

LA ADMINISTRACIÓN «NEOPOLICIAL». AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y SISTEMAS ALTERNATIVOS: COMUNICACIÓN PREVIA Y DECLARACIÓN RESPONSABLE

ELISA MOREU CARBONELL

SUMARIO: I. LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA COMO OBSTÁCULO A LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LA INTERPRETACIÓN MAXIMALISTA DE LA REFORMA EN ESPAÑA.– II. CONDICIONES Y LÍMITES DE LOS RÉGIMENES DE AUTORIZACIÓN SUPERVIVIENTES: 1. Las autorizaciones en los servicios excluidos. 2. Sucinta reflexión sobre el impacto de la Directiva en las licencias municipales. 3. Condiciones formales y materiales de las «nuevas autorizaciones»: A) Excepcionalidad y motivación. La cuestión del rango normativo, legal o reglamentario, para establecer el régimen de autorización. B) Requisitos sustantivos: necesidad, proporcionalidad y no discriminación. C) Requisitos prohibidos (lista negra) y requisitos de aplicación excepcional sujetos a evaluación previa (lista gris). D) Procedimientos de autorización y silencio administrativo. 4. La simplificación de los procedimientos autorizatorios (y del resto de procedimientos de intervención en la actividad privada).– III. LA COMPLEJA TAREA DE DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE ESTAS TÉCNICAS «NEOPOLICIALES» ALTERNATIVAS: COMUNICACIÓN PREVIA Y DECLARACIÓN RESPONSABLE: 1. Las difusas fronteras entre ambas técnicas. 2. Distintos grados de intervención administrativa neopolicial. 3. El problema de la superposición de títulos habilitantes y las dificultades para la simplificación administrativa. IV. CARACTERES PROPIOS DE LA COMUNICACIÓN PREVIA. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ACTIVIDADES COMUNICADAS. V. CARACTERES PROPIOS DE LA DECLARACIÓN RESPONSABLE.– VI. IRREGULARIDADES RELATIVAS A LA COMUNICACIÓN PREVIA O LA DECLARACIÓN RESPONSABLE, Y SUS CONSECUENCIAS: 1. Eventuales irregularidades concurrentes: A) Comunicaciones o declaraciones defectuosas. B) Falta de presentación (o presentación tardía). C) Falta de comienzo de la actividad en plazo. 2. ¿Posibilidad de subsanación? 3. Efectos de las irregularidades de la comunicación o la declaración responsable: a) Imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad. b) Restablecimiento de la legalidad. c) Imposibilidad de presentar futuras comunicaciones o declaraciones responsables con el mismo objeto. d) Eventual sanción al interesado, y otras responsabilidades penales o civiles. 4. Eventual responsabilidad patrimonial de la Administración por falta de fiscalización y control.– BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN: La Directiva de Servicios y la Ley 17/2009 que la incorpora a nuestro ordenamiento jurídico marcan un punto de inflexión en la actividad clásica de policía

basada en la autorización administrativa. Se ha dicho, en efecto, que el sistema de policía administrativa centrado en la autorización previa ha quedado aniquilado por la Directiva. En su lugar, van adquiriendo protagonismo las figuras «neopoliciales» de la comunicación previa y la declaración responsable. El presente capítulo aborda el estudio detallado de estas nuevas técnicas que sustituyen el control preventivo por un control posterior, en un marco de simplificación administrativa y fomento de la confianza administrativa en el ciudadano. La Ley 30/1992 introduce por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico una regulación general de estas dos técnicas, aunque el análisis del nuevo artículo 71bis ofrece muchos puntos oscuros que en este trabajo me propongo resolver: la compleja delimitación conceptual entre la comunicación previa y la declaración responsable, la deficiente ordenación del control posterior de la actividad, la inseguridad jurídica que generan o la criticable superposición de títulos en el Estado autonómico, son algunos de ellos.

Palabras clave: Directiva de Servicios; libre prestación de servicios; autorización administrativa; comunicación previa; declaración responsable; simplificación administrativa.

ABSTRACT: The Services Directive marks a turning point in classical activity-based police authorisation. It has been said that the system of administrative police focused on the prior authorisation has been wiped out by Directive. This chapter discusses the detailed study of these new techniques that replace the preventive control for posteriori inspection in a framework of simplification and confidence building in the citizen. The Spanish Statute 30/1992 introduces for the first time in our general legal regulation of these two techniques of posteriori inspection, although analysis of the new Article 71bis provides many obscure points I intend to solve: are some, the complex conceptual demarcation, poor management control of the posteriori inspection, the legal uncertainty generated criticism or overlapping of requirements.

Key words: Services Directive; freedom of establishment; authorisation schemes; posteriori inspection; simplification of procedures.

Hace tiempo que la construcción tripartita de la acción administrativa diseñada por JORDANA DE POZAS se ha convertido en una entelequia, que sobrevive entre nosotros quizás por nostalgia, quizás por necesidades didácticas. No podemos negar que la Unión europea ha contribuido de forma decisiva a esta tarea de desmantelamiento, pues a medida que se teje el mimbres del «Derecho administrativo europeo» [RIVERO YSERN (2009, 151)], se resquebrajan las bases de los ordenamientos jurídicos nacionales: el servicio público clásico aparece disfrazado de obligaciones de servicio público, y la autorización administrativa clásica evoluciona hacia técnicas que podríamos denominar «neopoliciales», en el proceso de consolidación del principio de la libre prestación de servicios impulsado por la Estrategia de Lisboa (Consejo europeo

celebrado en marzo de 2000), que desemboca en la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que ocupa nuestra atención.

Como es sabido, el objetivo de la Directiva de Servicios es crear un marco jurídico general que suprima los obstáculos que se oponen a la libre circulación de los servicios y a la libertad de establecimiento de los prestadores, así como simplificar los procedimientos y mejorar su calidad. En este contexto, la autorización administrativa se considera un obstáculo para la libre prestación de servicios, y por eso la Directiva limita el mantenimiento de regímenes de autorización previa a la superación de un «triple test»: no ser discriminatorio, estar justificado por una razón imperiosa de interés general, y que su objetivo no pueda conseguirse con una medida menos restrictiva (art. 9.1 DS). Además, la Directiva prohíbe a los Estados miembros la exigencia de una serie de requisitos para el establecimiento o la libre circulación de servicios (requisitos prohibidos, lista «negra» del art. 14 DS) y establece otros potencialmente restrictivos que deben ser evaluados en cada caso por las autoridades nacionales para lograr su compatibilidad con la libertad comunitaria (lista «gris» del artículo 15 DS).

Es cierto que, como demostró LAGUNA DE PAZ (2006), la autorización administrativa ya era un concepto difícil de reducir a la unidad, una «*categoría repleta de inseguridades*», y por eso la doctrina [LINDE PANIAGUA (2008, 36) y PAREJO ALFONSO (2009a, 35) y (2009b, 431)] ha asumido sin excesivas sorpresas la liquidación del sistema «autoritativo» o de policía administrativa basado en la autorización previa. No obstante, algún autor más escéptico, como DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2007, 237), califica el proceso impulsado por la Directiva como una simple *desregulación de la prestación de servicios* y reconoce que no ha ido tan lejos como se esperaba de los primeros borradores.

En este capítulo haremos un intento de depuración conceptual de las nuevas técnicas que se presentan como alternativa al régimen clásico de autorización. Su objeto no es, por tanto, un estudio dogmático de la autorización ni de la técnica policial en el Derecho español, sino más bien destacar su evolución por el impacto de la Directiva de Servicios. A esta tarea dedicamos las páginas que siguen.

I. LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA COMO OBSTÁCULO A LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LA INTEPRETACIÓN MAXIMALISTA DE LA REFORMA EN ESPAÑA

En otros capítulos de este número monográfico se detalla cómo ha sido el proceso de transposición en España, largo y complejo, porque implica a

los tres niveles básicos de la producción normativa: estatal, autonómico y local, y se plasma tanto en medidas de carácter horizontal o transversal, como vertical o sectorial. Las principales medidas horizontales se introducen por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, conocida como «Ley Paraguas» y por el Título Primero de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre (la «Ley Omnibus»). Dos leyes que, en expresión de MUÑOZ MACHADO (2009, 72), pasarán a la historia por los ridículos mote que les dieron al impulsarlas. La reforma sectorial se desarrolla en los Títulos II a VI de la «Ley Omnibus», así como en los posteriores reglamentos de transposición, en el marco de las respectivas competencias estatales y autonómicas. En el ámbito local, la cuantificación de las reformas es más complicada, simplemente por la heterogeneidad de los más de 8000 municipios españoles. En otros trabajos del monográfico se ha abordado el tema del impacto de la transposición de la Directiva en el ámbito local, por lo que no habremos de referirnos aquí a tales particularidades. En expresión de JIMÉNEZ ASENSIO (2010), estamos ante «los primeros pasos de un largo proceso».

Pues bien, uno de los ejes de las reformas horizontales es, precisamente, el que constituye objeto del presente estudio, ya que las leyes de transposición suprimen la exigencia de autorización para el acceso y/o ejercicio de la actividad de servicios, sustituyéndola por las figuras de la declaración responsable o la comunicación previa, según los casos, reguladas ambas con carácter general en la Ley 30/1992 (nuevo artículo 71 bis) y en la Ley 7/1985 (reforma del artículo 84 de la LRRL). El informe del Grupo de Trabajo (26 julio 2007), creado por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos del Ministerio de Hacienda, planteaba claramente la transposición de la Directiva de Servicios como «una oportunidad para reducir trabas injustificadas o desproporcionadas al ejercicio de la actividad en determinados sectores, contribuyendo por lo tanto a la mejora de la regulación». El proceso de aplicación de la Directiva se encuentra así estrechamente ligado «al ejercicio más amplio del programa de mejora de la reglamentación y reducción de cargas administrativas».

Procede, en primer lugar, reflexionar sobre el régimen jurídico de la autorización en España después del «huracán *Bolkestein*», antes de adentrarnos en las nuevas figuras que hemos denominado «neopoliciales» o alternativas a la autorización.

A mi juicio, la legislación española de transposición ha ido más lejos que la propia Directiva de Servicios, ya que sienta el principio de una «prohibición general del régimen de autorización» que no se deduce de la normativa comunitaria, basada en un principio más flexible de la excepcionalidad del régimen de autorización (compárense las redacciones de los artículos 9 de la Directiva de Servicios y 5 de la *Ley Paraguas*). Insisto en este exceso de celo de la nor-

mativa española de transposición, que considera la autorización previa como un obstáculo injustificado y desproporcionado por sí mismo, adoptando así una interpretación rígida de la Directiva de Servicios, que no es tan radical. Porque la Directiva acepta el mantenimiento de los regímenes autorizatorios en los que concurren las condiciones de proporcionalidad, necesidad y subsidiariedad. En cambio, la normativa española parte de la prohibición: la autorización previa parece siempre injustificada, salvo en los servicios excluidos del ámbito de aplicación de la reforma. El matiz se intuye ya en los estudios y análisis previos a la transposición. Por ejemplo, el *Libro Blanco para la Reforma del Sector Servicios* (elaborado por el Gobierno) claramente identifica la existencia de regímenes de autorización previa como un requisito desproporcionado e injustificado de acceso a la actividad.

Sin embargo, durante la tramitación parlamentaria de la ley 17/2009, su radicalidad fue objeto de alguna opinión crítica. Así, el representante del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds en el Congreso, Gaspar LLAMAZARES, afirmaba que *«algunos trámites administrativos estarán obstaculizando la creación de empresas, pero pasar de trámites administrativos burocráticos que dificultan la administración y la presencia de empresas a la no existencia de trámites, nos parece un salto al vacío. Ese es el planteamiento que hace el Gobierno, que ni siquiera recoge el trámite de autorización que le permite la directiva comunitaria y se fundamenta, sobre todo, en la comunicación. (...) Señorías, no es serio. En nuestra opinión, el planteamiento que hace en esta materia el Gobierno va más allá de lo conveniente»* (*Diario de Sesiones del Congreso* nº 110, sesión plenaria de 1 octubre 2009).

La interpretación sumamente restrictiva de la norma española de transposición se evidencia en la definición de las *«razones imperiosas de interés general»*, que inexplicablemente la *Ley Paraguas* limita a las expresamente mencionadas en una lista cerrada (art. 3.11). No se alcanzan a comprender las razones de esta restricción, toda vez que la propia Directiva de Servicios, adaptando la flexible jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, considera que la razón imperiosa de interés general es un concepto abierto, que puede seguir evolucionando (considerando 40 y artículo 4.8 de la DS). Para la Comisión Nacional de la Competencia, estas medidas *«evidencian la voluntad del Anteproyecto de incluso superar las implicaciones de la propia Directiva de Servicios»* (IPN 03/2008). También para el Consejo de Estado merece un juicio positivo el hecho de que el enfoque de la Ley sea más amplio y restrictivo que el de la propia Directiva (Dictamen 99/2009, de 18 marzo). Sin embargo, en mi opinión, es un error haber limitado de forma tan rígida las razones imperiosas de interés general, blindándolas ante la propia evolución de la jurisprudencia comunitaria.

La definición cerrada y rígida de las razones imperiosas de interés general, unida a ese matiz prohibicionista que coloca a cualquier régimen autorizador bajo sospecha, hacen que la normativa de transposición en España pueda considerarse, desde luego, exageradamente maximalista. Quizás este sea el «*enfoque ambicioso*» que enfatizan los Preámbulos de la *Ley Paraguas* y de la *Ley Omnibus* (expresión que se repite al menos tres veces en los citados preámbulos), pero el extremismo del legislador español corre el riesgo de ceder luego ante los desarrollos y regulaciones sectoriales, que tendrán que hacerse más flexibles.

II. CONDICIONES Y LÍMITES DE LOS RÉGIMENES DE AUTORIZACIÓN SUPERVIVIENTES

Como he dicho, la normativa española recoge el principio de libre establecimiento y prestación de servicios y la eliminación de cualquier obstáculo que impida o restrinja tal principio (art. 4 de la *Ley Paraguas*). Al adoptar, además, un matiz extremo, la autorización administrativa aparece como un régimen absolutamente excepcional y condicionado, cuyo establecimiento queda reservado a la ley.

