

DIRECTIVA DE SERVICIOS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA. HACIA LA SIMPLIFICACIÓN(*)

JOSÉ M^º GIMENO FELIÙ

SUMARIO: I. UN APROXIMACIÓN GENERAL AL ORIGEN, FUNDAMENTO Y CONTENIDO DE LA DIRECTIVA «SERVICIOS».- II. LA DIFÍCIL TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS Y SU INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO ESTATAL: LA «LEY PARAGUAS» Y LA «LEY ÓMNIBUS».- III. EL CONCRETO «EFECTO» DE LA DIRECTIVA «SERVICIOS» EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.- IV. CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA Y DE COORDINACIÓN EN LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

RESUMEN: Se analiza en este trabajo al incidencia que la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior puede tener en la tramitación de los contratos públicos. Se aborda la cuestión de la necesaria simplificación administrativa de los contratos públicos con propuestas de interpretación de la normativa vigente.

Palabras clave: Contratos públicos y Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior; Simplificación Administrativa.

ABSTRACT: This paper analyzes the impact that the Directive 2006/123/EC of the European Parliament and Council of 12 December on services in the internal market may have in dealing with public contracts. Addresses the issue of necessary administrative simplification of public procurement with proposals for the interpretation of the regulations.

Key words: public contracts and Directive 2006/123/EC of the European Parliament and Council of 12 December on services in the market; Administrative Simplification.

Abordar la eventual incidencia que la Directiva «Servicios» puede tener en la aplicación de los procedimientos de adjudicación de centros públicos

(*) Este trabajo se encuadra en el Proyecto De Investigación concedido por MEC (REF DER2009-12116) *Nuevos Escenarios de la contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva.*

nos obliga, con carácter previo, a realizar una serie de reflexiones generales sobre el contenido y alcance de la referida norma y, en concreto, sobre su incidencia en la disciplina del Derecho Administrativo.

El Derecho Administrativo ha estado siempre sometido a los cambios legislativos. Un mundo, en fin, de leyes desbocadas (2), lo que se traduce en una situación de notoria inseguridad jurídica (3). Y a pesar de ello, las instituciones y técnicas administrativas siguen asentadas y cumpliendo su función. Sin embargo, el impacto de la aprobación de la Directiva «Servicios de mercado interior» y su transposición al ordenamiento nacional hacen que las técnicas administrativa de nuestro ordenamiento administrativo se hayan reorientado hacia un nuevo modelo de simplificación administrativa y descarga burocrática con el objetivo de favorecer la consecución de mercado interior, instando a que desaparezcan las trabas legales al mismo. Creo por ello conveniente, aun de forma sucinta, reflexionar sobre el «impacto» de dicha norma en las técnicas e instituciones propias del Derecho Administrativo (4). Sólo así, entiendo, se podrá valorar o razonar sobre la extensión de los principios y reglas de esta Directiva a la tramitación de los procedimientos de contratación pública.

I. UNA APROXIMACIÓN GENERAL AL ORIGEN, FUNDAMENTO Y CONTENIDO DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

Una de las principales cuestiones de debate en nuestra disciplina en estos momentos es la relativa a los efectos que puede tener sobre los mecanismos propios de la regulación administrativa la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior (comúnmente conocida como Directiva de servicios o Directiva «Bolkestein») (5).

(2) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de Leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 45 y ss.

(3) De especial interés el libro del Profesor J. BERMEJO VERA, *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2005.

(4) Con carácter previo resulta de interés el trabajo de Rivero Ortega, Ricardo. «Antecedentes, principios generales y repercusiones administrativas de la Directiva de Servicios: problemas de su transposición en España» en *Revista Estudios Locales*, núm 122, julio-agosto 2009, pp. 8 a 21.

(5) Con carácter general resultan de interés los siguientes trabajos: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», en *Revista de Derecho Europeo*, 22, 2007; GONZALEZ GARCÍA, J. V., «La transposición de la Directiva de Servicios: Aspectos normativos y organizativos en el Derecho español», en *Revista de Derecho Europeo*, 22, 2008; JIMÉNEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al derecho interno*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2010; DE LA CUADRA SALCEDO, T., *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE, relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, 2009; ibídem, T. DE LA CUADRA-SALCEDO, «La Directiva de servicios y

Esta Directiva «Servicios» —con fundamento previo en el Libro Blanco sobre la reforma de los servicios— es uno de los resultados de la aplicación de las políticas derivadas en desarrollo de la Estrategia de Lisboa (6), y que ha sido planteada por parte de las autoridades comunitarias como uno de los elementos de más relevancia para mejorar la productividad de la economía comunitaria con la finalidad de conseguir la realización del mercado interior europeo, y cuyos ejes vectores presuponen, al menos en una primera impresión, un cambio radical en los mecanismos de regulación-control administrativo sobre el ejercicio de actividades económicas (7).

la libertad de empresa», en *El Cronista del Estado social y democrático de derecho*, núm. 7, 2009; DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T., «¿Quo vadis Bolkestein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2008; MERINO ESTRADA, V., La transposición de la Directiva Bolkestein y los municipios españoles, «Revista de Estudios Locales», 2009; MUÑOZ MACHADO, S., «Ilusiones y Conflictos derivados de la Directiva de servicios», *Revista General de derecho Administrativo*, núm. 21 (2009); PAREJO ALFONSO, L., «La desregulación de los servicios con motivo de la directiva Bolkestein», en *El Cronista del Estado social y democrático de derecho*, núm. 6, 2009, ibídem, «La Directiva Bolkestein y la Ley paraguas: ¿legítima el fin cualesquiera medios para la reconversión del Estado autoritativo?», en *Revista de Derecho Europeo*, 22, 2008; RIVERO ORTEGA, R., «Reformas del Derecho Administrativo para 2010: La difícil transposición de la Directiva de Servicios en España», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 34, 2009, ibídem, *Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, 2009; SIMOU, S. y VELASCO CABALLERO, F., *Cooperación interadministrativa en la Directiva de Servicios*, Seminari de Dret Local, Barcelona, 2009; VILLAREJO GALENDE, H. y SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., «El complejo proceso de transposición de la Directiva de Servicios», en AA.VV.: *Informe de Comunidades Autónomas 2008*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2009; CHAVES GARCÍA, J. R., «La poderosa influencia del derecho de la Unión Europea en el procedimiento administrativo español», en *Revista Aranzadi Unión Europea*, febrero 2010.

(6) La Directiva de Servicios supone un paso más en el camino hacia la integración, por lo que su origen último se halla en los propios Tratados fundacionales de la Comunidad. Es la «Estrategia de Lisboa» o «Agenda de Lisboa» la que da lugar a la aprobación de la Directiva 123/2006 con un claro y ambicioso objetivo para la economía europea: hacerla la más competitiva y dinámica del mundo, mejorando así el empleo y la cohesión social. Un completa referencia cronológica de los antecedentes políticos y del complejo proceso de elaboración de la Directiva se puede ver en el trabajo de Helena VILLAREJO GALENDE «El complejo proceso de transposición de la Directiva de Servicios», en Informe de las Comunidades Autónomas, año 2008 , IDP 2009 pp. 81 y ss.

