## **6.2. La carencia de resolución administrativa aprobatoria como elemento esencial de las declaraciones responsables**

De los elementos anteriores resulta muy pertinente resaltar el hecho de que las declaraciones responsables no necesitan ningún tipo de acto de aprobación por parte de la autoridad competente para ser eficaces. Las declaraciones responsables presuponen un derecho previo al ejercicio de la actividad que no precisa de comprobación previa. Por ello, ninguno de los instrumentos usuales para demorar el comienzo de la actividad –inscripción en registros u otorgamiento de ratificación administrativa– se pueden utilizar en este ámbito. A los efectos de la Directiva serían considerados autorizaciones y, en consecuencia, habría que aplicar el régimen derivado de ellas.

De hecho, recientemente nos hemos encontrado con una solución de esta naturaleza. Resulta pertinente recordar cómo el Consejo de Estado interpretaba recientemente la articulación de una declaración responsable que había de ser autorizada por parte de la

autoridad responsable. Aunque la cita sea algo larga, merece la pena recordar qué ha señalado en dicho supuesto: "No acierta a comprenderse, en un régimen de declaración responsable, cómo ha de coherenstarse esta aprobación con la labor de verificación antes mencionada y con la posibilidad de que la declaración devenga ineficaz por no haberse acreditado debidamente el requisito de idoneidad de las condiciones de almacenamiento. Cabe aventurar que, al hablarse en este apartado de "aprobación", se está condicionando la eficacia de la declaración responsable no sólo a la verificación de que concurre el mencionado requisito de idoneidad –que es lo que prevé la Ley 13/1998–, sino también al cumplimiento de otros requisitos. Y parece también que, en tanto no haya recaído la resolución aprobatoria, el interesado no puede iniciar su actividad, si bien el texto no lo señala expresamente, como tampoco indica cuál es el plazo en que ha de dictarse la resolución aprobatoria ni cuáles son las razones que, en su caso, podrían llevar a denegarla. Por lo demás, llama la atención a este Consejo que se emplee en este contexto el verbo "aprobar", y ello porque, en principio y de conformidad con las reflexiones anteriores, la declaración responsable no tiene que ser objeto de aprobación alguna para producir efectos: basta la mera presentación de este documento para que el interesado pueda comenzar a desempeñar la actividad a que se refiere la declaración". Estas palabras del Consejo de Estado plantean, además, el cambio que va a suponer para la Administración la introducción generalizada de un nuevo modo de intervenir las actividades de servicios y cómo se ha articular de forma distinta las potestades de inspección de los prestadores.

De hecho, el artículo 71 bis de la LPC lo único que prevé es precisamente la iniciación anticipada de los derechos de ejercicio de una actividad económica. En efecto, en esta línea de resultar eficaz, el apartado tercero dispone que "la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente".

Obviamente, la conclusión anterior es la que procede en todos los supuestos en los que la Administración muestra su conformidad con la comunicación presentada por el particular de inicio de su actividad. Ello no obsta para que el procedimiento pueda concluir con un veto de la Administración al particular –que le impida la continuación del ejercicio de la actividad– o que introduzca alguna salvedad que

modifique la forma en que este servicio se está prestando. Se trataría de modalidades en las que el procedimiento concluiría con un acto administrativo de contenido negativo, con el que ejercita, en toda la intensidad que tenga el acto, las potestades de intervención que le reconoce el ordenamiento jurídico.

En definitiva, nos hemos de acostumbrar a que, dentro de este sistema, "no cuenta el particular con un título administrativo habilitante. Su propia comunicación pasa de ser un acto de autoadministración privada a convertirse en el único título existente e idóneo para ejercer las actividades".<sup>46</sup> Lo cual puede ser una complicación tanto para la Administración como para el operador. Posiblemente el resultado produzca cierta inquietud al operador como consecuencia de la carencia de un reconocimiento administrativo, más allá del registro de entrada de la comunicación.<sup>47</sup>

## **7. Exigencia de norma de reconocimiento para la determinación de los efectos de las declaraciones previas**

Las dos modalidades de declaración previa están dibujadas a retazos en la LPC, 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 ella y sus efectos deben recogerse en una norma posterior. Este hecho es de excepcional importancia, pues supone que no nos encontramos ante actos 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.