1. Las autorizaciones en los servicios excluidos

Evidentemente, los servicios excluidos del ámbito de aplicación de la norma comunitaria pueden seguir manteniendo un régimen autorizador al estilo «clásico». Aquí el problema radica en delimitar exactamente cuál es su ámbito de aplicación (art. 2 *Ley Paraguas*), tarea compleja a la que se dedica otro capítulo del monográfico, y en la que no puedo detenerme ahora. Muy resumidamente, la Directiva de Servicios se refiere únicamente a aquellos servicios que se realizan por una contrapartida económica; por eso, los servicios no económicos de interés general no están incluidos en su ámbito de aplicación, como tampoco lo están los servicios financieros, de telecomunicaciones y de transporte, sanitarios y audiovisuales, la asesoría fiscal, los servicios de seguridad privados y la mayoría de los servicios sociales.

Sin embargo, el hecho de que un servicio esté excluido del ámbito de aplicación de la Directiva y de la *Ley Paraguas*, no implica que no le alcancen las reformas. Pronto constató LAGUNA DE PAZ (2009, 42) que, aprovechando el paso del Pisuerga, la normativa española acometía algunas reformas que no venían impuestas por la Directiva de Servicios, actuando la *Ley omnibus* «*como si de una ley de acompañamiento cualquiera se tratase*». Un ejemplo claro es el de los transportes, ámbito expresamente excluido por la Ley española

(art. 2.2.d), pero que se ha visto afectado por ciertas medidas liberalizadoras (Título IV de la *Ley omnibus*). Como el sector del transporte tiene también un espacio en este monográfico, me remito a lo que allí se dirá.

Otro sector eventualmente afectado por las reformas es el urbanismo y el medio ambiente, aunque existan serias dudas sobre su inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios. Buena parte de la doctrina acude al considerando 9 de la Directiva para justificar su exclusión. Dicho considerando 9 dispone literalmente que «*la presente Directiva (...) no se aplica a requisitos tales como normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada*». A mi juicio, resulta un tanto exagerado deducir de aquí una exclusión radical del urbanismo y del medio ambiente del ámbito de aplicación de la Directiva. Salvo esta escueta mención en su parte no dispositiva, nada más se dice en su articulado, y tampoco la *Ley paraguas* recoge ni en su Preámbulo ni en su articulado (art. 2) una norma que lo excluya claramente de su ámbito de aplicación. Además, la protección del medio ambiente y del entorno urbano constituyen «razones imperiosas de interés general» (considerandos 40 y 56, art. 4.8 de la DS y 3.11 de la *Ley Paraguas*), que habilitan la pervivencia de ciertos regímenes autorizatorios y, por ende, amparan restricciones a la libre prestación de servicios. Con ello, la Directiva parece abrir la puerta a su invocación en el ámbito urbanístico y territorial, aunque sea de manera indirecta.

Por las mismas razones podría resultar sorprendente que también el régimen demanial haya quedado afectado por la transposición de la Directiva. En efecto, la *Ley omnibus* ha suprimido algunos regímenes de autorización de carácter demanial, como los relativos a usos comunes especiales en el dominio público hidráulico, que ha sustituido por declaraciones responsables (art. 33 de la *Ley omnibus*, que reforma el art. 51 de la *Ley de Aguas*). Evidentemente, muchas concesiones y autorizaciones demaniales, especialmente en el ámbito local, limitan la libertad de acceso o prestación de servicios, pero siempre se podrán encontrar razones imperiosas de interés general (seguridad pública, orden público, entorno urbano) que justifiquen su mantenimiento.

La Directiva *Bolkestein*, en realidad, nace ya en un contexto que se ha denominado de «descafeinamiento» del espíritu inicial, pues empezó «*como una alfombra de tigre*» y ha terminado como un «*tapete de cama*» [VILLAREJO GALENDE Y SALVADOR ARMENDÁRIZ (2009, 82 en nota)]. No es de extrañar, entonces, que se produzcan ciertas contradicciones, tanto por haber flexibilizado su rigor inicial, como por haber extendido las nuevas condiciones a sectores

inicialmente excluidos (transportes, telecomunicaciones, seguridad y salud en el trabajo, profesiones sanitarias, costas, sanidad, seguridad vial y Seguridad Social, entre otros). La Comisión Nacional de la Competencia, en su Informe 08/2009 sobre la *Ley omnibus*, consideraba positivo que el legislador estatal hubiese aprovechado la oportunidad para introducir modificaciones normativas de espíritu liberalizador, más allá de una interpretación estricta y minimalista de la Directiva. Sin embargo, también echaba en falta ciertas reformas que no se recogen en la Ley, como la licencia comercial específica para el establecimiento de grandes superficies que otorgan las Comunidades Autónomas. Por su parte, el Consejo de Estado, aun admitiendo la aplicación extensiva de sus principios a sectores de actividad excluidos del ámbito de aplicación de la DS, sí reprocha que tales modificaciones se incluyan en la propia ley de transposición, ya que, entre otras razones, no están sujetas al acuciante plazo de transposición que sí opera respecto de las materias directamente afectadas por la Directiva (Dictamen 779/2009).

2. Sucinta reflexión sobre el impacto de la Directiva en las licencias municipales

Es momento de especular, siquiera someramente (porque es objeto de otros capítulos de esta obra), sobre el impacto que la reforma del sector servicios podría tener en el campo de las licencias municipales, y en especial, sobre la conveniencia de suprimir ciertas licencias o, al menos, sustituirlas por regímenes alternativos de control posterior.

Un primer obstáculo a salvar es el hecho de que una interpretación sesgada del considerando 9 de la Directiva conduce a algunos autores a negar que la Directiva se aplique a las normas relativas a la protección del medio ambiente, la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural [de esta opinión MOLINA FLORIDO (2009, 17)]. Sin embargo, a mi juicio, estos sectores no quedan fuera del ámbito de aplicación de la reforma del sector servicios. En consecuencia, no resulta descabellado afirmar que algunas licencias urbanísticas tendrían que ser revisadas por efecto de la Directiva de Servicios, aunque ni el Estado ni las Comunidades Autónomas, en el marco de sus respectivas competencias sobre régimen local, se hayan manifestado proclives a modificar o alterar su régimen jurídico.

Por otro lado, si bien el medio ambiente y la protección del entorno urbano constituyen razones imperiosas de interés general (art. 3.11 de la Ley 17/2009), sólo podrían ser invocadas para someter una actividad de servicios a un régimen de autorización cuando se justifique que es la medida más adecuada de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Dicho con otras palabras: el acceso y ejercicio de servicios con incidencia ambiental y

urbanística no queda sujeto automáticamente a un régimen de autorización, por el hecho de ser una razón imperiosa de interés general [ARANA GARCÍA y GRANADOS RODRÍGUEZ (2010, 10)]. Como explica TORRES COBAS (2009, 26), una cosa es que el urbanismo o el medio ambiente puedan quedar fuera del ámbito de aplicación de la Directiva (lo cual es discutible), y otra muy distinta que aquellas disposiciones que regulen el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio no queden sujetas a la Directiva por el hecho de encontrarse formalmente insertas en «normas urbanísticas» o «ambientales». La cobertura formal de la intervención (legislación urbanística o ambiental) no puede servir de excusa para huir materialmente de los principios y reglas de la Directiva.

Como técnicas autorizatorias que son, las licencias municipales se encuentran afectadas por la excepcionalidad de los regímenes autorizatorios, por ese «cambio copernicano» en el régimen de intervención administrativa que supone la Directiva de Servicios [EDITORIAL DE LA REVISTA *PRÁCTICA ADMINISTRATIVA* (2010, 7)]. En concreto, se han identificado tres ámbitos normativos especialmente afectados: la normativa de actividades clasificadas o de incidencia ambiental, la normativa urbanística, y la normativa en materia de espectáculos y actividades recreativas. Siguiendo a TORRES COBAS (2009, 28), MOLINA FLORIDO (2009, 16) o BULLEJOS CALVO (2009, 21), tanto las licencias de actividad, como las de primera ocupación o utilización, las de funcionamiento, las de cambio de uso, las licencias de actividades inocuas y las de actividades con baja incidencia ambiental, son firmes candidatas a la revisión. En definitiva, todas las licencias que afecten a «actividades» van a resultar difíciles de justificar, mientras que las licencias «de obras» podrán mantenerse por no afectar directamente a una actividad de servicios. De esta forma, los Ayuntamientos tendrán que extremar las precauciones para controlar, siquiera indirectamente, los usos y las futuras actividades a través de la licencia de obras.

Otro eventual obstáculo a la reforma de las licencias municipales tiene que ver con la excepcionalidad del régimen autorizatorio y la necesidad de contar con norma con rango de ley que justifique en cada caso el mantenimiento de la autorización [art. 84. 1 b) LRBRL], como explico con mayor detalle en el epígrafe siguiente. Desde el punto de vista de la autonomía local, este límite formal justificaría la pasividad de muchos Ayuntamientos que prefieren esperar a que los legisladores estatal y autonómico decidan sobre el mantenimiento o la supresión de las distintas licencias en el marco de sus competencias locales. En opinión de MOLINA FLORIDO (2009, 15), sería de mucha utilidad que cada entidad local aprobara una «ordenanza omnibus» u «horizontal» que revisara todas las normas locales con previsiones contrarias a la Directiva, pero esta posibilidad se encuentra mermada por el hecho de tener que esperar a la adaptación de la legislación estatal o autonómica.

3. Condiciones formales y materiales de las «nuevas autorizaciones»

La Ley 17/2009 define autorización como «*cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija, con carácter previo, para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio*» (art. 3.7) y régimen de autorización como «*cualquier sistema previsto en el ordenamiento jurídico o en las normas de los colegios profesionales que contenga el procedimiento, los requisitos y autorizaciones necesarios para el acceso o ejercicio de una actividad de servicios*» (art. 3.10). Esta distinción entre «autorización» y «régimen de autorización» no se deduce claramente de la Directiva, y a mi juicio resulta perturbador, como ya destacó el informe de la Comisión Nacional de la Competencia.

Según he advertido, la *Ley paraguas* eleva a la máxima potencia el principio de libertad de servicios en el mercado interior, prohibiendo el régimen de autorización tanto para el establecimiento de los servicios (art. 4), como para su ejercicio o prestación (art. 12). Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios sin autorizaciones, parece ser el lema del nuevo modelo intervencionista español. La Ley española regula así las excepciones a ambos principios, que se plasman en unos requisitos formales y otros sustantivos. Entre los *requisitos formales* destacan la obligación de motivar el régimen de autorización y la necesidad de que se establezca «*en la ley*» (a). Los requisitos sustantivos, por su parte, son el respeto al principio de no discriminación, la justificación del régimen autorizador en una razón imperiosa de interés general y la proporcionalidad o subsidiariedad del régimen (b). Además, las autorizaciones no podrán limitarse temporal, territorial ni cuantitativamente (c). Analizaremos por separado los distintos requisitos.

A) Excepcionalidad y motivación. La cuestión del rango normativo, legal o reglamentario, para establecer el régimen de autorización

En primer lugar, el mantenimiento o el establecimiento de un régimen de autorización tiene que «*motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen*» (art. 5 *Ley Paraguas*). La motivación debe acreditar de modo suficiente que el régimen de autorización es excepcional. Para la Comisión Nacional de la Competencia, «*hacer uso de esta excepcionalidad exige justificar debidamente los motivos y beneficios inherentes a la instauración o perpetuación de dichos regímenes, de manera que se evite la posibilidad de que dicho ejercicio se vacíe de contenido mediante remisiones vagas a motivos de interés general*» (IPN 03/2008).

La normativa de transposición, empero, ofrece ejemplos de que la motivación de los diferentes regímenes autorizatorios se hace de forma escueta, limitándose a citar o recordar las tres condiciones mínimas previstas en la Directiva (no discriminación, necesidad y proporcionalidad). Por ejemplo, el preámbulo del RD. 131/2010, de 12 de febrero, sobre autorizaciones de centros privados para impartir enseñanzas en régimen general, considera que *«este requisito de autorización previa está amparado por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, toda vez que en su mantenimiento concurren las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad»*. Motivación, a todas luces, insuficiente.

La Ley 17/2009 dispone que el régimen excepcional de autorización, caso de resultar admisible, tendrá que motivarse adecuadamente *«en la ley que establezca dicho régimen»* (art. 5.a). Esta alusión a la ley, ¿debe entenderse en sentido formal? En otras palabras, ¿existe una reserva formal de ley para el establecimiento de cada régimen autorizatorio?

Para resolver esta incógnita resultan de utilidad las reflexiones de la Comisión Nacional de la Competencia en sus informes sobre la *Ley Paraguas* (IPN 03/2008) y la *Ley Omnibus* (IPN 08/2009). Este organismo regulador aconsejaba, precisamente, introducir en el Anteproyecto inicial una alusión a la necesidad de motivar en cada caso la excepcionalidad del régimen autorizatorio *«en la norma por la cual se crea ese régimen de autorización»*. Pues bien, la Comisión Nacional de la Competencia considera que *«el establecimiento del régimen concreto de acceso a la actividad es el nivel que típicamente regula la normativa de rango legislativo, siendo propia del ámbito reglamentario la determinación precisa de los requisitos de actividad»*. También de la tramitación parlamentaria de la Ley 17/2009 se deduce que la intención del legislador es reservar a la ley formal el establecimiento de un régimen autorizatorio. La senadora representante del Grupo Parlamentario Socialista, defensora del texto del Gobierno, se pronunciaba así durante el pleno: *«en la imposición de regímenes de autorización, cuyo criterio también es el establecimiento a través de una norma con rango de ley»* (*Diario de Sesiones del Senado*, sesión plenaria de 21 octubre 2009, p. 2684).

Por tanto, parece adecuado interpretar el término «ley» en un sentido formal, de modo que quedaría reservado a la Ley el establecimiento de un régimen autorizatorio, teniendo en cuenta su carácter excepcional, y debiéndolo motivar suficientemente.

Esta conclusión ha sido criticada por TORRES COBAS (2009, 10), que considera *«un tanto gratuita»* la reserva de Ley para someter a autorización previa una actividad de servicios, especialmente desde la óptica de la autonomía local.

Hay que recordar que la nueva redacción del artículo 84.1 b) de la LRBRL, tras su reforma por la Ley *omnibus*, incluye una remisión expresa a lo dispuesto en la Ley 17/2009 cuando los Entes locales pretenden someter a previa licencia y otros actos de control preventivo el acceso y ejercicio de actividades de servicios, que limita fuertemente la capacidad de maniobra de los Entes locales. En estas circunstancias, es comprensible que las Entidades locales españolas sean tan reacias a aprobar ordenanzas independientes en esta materia y que no se anticipen a las decisiones normativas que deben adoptar el Estado y las Comunidades autónomas. Otra razón más para dudar sobre el impacto real que la Directiva va a tener en el ámbito de las licencias municipales.