(7) A ella se llega tras constatar que, a pesar de la intensa labor de la Comisión y del Tribunal de Justicia para avanzar en la consecución del mercado interior a lo largo del siglo pasado, la situación de los servicios europeos en este punto era claramente insatisfactoria, con obstáculos difíciles de salvar debido al comportamiento de las administraciones y en particular a su poder discrecional, y a procedimientos onerosos y poco transparentes favorecedores en muchas ocasiones de los operadores locales; obstáculos todos ellos intrínsecamente vinculados con el derecho administrativo en general y especialmente con el procedimiento administrativo entendido en su más amplio sentido tal y como se pone de relieve en el considerando 2 de la Directiva, donde se afirma que «los obstáculos afectan a una amplia gama de actividades de servicios, así como a la totalidad de las etapas de la actividad del prestador, y presentan numerosos puntos en común, incluido el hecho de tener su origen con frecuencia en un exceso de trámites administrativos, en la inseguridad jurídica que rodea a las actividades transfronterizas y en la falta de confianza recíproca entre los Estados miembros». En el informe de la

La aprobación esta Directiva acredita nuevamente la importancia que ha cobrado el Derecho europeo para comprender la evolución de nuestro Derecho administrativo como sistema, basada en una recíproca y positiva influencia entre lo nacional y lo comunitario que ha favorecido avances en casi todas las instituciones de esta disciplina: en el procedimiento, en el ámbito de lo contencioso, en la regulación económica o en materia de contratos, entre otras; lo que nos permite aseverar que en el momento presente estamos asistiendo a una europeización de nuestro Derecho administrativo sin precedentes (como ha sucedido en la contratación pública). La Directiva «Servicios», con toda una agenda de reformas estructurales de marcado signo liberalizador y con los asuntos administrativos que pone sobre la mesa, desde la forma de intervenir en la microeconomía hasta el reparto de competencias entre los entes territoriales, y supone un verdadero hito (8). Hasta tal punto es así, que

Comisión COM (2002), 441 Final, se analizan las principales dificultades que se encuentran para implantar el Mercado Interior de Servicios, y entre otras hace mención a las siguientes: a) La naturaleza de los servicios que al no ser de naturaleza corpórea, como las mercancías que son objetos tangibles, genera barreras en el mercado interior por la desconfianza de los Estados Miembros. b) Muchos servicios transfronterizos se ven influidos por una inseguridad jurídica sobre la legalidad aplicable en cada uno de los Estados miembros, ya que va a depender su ejercicio de la estimación que se haga por parte de las autoridades de cada país donde el operador quiera desarrollar su actividad, y dentro de cada país de la regulación en las distintas parcelas de gobierno regional, autonómico o local. La reglamentación de cada país es ambigua y compleja, y el operador habrá de requerir de asesorías jurídicas para poder operar en país distinto del país de origen. c) Se detecta también una falta de confianza de las autoridades respecto de los regímenes jurídicos de otros Estados miembros, existiendo una desconfianza respecto de los servicios procedentes de otros Estados. Esta falta de confianza puede deberse al desconocimiento de los principios de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios, a la falta de transparencia y cooperación entre los Estados miembros y a una falta de armonización de las normas estatales que se traduce en una diversidad en la regulación. d) Otro obstáculo es la resistencia a la modernización de los regímenes jurídicos de los Estados miembros, ya que los regímenes jurídicos de cada Estado pueden potenciar fronteras jurídicas y crear otras nuevas en lugar de tender a su eliminación, pues no se pone especial atención en implantar los requisitos y los objetivos del mercado interior de servicios, y no se efectúa un seguimiento por parte de los Estados miembros de las sentencias del Tribunal para ajustar su legislación a estas. e) La defensa de los intereses económicos de los propios Estados se prioriza sobre las aspiraciones y fines de la Comunidad.

(8) En todo caso, conviene recordar que el proceso de aprobación de la Directiva «Servicios» no estuvo exento de dificultades. Desde la primera versión que se hizo pública por el entonces Comisario Europeo para el Mercado Interior, el comisario *Bolkestein* en el año 2004, se abrió un profundo debate en Europa sobre los efectos que tendría su promulgación, en particular por su innegable impacto sobre el modelo social europeo, especialmente por los efectos que podría provocar el principio de sometimiento a la ley del país de origen del prestador del servicio (que se ejemplificó de forma coloquial en el «fontanero polaco»), y que finalmente tuvo que ser flexibilizado y adaptado para mitigar, entre otras negativas, el no francés. Descartado aquel ambicioso proyecto originario, se ha llegado a afirmar que en realidad la Directiva no hace otra cosa que incorporar al cuerpo de una norma escrita, los principios, las consideraciones e interpretaciones de los artículos —ahora derogados y recogidos en TFUE— 43 y 49 del Tratado CE, que ya habían sido reiterados por el Tribunal de justicia en reiteradas ocasiones.

se ha afirmado que estamos ante un auténtico «cambio de paradigma» (9), que la Directiva «Servicios» configura un «nuevo Derecho administrativo» (10) y que provoca una «revolución administrativa», pues nunca una Directiva comunitaria había tenido tanta ambición regulatoria, ni había afectado de modo tan general a las prácticas administrativas enraizadas en los Estados miembros (11). Incluso para algunos nos encontramos ante una mutación constitucional al derivar una nueva interpretación de los modelos nacionales de libertad de empresa (12).

La finalidad de esta Directiva es clara y tiene un carácter doble: por un lado, persigue la eliminación de las barreras que obstaculicen el libre desarrollo de las actividades de servicios en los Estados miembros; y por otro el crear un mercado competitivo de servicios que garantice la circulación transfronteriza de los mismos (13). Asimismo, la Directiva «Servicios», encuentra su justificación en una constatación fáctica, tras varias décadas de desarrollo comunitario, se llega a la conclusión de que la mera aplicación de los artículos 43 y 49 del TCE —hoy artículo 49 TFUE— (con el apoyo de la jurisprudencia del TJUE) no basta para suprimir los obstáculos, sino que para hacer efectiva la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de los servicios, se requiere de un «instrumento normativo comunitario». En efecto, en relación con el alcance de esta Directiva, el profesor MUÑOZ MACHADO nos destaca que una característica importante de la Directiva «Servicios» es que, pese a su apariencia revolucionaria, no hace otra cosa que incorporar al cuerpo de una norma escrita, principios, consideraciones e interpretaciones de los artículos 43 y 49 del Tratado CE, que ya habían sido hechos en reiteradas en reiteradas ocasiones

(9) R. JIMÉNEZ ASENSIO, *La incorporación de la Directiva Servicios al Derecho interno*, IVAP, Oñati, 2010, p. 29.

(10) T.-R. FERNÁNDEZ, «Un nuevo Derecho administrativo para el mercado interior europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22.

(11) S. MUÑOZ MACHADO, «Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios», *Revista General de Derecho administrativo*, núm. 21, 2009.

(12) Vid. T. DE LA CUADRA-SALCEDO, «La Directiva de servicios y la libertad de empresa», en *El Cronista del Estado social y democrático de derecho*, núm. 7, 2009, p. 60. Para el citado autor, puede decirse que la Directiva implica un supuesto de mutación constitucional de los Estados realizada al margen de la respectiva Constitución, en todo caso de la nuestra, por el camino indirecto —y en este caso tortuoso— del Derecho derivado. Pero de alguna forma supone también —añade— una suerte de mutación de la Constitución comunitaria, si se permite utilizar esta expresión en la medida en que el poder normativo comunitario ha dado una interpretación de las libertades comunitarias que van más allá de su contenido propio y tradicional tal y como figura en el Tratado. En términos similares vid. L. PAREJO ALFONSO, «La desregulación de los servicios con motivo e la Directiva Bolkenstein», *El Cronista...*, núm. 6, pp. 36 y 37.

(13) La Comisión Europea había detectado una sobrerregulación y una ineficacia de los procedimientos administrativos. *Programa de Acción para la reducción de las cargas administrativas en la Unión Europea*. COM (2009) 544 final, de 22 de octubre de 2009, p. 9

por el Tribunal de Justicia comunitario (14). Para el citado profesor, podría decirse que, de alguna manera, la referida Directiva es un compendio de jurisprudencia sobre el contenido de las libertades económicas, muy especialmente sobre las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios. En este sentido, los principios que con tanto énfasis se recogen para determinar qué regímenes de autorización son incompatibles con el Tratado y cuáles pueden, si cumplen determinadas condiciones, aprobarse, no son sino la aceptación por el legislador de la jurisprudencia sin intentar mejorarla y modificarla. Siendo así, podría decirse que las obligaciones y reformas de la Directiva impone a los Estados miembros ya resultaban de lo establecido directamente en el Tratado, e, interpretándolo, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (15) .