---

46. M. Rodríguez Font, *Régimen de comunicación e intervención ambiental. Entre la simplificación administrativa y la autorregulación*, Barcelona, Atelier, 2003, p. 205.

47. Discrepo, en este sentido, de la solución propuesta por Núñez Lozano de obtener la constancia de legitimidad a través de una certificación. Con ello, en el fondo, se estaría llegando a una solución equivalente a la de la autorización tradicional. M. C. Núñez Lozano, *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 2001, p. 144.

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 LPC 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 norma 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, 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".

## **8. Requisitos para los operadores de servicios**

El sistema, como se ha señalado reiteradamente, permite que cualquier operador pueda desarrollar su actividad económica. No obstante, ello no supone que la Administración Pública no pueda imponer ciertas condiciones a los operadores económicos que delimiten su derecho, siempre que los requisitos estén justificados por razones de interés general y no supongan una vulneración insostenible de las libertades comunitarias.

La *Ley paraguas*, en este punto, es deudora directa de lo dispuesto en la Directiva de servicios. De entrada, se suprime uno de los problemas que más tradicionalmente han existido, consistente en la duplicidad de controles sobre aspectos equivalentes ya controlados por otras Administraciones Públicas. Pero más allá de este elemento que parece razonable, la imposición de requisitos está sometido a ciertos criterios que están recogidos en el artículo 9.2 de la *Ley paraguas*: i) No ser discriminatorios; ii) Estar justificados por una razón imperiosa de interés general; iii) Ser proporcionados a dicha razón imperiosa de interés general; iv) Ser claros e inequívocos; v) Ser objetivos; vi) Ser hechos públicos con antelación, y vii) Ser transparentes y

accesibles. Como se puede apreciar, se trata de elementos que se corresponden a principios de buena administración y que han de ser justificados para que puedan resultar aplicables por los entes públicos.

A ello se añade un listado de requisitos que resultan prohibidos. Como se ha señalado con anterioridad, este régimen general no ampara en ningún caso las medidas que están previstas en el artículo 10 que, en ningún caso, se entenderán ajustadas al ordenamiento comunitario:

a) Requisitos discriminatorios basados directa o indirectamente en la nacionalidad,<sup>48</sup> incluido que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente, o el domicilio social;<sup>49</sup> y en particular: requisito de nacionalidad o de residencia para el prestador,<sup>50</sup> su personal, los partícipes en el capital social o los miembros de los órganos de gestión y supervisión.

b) Prohibición de estar establecido en varios Estados miembros o de estar inscrito en los registros o colegios o asociaciones profesionales de varios Estados miembros.

c) Limitaciones de la libertad del prestador para elegir entre un establecimiento principal o secundario y, especialmente, la obligación de que el prestador tenga su establecimiento principal en el territorio español, o limitaciones de la libertad de elección entre establecimiento en forma de sucursal o de filial.

d) Condiciones de reciprocidad con otro Estado miembro en el que el prestador tenga ya su establecimiento, con excepción de las previstas en los instrumentos comunitarios en materia de energía.

---

48. Este es uno de los elementos que han sido recurrentes en la jurisprudencia comunitaria. Véase, por ejemplo, la STJCE de 29 de octubre de 1998, relativa a la exigencia del requisito de la nacionalidad por parte de España en relación con los prestadores de seguridad privada.

49. Medida que proviene de la STJCE de 29 de noviembre de 2007, en el As. C-393/05, Comisión c. Austria.

50. Requisito también muy utilizado, a pesar de la contravención del artículo 43 del Tratado, lo que ha sido reconocido reiteradamente por el TJCE, como ocurrió en la STJCE de 8 de julio de 1999.

e) Requisitos de naturaleza económica que supediten la concesión de la autorización a la prueba de 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 fijados por la autoridad competente o a que se comercialicen productos o servicios de un tipo o procedencia determinada. Las razones imperiosas de interés general que se invoquen no podrán encubrir requisitos de planificación económica.

f) Intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes relativas al establecimiento para el ejercicio de una actividad de servicios, sin perjuicio de la actuación de colegios profesionales y consejos generales y autonómicos de colegios profesionales, como autoridades competentes, en el ámbito de las competencias que les otorga la ley. Esta prohibición se extiende a organismos como las cámaras de comercio y a los interlocutores sociales en lo que concierne al otorgamiento de autorizaciones individuales, pero esa prohibición no afectará a la consulta de organismos como las cámaras de comercio o de los interlocutores sociales sobre asuntos distintos a las solicitudes de autorización individuales, ni a una consulta del público en general.

g) Obligación de que la constitución de garantías financieras o la suscripción de un seguro deban realizarse con un prestador u organismo establecido en el territorio español.

h) Obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un período determinado en los registros de prestadores existentes en el territorio español<sup>51</sup> o de haber ejercido previamente la actividad durante un período determinado en dicho territorio.