B) Requisitos sustantivos: necesidad, proporcionalidad y no discriminación

Cualquier norma que someta a autorización, certificación, homologación o licencia el derecho a prestar servicios o a establecerse como prestador de servicios, deberá superar el que se ha dado en llamar el «triple test» de la no discriminación, necesidad y proporcionalidad. La medida se ha recogido también en la LRJAP, cuyo nuevo artículo 39 bis dispone ahora que cuando las Administraciones públicas establezcan medidas que limiten 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»*.

*En virtud del *principio de necesidad*, cualquier régimen autorizatorio debe estar amparado en una *«razón imperiosa de interés general»*, que se convierte en la clave de arco del modelo de regulación y en elemento esencial que permitirá valorar su alcance e impacto. La Directiva se limita a recoger y concretar la extensa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo al respecto. Como ya he explicado, existe en este punto una contradicción entre la DS (art. 4.8) y la *Ley paraguas* (art. 3.11), pues ésta adopta una posición rígida al incluir una lista cerrada de razones de interés general, que contrasta con el carácter de mínimos con que las define la DS. Y así, mientras la Directiva apunta hacia un listado abierto de razones imperiosas de interés general, modulable por la jurisprudencia comunitaria, el legislador español las limita a las expresamente incluidas en el artículo 3.11 de la *Ley paraguas*.

*Por lo que se refiere a la *proporcionalidad*, la Ley española, recogiendo y ampliando lo dispuesto en el art. 9.1 b) de la DS, considera que un régimen autorizatorio es proporcional cuando *«sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el*

mismo resultado, en particular, cuando un control a posteriori se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz» (art. 5.c) de la Ley 17/2009). Novedad tan sólo aparente, pues, como destaca RIVERO YSERN (2009, 155), la proporcionalidad se recogió ya en el mismísimo Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 (art. 6.2), igual que el principio de no discriminación o «*igualdad ante la Ley*» (art. 2), que es la expresión que emplea la vieja norma local.

Sin embargo, en algunos sectores —muchos con gran repercusión mediática (taxis, autoescuelas, expendurías de tabaco...)— la polémica está servida, no sólo desde el punto de vista de la necesidad del régimen de autorización, sino también desde el respeto al principio de proporcionalidad. Por ejemplo, se ha discutido la supresión de ciertas autorizaciones en el ámbito del sector eléctrico (para comercializadores y consumidores directos en mercado), en la medida en que la energía se considera un servicio de interés económico general que aúna intereses de muy diversa índole, entre ellos, la protección de los consumidores y usuarios, que es precisamente una «razón imperiosa de interés general» recogida en la Directiva. A pesar de que el régimen de autorización vigente en el sector eléctrico respetaría los requisitos exigidos por la norma comunitaria, la ley de transposición ha optado por su supresión y su sustitución por una simple comunicación (art. 18.Cinco de la *Ley omnibus*).

*Según el *principio de no discriminación*, el régimen de autorización no debe resultar «*discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o de que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente o, por lo que se refiere a sociedades, por razón de ubicación del domicilio social*» (art. 5 a) de la Ley 7/2009).

C) Requisitos prohibidos (lista negra) y requisitos de aplicación excepcional sujetos a evaluación previa (lista gris)

Una vez justificado que un determinado régimen de autorización administrativa supera el triple test de la necesidad, proporcionalidad y no discriminación, aún debe acreditar que no concurren en él determinados requisitos prohibidos o sujetos a evaluación previa. En realidad, tales requisitos no sólo se exigen a los regímenes de autorización, sino también a los eventuales sistemas alternativos de control posterior. En definitiva, se predicán de cualquier obstáculo o condición de acceso relativa a una actividad de servicios o a su ejercicio (autorización, comunicación, declaración responsable, inscripción, registro o equivalente).

*Existen, en primer lugar, unos requisitos prohibidos (*lista negra*) a los que ningún Estado miembro puede supeditar el acceso a una actividad de servicios

(art. 10 de la *Ley paraguas*) o el ejercicio del servicio para prestadores ya establecidos en cualquier Estado miembro (art. 12.2 *Ley paraguas*). Como ejemplo podemos citar el régimen de autorización para el ejercicio de venta ambulante o no sedentaria, regulado por R.D. 199/2010, de 26 de febrero, que mantiene el régimen autorizador por razones imperiosas de interés general (orden público, seguridad y salud pública), pero suprime, entre otros, los requisitos que supeditaban el otorgamiento de dicha autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, prohibidos por aplicación de la DS y de la Ley 17/2009. El MANUAL SOBRE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS (2007) va desgranando el significado y alcance de los distintos requisitos prohibidos, sobre los que no procede que nos extendamos aquí.

* Junto a los requisitos prohibidos, se regulan otros requisitos potencialmente restrictivos que procede evaluar en cada caso (*lista gris*), a los que sólo excepcionalmente podría supeditarse el acceso o ejercicio de una actividad de servicios siempre que «no sean discriminatorios, estén justificados por una razón imperiosa de interés general y sean proporcionados», motivándolo adecuadamente (arts. 11 y 12.2 *Ley paraguas*).

* Por otro lado, se prohíbe cualquier limitación de carácter temporal o territorial para el acceso a los servicios, con independencia de que éste quede condicionado por autorización, comunicación o declaración responsable (art. 7 *Ley paraguas*). La Ley prohíbe asimismo cualquier limitación del número de autorizaciones, salvo cuando esté justificado por la escasez recursos naturales o inequívocos impedimentos técnicos (art. 8 *Ley paraguas*).

Advierto, no obstante, que todos estos requisitos prohibidos o eventualmente limitativos adquieren en nuestro país un significado especial, ante la disparidad de requisitos que exigen las distintas Comunidades Autónomas para el establecimiento o prestación de determinados servicios. Entre nosotros, no sólo pueden producirse discriminaciones de ámbito, digamos, nacional, sino también de ámbito autonómico. Por ejemplo, sigue siendo absolutamente dispar la normativa autonómica en materia de espectáculos taurinos, donde encontramos requisitos discriminatorios de carácter territorial-autonómico. El Decreto aragonés 15/2003, de 28 enero, que aprueba el reglamento de plazas de toros portátiles, dispone que la inscripción en el registro tendrá «carácter obligatorio para todas aquellas plazas de toros portátiles que pretendan instalarse en la Comunidad Autónoma de Aragón» (art. 11), cerrando la puerta a que una empresa titular de una plaza de toros portátil autorizada o inscrita en otra Comunidad Autónoma pueda celebrar un espectáculo taurino en Aragón. También la normativa autonómica reguladora de la actividad de control de acceso y admisión en espectáculos públicos (Decreto aragonés 23/2010, de 23 febrero, Decreto valenciano 52/2010, de 26 de marzo o Decreto de

la Comunidad de Madrid 163/2008, de 28 de diciembre) introduce límites territoriales inadmisibles en el marco de la Directiva de Servicios, en concreto, los cursos, exámenes y procesos de acreditación del personal del servicio de admisión. La Ley dispone claramente que *«la realización de una comunicación o una declaración responsable o el otorgamiento de una autorización permitirá al prestador acceder a la actividad de servicios y ejercerla en la totalidad del territorio español»* (art. 7.3 de la Ley 17/2009). Es cierto que razones imperiosas de necesidad (orden público, seguridad pública y otras) podrían justificar el mantenimiento de límites territoriales, pero siempre que se motiven suficientemente, resulten proporcionados y no discriminatorios, lo que, a mi juicio, no concurre en los casos mencionados o, al menos, no con la intensidad suficiente.

D) Procedimientos de autorización y silencio administrativo

Una de las reformas más conocidas vinculada con el proceso de transposición de la Directiva de servicios ha sido la modificación del régimen del silencio administrativo.

En efecto, la Ley *omnibus* ha dado una nueva redacción al artículo 43.1 de la Ley 30/1992, en el sentido de que las excepciones admisibles al silencio positivo deben limitarse a *«los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario»*. Como se ve, la reforma introduce un límite adicional a la excepción legal, de forma que ya no basta con que la excepción al silencio positivo venga amparada en la ley, sino que, además, deberá motivarse en una razón imperiosa de interés general. Durante la tramitación parlamentaria de la Ley *omnibus*, el Ministro de Justicia CAAMAÑO DOMÍNGUEZ destacó *«la imposición del silencio positivo como norma general»* como una de las novedades introducidas (*Diario de Sesiones del Congreso* nº 110, de 1 octubre 2009). Sin embargo, a mi juicio, esta modificación de la LRJAP no era necesaria, y además, añade una complejidad adicional al precepto.

En primer lugar, porque, como destaca el Consejo de Estado en su Dictamen 779/2009, la LRJAP ya establecía en nuestro país la regla del silencio positivo con carácter general, así que nuestro procedimiento administrativo estaba adaptado a la Directiva comunitaria, afirmación especialmente patente en los procedimientos autorizatorios vigentes. Es cierto que la regla general del silencio positivo había quedado desvirtuada en la práctica, pero eso también puede suceder a partir de ahora, como destaca LOZANO CUTANDA (2010, 3) sin ánimo de ser agorera. En segundo lugar y sobre todo, porque lo que la Directiva de Servicios exigía es la motivación del silencio positivo en los regímenes de autorización o equivalentes, pero no en todos los procedimientos administrati-

vos, para los que, a mi parecer, carece de sentido que deban quedar siempre justificados por una «razón imperiosa de interés general».

La reforma del silencio administrativo se muestra, a todas luces, como otro exceso de celo en la transposición del legislador estatal, que ni él mismo parece creerse del todo. De hecho, la Disposición adicional cuarta de la *Ley paraguas* advierte que «se entenderá que concurren razones imperiosas de interés general en aquellos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley por normas con rango de ley o de Derecho comunitario, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto». Si, al menos para las normas ya vigentes, la motivación adecuada se diluye en el rango formal de la ley que exceptúa la regla del silencio positivo, todo hace pensar que en el futuro esta tendencia podría mantenerse.

Como es sabido, uno de los rasgos típicos de la autorización administrativa es su otorgamiento por silencio administrativo (positivo), es decir: ante la falta de notificación de respuesta, el particular puede realizar la actividad en cuestión. Tradicionalmente, sin embargo, existen ámbitos como el urbanismo donde se limitan los efectos del silencio *contra legem* (por ejemplo, art. 8.1 b) del TRLS). El impacto de la Directiva de Servicios obliga, a mi juicio, a replantear estos límites, porque creo, con ALONSO MAS y NARBÓN LAINEZ (2009, *addenda*), que la doctrina legal que sentó la polémica STS de 28 de enero de 2009 (RJ. 1471), en recurso de casación en interés de ley, no resulta armónica con las nuevas técnicas de intervención administrativa en el marco de la liberalización de los servicios. La garantía de la aplicación general del silencio administrativo (art. 6 de la *Ley paraguas*), pasa por una reinterpretación del silencio *contra legem* que, al menos en el ámbito de los servicios, confirme la naturaleza del silencio positivo como verdadero acto administrativo finalizador del procedimiento (art. 43.2 LRJAP), ya que de acuerdo con la Directiva de Servicios el silencio administrativo (negativo) es una fórmula de control preventivo que restringe el acceso a las actividades de servicios y resulta equiparable a la autorización [LOZANO CUTANDA (2010, 2)].

Y, por último, hay que advertir que el silencio administrativo (positivo) es una técnica que sólo rige para los procedimientos de autorización, como efecto de la inactividad formal de la Administración, pero no para las nuevas técnicas neopoliciales de la comunicación y la declaración responsable. Sin embargo, la normativa sectorial ofrece algunos ejemplos confusos, comprensibles desde la perspectiva de la seguridad jurídica, pero inadmisibles si el objetivo que se persigue es depurar las técnicas administrativas. Por ejemplo, la *Ordenanza «paraguas» aprobada por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz de 23 de julio de 2010*, en su modificación del Plan General de Ordenación Urbana, dispone que «en ningún caso la comunicación previa autoriza el

ejercicio de actividades en contra de la legislación o del planeamiento urbano» (art. 1. Once). Esta precisión parece un parapeto contra los efectos del silencio positivo *contra legem*, pero deviene perturbadora al tratarse de una técnica de control posterior que propiamente no «autoriza» ninguna actividad o servicio. El precepto contradice, además, el efecto inmediato que la LRJAP anuda a la comunicación previa y la ineficacia sobrevenida derivada de un control posterior (art. 71bis).

Lo cierto es que, como veremos, es bastante habitual que la normativa sectorial reguladora de las comunicaciones previas y declaraciones responsables fije, especialmente para las primeras, un plazo temporal para que la Administración realice sus trámites de inspección y, eventualmente, vete el ejercicio de la actividad comunicada. La falta de pronunciamiento o veto de la Administración no puede considerarse, sin embargo, un caso de silencio administrativo [NÚÑEZ LOZANO (2001, 89)], ni siquiera cuando la norma prohíbe al interesado iniciar su actividad hasta que haya transcurrido el plazo de veto.

4. La simplificación de los procedimientos autorizatorios (y del resto de procedimientos de intervención en la actividad privada)

El mantenimiento excepcional de un régimen autorizatorio, debidamente motivado y respetuoso con las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, debe aún superar un último examen de adecuación al Derecho comunitario: *la simplificación de los procedimientos administrativos*. Es más: cualquier requisito exigido para el establecimiento o ejercicio de una actividad de servicios (con independencia de que el régimen elegido sea la autorización, la comunicación o la declaración responsable), debe respetar los requisitos comunitarios relativos a la simplificación, transparencia y accesibilidad de los procedimientos (arts. 6 y 17 a 19 de la Ley *paraguas*).

Entre las medidas de simplificación destaca la ventanilla única (art. 18 de la Ley *paraguas*), una vieja aspiración entre nosotros, panacea contra la descoordinación del Estado autonómico. Según expone F. GARRIDO FALLA (1993) en un trabajo pionero sobre el tema, la ventanilla única fue una idea impulsada en los años 90 por el ex Presidente de la Xunta de Galicia, M. FRAGA IRIBARNE (*Administración única: una propuesta desde Galicia*, 1993), aunque algunas normas anteriores ya la regulaban. En el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de delegación de facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en relación con los transportes por carretera y por cable, podemos leer que «*se pretende la implantación del principio de ventanilla única evitando así las disfunciones que la existencia de varias Administraciones superpuestas puede suponer, posibilitando el consiguiente*

ahorro del gasto público, facilitando las relaciones con el administrado y, en definitiva, la eficacia del sistema de intervención administrativa, mediante la simplificación y racionalización del mismo». Y la vieja Ley 11/1998, de 24 de abril, de Telecomunicaciones, creaba una ventanilla única que asegurara «la coordinación necesaria cuando sea preciso obtener licencias expedidas por más de una autoridad nacional habilitada o por una distinta de aquélla ante la que se presente la solicitud» (art. 9).