Esta Directiva establece un marco jurídico general, y persigue como objetivo inmediato «suprimir de forma prioritaria las barreras que se puedan eliminar rápidamente», y respecto a las demás, iniciar «un proceso de evaluación, consulta y armonización complementaria», con la finalidad de modernizar de forma progresiva y coordinada los sistemas nacionales de regulación de las actividades de servicios (16). Los objetivos que se marca la Directiva son varios: disponer de un mercado interior de servicios en 2010, la protección de los consumidores, y establecer una confianza en los Estados miembros, junto a

(14) S. MUÑOZ MACHADO, «Ilusiones y conflictos...», op. cit., p. 5.

(15) Por su parte, LAGUNA DE PAZ considera que la mayor parte del contenido de la Directiva no hace sino recoger la abundante jurisprudencia comunitaria en materia de libertad de establecimiento y prestación de servicios. Muchas de las reglas que se incluyen en la Directiva estarían ya contenidas en las legislaciones nacionales . «Directiva de Servicios: el estruendo del parto de los montes». El Cronista, núm. 6, p. 44. Aún así, se reconoce, punto seguido, que aunque la Directiva «Servicios» no incorpore muchas cosas nuevas, puede generar el necesario flujo político que permita introducir más competencia en uno de los sectores más importantes de la economía española. Vid. Igualmente T. SÁNCHEZ ARMAS, «El régimen de autorizaciones la Directiva de Servicios: ¿Hacia un nuevo Derecho Administrativo? en libro colectivo», en *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Círculo de Empresarios, 2009, pp. 407 y ss. Para la citada autora, la Directiva «Servicios» es una norma atípica y novedosa, no tanto por su contenido jurídico, que escasamente innovaría el conjunto de Derecho Comunitario, sino por el enfoque, metodología, obligaciones de resultado y proceso de transposición que lleva aparejado. Así, en opinión de la citada autora, desde un punto de vista estrictamente jurídico, la Directiva tan sólo introduciría novedades en los siguientes aspectos: la obligación de las autoridades de los Estados Miembros de establecer unos puntos únicos de contacto con los que relacionarse con los prestadores de servicios; la obligación de poder completar todos los procedimientos y formalidades necesarios de forma electrónica; la obligación de informar a los extranjeros sobre las posibilidades de reclamación contra los prestadores de servicios; la abolición de la prohibición de comunicaciones comerciales en determinadas profesiones.

(16) Se pretende, insistimos, reducir aquellos trámites injustificados o desproporcionados. Vid con carácter general NEVADO-BATALLA, «Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimientos y trámites para facilitar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio», en libro col. dirigido por R. RIVERO, *Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva Servicios en España*, Civitas, Cizur Menor, 2009, p. 165.

otros objetivos de interés general. Y para ello uno de los ejes fundamentales es la «simplificación administrativa». En definitiva, el efecto común ha de ser la denominada «descarga burocrática», traducida en la supresión de trámites y en la aceleración de los procedimientos, para lo cual será decisiva la adecuada puesta en marcha de la ventanilla única electrónica. Para poder acometer los objetivos mencionados, una de las principales exigencias de la Directiva es la del establecimiento de un «punto único de contacto». Se trata de que los prestadores de servicios tengan mayores facilidades en el acceso a la información sobre los requisitos para desarrollar las actividades de servicios en los distintos estados reduciendo los costes de transacción (17). Y así se reconoce en el artículo 5 de dicha norma, que regula la simplificación administrativa (auténtico paradigma) (18).

Por lo que respecta al ámbito de aplicación de la Directiva, resultan relevantes los considerandos 33 y 34 en los que se formulan dos conceptos esenciales para su comprensión, a saber, el concepto de «servicio» y el concepto de «remuneración», indicando respecto de este último que no se da tal «en las actividades que realiza el Estado sin contrapartida económica, o en nombre del Estado en el marco de sus obligaciones en los ámbitos social, cultural, educativo y judicial». Otras definiciones importantes a tener en cuenta para la comprensión de la Directiva son las de «prestador» y «destinatario» (considerando 36), «lugar de establecimiento del prestador» (considerando 37),

(17) A la vista de tales objetivos, no es difícil pronosticar que en un medio plazo lo anterior se traducirá en un avance cualitativo sin precedentes en el terreno de los principios generales del procedimiento (audiencia, motivación, transparencia, etc.) a los que se añadirán las ideas de simplicidad, celeridad y proporcionalidad en la tramitación, pues difícilmente se concebirá el mantenimiento por parte de un Estado miembro de exigencias formales que en modo alguno sean consideradas como necesarias por el resto.

(18) El artículo 5 establece una «obligación» de simplificación administrativa. Ello supone una novedad bastante relativa, ya que desde que existe Administración pública, se habla de simplificación administrativa (así lo advierte el profesor J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Títulos académicos y profesionales, regulación y autonomía universitaria ante el Espacio Europeo de Enseñanza Superior», en VVAA, *La autonomía municipal. Administración y regulación económica. Títulos académicos y profesionales. Actas del II Congreso de la AEPDA*, Aranzadi, 2007, p. 163). En todo caso el contenido preceptivo en este punto del art. 5 Directiva «Servicios» es más que dudoso. Así, dispone que los Estados miembros verificarán los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio. Cuando los procedimientos y formalidades estudiados de conformidad con este apartado no sean lo suficientemente simples, los Estados miembros los simplificarán. Mucho más interesantes me parecen los arts. 6 y 8 de la Directiva. La Directiva impone a los Estados el deber de garantizar que los prestadores puedan llevar a cabo a través de *ventanillas únicas* todos los crecimientos y trámites necesarios para el ejercicio y acceso de sus actividades. El procedimiento deberá poder desarrollarse por vía electrónica (art. 8 Directiva). Con la salvedad de que la norma no pretende incidir en el reparto de competencias en el seno de los Estados (art. 6.2 Directiva).

«razones imperiosas de interés general» (considerando 40) y «orden público» (considerando 41) (19).

Resulta un tanto sorprendente las numerosas exclusiones que contiene esta Directiva: servicios sin contrapartida económica; servicios de interés económico general; servicios financieros; servicios y redes de comunicaciones electrónicas; servicios de transporte (incluyendo el taxi y servicios portuarios); servicios sanitarios (médicos y farmacéuticos); servicios audiovisuales; juego; servicios sociales; deportes; etc. Sin embargo, su extensión incide en innumerables actividades económicas, lo que afecta la mecánica administrativa de regulación existente en los distintos Estados miembros (20).

Por último, conviene advertir que el artículo 16 de la Directiva «Servicios» que, desarrolla la libertad de prestación de servicios, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los artículos 9 y 15 que desarrollan la libertad de establecimiento de los prestadores, no exige a los Estados miembros que supriman requisitos, sino que se abstengan de aplicar los requisitos a los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros (21). Ello es así porque dado el carácter duradero de la actividad, el titular de la libertad de establecimiento

(19) Por otro lado, en el considerando 36 de la Directiva «Servicios» se define el otro concepto esencial en lo que a su ámbito de aplicación se refiere, esto es, el concepto de prestador, al cual se refiere como «toda persona física con la nacionalidad de un Estado miembro o toda persona jurídica que ejerza una actividad de servicios, ya sea acogándose a la libertad de establecimiento o la libre circulación de servicios». Se trata en definitiva de un criterio material, asociado a la contrapartida económica y que en modo alguno tiene que ver con el prestador, que puede ser tanto público como privado; si bien es cierto que la mayoría de actividades realizadas por los entes públicos no tienen a tales efectos la consideración de «servicio» al excluirse tanto el ejercicio de la autoridad como los servicios sociales y los servicios de interés económico general.