Y junto con estas medidas que están excluidas en todo caso, en el artículo 11 de la *Ley paraguas* se prevén medidas de naturaleza excepcional, con un deber complementario de motivación y de comunicación a la Comisión europea:

a) Restricciones cuantitativas o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia mínima entre prestadores. Los fines económicos, como el de garantizar la viabilidad económica de determinados prestadores, no podrán invocarse como justificación de restricciones cuantitativas o territoriales.

b) Requisitos que obliguen al prestador a constituirse adoptando una determinada forma jurídica; así como la obligación de constituirse como entidad sin ánimo de lucro.

c) Requisitos relativos a la participación en el capital de una sociedad, en concreto la obligación de disponer de un capital mínimo para determinadas actividades o tener una cualificación específica para poseer el capital social o gestionar determinadas sociedades.

d) Requisitos distintos de los exigidos para el acceso a las profesiones reguladas, contemplados en la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, que reserven el acceso a una actividad de servicios a una serie de prestadores concretos debido a la índole específica de la actividad.

e) La prohibición de disponer de varios establecimientos en el territorio español.

f) Requisitos relativos a la composición de la plantilla, tales como tener un número determinado de empleados; ya sea en el total de la plantilla o en categorías concretas, o a la obligación de contratar con una procedencia o modalidad determinada.

g) Restricciones a la libertad de precios, tales como tarifas mínimas o máximas, o limitaciones a los descuentos.

h) La obligación del prestador de realizar, junto con su servicio, otros servicios específicos o de ofrecer una determinada gama o surtido de productos.

## 9. Procedimiento administrativo en los supuestos de comunicaciones previas

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 de la LPC 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 única.<sup>52</sup> Por otra parte, no podemos olvidar que la revisión de procedimientos administrativos es una exigencia de la *Ley paraguas*, 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 nuevo artículo 6.3 de la Ley 11/2007.<sup>53</sup> Pero, al mis-

---

52. Véase, en este sentido, el sistema parte de la tramitación a través de EUGO, que está abierta en <http://www.eugo.es>.

53. Recordemos que la nueva redacción dicho precepto dispone que: “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:

mo 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.

## 9.1. 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 equivalente. El artículo 71 bis. 1 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 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 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 servicios.

- 
- 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".

La presentación errónea o incompleta de la documentación supone que la Administración tendrá la obligación de requerir al particular, al amparo del artículo 71 LPC –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 el 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 control. 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 la mala presentación de la comunicación –ya sea por defectos u omisiones– la Administración deberá requerir, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71 LRJPAC y como procedimiento administrativo que es, la presentación de una declaración responsable para que subsane. En principio, la falta de aporte 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 materializa lo recogido en el apartado tercero del precepto: “las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas”. Las consecuen-

cias 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 del artículo 84. Exige 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 los 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 éstos 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 que no haya garantías para terceros interesados –participando mediante las alegaciones correspondientes<sup>54</sup> 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 ambientales, que “el procedimiento es, a todas luces, silencioso y obtuso. La participación de terceros mediante los trámites aludidos se reputa inexistente”.<sup>55</sup>

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.

## 9.2. Terminación del procedimiento

El procedimiento administrativo concluirá, una vez instruido, a través de formas que están adaptadas a la propia naturaleza de la

54. M.C. Núñez Lozano, *Las actividades...*, *op. cit.*, p. 180.

55. M. Rodríguez Font, *Régimen de comunicación e intervención ambiental. Entre la simplificación administrativa y la autorregulación*, Barcelona, Atelier, 2003, p. 200.