En plena fase de transposición de la Directiva de Servicios, se están poniendo en marcha numerosos planes, proyectos y medidas de simplificación administrativa, vinculadas con procedimientos autorizatorios y de ordenación de la actividad de servicios. Un ejemplo llamativo es *la Ordenanza de Gestión de Control de las Licencias Urbanísticas de Actividades del Ayuntamiento de Madrid, de 29 de junio de 2009*, que crea un procedimiento de tramitación de las licencias urbanísticas y comunicaciones previas a través de entidades colaboradoras, previamente acreditadas por el Ayuntamiento. De este modo, el solicitante de la actividad o servicio se dirigirá directamente a la entidad colaboradora de su elección, a la que deberá presentar la documentación necesaria. La entidad colaboradora, en el plazo máximo de quince días hábiles y una vez realizados los trámites de comprobación, emitirá un certificado de conformidad que deberá, a su vez, presentar en el registro municipal (art. 57 de la Ordenanza).

Algunas Comunidades Autónomas han ideado nuevas técnicas autorizatorias por razones de celeridad y eficacia administrativa, como la «licencia condicionada» de la Ley foral navarra 15/2009, de 9 de diciembre, de medidas de simplificación administrativa. Someramente, estas «licencias condicionadas» permiten a la Administración «*adaptar, completar o eliminar aspectos de un proyecto sujeto a licencia no ajustados a la normativa aplicable, siempre que la acomodación de lo solicitado a la legalidad sea posible con facilidad por no afectar a condiciones esenciales, y no se altere sustancialmente la actuación pretendida. Estas condiciones deberán cumplirse en el plazo establecido en el acto de otorgamiento de la licencia* (art. 14). En el ámbito urbanístico eran ya conocidas las licencias urbanísticas provisionales o condicionadas, no adaptadas al nuevo planeamiento. Pese a que la redacción del precepto tiene muchos puntos oscuros (por ejemplo, no se alcanza a entender cómo un acto de «otorgamiento» de una licencia puede incorporar «cláusulas que eviten la denegación»), constituye un buen ejemplo de la implicación de las Administraciones públicas en la mejora de los procedimientos administrativos.

A mi juicio, la simplificación también pasa por la necesaria revisión de las tasas que las Administraciones públicas exigen a los interesados por tramitar sus comunicaciones y declaraciones responsables. Porque, tratándose de procedimientos basados en la confianza del ciudadano, que no exigen un pronunciamiento previo de la Administración, y que además se tramitan por

procedimientos electrónicos, parece discutible seguir exigiendo tasas por su tramitación, o al menos, mantener sus cuantías como hasta ahora. Lógicamente, la sustitución de una autorización por una comunicación previa o declaración responsable del interesado va a dar lugar a la modificación de la tasa correspondiente. El problema, especialmente para las Administraciones locales, es el riesgo de pérdida de ingresos que conlleva el proceso de sustitución de las licencias.

Pero debo remitirme ahora a los capítulos correspondientes de este número monográfico de la *Revista* dedicados a la simplificación administrativa, donde se tratan con mayor profundidad estas cuestiones.

III. LA COMPLEJA TAREA DE DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE ESTAS TÉCNICAS «NEOPOLICIALES» ALTERNATIVAS: COMUNICACIÓN PREVIA Y DECLARACIÓN RESPONSABLE

Una vez analizado el régimen jurídico de la autorización después de la reforma liberalizadora, debemos centrarnos en los sistemas alternativos que a los efectos de este trabajo he denominado «neopoliciales», y que básicamente son la comunicación previa y la declaración responsable, ahora recogidas con carácter general en la Ley 30/1992 y también en la legislación de régimen local. Constituyen una novedad relativa, porque ya existían en nuestro ordenamiento jurídico antes de la Directiva de Servicios. Es más: los nuevos artículos 71bis de la LRJAP y 84 de la LRRL que regulan estas técnicas con carácter general, han introducido elementos de confusión y, a veces, patentes contradicciones con el régimen hasta ahora vigente de la comunicación previa y la declaración responsable. La regulación de estas técnicas «neopoliciales» resulta abierta e imprecisa, como ya destacó en su momento el Consejo de Estado en su Dictamen 779/2009 sobre la *Ley omnibus*.

Llama la atención el hecho de que la Ley 17/2009, que es la que regula el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, sólo se ocupe de introducir una definición de «declaración responsable» (art. 3.9), pero no de «comunicación previa», aunque sí mencione esta segunda técnica con ocasión del principio de proporcionalidad (art. 5. c). Dicha laguna se ha colmado con el nuevo artículo 71bis de la Ley 30/1992, introducido por el artículo 2.Tres de la *Ley omnibus*.

Si atendemos a las definiciones legales, sabremos que la declaración responsable es «*el documento suscrito por la persona titular de una actividad empresarial o profesional en el que declara, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su*

cumplimiento durante la vigencia de la actividad» (art. 3.9 de la Ley 17/2009) o «el 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 cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio» (art. 71bis.1 LRJAP).

Matices distintos, como se advierte, entre las definiciones de la Ley paraguas y de la LRJAP; la primera, específica de procedimientos en el marco de actividades de servicios, la segunda, propia del procedimiento administrativo común y general.

Por su parte, la comunicación previa se define exclusivamente en la LRJAP, como *«aquel 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» (art. 71bis.2 LRJAP).*

1. Las difusas fronteras entre ambas técnicas

A mi juicio, son muchísimas las dudas que plantea la delimitación conceptual entre ambas técnicas, supuestamente distintas pero muy desdibujadas en la normativa vigente.

a) En primer lugar, ambas figuras se han calificado como *ejemplos de simplificación administrativa*, con el objetivo de redefinir las relaciones entre la Administración y los ciudadanos (autorregulación). Así, la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones públicas de Cataluña, concreta la declaración responsable (art. 35) y la comunicación previa (art. 36) como medidas de simplificación administrativa. Igual que el Decreto de Castilla y León 23/2009, de 26 de marzo, de medidas relativas a la simplificación documental en los procedimientos administrativos, que regula la declaración responsable exclusivamente desde ese matiz peculiar, como sustitutiva de certificaciones documentales del interesado. También la citada Ley Foral Navarra 15/2009, de 9 de diciembre, de medidas de simplificación administrativa, las califica como medidas de simplificación (art. 3 c). Sin embargo, aunque ambas técnicas permitan simplificar trámites para los prestadores de servicios, la que normalmente, y salvo excepciones, suprime la obligación de presentar documentos es la declaración responsable, en el curso de un procedimiento autorizatorio o de comunicación previa.

b) La genuina nota común de las técnicas neopoliciales se descubre contrastándolas con los regímenes autorizatorios clásicos. Y aquí, la diferencia

esencial radica en que la autorización exige una resolución, expresa o tácita, de la Administración competente con carácter previo al inicio de la actividad de servicios, mientras que en la comunicación previa o en la declaración responsable no hay resolución administrativa ni, por tanto, obligación de resolver. En efecto, ni la comunicación ni la declaración exigen un acto administrativo para poder dar comienzo a la actividad [RODRÍGUEZ FONT (2009, 279)]. Estas técnicas no son, en rigor, actos administrativos tácitos ni presuntos, y no rige para ellas el silencio administrativo. Cuando el particular presenta una comunicación o una declaración responsable, *«ni pide nada ni espera ninguna resolución de la Administración que, en efecto, no tiene que producirse. Por tanto, nunca habrá silencio administrativo, porque la Administración no tiene ninguna obligación de dictar ninguna resolución»* [REBOLLO PUIG (2009, 41)]. En definitiva, no existe ni obligación de resolver ni de notificar, como se deduce del artículo 42.1 *in fine* de la LRJAP, aunque hubiera sido conveniente que la Ley *omnibus* aprovechara la ocasión para incluir una mención expresa de la declaración responsable en este precepto.

Nótese bien la importancia de esta característica común, que ya se destacaba en el MANUAL SOBRE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS (2007), cuando advertía que *«en la revisión que deben hacer los Estados miembros de su legislación para identificar los regímenes de autorización vigentes, el principal elemento que han de considerar es si esa legislación exige la adopción de una decisión, expresa o tácita, de una autoridad competente con carácter previo al ejercicio de la actividad por el prestador de servicios»*. Desde esta perspectiva, el MANUAL conduce a superar el puro nominalismo, incluyendo, por ejemplo, en el concepto de autorización *«un procedimiento en virtud del cual un prestador de servicio haya de presentar una declaración ante una autoridad competente y deba esperar el transcurso de un plazo, en caso de silencio administrativo, para iniciar el ejercicio de la actividad»* o aquellas declaraciones *«que, posteriormente, deban obtener el reconocimiento de la autoridad competente para poder iniciar la actividad en cuestión o para que ésta sea lícita»*. Por tanto, no basta con que el ordenamiento jurídico sustituya formalmente una autorización por una comunicación o declaración responsable: lo importante es que el prestador del servicio no quede sujeto a ninguna intervención previa de la Administración para el ejercicio de la actividad.

Adviértase, no obstante, que el hecho de que la comunicación previa o la declaración responsable no generen obligación de resolver (art. 42.1 *in fine* LRJAP), no significa que no puedan dar lugar a un procedimiento administrativo, si bien la actividad de inspección no suele estar procedimentalizada o formalizada, y normalmente no culminará en ningún acto administrativo. Como aclara NÚÑEZ LOZANO (2001, 120), aunque la Administración no vete o impida expresamente el ejercicio de la actividad, sí está obligada a fiscalizar

el proyecto que el ciudadano le comunica, lo que entraña un juicio —procedimentalizado o no— sobre la conformidad o no a Derecho de dicha actividad. Precisamente, la clave del nuevo sistema pivota sobre la potestad inspectora de la Administración y en la responsabilidad derivada de esta potestad, tema sobre el que volveré más adelante.

c) Ambas técnicas se definen legalmente como técnicas de control *a posteriori* (ex. art. 5 c) de la *Ley paraguas*), consecuencia inmediata de la liberalización del sector servicios y de la progresiva supresión de los regímenes autorizatorios. Por eso, la eficacia inmediata de la declaración responsable o de la comunicación previa se produce «*sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones públicas*» (art. 71bis.3, *in fine* LRJAP). En relación con ello, la LRJAP dispone la eventualidad de que un control *a posteriori* de la Administración desemboque en «*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*» (art. 71bis.4 LRJAP).

Además, la normativa sectorial puede establecer un plazo máximo para que el prestador del servicio inicie efectivamente su actividad tras haber presentado la comunicación previa o la declaración responsable. Conviene destacar que no se considera como limitación temporal prohibida «*el plazo máximo que se pueda imponer al prestador para iniciar su actividad a contar desde el otorgamiento de la autorización o desde la realización de la comunicación o declaración responsable*» (art. 7.1 *in fine* de la *Ley paraguas*). Por ejemplo, la Ordenanza reguladora del procedimiento para el otorgamiento de licencias urbanísticas del Ayuntamiento de Utebo (Zaragoza), aprobada el 8 de marzo de 2010, dispone que «*el titular de la actividad deberá comenzar a ejercerla dentro del plazo de seis meses desde la presentación de la declaración responsable. Pasado este plazo será necesario presentar una nueva declaración*» (art. 19).

Pero, a mi juicio, uno de los fallos del sistema es la imprecisión, cuando no la falta de medios, para el ejercicio de estas medidas de control posterior. Hace ya más de diez años, en un trabajo pionero sobre la actividad inspectora, BERMEJO VERA (1998, 57) constataba que el decrecimiento de la intervención policial de la Administración provocado por las tendencias «desreguladoras» iba en paralelo al incremento de sus funciones de inspección, supervisión, vigilancia, comprobación e investigación. Y que este proceso imparable tenía elevados riesgos, como la incompetencia profesional de los inspectores, su déficit formativo, la extremada complejidad de los asuntos o la falta de rigor que las normas que los regulan. El propio Consejo de Estado advirtió que la sustitución de regímenes de autorización por otros compatibles con la libertad de establecimiento y prestación no ha ido acompañado del correspondiente

aumento de los mecanismos de control *a posteriori* de la actividad, ni de un correlativo refuerzo de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, o del fomento de la calidad de los servicios. Entre otros ejemplos, citaba la desregulación del sector eléctrico, que ha eliminado las autorizaciones para comercializadores y consumidores directos sin incorporar mecanismos eficaces de control que garanticen los derechos de consumidores y usuarios, así como el mantenimiento de la calidad del servicio (Dictamen 779/2009).

Incluso durante la tramitación parlamentaria de la Ley 17/2009 se destacaba esta eventual insuficiencia de los controles *a posteriori*. Y así, el representante del grupo parlamentario mixto en el Congreso recordaba al Gobierno que *«la omisión de toda referencia a la inspección administrativa en un contexto en el que la sustitución de autorizaciones por meras comprobaciones resulta con silencios positivos, puede reducir drásticamente la calidad, seguridad y garantías de los servicios prestados. Desde nuestro punto de vista, esta cuestión resulta sorprendente. Justamente la sustitución de los controles autorizatorios por comprobaciones debía verse compensada con previsiones de controles periódicos y reforzamiento de los planes de inspección. También, señorías, señora ministra, nos parecen escasas las previsiones en materia de reclamaciones en tanto que por obra de la libertad de establecimiento la facilitación de una dirección a efectos de reclamaciones no garantiza que la respuesta se realice en una lengua comprensible para los ciudadanos o que existan mecanismos efectivos de reclamación frente a los incumplimientos de entidades radicadas en otro Estado miembro. Las previsiones en cuanto al incumplimiento de las obligaciones de la ley —disposición adicional quinta— también son escasas, tan solo se realiza una remisión a la normativa de defensa de consumidores y usuarios cuando las infracciones encajan en esta consideración. Debería incluirse, asimismo, desde nuestro punto de vista, una referencia expresa a la normativa sancionadora aplicable cuando las infracciones afecten a derechos laborales, sociales, de régimen de funcionamiento de actividades, etcétera»* (Diario de Sesiones del Congreso nº 94, sesión plenaria de 18 junio 2009).