(20) Un aspecto muy importante del contenido la Directiva, deriva del dato de que al concretar su ámbito de aplicación nos está a la vez proporcionado una verdadera definición de qué ha de entenderse por servicio. Así, en el considerando 33 de esta Directiva, al definir el concepto de «servicio» establece un elenco de actividades muy variadas que se hallan incluidas, entre las que se encuentran: servicios destinados a las empresas, como los servicios de asesoramiento sobre gestión, servicios de certificación y ensayo, de mantenimiento, servicios de publicidad o relacionados con la contratación de personal, o los servicios de agentes comerciales. El concepto de servicio incluye tanto servicios destinados a empresas como a consumidores, tales como los servicios de asesoramiento fiscal o jurídico, servicios relacionados con inmuebles como las agencias inmobiliarias o la construcción incluidos los servicios de arquitectos, la distribución, la organización de ferias o el alquiler de vehículos y las agencias de viaje; servicios relacionados con la actividad turística, servicios recreativos, centros deportivos, parques de atracciones, servicios a domicilio y ayuda a personas de edad, etc. Y abarca tanto servicios que requieren una proximidad entre el prestador y el destinatario, servicios que implican un desplazamiento del prestador o del destinatario y servicios prestados a distancia incluso a través de internet.

(21) M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ, «La Directiva de servicios y su trasposición ¿una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa?», en RIVERO ORTEGA (Dir.), *Mercado Europeo y Reformas Administrativas*, Civitas, 2009, p. 109

está sometido completamente a la normativa del país de establecimiento, cosa que no sucede con el titular de la libertad de prestación de servicios (22).

De lo que acabamos sucintamente de describir se deduce que nos encontramos ante una Directiva cuyo contenido, de claro componente liberalizador (aunque de intensa regulación), ha suscitado importantes críticas para un sector de la doctrina que ha llegado incluso a cuestionar la misma competencia europea para su aprobación, calificando el resultado final como una verdadera «desregulación». Para otros autores sin embargo, resulta exagerado reducir los muchos contenidos de la Directiva a una mera desregulación, ya que en realidad las normas reguladoras de las diversas actividades de servicios, una vez éstas se inician, se mantienen si están justificadas. En cualquier caso, con la entrada en vigor de la Directiva «Servicios», se vislumbra un distinto modelo regulatorio. El nuevo régimen que se implantará en nuestro país va a sustituir el clásico sistema continental de control *a priori* por un sistema de corte anglosajón de control *a posteriori*, por lo que el impacto va a ser muy significativo, ya que no será posible la imposición del otorgamiento de un título habilitante previo al ejercicio de una actividad económica salvo en aquellos supuestos en los existan razones imperiosas de interés general que lo justifiquen, por lo que no quedará más remedio que impulsar un verdadero esfuerzo de racionalización de todo el procedimiento administrativo en aras a la seguridad jurídica (23).

El esquema que deriva de esta Directiva implica, en definitiva, un cambio en el sistema de control de la actividad administrativa, «orillando» el modelo de la autorización administrativa previa que pasa de ser la regla a la excepción (24). El artículo 10 de la Directiva establece una serie de condiciones

(22) A. CIDONCHA MARTÍN, «El impacto de la Directiva Bolkestein sobre la libertad de empresas», en Vicente BLANCO Y RIBERO ORTEGA (Dir.) *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, CES, 2009.

(23) Así se desprende de lo dispuesto en el considerando 46 de la Directiva, el cual establece que una de las mayores dificultades a las que se enfrentan las PYME en el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio reside en la complejidad, la extensión y la inseguridad jurídica de los procedimientos administrativos, por lo que procede establecer principios de simplificación administrativa, en concreto limitando la autorización previa obligatoria a aquellos casos en que sea indispensable, e introduciendo el principio de autorización tácita de las autoridades competentes una vez vencido un plazo determinado. En consecuencia, la Directiva pretende eliminar la inseguridad jurídica producto de la extensión y complejidad de los procedimientos administrativos, introduciendo principios de simplificación administrativa, reduciendo los procedimientos, ampliando el derecho a la información.

(24) El impacto negativo de la complejidad, extensión e inseguridad jurídica de los procedimientos administrativos se pone de relieve en el considerando 43 de la Directiva, el cual aboga por sustituir la autorización administrativa previa por la «autorización tácita», con el fin de mitigar los retrasos, impedir el ejercicio del poder arbitrario de las autoridades competentes y reducir los costes al eliminar formalidades burocráticas,

en relación con los criterios en los que ha de basarse la concesión de la autorización, criterios que deben reunir las características siguientes: a) no ser discriminatorios; b) estar justificados por una razón imperiosa de interés general; c) ser proporcionados a dicho objetivo de interés general ; d) ser claros e inequívocos; e) ser objetivos; f) ser hechos públicos con antelación; g) ser transparentes y accesibles. Y establece igualmente una «lista negra» de requisitos prohibidos (25). Y un elenco, conocido como «lista gris», que recoge la relación de requisitos que se consideran potencialmente restrictivos, pero que pueden establecerse siempre que el Estado miembro acredite, tras someterlos a evaluación, que son necesarios, proporcionados y no discriminatorios (26).

No se plantea la exigencia ni el objetivo de armonizar los procedimientos administrativos de autorización, sino que se mantiene formalmente el principio comunitario de respeto de las previsiones procedimentales y organizativas de los Estados miembros, pero exigiendo una evaluación de las autorizaciones y garantizando que respeten los principios de proporcionalidad y no discriminación cuando la existencia de controles previos esté justificada. En definitiva, se persigue someter las regulaciones nacionales a un verdadero control de proporcionalidad, detectando y eliminando aquellas exigencias de autorización que resulten excesivamente onerosas (27).

(25) La lista «negra» se contiene en el art. 14 Directiva. Entre los requisitos prohibidos se encuentran por ejemplo, requisitos discriminatorios basados directa o indirectamente en la nacionalidad, prohibición de estar establecido en varios Estados miembros o de estar inscrito en los registros o colegios o asociaciones profesionales de varios Estados miembros; condiciones de reciprocidad, aplicación, caso por caso, de pruebas económicas, etc.

(26) La lista se recoge en el art. 15 de la Directiva, bajo la rúbrica general de «requisitos por evaluar». Se refieren, por ejemplo, al establecimiento de límites cuantitativos o territoriales, de requisitos concernientes a la forma jurídica del prestador, a la posesión de capital de una sociedad, la prohibición de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional, tarifas obligatorias mínimas o máximas que el prestador debe respetar. Por otro lado en el caso de que se pueda justificar la necesidad de establecer un régimen de autorización, la Directiva establece una serie de reglas que acotan el campo de acción del legislador, entre ellas, la prohibición de limitar la duración de las autorizaciones, salvo excepción justificada (art. 11) o la exigencia de un procedimiento público de selección de candidatos cuando el número de autorizaciones sea limitado debido a la escasez de los recursos naturales o de las capacidades técnicas (art. 12). La regla general de la excepción (la autorización) debe ser la autorización ilimitada temporal y cuantitativamente, porque es menos restrictiva para la libertad de establecimiento. Excepto cuando el número de autorizaciones disponibles para una determinada actividad esté limitado debido a la escasez de recursos naturales o de las capacidades técnicas que se puedan utilizar. En este último caso, la autorización se concederá por una duración limitada y adecuada y no dará lugar a un procedimiento de renovación automática ni conllevará ningún otro tipo de ventaja para el prestador cesante o personas que estén especialmente vinculadas con él (art. 12).