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 por parte del particular, 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 ha de dejar de prestar el servicio en el caso de que ya haya iniciado la actividad económica. Vinculado a lo anterior, aparece la posibilidad de que la Administración abra un procedimiento sancionador contra el particular, 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, “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 pe-

riodo de tiempo determinado, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación”.

## 10. Efectos de la comunicación previa

Como se acaba de indicar, la comunicación previa permite el ejercicio de la actividad de servicios en las condiciones que están previstas en la norma que la regule. No obstante, conviene precisar los efectos temporales y territoriales de dicho título habilitante, dado que la nueva regulación ha ampliado sus efectos jurídicos.

Tal como se regula en el artículo 5 de la *Ley paraguas*, “con carácter general la realización de una comunicación o una declaración responsable o el otorgamiento de una autorización permitirá acceder a una actividad de servicios y ejercerla por tiempo indefinido”. Es una consecuencia lógica de un sistema liberalizado que, por tanto, sólo puede ceder ante casos especiales que están previstos en el mismo precepto: i) cuando se renueve automáticamente o sólo esté sujeta al cumplimiento continuo de los requisitos; ii) si se puede justificar la limitación de la duración de la autorización o de los efectos de la comunicación o la declaración responsable por la existencia de una razón imperiosa de interés general. Obviamente no impedirá el ejercicio de las competencias de los poderes públicos y, en particular, no impedirá la revocación en los casos en que esté previsto en la norma.

La parquedad de la regulación abre la puerta, sin embargo, a las posibilidades de diferir en el tiempo los efectos de la comunicación. Si es una posibilidad recogida en las normas previas a la Directiva de servicios, nada obstaría –la ley proporciona efectos inmediatos con carácter general, lo que no impide su excepción– a que las disposiciones en las que se regularan más detalladamente contemplaran esta posibilidad. Ahora bien, en la medida en que limita el ejercicio de la actividad, este plazo previo está sujeto, de igual modo, a un control de proporcionalidad de la medida. Asimismo, se puede retrasar, tal como lo recoge de forma expresa en el nuevo artículo 71 bis.3, que permite que “la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente”.

De igual manera, desde un punto de vista de la eficacia territorial de la declaración responsable, la regla es que con ella el prestador

del servicio está habilitado para realizar la actividad en la totalidad del territorio nacional. Regla que cede "cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente, resulte proporcionado y no discriminatorio y de forma suficientemente motivada". De igual forma, en relación con los establecimientos físicos con los que se presten los servicios podrá exigirse una autorización, una comunicación o una declaración responsable individual para cada establecimiento físico cuando esté justificado por una razón imperiosa de interés general, resulte proporcionado y no discriminatorio.

## RESUMEN

La aprobación de la Directiva de servicios y su transposición han provocado un cambio considerable en la forma de intervención administrativa en las actividades de servicios; en el sentido de limitar los mecanismos de intervención, restringir el uso de las autorizaciones tradicionales y sustituirlas por elementos de autorregulación, cuanto a las comunicaciones previas y declaraciones responsables. El estudio se centra en un análisis de los elementos básicos de estos dos títulos habilitantes; regulación que tiene cierto impacto en el sistema constitucional de distribución de competencias.

**Palabras clave:** Directiva de servicios; autorizaciones; declaraciones responsables; comunicaciones previas.

## RESUM

L'aprovació de la directiva de serveis i la seva transposició han provocat un canvi considerable en la forma d'intervenció administrativa a les activitats de serveis; en el sentit que limita els mecanismes d'intervenció, restringeix l'ús de les autoritzacions tradicionals i les substitueix per elements d'autoregulació, pel que fa a les comunicacions prèvies i declaracions responsables. L'estudi se centra en una anàlisi dels elements bàsics d'aquests dos títols habilitadors, una regulació que té un cert impacte en el sistema constitucional de distribució de competències.

**Paraules clau:** política de serveis; autoritzacions; declaracions responsables; comunicacions prèvies.

## ABSTRACT

The approval of the Directive on services and its transposition has provoked a considerable change in the form of administrative intervention in service activities; in the sense of limiting intervention mechanisms, restricting the use of traditional authorisations and replacing them with self-regulation elements, notice registry and compliance statements. The study focuses on the analysis of the basic elements of these required authorisations; a regulation that has a certain impact on the constitutional system for distributing competences.

**Key words:** Directive on services; authorisations; compliance statements; notice registry.