Desde esta perspectiva, comparto plenamente la opinión de MUÑOZ MACHADO (2009, 76) en el sentido de que obtener una autorización proporciona al prestador del servicio mayor seguridad jurídica y económica, frente a la inseguridad jurídica de las nuevas técnicas de la comunicación previa y la declaración responsable, que ni generan obligación de resolver para la Administración (ex. art. 42 LRJAP), ni ofrecen al interesado certidumbre sobre el alcance de lo que puede o no puede hacer.

d) Tanto la declaración responsable como la comunicación previa se definen como «documentos» que presenta el interesado. Sistemáticamente, la nueva regulación de estas técnicas se ubica en el capítulo I del Título VI de la LRJAP, dedicado a la iniciación del procedimiento. Llama la atención el hecho

de que sólo para la comunicación previa encontremos una remisión a «*lo establecido en el artículo 70.1*», como si los requisitos comunes de las solicitudes de iniciación (identificación del interesado, órgano al que se dirige, firma...) no fueran exigibles en la declaración responsable.

Con todo, lo más llamativo resulta el hecho de que su ubicación sistemática permita asimilar estos «documentos» a una forma de iniciación de un procedimiento administrativo, porque ya he dicho que, en rigor, lo que cursa el particular no es ninguna solicitud o petición [NÚÑEZ LOZANO (2001, 113)]. Quizás, como parece apuntar RODRÍGUEZ FONT (2009, 28), todo se deba a un exceso de celo del legislador, que ha regulado con carácter general estas figuras en sede procedimental, sin tener en cuenta las peculiaridades que revisten como técnicas sustitutivas de la licencia en el ámbito de la liberalización de los servicios.

e) Los efectos de la declaración responsable y de la comunicación previa se delimitan en el artículo 71bis.3 de la LRJAP. En ambos casos, «*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*». La regla general es que tanto la declaración responsable como la comunicación previa llevan implícito el reconocimiento o ejercicio del derecho o actividad desde el día de su presentación. Este efecto inmediato cae como una losa en el régimen jurídico vigente de las comunicaciones previas, que hasta ahora permitían un margen de decisión de la Administración anterior al inicio de la actividad comunicada, es decir, un plazo durante el cual podía manifestar su disconformidad o veto. Bien es cierto que tal efecto inmediato puede matizarse, modularse o limitarse en la legislación sectorial reguladora, que será la que delimite su alcance y contenido. La LRJAP permite, incluso, que la legislación sectorial suprima el requisito de presentar la comunicación previa con anterioridad al inicio de la actividad, pudiendo «*presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente*» (art. 71bis.3, 2º párrafo).

f) En no pocas ocasiones, tanto las comunicaciones previas como las declaraciones responsables aparecen como *técnicas de simplificación vinculadas a una inscripción posterior no constitutiva*. En efecto, no podemos dejar de considerar como sistema alternativo al régimen autorizatorio clásico la eliminación de la obligación de figurar, con carácter constitutivo, en un registro para acceder u operar el servicio, sustituyéndolo por una inscripción a los meros efectos de publicidad, que la Administración realizará de oficio.

Pues bien, es bastante habitual encontrar en la normativa sectorial ejemplos de procedimientos de inscripción para los que se exige previamente la presentación de una comunicación previa o una declaración responsable,

de modo que el prestador del servicio puede ya comenzar la actividad con carácter previo a su inscripción. Por ejemplo, la Ley de turismo de la Comunidad Valenciana (Ley 3/1998, de 21 de mayo, en su redacción dada por Ley 12/2009, de 23 diciembre) dispone que las empresas turísticas deberán notificar a la Administración el ejercicio y cese de su actividad mediante la presentación de una comunicación previa o declaración responsable, y que posteriormente, el órgano competente inscribirá de oficio a la empresa en el Registro de Establecimientos Turísticos de acuerdo con lo comunicado (art. 14. Uno). La Ley de turismo de Andalucía (Ley 12/1999, de 15 diciembre, modificada por Ley 3/2010, de 21 de mayo) regula la inscripción de oficio de los establecimientos turísticos en el Registro de Turismo de Andalucía «*previa presentación, por parte de quien esté legalmente habilitado para ello, de una declaración responsable*» (art. 35).

Estas medidas, sin duda, contribuirán a que las hipotéticas dilaciones que puedan surgir en el procedimiento de inscripción impidan al interesado comenzar a prestar el servicio o actividad con efecto inmediato. No queda, sin embargo, suficientemente claro si en tales supuestos la autoridad competente tiene la obligación de comprobar previamente que la comunicación o la declaración cumple los requisitos exigidos para su validez y si, en su caso, puede requerir al interesado para que subsane los defectos o errores en que haya podido incurrir o, en el supuesto de que no lo haga, denegar la inscripción. Nótese que la propia Ley de turismo de Andalucía dispone que el prestador del servicio turístico ha cumplido con su deber de inscripción desde que presenta la correspondiente declaración responsable, «*pudiendo iniciar la actividad, salvo en aquellos supuestos en que se determine reglamentariamente*» (art. 35.3).

2. Distintos grados de intervención administrativa neopolicial

De lo expuesto hasta aquí podemos deducir que tanto la declaración responsable como la comunicación previa son técnicas neopoliciales que habilitan para el ejercicio de la actividad desde el momento de su presentación, aunque la Administración puede controlar o inspeccionar la actividad *a posteriori* y, en su caso, acordar la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad. Pero, ¿por qué dos técnicas distintas? ¿Por qué se opta en unos casos por la comunicación previa y en otros por la declaración responsable?

La primera diferencia radica en el hecho, quizás indicativo de un mayor interés del legislador en depurar esta técnica, de que la declaración responsable sí se define en la Ley paraguas (art. 3.9), mientras que la comunicación previa sólo es objeto de mención aislada (art. 5 c). Además, la definición literal de la declaración responsable en el artículo 71 bis.1 de la LRJAP permite

intuir que estamos ante una técnica de «autorregulación», que confía en el autocontrol del interesado, que tan sólo presenta un documento en el que declara «*bajo su responsabilidad*» que cumple con los requisitos exigidos y, sobre todo, que «*se compromete a mantener su cumplimiento durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio*» (art. 71bis.1 LRJAP). Si ordenásemos de mayor a menor el grado de intervención de la Administración, en la cúspide de la pirámide situaríamos a la autorización administrativa, y en el nivel más bajo a la declaración responsable.



Sin embargo, si analizamos la definición que el nuevo artículo 71bis.2 de la LRJPAP hace de la comunicación previa, las diferencias entre ambas técnicas se desdibujan, sobre todo porque sus efectos y las consecuencias de su incumplimiento son prácticamente los mismos. Además, la normativa sectorial confunde y entremezcla la comunicación previa y la declaración responsable. Por ejemplo, el artículo 44.3 a) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, modificado por el art. 18 de la *Ley omnibus*, dispone que las sociedades comercializadoras de energía eléctrica deberán «*comunicar a la Administración competente (...) el inicio de su actividad y el cese de la misma, acompañando la comunicación de una declaración responsable sobre el cumplimiento de los requisitos a que se refiere la letra b)*».

Para encontrar las diferencias que permitan, si fuera posible, dotar de entidad propia a cada una de las técnicas neopoliciales, he analizado la normativa sectorial anterior y posterior a la reforma del sector servicios. Como desarrollaré en los epígrafes que siguen, de dicho análisis se deduce que la regulación de ambas figuras es absolutamente dispar en la normativa sectorial: a veces se detallan los requisitos que deben reunir la declaración o comunicación, mientras que en otros no se regula nada, ni se establecen los criterios que, en su caso, puedan orientar su determinación por vía reglamentaria.

Para encontrar las diferencias que permitan, si fuera posible, dotar de entidad propia a cada una de las técnicas neopoliciales, he analizado la normativa sectorial anterior y posterior a la reforma del sector servicios. Como desarrollaré en los epígrafes que siguen, de dicho análisis se deduce que la regulación de ambas figuras es absolutamente dispar en la normativa sectorial: a veces se detallan los requisitos que deben reunir la declaración o comunicación, mientras que en otros no se regula nada, ni se establecen los criterios que, en su caso, puedan orientar su determinación por vía reglamentaria.

3. El problema de la superposición de títulos habilitantes y las dificultades para la simplificación administrativa

El proceso de supresión de los regímenes de autorización que afecten al acceso o al ejercicio de una actividad de servicios, y que no superen el triple test de la necesidad, proporcionalidad y no discriminación, genera una serie de problemas añadidos que, a mi juicio, complican la transposición de la Directiva de servicios.

Uno de los más graves es el vinculado con la superposición de trabas, muchas de ellas impuestas por el propio Derecho comunitario, de forma que la comunicación previa o la declaración responsable no eximen del deber de obtención o presentación de otras técnicas de control, ni del cumplimiento de cuantos requisitos se prevean en la normativa estatal, autonómica o local. Tales dificultades ya se detectaron en el Dictamen 99/2009 del Consejo de Estado. Y es que, en efecto, algunas de las actividades afectadas por la Directiva de Servicios se encuentran sometidas, por imposición del Derecho comunitario y de la legislación sectorial, a evaluación de impacto ambiental o de riesgos con carácter previo a la autorización sustantiva de la actividad. Ocurre que, en algunos de estos casos, la normativa de transposición sustituye las autorizaciones que hasta ahora han venido exigiéndose por simples comunicaciones o declaraciones responsables, eliminando el procedimiento sustantivo de autorización en cuyo seno se verifica el cumplimiento de los referidos trámites de evaluación, sin prever cómo y en qué momento habrán de verificarse dichos trámites.

En definitiva, resulta complicado coherente el cumplimiento de ciertas exigencias del Derecho comunitario con los nuevos sistemas de declaración y comunicación. El problema ha sido aparentemente resuelto por la Disposición adicional quinta de la Ley omnibus, que dispone que *«cuando, de acuerdo con esta ley, se exija una declaración responsable o una comunicación para el acceso a una actividad o su ejercicio y una evaluación de impacto ambiental (...) la declaración responsable o la comunicación no podrá presentarse hasta haber llevado a cabo dicha evaluación de impacto ambiental y, en todo caso, deberá disponerse de la documentación que así lo acredite»*. A mi juicio, esta solución no resuelve de manera satisfactoria el problema de la coordinación de los títulos concurrentes, limitándose a una superposición en cadena que no facilita en nada la simplificación procedimental, sino que, al contrario, añade más documentos a la larga sucesión de trámites. Por ejemplo, el artículo 71.5 de la Ley 5/2010, de 23 junio, de prevención y calidad ambiental de Extremadura, dispone que *«cuando la actividad esté sometida a evaluación de impacto ambiental, la comunicación deberá acompañarse de la declaración o informe de impacto ambiental, según corresponda»*.

La Ley 6/2010, de 24 de marzo, ha modificado el Texto Refundido de la Ley de Evaluación Ambiental de Proyectos, intentando ofrecer una solución satisfactoria que armonice la evaluación de impacto ambiental con las nuevas técnicas neopoliciales. La Ley 6/2010 da una nueva definición de órgano sustantivo que incluye al órgano de la Administración ante el que el titular del proyecto debe cumplir con la carga de presentar la correspondiente comunicación o declaración responsable (art. 2.2). Con ello, parece claro que la declaración de impacto ambiental ya no puede definirse como un mero acto de

trámite o accesorio cuando el proyecto se encuentre sometido a comunicación o declaración responsable, sino que estamos ante un procedimiento plenamente autónomo y de carácter decisorio.

Tampoco se ha suprimido la regla que legitima la coexistencia de licencias o autorizaciones de distintas Administraciones públicas y obliga a obtener todas las licencias concurrentes, muchas veces con riesgo de duplicidad de cargas. No deja de resultar sorprendente que el artículo 84.3 de la LRBRL no haya sufrido modificaciones con la Ley *omnibus*, porque muchas licencias municipales son, en realidad, cargas duplicadas que habría que revisar. Un ejemplo claro lo tenemos en las denominadas «licencias comerciales», afectadas por un sistema inadmisibles de doble e incluso la triple licencia (la comercial autonómica, la urbanística municipal y la de apertura municipal), como critica MORA BONGERA (2009, 533). A mi juicio, el artículo 84.3 de la LRBRL debería haberse replanteado ante la inevitable (obligatoria) implantación de la ventanilla única. La Comisión Nacional de la Competencia en su informe sobre la Ley *omnibus* (IPN 08/2009), ya detectó este problema, aconsejando que la Ley se asegurase mejor de evitar la duplicidad de licencias destinadas a proteger un mismo interés (por ejemplo, la seguridad pública). Para garantizar que sólo se establezcan autorizaciones concurrentes provenientes de distintas Administraciones cuando existan diferentes intereses generales dignos de protección, proponía introducir un apartado 4 en el artículo 84 de la LRBRL, del siguiente tenor:

«Cuando se trate de actividades de servicios, en caso de existencia de licencias o autorizaciones concurrentes entre una Entidad local y alguna otra Administración, la Entidad local deberá motivar expresamente en la justificación de la necesidad de la autorización o licencia que el interés general concreto que se pretende proteger no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente. En caso contrario, el régimen autorizador se considerará improcedente».

Como se ve, empero, su propuesta no tuvo eco en la versión definitiva del artículo 84.3 de la LRBRL.

IV. CARACTERES PROPIOS DE LA COMUNICACIÓN PREVIA. EL RÉGIMEN DE LAS ACTIVIDADES COMUNICADAS

La comunicación previa, a diferencia de la declaración responsable (art. 3.9), no viene definida en la Ley *paraguas*. Con todo, es, de las dos, la técnica que estaba más perfilada en nuestro ordenamiento jurídico, pues era ya conocida antes de la Directiva de Servicios, aunque hasta el momento carecíamos de una regulación general, si por «regulación general» podemos considerar el nuevo artículo 71bis de la LRJAP.

El origen de la comunicación previa se ha situado en la «*declaración de inicio de actividad*» del Derecho italiano, introducida en 1990 [NÚÑEZ LOZANO (2006, 33)]. En nuestro Derecho, la figura de la comunicación previa o «*actividad comunicada*» ya se regulaba en las viejas *Ordenanzas Generales de Edificación de 19 noviembre 1973*, en relación con los supuestos exceptuados de previa licencia, pero con la obligación para el empresario de «*antes de iniciarlas, ponerlo en conocimiento del Ayuntamiento*» de forma que la Administración municipal debía librar el oportuno «*enterado*» (art. 8.1.2.1.b) y c). Como técnica sustitutiva de la licencia clásica cobra relevancia a partir de los años ochenta y noventa, especialmente en el ámbito de la protección del medio ambiente y del urbanismo, y muy destacadamente en la normativa autonómica. Fue pionera la Ley 6/1988, de 30 marzo, de montes de Cataluña, que dispuso que «*el aprovechamiento de maderas, leñas y cortezas en terrenos forestales de propiedad privada que dispongan de Proyectos de Ordenación o Planes Técnicos aprobados de conformidad con lo previsto en la presente Ley no necesitará autorización; será suficiente con la comunicación previa, por escrito, a la Administración forestal*» (art. 50.1). Además, muchas Comunidades Autónomas impulsaron la sustitución del régimen de licencias urbanísticas por el de comunicación previa para determinadas obras de escasa entidad (por todos, arts. 96-97 del Decreto catalán 179/1995, de 13 de junio, de obras, actividades y servicios de las entidades locales y art. 194.2 de la Ley aragonesa 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón).