(27) Y es que, pese al mantenimiento del principio de respeto de las previsiones procedimentales internas, la transformación a la que están llamados a experimentar los procedimientos autorizatorios, y en general, los procedimientos administrativos nacionales, se traducirá en una

Otra regla a destacar es que la Directiva «Servicios» decide, igualmente, que el silencio administrativo— ante la ausencia de respuesta en el plazo fijado—, se considerará positivo o estimatorio. Obviamente, se podrá prever un régimen distinto cuando dicho régimen esté justificado por una razón imperiosa de interés general, incluidos los legítimos intereses de terceros (28).

Lo anterior no supone que no se pueda establecer un régimen de intervención y regulación administrativa de las actividades de servicios y su ejercicio, sino que cualquier regulación administrativa, que resulte justificada, deberá vertebrarse sobre los principios de *no discriminación*, *necesidad* y *proporcionalidad*. Así, las medidas que se adopten deben no ser discriminatorias en relación con la nacionalidad o el domicilio social, ni directa ni indirectamente. En segundo lugar, todo régimen de autorización tiene que estar justificado por una razón imperiosa de interés general, esto es, razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre las que se incluyen: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de Seguridad Social, la protección de los consumidores, lucha contra el fraude, protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y objetivos de política social y cultural. Y en tercer lugar, la medida debe cumplir el requisito de la proporcionalidad, entendida como que el requisito impuesto deberá ser adecuado para conseguir el objetivo que se persigue y no ir más allá de lo estrictamente necesario para conseguirlo.

Puede afirmarse que el verdadero cambio que introduce sin lugar a dudas consiste en la sustitución de los controles previos (las clásicas autorizaciones administrativas) por filtros mucho más ágiles y menos costosos que vienen a configurarse como controles *ex post* o inspecciones administrativas, por lo que en realidad, la Directiva podría y debería determinar en un futuro inmediato un incremento de los controles administrativos sobre las actividades de servi-

progresiva aproximación de sus estructuras, resultado al que sin duda contribuirá en buena medida la simplificación procedimental que impone la misma Directiva y que se verá reforzado con sus previsiones sobre la adopción de «formularios armonizados a escala comunitaria».

(28) El legislador español, si bien mediante la modificación del artículo 43 LAP ha generalizado este régimen de silencio, sin limitarlo a las actividades de servicios, ha hecho una generosa interpretación de lo que son razones imperiosas de interés general. En efecto, la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 29/2009 ha dispuesto que se entenderá que concurren razones imperiosas de interés general en aquéllos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley por normas con rango de Ley o de Derecho comunitario, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto.

cios, controles basados no tanto en el *si* de la actividad sino en el *cómo* se desarrolla la actividad.

Sin embargo, la simplificación administrativa no consiste solo en la supresión de trámites. Es necesario rediseñar los procedimientos a este nuevo objetivo, atendiendo a evitar duplicidades y facilitar la información adecuada a los ciudadanos. Y así lo advierten los considerandos 45 a 48 de la Directiva que se refieren a la necesidad de atender a las duplicidades, obstáculos y retrasos procedimentales; establecimiento de disposiciones sobre el derecho de información, procedimientos electrónicos y regímenes de autorización, restricciones de las exigencias documentales, o el interlocutor único de los prestadores (la «ventanilla única»). A su vez, el considerando 42 insiste en la necesidad de agilizar los procedimientos: «las normas relativas a los procedimientos administrativos no deben tener por objeto la armonización de dichos procedimientos, sino suprimir los regímenes de autorización, procedimientos y formalidades excesivamente onerosos que obstaculizan la libertad de establecimiento y la creación de nuevas empresas de servicios».

En esta línea de aproximar procedimientos, los considerandos 45 y 46, ordenan a los Estados miembros tener en cuenta las posibles duplicidades procedimentales y prevén el establecimiento de un objetivo común de simplificación administrativa, que incluiría el establecimiento de disposiciones sobre el derecho de información, los procedimientos electrónicos y el marco de los regímenes de autorización.

A la vista de tales objetivos, no es difícil pronosticar que en un medio plazo lo anterior se traducirá en un avance cualitativo sin precedentes en el terreno de los principios generales del procedimiento (audiencia, motivación, transparencia, etc.) a los que se añadirán las ideas de simplicidad, celeridad y proporcionalidad en la tramitación, pues difícilmente se concebirá el mantenimiento por parte de un Estado miembro de exigencias formales que en modo alguno sean consideradas como necesarias por el resto.

En definitiva, el efecto común ha de ser la denominada «descarga burocrática», traducida en la supresión de trámites y en la aceleración de los procedimientos, para lo cual será decisiva la adecuada puesta en marcha de la ventanilla única electrónica. Para poder acometer los objetivos mencionados, una de las principales exigencias de la Directiva es la del establecimiento de un «punto único de contacto». Se trata de que los prestadores de servicios tengan mayores facilidades en el acceso a la información sobre los requisitos para desarrollar las actividades de servicios en los distintos Estados reduciendo los costes de transacción.

La ventanilla única electrónica, a pesar de los muchos interrogantes que plantea, representa de este modo un elemento clave de la directiva que sin

embargo deja bastante margen de maniobra a los gobiernos a la hora de diseñar el modelo concreto a adoptar, sin prejuzgar sobre la asignación interna de su competencia y su gestión, que puede ser desarrollada tanto por administraciones, como por colegios profesionales o incluso por organismos privados. En este sentido, se convierte en una obligación administrativa el ofrecer la posibilidad de tramitar los procedimientos que den acceso a la prestación de servicios por vía electrónica, convirtiendo en un verdadero derecho la opción entre la comunicación con papel o el recurso a las nuevas tecnologías.

Por otro lado, el «nuevo marco regulatorio», no implica, sin más, el «desmantelamiento» de la técnica de la autorización administrativa. Y ello, por exigencias del Derecho comunitario, dado que es en muchas ocasiones la norma comunitaria la que exige un título habilitante previo. Un ejemplo notorio es el sector de la energía—. Y el TJCE ha declarado (STJCE de 6 de noviembre de 2008) que este sistema de control *a priori* no puede ser sustituido por el legislador nacional los de declaración o comunicación previa, dado que la autorización «implica un examen caso por caso de todas las solicitudes presentadas con este fin y que no puede ser tácita». Otro ejemplo sería el de la política de medio ambiente, en el que la autorización se utiliza como el medio más idóneo para hacer efectivo el principio de acción preventiva del artículo 174.2 Tratado de la Comunidad Europea (29).

Así pues, la Directiva «Servicios» no afecta a la normativa sectorial comunitaria, que en ocasiones, exige la autorización como título habilitante. Por ello, el artículo 3 de la Directiva «Servicios» dispone que si surge un conflicto entre una disposición de la presente Directiva y una disposición de otro acto comunitario relativo a aspectos concretos relacionados con el acceso a la actividad de un servicio o a su ejercicio en sectores concretos o en relación con profesiones concretas, estas otras normas primarán y se aplicarán a esos sectores o profesiones concretos.

II. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS Y SU INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO ESTATAL: LA «LEY PARAGUAS» Y LA «LEY ÓMNIBUS»

La Directiva «Servicios», como acabamos de ver, supone un importante cambio en la regulación administrativa de la función de control de las actividades de los particulares con el fin de proporcionar un marco jurídico que favorezca la realización de las distintas actividades de iniciativa privada pro-

(29) Vid. B. LOZANO CUTANDA, «Ley Ómnibus: silencio administrativo, declaración responsable y comunicación previa», en *Diario La Ley*, núm. 7339, 10 de febrero de 2010.

curando un aumento de la competencia. Cambio normativo que deberá venir acompañado de medidas de simplificación administrativa y de implementación de la Administración electrónica y que obligará a repensar los instrumentos de responsabilidad.

No en vano, en la doctrina científica más cualificada han subrayado, como hemos recordado, que la Directiva «Servicios» impone un «cambio de paradigma» de enorme envergadura, ya que obliga a las Administraciones Públicas, preparadas sobre todo para el control preventivo de la actividad económica de las empresas y sujetos privados, a orientar la preservación de los intereses públicos mediante un sistema de controles *a posteriori* (30).

La incorporación de esta Directiva se ha realizado en España, a nivel estatal, en dos fases (31), mediante las conocidas como Ley «Paraguas» (Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio) (32) y «Ley Ómnibus» (Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio). El objetivo fundamental de ambas normas es impulsar la creación de empresas, la competencia y la internacionalización de las PyMEs españolas en el sector servicios, que representa el 66% del PIB y del empleo en España, donde aún existe un amplio

(30) S. MUÑOZ MACHADO, «Ilusiones y conflictos...», op. cit. p. 3. Sin embargo, para otros autores como LAGUNA DE PAZ, la magnitud del cambio no es tan extraordinaria, ya que la mayor parte de las autorizaciones que se eliminan son de otorgamiento reglado, cuya sustitución por comunicaciones previas representa una leve disminución de barreras en el sector. «Directiva de Servicios: el estruendo del parto de los montes», en *El Cronista del Estado de Derecho Social y Democrático*, núm. 6, p. 44.

(31) En relación con esta discutida norma, vid., entre otros, R. JIMÉNEZ ASENSIO, *La incorporación...*, op. cit. pp. 65 y ss.

(32) Esta Ley tiene por objeto incorporar los principios generales de la Directiva «Servicios» para facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre prestación de servicios. Su ámbito de aplicación comprende a los servicios realizados a cambio de una contraprestación económica que sean ofrecidos o prestados en territorio español por prestadores establecidos en cualquier Estado miembro de la UE. Para comprender la estrategia seguida en la transposición, resulta de gran interés la Memoria de análisis del impacto normativo donde se expone el programa de trabajo aprobado por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos económicos, consistente en simultanear la aprobación de una Ley horizontal de transposición con reformas sectoriales. Se justifica en dicho documento la aprobación de una Ley horizontal, también denominada «ley paraguas», que sirva para introducir en nuestro ordenamiento con carácter general los principios y exigencias de la Directiva, sin perjuicio de que tales principios y exigencias después se concreten en cada una de las Leyes especiales, muchas de ellas en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas. Y por otro lado, la Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, más conocida como Ley ómnibus; y que pretende ser la Ley que en el marco de las competencias del Estado, materialice los principios básicos contenidos en la Directiva en el régimen de los títulos habilitantes que hasta el momento están vigentes, efectuando la valoración y motivación de cada uno de los títulos previos.

margen de mejora tanto en términos de productividad como de contención de precios (33).

La «Ley Paraguas» es aplicable a casi todas las actividades de servicios (34). Sólo se excluirán los servicios financieros, comunicaciones electrónicas, transporte y servicios portuarios, empresas de trabajo temporal, servicios sanitarios y audiovisuales, determinadas actividades de juego, las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública, los servicios sociales prestados en virtud de acuerdo con la Administración o los servicios de seguridad privados.

Como criterio general, la «Ley Paraguas» propone eliminar los procesos de autorización previa y, cuando sea necesario, sustituirlas por declaraciones o comunicaciones previas para su seguimiento por las autoridades competentes, y en las que el prestador de servicios se responsabilice del cumplimiento de los requisitos necesarios para el correcto funcionamiento de su actividad. Se garantiza la calidad de las prestaciones a través de los servicios de inspección y control a posteriori, que se refuerzan con esta norma. Sólo podrán exigirse requisitos a la libre prestación de servicios cuando estén debidamente justifi-

(33) La aprobación de la Directiva ha supuesto el inicio de un complejo proceso de transposición interna de las previsiones contenidas en la misma al derecho interno de los diferentes países miembros de la Unión Europea, y en particular, a nuestro ordenamiento interno; de hecho, su transposición en España, según ha diagnosticado el Ministerio de Economía y Hacienda ha requerido y requerirá la próxima reforma de alrededor de unas 7000 normas tanto del ordenamiento estatal como de los distintos ordenamientos autonómicos. Sobre el plazo de transposición, la misma Directiva establece en su artículo 44 que una vez aprobada, los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma antes del 28 de diciembre de 2009.

(34) La Ley consta de 32 artículos, y viene a ser una copia bastante fiel del texto de la Directiva si atendemos a su exposición de motivos y a su articulado, el cual se estructura en seis capítulos que coinciden en gran medida con los grandes bloques de la norma comunitaria. Así, el Capítulo primero contiene las disposiciones generales (objeto, ámbito de aplicación y definiciones); el Capítulo segundo consagra la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios (incluyendo los regímenes de autorización); el Capítulo tercero regula la libre prestación de servicios por parte de prestadores de otro Estado miembro; el Capítulo cuarto ordena la simplificación administrativa (procedimientos y Ventanilla Única); el Capítulo quinto se dedica a la política de calidad de los servicios (obligaciones de los prestadores, comunicaciones comerciales); y el Capítulo sexto se ocupa de la cooperación administrativa. Importantes son también las disposiciones adicionales, transitorias y finales de la Ley, pues se ocupan de cuestiones cruciales como el intercambio electrónico de información (Adicional primera); la inclusión de otros trámites en la Ventanilla única (Adicional segunda); el Comité para la mejora de la regulación de las actividades de servicios (Adicional tercera); la notificación a la Comisión Europea (Adicional cuarta); el régimen de infracciones y sanciones (Adicional quinta); el régimen transitorio (con la regla de la normativa vigente en el momento de la solicitud); la Disposición derogatoria; los títulos competenciales (Final primera); previsiones sobre habilitación normativa y cumplimiento (Final segunda); adaptación de la normativa vigente (Final tercera); incorporación del Derecho comunitario (Final cuarta) y entrada en vigor (Final quinta).

cados por razones de salud pública, de protección del medio ambiente, de orden público o de seguridad pública; sean proporcionados y no sean discriminatorios por razón de nacionalidad o domicilio social. La «Ley Paraguas» pretende eliminar todos los trámites innecesarios y optar por las alternativas menos gravosas para el ciudadano; por ejemplo, facilitando la tramitación por vía telemática y a distancia. Para ello, dispone la creación de una ventanilla única, donde se podrán realizar de manera ágil todos los trámites administrativos —europeos, nacionales, autonómicos y locales— para poder desarrollar la actividad de servicios en cualquier país de la UE. También se refuerzan los derechos y garantías de los consumidores, ya que se imponen mayores obligaciones de información sobre el prestador y sus servicios. Además, se establece la obligatoriedad de dar respuesta a las reclamaciones en el plazo de un mes, a partir de la fecha en que hayan sido formuladas. La «Ley Paraguas» refuerza los mecanismos de cooperación entre las autoridades españolas y las del resto de los Estados miembros. Las Administraciones de todos los países de la UE deberán cooperar a efectos de información, control, inspección e investigación sobre los prestadores de servicios establecidos en su territorio, así como con la Comisión Europea. Se crearán los mecanismos necesarios para que el intercambio de información sea constante entre las distintas administraciones, con el fin de salvaguardar y proteger los intereses de los consumidores ante conductas indebidas o irregulares (35).

Por su parte, la «Ley Ómnibus» supone una modificación de la normativa estatal de rango legal dirigida a garantizar el principio de libre acceso y ejercicio de las actividades del sector servicios. En ella se introducen los cambios normativos necesarios para la supresión o adaptación de cualquier régimen de autorización, traba o requisito que limite o restrinja la realización de una actividad de servicios, y se fomente la mejora regulatoria (36).