Del análisis de la normativa sectorial podemos deducir que la comunicación previa es una técnica que admite muchas variantes y que bajo una misma denominación se esconden distintas manifestaciones de intervención administrativa [RODRÍGUEZ FONT (2009, 262)]. No obstante, existen unos rasgos comunes, que resumidamente serían los siguientes:

a) El ejercicio de la actividad sujeta a comunicación previa no se supedita a un acto administrativo previo de conformidad, sino que informa a la Administración del propósito de iniciar una determinada actividad, permitiéndole reaccionar en caso de que no sea conforme con el ordenamiento jurídico [LAGUNA DE PAZ (2006, 92)]. La comunicación previa sería, pues, una intervención de baja intensidad, que permite proteger el interés general con una mínima carga burocrática para el particular y para la propia Administración. En la comunicación previa, la actividad o el servicio se desenvuelve por la sola voluntad del ciudadano, no por la voluntad de la Administración, ya que ésta carece de potestad para autorizar o consentir, aunque sí para vetar en caso necesario [NÚÑEZ LOZANO (2001, 112)].

b) Se ha destacado como propio de la comunicación previa la previsión de un plazo de veto o disconformidad de la Administración competente [NÚÑEZ

LOZANO (2001, 73) y TORRES COBAS (2009, 24)]. La comunicación abre un procedimiento de fiscalización sobre lo comunicado, permitiendo el ejercicio de una potestad de control que eventualmente podrá conducir a la emanación de un acto administrativo desfavorable. Este dato marca la diferencia entre la comunicación previa y la simple comunicación informativa [NÚÑEZ LOZANO (2001, 77)], cuya única finalidad es poner en conocimiento de la Administración unos datos relevantes, pero sin posibilidad de oposición posterior.

c) Esa característica de la comunicación previa implica el *aplazamiento del inicio de la actividad* hasta el transcurso del plazo de veto, que es como tónica general de quince, treinta o cuarenta y cinco días, durante el cual la Administración dispone de la potestad de vetar la actividad, o bien de solicitar al interesado la acreditación de los requisitos exigidos o la subsanación de errores. Por eso, la técnica de la comunicación previa se conoce genéricamente como «*potestad administrativa de veto sujeta a plazo*». Quien presentaba una comunicación previa sabía que, si en el plazo marcado por la norma, la Administración no se oponía al ejercicio de la actividad, podía iniciar la actividad proyectada.

Este rasgo permitía asimilar sustancialmente el régimen de las actividades comunicadas sujetas a veto a la técnica autorizatoria, sobre todo si recordamos que un sector doctrinal afirmó en los años 60 que, en realidad, el otorgamiento de una autorización por silencio positivo equivaldría a la falta de ejercicio del derecho de veto de la Administración (por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA (1965, 226) y MARTÍN MATEO (1965, 209). Sin embargo, creo que la comunicación previa no puede asimilarse a una autorización presunta (otorgada por silencio), ya que, como he dicho, en las técnicas neopoliciales no existe obligación de resolver ni, por tanto, rige para ellas la técnica del silencio administrativo (ex. art. 42.1 *in fine* LRJAP). Como explica NÚÑEZ LOZANO (2001, 91-92), la falta de respuesta en la comunicación previa es una posibilidad prevista y querida por el ordenamiento jurídico, no un caso de silencio administrativo ni un acto administrativo presunto.

Este estado de cosas debería cambiar radicalmente con la Directiva de Servicios, ya que cualquier técnica de control previo, se llame como se llame, se considera materialmente como una autorización y, por tanto, se encuentra sujeta al filtro de la excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. Recuerdo que el MANUAL SOBRE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS (2007), asimila al régimen autorizatorio cualquier procedimiento que sujete el acceso o ejercicio de una actividad de servicios a un régimen de intervención previa de la Administración, bien por tener que esperar el transcurso de un plazo para iniciar su actividad, bien por tener que obtener el reconocimiento de la autoridad competente. Desde esta perspectiva, las conocidas como «*actividades comunicadas*» o «*sujetas a veto*» son, en realidad, regímenes autorizatorios

prohibidos por la Directiva de Servicios, como destaca un sector doctrinal que califica la comunicación previa como un instrumento de control preventivo, igual que la autorización administrativa [LAGUNA DE PAZ (2006, 95) y REBOLLO PUIG (2009, 40)]. Eso explica que, rompiendo con el régimen anterior, tanto la LRJAP (art. 71bis) como la Ley de Industria (art. 4) dispongan la eficacia inmediata de la comunicación previa y la declaración responsable desde el mismo día de su presentación, aunque el alcance de cada técnica se determine «*en cada caso por la legislación correspondiente*». Al menos en teoría, la posibilidad de reacción de la Administración con carácter previo al inicio de la actividad es prácticamente nula.

...al menos en teoría. Porque sorprende que en la normativa posterior a la Directiva de Servicios, tanto de ámbito estatal, como autonómico o local, encontremos numerosos ejemplos de comunicaciones previas con plazo de oposición o veto, que impiden al interesado ejercer de inmediato la actividad. Así, la Ley 8/2010, de 19 de julio, de actividades feriales de Extremadura, somete a comunicación previa las actividades feriales objeto de la Ley, que deberá presentarse «*con una antelación mínima de dos meses a la fecha en que pretenda realizarse, junto con la documentación completa correspondiente*» (art. 12), de modo que no puede iniciarse la actividad si dos meses antes no se ha presentado la comunicación. La Ley 8/2001, de 12 de julio, de carreteras de Andalucía, reformada por Ley 3/2010, de 21 de mayo, somete a comunicación previa la instalación de publicidad fuera de la zona de dominio público de las carreteras, pero dicha comunicación «*deberá cursarse con una antelación al menos de un mes de la fecha prevista para la actuación*» y abre además a la Administración «*un plazo preclusivo de un mes para denegar la actuación comunicada por razones de seguridad vial*» (art. 58.7). La Ley 11/2002, de 18 diciembre, de ordenación de la actividad de los centros y servicios de acción social de la Comunidad de Madrid, modificada por Ley 8/2009, de 21 diciembre, sujeta a comunicación el inicio de la prestación de actividades sociales, pero dispone que «*deberá realizarse con una antelación mínima de un mes al inicio de la actividad a través de un servicio social, cambio de titularidad, traslado, modificación o cese de actividad, tanto del centro como del servicio social*» (art. 8.4). Y la Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid por la que se establece el régimen de gestión de control de las licencias urbanísticas de actividades, de 29 de junio de 2009, dispone que el particular sólo podrá iniciar la actividad comunicada a partir del momento en que la entidad colaboradora emita su certificado de conformidad y lo presente en el registro del Ayuntamiento (art. 57). El Reglamento de las Escuelas Particulares de Conductores, aprobado por RD. 1295/2003, de 17 de octubre, ha sustituido la antigua autorización de profesor de educación vial por una comunicación previa al inicio de la actividad, y dispone que «*transcurrido el plazo de un*

mes contado desde el día siguiente en que se presentó la comunicación o desde el día siguiente en que se subsanaron los errores o deficiencias, podrá iniciar su actividad» (nueva Disposición adicional cuarta, introducida por RD. 369/2010, de 26 de marzo).

Además, las técnicas «neopoliciales» del artículo 71 bis de la LRJAP permiten que la actividad de control posterior de la Administración se pueda realizar en cualquier momento, sacrificando la seguridad jurídica en aras de una mayor libertad. En mi opinión, la falta de plazo preclusivo para la oposición o veto de la Administración va en detrimento de la seguridad jurídica del prestador del servicio, pues, supuestamente, la Administración podrá ejercer sus potestades de comprobación, control e inspección sin límite de tiempo, en cualquier momento posterior al inicio de la actividad de que se trate. Por eso, creo que la redacción del nuevo artículo 71bis de la LRJAP no ha sido afortunada, y tampoco parece que este cambio tan radical vaya a calar en la normativa de transposición, quizás consciente el legislador de la insuficiencia de medios materiales y personales en manos de las Administraciones públicas para desempeñar eficazmente sus tareas de inspección.

d) Una cuarta característica de la comunicación previa es la previsión de un *numerus clausus* de supuestos en los que resulta admisible, como excepción al régimen autorizatorio. Es decir, en la normativa sectorial la autorización administrativa era la regla general, y la comunicación previa, la excepción. Por eso, la normativa sectorial suele detallar las actividades y servicios sujetos a comunicación previa, con el elemento común de su escasa entidad. Creo que este rasgo persistirá en la normativa posterior a la Ley 17/2009, a pesar del carácter excepcional reservado a los regímenes autorizatorios. Por ejemplo, la Ley 5/2010, de 23 junio, de prevención y calidad ambiental de Extremadura, sujeta a comunicación ambiental únicamente las actividades enumeradas en el Anexo VII (art. 69). Y la Ley catalana 16/2009, de 22 julio, de centros de culto, sustituye la licencia de apertura por la comunicación previa «*en el supuesto de locales que no superen un determinado aforo o en otros supuestos que se determinen*» (art. 9.4). Por su parte, la interesante *Ordenanza del Ayuntamiento de Alicante reguladora del procedimiento para otorgar licencias urbanísticas y ambientales, declaraciones responsables y comunicaciones previas, de 29 de enero de 2010*, detalla minuciosamente los actos sujetos a los distintos tipos de técnicas de intervención (arts. 9 y 10).

Desde el punto de vista procedimental, este carácter cerrado o excepcional legitimaría a la Administración competente para requerir al interesado a que presente la oportuna licencia, cuando estima que no puede incluirse en la lista de actividades comunicadas (art. 7.3.2 de la *Ordenanza del Ayuntamiento de Zaragoza relativa a las actividades urbanísticas comunicadas* y art. 57.4 de la *Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid de 29 de junio de 2009*).

V. CARACTERES PROPIOS DE LA DECLARACIÓN RESPONSABLE

La declaración responsable tampoco es una novedad de la Directiva de Servicios ni de las leyes de transposición españolas. El Derecho de los contratos públicos conoce esta figura desde hace tiempo (por ejemplo, la declaración responsable de no estar incurso en prohibiciones para contratar, regulada ya en la Ley de Contratos del Estado de 1965), y también es típica de los procedimientos tributarios y de gestión de subvenciones (art. 23 de la Ley 38/2003). La declaración más conocida quizás sea la de hallarse al corriente de las obligaciones tributarias y con la seguridad social del solicitante, prevista en innumerables procedimientos (por ejemplo, en el proceso de admisión de alumnos del art. 84.11 Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación).

El rasgo distintivo de la declaración responsable es la innecesidad o reducción de la exigencia de aportación documental ante la Administración competente. Es decir: el interesado no tiene que presentar la documentación legalmente requerida si declara cumplir con los requisitos que la norma establece. Desde esta perspectiva, la declaración responsable se ha considerado como una técnica de simplificación procedimental, en concreto, documental, como se desprende con claridad de la Exposición de Motivos de la Ley 38/2003, de 23 noviembre, General de Subvenciones: *«con el fin de agilizar el procedimiento, se contempla la posibilidad de sustituir la presentación de documentación por una declaración responsable del solicitante, siempre que así se prevea en la normativa reguladora. La acreditación de los datos contenidos en dicha declaración deberá requerirse antes de formular la propuesta de resolución del procedimiento»*. También el MANUAL DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA Y AGILIZACIÓN DE TRÁMITES aprobado por la Junta de Andalucía (2010) destaca que *«la declaración responsable adquiere gran importancia en el proceso de simplificación documental puesto que permite la posibilidad de diferir la presentación de la documentación a fases posteriores de la tramitación o incluso su sustitución total»*.

Ahora, en el proceso de reforma del sector servicios, el legislador parece empeñado en dotar a la declaración responsable de un significado propio y de una autonomía que en realidad no tiene. Según aparece regulada en el nuevo artículo 71bis de la LRJAP, la declaración responsable no se diferencia fácilmente de la comunicación previa, pues iguales son sus efectos y su naturaleza jurídica como técnica de intervención *a posteriori*. En este sentido, REBOLLO PUIG (2009, 41) considera que la declaración responsable no es sino una clase de comunicación previa, y no llega a dotarle de entidad propia. A mi juicio, la declaración responsable debería haberse quedado como una técnica de simplificación documental, en ocasiones anudada a procedimientos de autorización

o comunicación previa, no como una verdadera alternativa a la autorización administrativa. Su alcance y características son, además, muy heterogéneos, resultando difícil encontrar notas definitorias comunes. Unas veces, en efecto, la declaración responsable supone simplemente un aplazamiento de la acreditación documental a un momento posterior del procedimiento. Otras veces, ni siquiera exige de adjuntar la documentación exigida por la normativa sectorial (por ejemplo, la Ley de turismo Andalucía dispone que *«reglamentariamente se determinará la documentación complementaria que, en su caso, deba acompañarse a la declaración responsable»*, art. 35.6). Creo, en cualquier caso, con RODRÍGUEZ FONT (2009, 272), que la figura de la declaración responsable mejoraría si se le hubieran reservado efectos más modestos, menos directos, más acordes con su entorno tradicional como medida de simplificación documental.

En realidad, la normativa sectorial que la regula casi nunca lo hace como técnica autónoma, sino vinculada a otras figuras policiales o neopoliciales. Por ejemplo, la Ley catalana 9/2000, de 7 de julio, reguladora de la publicidad dinámica, en su versión modificada por Decreto Legislativo 3/2010 (art. 58), dispone que las comunicaciones previas, *«si es necesario, tienen que ir acompañadas de declaraciones responsables del cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa específica»* (art. 7). La Ley 11/2002, de 18 diciembre, de ordenación de la actividad de los centros y servicios de acción social de la Comunidad de Madrid, modificada por Ley 8/2009, de 21 diciembre, dispone que *«a la autorización administrativa y a la comunicación previa se acompañará la documentación que se determine reglamentariamente y, en todo caso, la declaración responsable de la entidad titular de que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente de servicios sociales»* (art. 8.5). Por su parte, la Ley Foral Navarra 15/2009, de simplificación administrativa, dispone que la presentación de la declaración responsable *«conllevará automáticamente la concesión de la licencia de actividad»* (art. 11.2). O la Ley 12/2009, de 16 diciembre, de comercio de Canarias, cuando establece que *«el titular de la licencia comercial para el desarrollo de la actividad objeto de la presente ley comunicará la puesta en marcha de la actividad comercial en el plazo máximo de un mes desde que ésta se produzca, mediante una declaración responsable al órgano competente en materia de comercio»* (art. 11.6). Un matiz peculiar se observa en la Ley 16/2005, de 30 diciembre, de urbanismo de Valencia, que regula una declaración responsable como medio de acreditación de la licencia urbanística otorgada por silencio positivo. En efecto, será innecesaria la acreditación de licencia de parcelación o de división de terrenos cuando medie *«acreditación de que se solicitó la licencia o dicho certificado, con la antelación necesaria respecto al momento de otorgar la división, sin haber obtenido resolución administrativa expresa dentro de los plazos legales y efectuando declaración responsable de esto último»* (art. 20.4).