La trasposición efectuada en España, como bien destaca R. RIVERO ORTEGA, ha optado por la incorporación de reformas no directamente derivadas ni requeridas por la directiva de Servicios a la Ley Ómnibus y se ha querido presentar

(35) Para poner en marcha la reforma del sector servicios se han identificado, al menos, 7.000 procedimientos o disposiciones normativas que deberán ser revisados a luz de esta nueva regulación con el fin de garantizar su adecuación a los principios de esta normativa. El Gobierno Español en su *Informe de la transposición de la Directiva de Servicios*, (abril, 2010) ha cuantificado la entidad de la reforma que se está acometiendo, en la eliminación de 116 autorizaciones a nivel estatal y del orden de 633 a nivel autonómico, y en la eliminación de 594 requisitos. *Informe de la transposición de la Directiva de Servicios*, abril, 2010.

(36) En todo caso, como es conocido, el efecto más importante de la «Ley Ómnibus» no ha sido la liberalización de un gran número de actividades solo se suprime el régimen de autorizaciones en cinco actividades— sino la sustitución de esta técnica por comunicaciones previas y declaraciones responsable

como una muestra del «enfoque ambicioso» adoptado por el Gobierno en el cumplimiento de la norma europea (37).

En especial, por lo que afecta a la normativa administrativa conviene advertir que ya se han introducido las dos nuevas técnicas administrativas sobre las que se ha de sustentar ahora la función de «policía administrativa» de las distintas Administraciones Públicas (38):

a) La DECLARACIÓN RESPONSABLE (nuevo art. 71 bis LAP): 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 o ejercicio de un derecho, 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, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección de la Administración.

b) La COMUNICACIÓN PREVIA (nuevo art. 71 bis LAP): documento mediante el cual un interesado pone en conocimiento de la Administración competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección de la Administración (39).

Según el nuevo precepto, se entenderá por *declaración responsable* 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

(37) R. RIVERO ORTEGA, «Aprovechamiento que el Pisuerga pasa por Valladolid: análisis del Proyecto de Ley Ómnibus», en VVAA, *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Círculo de Empresarios, 2009, p. 351. Entre los sectores excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios y afectados por la Ley 25/2009 se encuentran los de transportes, telecomunicaciones, seguridad y salud en el trabajo, profesiones sanitarias, costas, montes, caza, pesca fluvial, servicios portuarios, sanidad, seguridad vial y Seguridad Social

(38) Vid. B. LOZANO CUTANDA, «Ley Ómnibus: silencio administrativo, declaración responsable y comunicación previa», en *Diario La Ley*, núm. 7339, 10 de febrero de 2010. Estas técnicas no son novedad y ya existen en nuestro derecho (ej. Ley Contratos Sector Público). Por lo demás, conviene recordar que ya nuestra mejor doctrina había reflexionado sobre la posibilidad de considerar la comunicación con veto como una alternativa a la autorización. Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Sobre silencio positivo y recurso contencioso», en *RAP*, 1965, núm. 47; R. MARTÍN MATEO, «Silencio administrativo y actividad autorizante», en *RAP*, 1965, núm. 48 y SANTAMARÍA PASTOR, «Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada», en *DA*, 1986, p. 28.

(39) Esta figura ya existía: por ejemplo en el artículo 194.2 Ley Aragonesa de Administración Local de 1999 o en la Ordenanza del Ayuntamiento de Zaragoza reguladora de actuaciones urbanísticas comunicadas de 31 de marzo de 2000.

reconocimiento o ejercicio. Por su parte, la *comunicación previa* se define 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 (40).

Tal y como establece el artículo 71.3 Bis LAP, con carácter general, las declaraciones responsables y las comunicaciones previas permitirán el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas (41).

La diferencia por tanto conceptual entre declaración responsable y comunicación previa radicaría en que frente a la mera comunicación, la declaración responsable implica que el interesado dispone de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos que exige el reconocimiento o ejercicio de un derecho. La legislación sectorial se ha inclinado por la exigencia de declaraciones responsables, sin que a lo largo de la tramitación de la norma se haya justificado el porqué de la elección en cada supuesto de una u otra forma de control (42).

Por otra parte, una de las reglas principales de la Directiva «servicios» —con clara incidencia en el ordenamiento español— es que las autorizaciones, con independencia de quien las vaya a otorgar (43), deben desplegar efectos para ejercer la actividad de que se trate en todo territorio nacional, salvo que haya una razón imperiosa de interés general que justifique una autorización

(40) El art. 71 Bis establece que la comunicación previa podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente. Por el contrario, parece desprenderse que la declaración responsable ha de producirse de forma previa al reconocimiento o ejercicio del derecho en cuestión. Así se ha configurado en la legislación sectorial.

(41) Lo característico de comunicación previa y declaración responsable, frente a la autorización, es que las declaraciones responsables y las comunicaciones previas permiten el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación

(42) Así lo ha hecho ver el Consejo de Estado en su Dictamen 779/2009, de 21 de mayo de 2009.

(43) El artículo 10.7 de la Directiva «Servicios» dispone que «la directiva no cuestiona el reparto de competencias locales o regionales de las autoridades del Estado miembro habilitadas para conceder dichas autorizaciones». No obstante, lo cierto y evidente es que la trasposición de la Directiva «Servicios» tiene una indudable incidencia en el ámbito competencial de la regulación de las actividades económicas de servicios. Vid., entre otros, N. GARRIDO CUENCA y L. ORTEGA ÁLVAREZ, «Legislación básica. El impacto de la trasposición de la Directiva de Servicios y la estrategia de cambio climático en la legislación básica de medio ambiente. Los problemas derivados de la pluralidad de Administraciones Públicas implicadas: un modelo por construir», en *Observatorio de Políticas Medioambientales* (Dir. F. LOPEZ RAMÓN), Aranzadi, 2010, pp. 183-206.

que se limite a una parte específica del territorio. Es decir, se supera la traba a las «múltiples» autorizaciones autonómicas o locales, en función de ámbito competencial.

Pero no sólo nos encontramos con cambios en las citadas técnicas administrativas. En la «Ley Ómnibus» se incluyen reformas concretas del derecho español para adaptarlo a sus exigencias. En particular, se plantea la reforma de las leyes de bases de régimen local, del procedimiento administrativo, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, de defensa de consumidores y usuarios, de colegios profesionales, de inspección de trabajo y seguridad social, de patentes, de seguridad privada, de ordenación de la edificación, de subcontratación en el sector de la construcción, de minas, del sector eléctrico, de hidrocarburos, de ordenación de los transportes terrestres de navegación aérea, del sector ferroviario, de puertos, del servicio postal universal, de telecomunicaciones, de caza, de costas, de vías pecuarias, de residuos, de aguas, de montes, de parques nacionales, del patrimonio natural, de sanidad animal, de propiedad intelectual, de la viña y el vino, de las profesiones sanitarias, del medicamento, de las profesiones de abogado y procurador, entre otras (44).

Proceso de adaptación que no se residencia en exclusiva en el Estado sino que, a través de las Leyes y reglamentos corresponde en al menos igual medida a las Comunidades Autónomas la trasposición de la Directiva «Servicios» y de la Ley «Omnibus». Y, por supuesto, a las entidades locales en su concreto ámbito competencial (ex Ordenanzas) (45).

Nos hallamos sin duda ante un proceso de transposición complejo para nuestras Administraciones por varios motivos, en primer lugar por el propio contenido general de la directiva que afecta a un conjunto de actividades de servicios que quiere ser lo más amplio posible, con numerosos sectores económicos implicados, y por la pluralidad de títulos competenciales en presencia, unos competencia del Estado, otros de las Comunidades Autónomas, otros de las corporaciones locales, y en algunos supuestos competencias compartidas

(44) Otras leyes a nivel estatal importantes que resultan afectadas son, entre otras, la Ley del Comercio minorista y la Ley de servicios profesionales, de suma importancia esta última para determinar qué controles complementarios de conocimientos pueden establecer los colegios profesionales para el acceso al ejercicio de una profesión regulada..