VI. IRREGULARIDADES RELATIVAS A LA COMUNICACIÓN PREVIA O LA DECLARACIÓN RESPONSABLE, Y SUS CONSECUENCIAS

El nuevo artículo 71.bis, apartado 4, de la LRJAP regula las consecuencias de la inexactitud, falsedad u omisión de los datos relativos a la declaración responsable o comunicación previa, así como de su no presentación. Se trata de supuestos muy distintos que la Ley mezcla en un mismo precepto, y que deberían haber sido objeto de mayor depuración. Evidentemente, no es lo mismo no presentar la comunicación, cuando es necesaria, que falsear un documento requerido por la norma, o presentar la declaración una vez iniciada la actividad, ni sus efectos deberían ser idénticos. Por otro lado, el nuevo artículo 71bis olvida las consecuencias de una presentación tardía de los documentos, y en definitiva, una eventual subsanación de la comunicación y la declaración responsable. La Ley anuda como efecto común la «*imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada*», pero tomando como punto de partida el «*momento en que se tenga constancia de tales hechos*». Todo ello implica una labor previa de verificación y control por parte de la Administración y, por tanto, una resolución administrativa que declare el incumplimiento, cuyos efectos no serán retroactivos.

1. Eventuales irregularidades concurrentes

A mi juicio, las irregularidades que pueden afectar a la presentación de una comunicación previa o una declaración responsable son las siguientes:

A) Irregularidades relativas a los datos o documentos aportados (comunicaciones o declaraciones defectuosas)

B) Falta de presentación o presentación tardía.

C) Falta de inicio de la actividad en un determinado plazo.

Como los supuestos son muy heterogéneos, intentaremos depurar todas las circunstancias eventualmente concurrentes, así como sus consecuencias. Algunas de ellas se regulan expresamente en el artículo 71bis; otras, sin embargo, sufren el olvido del legislador. Veámoslo.

A) Comunicaciones o declaraciones defectuosas

Ya he avanzado que el artículo 71bis.4 de la LRJAP mide con el mismo rasero los casos de «*inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o a una comunicación previa*». En su Dictamen 779/2009, el Consejo de Estado consideraba útil, no sólo desde el punto de

vista de la técnica legislativa, sino también para salvaguardar el principio de seguridad jurídica, que la normativa sectorial regulase expresamente las distintas circunstancias modulando, además, las sanciones aplicables en atención a la irregularidad cometida. Pero, una vez más, la normativa sectorial es parca al respecto, y olvida regular las consecuencias de la inexactitud, falsedad u omisión esencial de datos, o simplemente las tipifica como infracción administrativa, pero sin entrar en detalles y ni distinguir supuestos (véanse las nuevas versiones de los arts. 116 de la Ley de Aguas, y 54 de la Ley General de Telecomunicaciones).

Pero, ¿qué diferencias hay entre la «*inexactitud*» y la «*falsedad*» de datos o documentos? ¿Y qué sentido hay que dar a la expresión «*de carácter esencial*»? La inexactitud o la omisión no presuponen necesariamente una actitud dolosa del interesado, frente a la falsedad que sí implica dolo, mentira, mala fe del comunicante. Se incluyen también los casos en los que el particular actúa sin atenerse a lo comunicado o declarado, no sólo por incumplimiento doloso de los términos comunicados, sino también por un cambio en las condiciones subjetivas del comunicante u objetivas de la actividad, que entrañan que la actividad no se está realizando en los términos o condiciones que en su día fueron declarados a la Administración.

A mi juicio, el artículo 71bis.4 abarca cualquier irregularidad en los datos, manifestaciones o documentos que acompañen o se incorporen a una declaración responsable o comunicación previa, con independencia de la buena o mala fe del interesado y de si tales hechos pueden constituir infracción administrativa o penal. Por otro lado, la inexactitud no sólo puede darse en el momento de presentación del documento correspondiente, sino que puede surgir en un momento posterior, por una modificación sobrevenida de las circunstancias. En definitiva, este abanico de circunstancias objetivas, temporales (inexactitud originaria o sobrevenida) y subjetivas (buena o mala fe, culpa o dolo del comunicante, por ejemplo) no es relevante para que se despliegue el efecto regulado por la norma, que es la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada, porque no estamos ante una sanción administrativa en sentido técnico-jurídico. De hecho, el artículo 71bis.4 de la LRJAP matiza que la prohibición de desarrollar la actividad se produce «*sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar*».

El elemento más perturbador es, con todo, la precisión de que las irregularidades relativas a los datos y documentos tienen que ser «*de carácter esencial*», porque obliga a una labor hermenéutica que tampoco está desarrollada en la normativa sectorial. La esencialidad es un concepto jurídico indeterminado que plantea hasta qué nivel o cota la falsedad todavía no es esencial, y a partir de qué momento comienza a serlo. BAUZÁ MARTORELL (2010, 5) critica,

especialmente, que la esencialidad se exija para la declaración responsable ya que, al descansar precisamente sobre la confianza del particular, debería el ordenamiento reaccionar con mayor energía ante una traición de esta confianza. Tiene razón este autor al destacar la mayor responsabilidad del declarante de una declaración responsable, que lo hace precisamente «*bajo su responsabilidad*», pero este dato sólo podrá ser relevante para modular la intensidad de la sanción aplicable, en caso de infracción, pero no para determinar la suspensión del ejercicio de la actividad o servicio.

Creo, en cualquier caso, que habría sido conveniente que el artículo 71bis LRJAP regulara la obligación de poner en conocimiento de la Administración competente cualquier cambio que afecte a la información o a los datos incluidos en la declaración responsable o la comunicación previa, como sugería el Consejo de Estado. Por ejemplo, la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología, en su redacción dada por el artículo 11 de la Ley *omnibus*, dispone que «*cualquier modificación sobrevenida (de la declaración responsable) deberá ser comunicada al registro*», y que «*la falsedad originaria o sobrevenida en la declaración responsable*» será constitutiva de infracción administrativa.

B) Falta de presentación (o presentación tardía)

El artículo 71bis.4 de la LRJAP regula también la «*no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable o la comunicación previa*». A mi juicio, la falta de presentación implica que el interesado ha iniciado la actividad o servicio sin presentar dichos documentos, cuando éstos sean necesarios según la normativa sectorial. Porque, si no ha iniciado la actividad o servicio, no tiene sentido que la consecuencia del incumplimiento sea «*la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada*», como parece apuntar BAUZÀ MARTORELL (2010, 5). Sin embargo, no comparto la crítica de este autor, en el sentido de que estamos, en realidad, ante derechos del interesado y no ante obligaciones. Porque una cosa es que el interesado tenga derecho a iniciar su actividad sin intervención previa de la Administración, y otra cosa que no exista la carga [porque esa es su naturaleza jurídica, NÚÑEZ LOZANO (2001, 131)] de presentar una comunicación previa o una declaración responsable, y que su falta de presentación genere consecuencias jurídicas, incluida la responsabilidad del interesado. Es cierto, como recuerda BAUZÀ MARTORELL (2010, 5), que estamos ante medidas de simplificación administrativa, pero eso no impide que la norma las configure como condiciones para el ejercicio de una determinada actividad de servicios, debidamente justificadas según los principios y reglas del mercado interior.

La norma ha olvidado regular el supuesto de una presentación posterior o tardía de la comunicación previa o la declaración responsable, esto es, que

tales documentos se presenten, pero se presenten tarde, una vez iniciada la actividad o servicio. Tan sólo encontramos una referencia aislada a esta posibilidad en el propio artículo 71bis, apdo.3, de la LRJAP cuando dispone que *«la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente»*. Pero esta previsión es insuficiente, no sólo porque parece limitarse únicamente a la comunicación previa, sino también porque hace depender la presentación tardía de una disposición expresa en la normativa sectorial, pero no regula el supuesto de presentación tardía con carácter general.

Preguntarnos por la posibilidad de presentación tardía de la comunicación o la declaración equivale a plantearnos la posibilidad de subsanación, cuestión de la que me ocuparé en un epígrafe posterior. Avanzaré ya, no obstante, que no parece descabellado defender que una presentación tardía de los documentos permite subsanar la falta de presentación, y habilita al interesado a continuar con el ejercicio de su derecho o actividad, con independencia de las responsabilidades a las que pudiera dar lugar la tardanza.

C) Falta de comienzo de la actividad en plazo

Ya he avanzado que la Ley no considera como limitación temporal *«el plazo máximo que se pueda imponer al prestador para iniciar su actividad a contar desde el otorgamiento de la autorización o desde la realización de la comunicación o declaración responsable»* (art. 7.1 *in fine* de la Ley paraguas). Eso significa que la normativa sectorial puede fijar un plazo desde la presentación de la comunicación o la declaración responsable para que el interesado inicie la actividad o el servicio, así como prever la imposibilidad de iniciar tal actividad cuando, habiendo sido presentada la declaración o comunicación, no se haya comenzado a prestar el servicio en un determinado plazo de tiempo. Por poner un ejemplo, la Ley de turismo de la Comunidad Valenciana (Ley 3/1998, de 21 de mayo, en su redacción dada por Ley 12/2009, de 23 diciembre) dispone que *«realizada la comunicación previa o la declaración responsable de inicio de actividad, ésta deberá comenzar de forma efectiva en el plazo máximo de dos meses. En caso contrario, aquéllas quedarán sin efecto, y se procederá, previa instrucción del oportuno expediente en el que se dará audiencia al interesado, a la baja y cancelación de la inscripción en el Registro de Empresas, Establecimientos y Profesiones Turísticas de la Comunitat Valenciana»* (art. 14.Dos).

A mi juicio, la falta de comienzo de la actividad en plazo, cuando éste venga fijado por la normativa sectorial, es otra irregularidad que provoca la ineficacia de la comunicación previa o la declaración responsable y, por tanto, la carga de presentar nuevamente tales documentos para poder emprender la

actividad o servicio. Al no existir una regulación general, se plantean algunas dudas, como si es necesario que la Administración notifique expresamente al interesado que ha transcurrido el plazo de inicio de la actividad. Creo, además, que habría sido conveniente que el artículo 71 bis de la LRJAP hubiera regulado un plazo general al que condicionar la pérdida de efectos de la presentación de la declaración o comunicación.

2. ¿Posibilidad de subsanación?

La normativa general no regula si es posible subsanar las irregularidades en la presentación de una comunicación previa o una declaración responsable. A mi juicio, resultan aplicables las normas generales de subsanación reguladas en el artículo 71 de la propia LRJAP, de modo que la Administración dispondría de un plazo de diez días para requerir al interesado para que subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con la consecuencia de tenerlo por desistido de su petición (léase comunicación o declaración responsable) si así no lo hiciera, previa resolución administrativa que declare tal circunstancia. Respetando la opción del legislador en el artículo 71 bis.4 de la LRJAP, esta resolución no tendría efectos retroactivos, de modo que determinaría para el interesado la imposibilidad de continuar con la actividad o el servicio, caso de haberlo iniciado ya, desde el momento de la resolución. Como apunta NÚÑEZ LOZANO (2001, 134) si el interesado persistiera en su propósito de desarrollar la actividad habría de presentar una nueva comunicación (o declaración).

Pero, ¿qué ocurriría si —como es previsible— la Administración no requiere al interesado y posteriormente advierte la irregularidad subsanable? El supuesto encajaría entonces en la regla general del artículo 71 bis.4 de la LRJAP y tendría como efecto la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad desde el momento en que se haya tenido constancia de tales hechos.

3. Efectos de las irregularidades de la comunicación o la declaración responsable

Cuatro son los efectos principales derivados de las irregularidades que afectan a la comunicación previa y a la declaración responsable:

- A) Imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad
- B) Restablecimiento de la legalidad
- C) Imposibilidad de presentar futuras comunicaciones o declaraciones responsables con el mismo objeto

D) Eventual sanción al interesado, y otras responsabilidades penales o civiles

Haremos una sucinta descripción de cada uno de ellos.

A) Imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad

La infracción de las normas reguladoras de la comunicación previa y la declaración responsable tiene como consecuencia la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o la actividad afectada, es decir, su *ineficacia sobrevenida*. La Ley anuda dicha pérdida sobrevenida de eficacia al «*momento en que se tenga constancia de tales hechos*» (art. 71 bis.4 LRJAP). Es decir, el legislador permite que se reconozca un derecho o se inicie una actividad a pesar de las irregularidades de la comunicación o la declaración del interesado, y que hasta que no se constate la falsedad, serán efectivos el derecho o el ejercicio de la actividad. Para algún autor (BAUZÀ MARTORELL, 2010, 5) esta falta de retroactividad es «*un alarde de generosidad*» del legislador absolutamente criticable, pero a mi juicio, resulta coherente con el proceso liberalizador del mercado de servicios y, sobre todo, con la prohibición de controles previos. Hay que recordar, por otro lado, que la imposibilidad de continuar con el derecho o actividad es compatible con la imposición de las sanciones que eventualmente correspondan, así que la mala fe o el dolo del interesado no quedan impunes, a pesar de la falta de efectos retroactivos.

Pero ¿qué significa exactamente que la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada lo es «*desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos*», que es la expresión que emplea el artículo 71 bis.4 LRJAP? Dicha «*constancia*», ¿hace necesaria una resolución administrativa expresa que declare la irregularidad cometida? A mi juicio, hay que entender que sí, que la pérdida de efectos de la comunicación o la declaración responsable se produce en el momento en que se dicta y notifica resolución expresa que declare los hechos que la generan, sin efectos retroactivos. Siguiendo a BAUZÀ MARTORELL (2010, 5), el modelo es semejante al de los efectos de la anulabilidad de los actos administrativos (efectos *ex nunc*), aplicado *mutatis mutandi* a los actos de los particulares.

De modo que esas facultades de comprobación, control e inspección atribuidas a las Administraciones públicas pueden culminar (pero no siempre lo hacen) en una resolución administrativa que determine la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o la actividad. En la normativa sectorial que, hasta la fecha, regulaba las comunicaciones previas, esta facultad de control e inspección, ejercicio de la potestad de veto de la Administración,

quedaba sujeta a plazo. Sin embargo, el artículo 71bis de la LRJAP no fija ningún plazo para el ejercicio de las facultades de comprobación, control e inspección, pero tampoco podría hacerlo, teniendo en cuenta que cualquier límite de este tipo sería ya considerado como un control preventivo contrario a la Directiva de Servicios. Todo esto, como he apuntado ya, genera una elevada inseguridad jurídica, aunque también bajo el sistema anterior la doctrina defendiera que la Administración podía ejercer su potestad de fiscalización y control en cualquier momento posterior (NÚÑEZ LOZANO, 2001, 155).

B) Restablecimiento de la legalidad

Además del cese de la actividad, la Administración puede ordenar «*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*» (art. 71bis.4 segundo párrafo). Claramente estamos ante una medida de restablecimiento de la legalidad, que no tiene carácter sancionador y que, por tanto, no está sometida a sus limitaciones. Interesa destacar que el restablecimiento de la legalidad se contempla como mera posibilidad, es decir, que su alcance y condiciones se determinarán en la resolución administrativa que constate la concurrencia de las irregularidades.

C) Imposibilidad de presentar futuras comunicaciones o declaraciones responsables con el mismo objeto

Según el artículo 71bis.4, *in fine*, de la LRJAP, la Administración puede acordar «*la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado*». Ocurre, sin embargo, que la mera presentación de una declaración responsable o comunicación previa no genera obligación de resolver, como sabemos. De hecho, basta con dicha presentación para que el sujeto pueda iniciar su actividad, sin que de ella se derive necesariamente la sustanciación de procedimiento alguno, por más que lo normal sea que exista una inmediata actividad de comprobación y control de la veracidad de los datos por parte de la autoridad competente. Por consiguiente, como puso de manifiesto el Consejo de Estado en su dictamen 99/2009, sería más correcto hacer referencia a la «*imposibilidad de presentar una declaración responsable o comunicación previa con el mismo objeto...*». Por lo demás, resulta un tanto imprecisa la alusión a «*un período de tiempo determinado (...) conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación*», y habría sido preferible que la LRJAP hubiera establecido algún criterio orientativo al respecto, incluso que hubiera fijado un plazo general o supletorio, en su caso.

D) Sanciones administrativas por incumplimiento y, en su caso, otras responsabilidades penales o civiles

Lo verdaderamente sorprendente, como critica BAUZÀ MARTORELL (2010, 6), es que el artículo 71bis de la LRJAP se haya limitado a declarar la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o la actividad, y además sin efectos retroactivos, en lugar de sancionar de forma ejemplar la traición de la confianza depositada en el particular. De hecho, la redacción final del artículo 71bis LRJAP desoyó la sugerencia del dictamen del Consejo de Estado, que aconsejaba incluir un apartado que tipificara como infracción el incumplimiento de la carga de presentar la declaración responsable o comunicación previa, cuando sean exigibles, incluso con independencia de que se cumplan los requisitos exigidos para el acceso a tal actividad y su desarrollo. Y ello porque, si no se desencadenan consecuencias sancionadoras para quien omite la obligación de comunicación o declaración se desnaturaliza la carga de su presentación. En definitiva, no puede haber una auténtica *carga* si de su incumplimiento no se derivan consecuencias para el sujeto incumplidor. Sin embargo, la LRJAP, no sólo no ha previsto la posibilidad de sancionar por estos incumplimientos, sino que ni siquiera incluye una remisión a la legislación sectorial para que concrete el alcance de las medidas sancionadoras.

En la normativa sectorial posterior a la Directiva encontramos ejemplos de tipificación que no obedecen a un patrón homogéneo. Por ejemplo, la Ley 8/2010, de 30 de agosto, de ordenación del sistema de salud de Castilla y León, tipifica como infracción grave la falta de presentación de declaraciones responsables o comunicaciones previas para la apertura, cierre o traslado de establecimientos sanitarios, cuando resulten exigibles (art. 73). La Ley 8/2010, de 19 de julio, de actividades feriales de extremadura, califica, en cambio, como infracción leve la falta de presentación de la comunicación previa (art. 18.1 c). Y la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, tipifica el incumplimiento del deber de comunicación previa como infracción muy grave (art. 57.6). Otras veces, simplemente se tipifica como infracción, sin especificar en qué grado, el ejercicio de la actividad sin haber efectuado la comunicación o declaración responsable (art. 12 de la Ley de turismo de la Comunidad Valenciana, en su redacción dada por Ley 12/2009, que por cierto califica la conducta como de «*intrusismo profesional*»).

Además de las eventuales responsabilidades penales (delitos de falsedad documental, por ejemplo), en las que no vamos a profundizar, el particular que actúa sin atenerse a lo comunicado o declarado es, además, responsable de los daños y perjuicios que genere, según las normas de la responsabilidad patrimonial. Por eso, resultaría sumamente útil que la normativa sectorial introdujera la obligación para los prestadores de servicios de suscribir un seguro

de responsabilidad civil adecuado, o garantía equivalente, que cubriera los eventuales daños generados por la prestación del servicio (como dispone, por ejemplo, el art. 35.2 de la Ley 12/1999, de 15 diciembre, de turismo de Andalucía, modificada por Ley 3/2010, de 21 de mayo). Es cierto que la exigencia de suscribir un seguro para el prestador del servicio debe superar el test de la no discriminación, necesidad y proporcionalidad, pero no estamos ante un requisito prohibido por la normativa comunitaria.

4. Eventual responsabilidad patrimonial de la Administración por falta de fiscalización y control

Creo que uno de los temas más interesantes y espinosos que plantean las nuevas técnicas «neo-» o «para-policiales», y el paralelo protagonismo de la actividad inspectora de la Administración, es la posibilidad de exigir responsabilidad administrativa en caso de que la falta de acción inspectora o un incorrecto ejercicio de la misma genere daños a los particulares. A juicio de BAUZÀ MARTORELL (2010, 6), la comunicación y la declaración responsable cercenan las posibilidades de responsabilidad patrimonial de la Administración, abocando a los terceros perjudicados a las limitaciones de la solvencia del autor del daño, lo que, a su juicio, no supone sino una disminución excesiva de las garantías de los ciudadanos. Sin embargo, en mi opinión, la restricción de los casos que generan responsabilidad administrativa no es sino la consecuencia lógica de la liberalización de los servicios y del reconocimiento de una mayor libertad y autorresponsabilidad del prestador.

Por otro lado, no es cierto que las técnicas de intervención neopolicial cierren la puerta a la imputación de responsabilidad a la Administración, especialmente en caso de buena fe del particular, pues de lo contrario, como afirma NÚÑEZ LOZANO (2001, 172), recaería sobre éste en exclusiva el riesgo de ejercer una actividad sin el control debido de la Administración. En palabras de CANALS I AMETLLER (2003, 323), la corresponsabilidad es una tendencia de la moderna sociedad postindustrial. La verdadera clave del problema radica en determinar el alcance real de las facultades de comprobación, control e inspección que tienen atribuidas las Administraciones públicas, y en qué casos su falta de ejercicio o sus irregularidades generan responsabilidad administrativa de acuerdo con la LRJAP (responsabilidad *in vigilando* e *in ommittendo*), teniendo en cuenta que, a mi juicio, siempre será posible determinar una concurrencia de culpas que modularán el alcance de la responsabilidad administrativa. Pero este es otro tema, de mayor calado, sobre el que no podemos extendernos más para no apartar la vista de nuestro objetivo, y con el que terminamos al modo de las series clásicas: «*to be continued*», dejando apuntados los problemas y a la espera del devenir futuro de estas nuevas técnicas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALONSO MAS, M^º J. y NARBÓN LAINEZ, E. (2009): *El silencio administrativo y su problemática procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ARANA GARCÍA, E. y GRANADOS RODRÍGUEZ, J.F. (2010): «La desaparición de las licencias en las actividades clasificadas incluidas en el ámbito de la Directiva de Servicios: el supuesto particular de la legislación ambiental andaluza», en *Revista General de Derecho Administrativo* n^º 25, Iustel.
- BAUZÁ MARTORELL, F. J. (2010): «Declaración responsable y comunicación previa. Consideraciones críticas del procedimiento administrativo a raíz de la Ley Ómnibus», en *Diario La Ley* n^º 7419, Madrid, pp. 2 a 6.
- BERMEJO VERA, J. (1998): «La Administración inspectora», en *RAP* n^º 147, pp. 39 a 58.
- BORRAJO INIESTA, I. (1986): «Las libertades de establecimiento y de servicios en el Tratado de Roma», en ob. col. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español (vol. II)*, Civitas, Madrid, pp. 149-260.
- BULLEJOS CALVO (2009): «Aplicación práctica de la Directiva de Servicios en las Ordenanzas Locales. Formularios en las fases de identificación y evaluación de la normativa local afectada y sobre simplificación administrativa y ventanilla única», en *Revista Electrónica CEMCI* n^º 3, pp. 1 a 32, disponible en <http://www.cemci.org/revista/revista3/> (fecha de consulta: 8 octubre 2010).
- CANALS I AMETLLER (2003): *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Comares, Granada.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. (2007): «Quo Vadis, Bolkestein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?», en *Revista Española de Derecho Europeo* n^º 22, pp. 237 ss.
- EDITORIAL DE LA REVISTA PRÁCTICA URBANÍSTICA (2010): «Nuevo régimen de las licencias como consecuencia de la Directiva Bolkenstein», en *Práctica Urbanística* n^º 90, Madrid, pp. 5 a 9.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1965): «Sobre silencio y recurso contencioso», en *RAP* n^º 47, pp. 207 a 227.
- GARRIDO FALLA, F. (1993): «La Administración única. Problemática de una obviedad», en *RAP* n^º 130, pp. 7 a 22.

- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2010): *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho interno. Primeros pasos de un largo proceso*, IVAP, Oñati.
- LAGUNA DE PAZ, J.C. (2006): *La autorización administrativa*, Thomson Civitas.
- LINDE PANIAGUA, E. (2008): «Notas sobre el objeto, ámbito y reglas de aplicación de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», en *Revista de Derecho de la Unión Europea* nº 14, pp. 35 a 46.
- LOZANO CUTANDA, B. (2010): «Ley omnibus: silencio administrativo, declaración responsable y comunicación previa», en *La Ley* nº 7339, pp. 1 a 4.
- MARTÍN MATEO, R. (1965): «Silencio administrativo y actividad autorizante», *RAP* nº 48, pp. 205 a 239.
- MOLINA FLORIDO, I. (2009): *La Directiva de servicios y las Entidades locales*» Plan de Formación Continua FEMP, Madrid.
- MORA BONGERA, F. (2009): «La transposición de la Directiva Bolkestein, la libertad de establecimiento y las competencias de las Entidades locales», en *El Consultor* nº4, pp. 530 a 542.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2010): «Las regulaciones por silencio. (Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 9, pp. 70 a 79.
- NÚÑEZ LOZANO, M^e del C. (2001): *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons.
- PAREJO ALFONSO, L. (2009a): «La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein. La interiorización, con *paraguas* y en omnibus, de su impacto en nuestro sistema», en *El Cronista* nº 6, pp. 34 a 41.
- (2009b): «La Directiva Bolkestein y la *Ley paraguas*. ¿Legítima el fin cualesquiera medios para la reconversión del Estado "autoritativo"», en *Revista Española de Derecho Europeo* nº 32, pp. 431 ss.
- REBOLLO PUIG, M. (2009): «La actividad de limitación», en ob. col. T. CANO CAMPOS (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, tomo III, vol. II, Iustel. 1^a ed., pp. 33 a 42.
- RIVERO YSERN, E. (2009): «La actividad de intervención en la Directiva de Servicios: autorizaciones administrativas, declaraciones responsables y comunicaciones previas», en ob. col. R. RIVERO ORTEGA (dir.): *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, pp. 151 a 164.

- RODRÍGUEZ FONT, M. (2003): *Régimen de comunicación e intervención ambiental. Entre la simplificación administrativa y la autorregulación*, Atelier, Barcelona.
- (2009): «Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local», en *Anuario del Gobierno Local 2009*, Institut de Dret Public, pp. 261 a 300.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, A. (2009): «La Directiva de servicios y su transposición. ¿Una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa», en ob. col. R. RIVERO ORTEGA (dir.): *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, pp. 89 a 149.
- TORRES COBAS, F. (2009a): «Los desafíos de la Directiva Bolkestein para las entidades locales: el adiós a las licencias y el posible renacer de las ordenanzas locales», en *Revista Electrónica CEMCI nº 4*, pp. 1 a 39, disponible en <http://www.cemci.org/revista/revista4/> (fecha de consulta: 4 octubre 2010).
- (2009b): «Premisas para una correcta transposición de la Directiva de Servicios al ordenamiento local», en *Anuario del Gobierno Local 2009*, Institut de Dret Public, pp. 213 a 260.
- VILLAREJO GALENDE, E. y SALVADOR ARMENDÁRIZ, A. (2009): «El complejo proceso de transposición de la Directiva de Servicios», en ob. col. *Informe Comunidades Autónomas 2008*, Aranzadi, pp. 81 a 122.

Documentación:

- COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (CNC): *Informe IPN 03/2008, de 5 noviembre, sobre el Anteproyecto de Ley sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios*, en www.cnc.es.
- *Informe IPN 08/2009, de 22 de abril, sobre el Anteproyecto de Ley omnibus*, en www.cnc.es.
- CONSEJO DE ESTADO: *Dictamen 99/2009, de 18 febrero, sobre el Anteproyecto de Ley de Libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios*, en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/consejo_estado.php.
- *Dictamen 779/2009, de 21 mayo, sobre el Anteproyecto de Ley de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/consejo_estado.php.

JUNTA DE ANDALUCÍA: *Manual de simplificación administrativa y agilización de trámites de la Junta de Andalucía*, Aprobado por Orden de la Consejería de Justicia y Administración de Justicia por Orden de 22 febrero 2010, disponible en ws024.juntadeandalucia.es/plutonDescargas/15_647_manual_de_simplificacion_administrativa.pdf.

OFICINA DE PUBLICACIONES OFICIALES DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2007): *Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios*, disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_en.htm.