(45) En Aragón, la norma de trasposición ha sido el Decreto-Ley 1/2010, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón. Sobre cómo afecta esta Directiva a la normativa local me remito a los trabajos de MERINO ESTRADA, «La transposición de la directiva Bolkenstein y los Municipios españoles», en *Revista de Estudios Locales*, núm. 117, febrero 2009, pp. 14 a 24, y GAMERO CASADO, Eduardo, «Los municipios y la ventanilla única de la directiva de servicios», en *Revista de Estudios Locales*, núm. 122, julio-agosto 2009, pp. 138 a 165.

entre todos ellos (46). En segundo lugar, porque el proceso que ha de realizar un ente público en la valoración de los requisitos de interés general que justifican el establecimiento de autorizaciones previas supondrá un cambio radical en el actuar de los mismos. Y en tercer lugar, por el esfuerzo que va a suponer el articular los mecanismos de cooperación interadministrativa tanto a escala nacional como comunitaria (47).

(46) La transposición de la Directiva podía llevarse a cabo a través de dos vías, bien en cascada, bien con implementación simultánea en todos los niveles administrativos. La opción elegida por el legislador estatal ha sido la primera, con la ventaja que ello supone por la coordinación y armonización del proceso en todas las Comunidades, lo único que quizás debiera haberse iniciado antes para haber facilitado el proceso de transposición de las Comunidades Autónomas, otorgándoles mayor tiempo. Y ni que decir tiene de las dificultades que ello está suponiendo para los entes locales, que se encuentran en una situación aun más compleja sobre todo por el grado de desconocimiento de la incidencia de la Directiva sobre sus propias normas, y especialmente por el impacto de la misma en los procedimientos administrativos de concesión de licencias. Una vez más se pone de manifiesto la relativa desconsideración de los poderes del estado y las Comunidades autónomas con respecto a los entes locales en lo relativo a las políticas europeas, sobre todo en supuestos como el presente en el que la incidencia es total.

(47) Por lo que respecta al ámbito autonómico, hay cinco grandes bloques de materias competencia de las Comunidades Autónomas que se verán afectados por la transposición de la Directiva: infraestructuras económicas de interés regional (carreteras, ferrocarriles, puertos, regadíos, etc.), sectores económicos concretos como la caza, pesca, artesanía, industria, agricultura, ganadería, montes, aprovechamientos y servicios forestales; organización de intereses económicos: cooperativas, mutuas, cámaras agrarias, cámaras de comercio, etc.; desarrollo económico regional, o lo que es lo mismo, la planificación de la actividad económica en el ámbito autonómico; y por último lo relativo a la configuración de un sector público económico propio de la Comunidad Autónoma. Por lo que se refiere a los entes locales, estos deberán asumir un proceso equivalente en la transposición, y en este caso muy relevante ya que la mayoría de las licencias que van a resultar afectadas son municipales. En esta línea, las corporaciones locales habrán de modificar su normativa reguladora, para lo cual será capital el papel que desempeñen tanto el Ministerio de Política territorial como la federación Española de Municipios Y Provincias en labores de asesoramiento. Algunos ejemplos de ordenanzas que precisarán de una mayor adaptación, son las de quioscos, publicidad exterior, venta ambulante, mercados, terrazas, licencias de actividad, protección contra el ruido, protección del medio ambiente, telecomunicaciones, energía solar y servicios funerarios, entre otras. Ciertamente es, que en la administración local habría que diferenciar la situación de las grandes ciudades y de los pequeños municipios; la norma europea mantiene el tradicional respeto a la organización administrativa de los Estados miembros al respecto, pero es indudable que, a la hora de cumplir adecuadamente con las exigencias de la directiva, las mayores dificultades se van a plantear en aquellos municipios de reducidas dimensiones, y sobre todo de aquellos situados en zonas fronterizas, que van a tener que asumir nuevas tareas y cargas administrativas de cierta complejidad (piénsese por ejemplo en los problemas lingüísticos en los reconocimientos documentales). en cualquier caso, todos ellos deberán reconfigurar sus procedimientos administrativos y efectuar las adaptaciones de funcionamiento pertinentes para el nuevo modelo de intervención administrativa que configura la Directiva.

III. EL CONCRETO EFECTO DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Descrito el régimen derivado de la Directiva de «servicios» y la senda iniciada hacia la simplificación procedimental y auge de la técnica de la declaración responsable, conviene analizar en que medida estos objetivos son de aplicación a la tramitación de los contratos públicos. Sector clave para la consecución del mercado interior europeo, pues no en vano, según los últimos datos publicados por la Comisión Europea, en el año 2008, la compra de bienes, obras y servicios por parte del sector público se cifró en 2.155 billones de euros que equivalen a un 17,23% del Producto Interior Bruto (PIB) europeo (48). Este porcentaje en el gasto público ha supuesto que la contratación pública no sea entendida únicamente como una forma de aprovisionamiento, sino también como un instrumento de política económica que puede contribuir a la consecución de otros fines o políticas públicas como puede ser la lucha contra el desempleo (49). Esta importancia justifica la «revisión» de los trámites administrativos específicos de la contratación pública a la luz de los principios de la Directiva «servicios» (50).

La Directiva «Servicios» excluye de su ámbito a las cuestiones reguladas por la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de Contratos Públicos. Y ello tanto de la dicción del considerando 57 como porque el artículo 5.4 de la Directiva excluye a la Directiva de contratos públicos —junto con otras— de la previsión del párrafo tercero de ese artículo 5.

Con dicha previsión, en apariencia, parece que la materia de contratación pública sería ajena a los cambios derivados de la Directiva «Servicios». Nada

(48) Son datos extraídos del Documento de trabajo de la Comisión Europea *Measurement of Indicators for the economic impact of public procurement policy. Public procurement indicators 2008*, de 27 de abril de 2010 http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2008_en.pdf

(49) Acerca de la visión instrumental de la contratación pública, puede consultarse J. M^º GIMENO FELIÚ, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 16 y 17. También, J. M^º GIMENO FELIÚ, «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, 2010, pp. 50-55

(50) Cuestión analizada por A. SANMARTÍN MORA en su ponencia *Contratación Pública y Directiva Servicios. Hacia la simplificación administrativa*, en el Seminario que sobre Novedades en la contratación pública se celebró en Formigal los días 23 y 24 de septiembre de 2010 (en el marco de las actividades del Proyecto de investigación *Nuevos escenarios de la contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva* —DER JURI 2009-12116—). Sobre el mismo me remito a la Crónica elaborada por T. MEDINA, publicada en el núm. 37 de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2010.

más lejos de la realidad. Primero, porque la exclusión no lo es para las otras previsiones del artículo 5 (simplificación administrativa). Y ello porque lo único que se pretende es establecer la reglas de aplicación de la norma especial sobre la general, pero nada más (así debe entenderse el considerando 57 de la Directiva «Servicios»). En segundo lugar, porque los principios reguladores son coincidentes. No en vano ambas Directivas —impulsadas por el mismo Comisario europeo— tienen o persiguen un mismo objetivo: la consecución efectiva del mercado interior europeo mediante la simplificación, flexibilización y modernización (51).

Por ello, aun en una mínima aproximación, podrían señalarse las siguientes cuestiones «propias» de los contratos públicos, donde incide la referida Directiva «Servicios»: simplificación procedimental, descarga burocrática de la documentación exigible mediante aplicación de la técnica de la declaración responsable; implantación de ventanillas única y de Registros con validez «universal» y necesidad de incorporación de las nuevas tecnologías de la información. Medidas que, además —máxime en tiempo de crisis— deben tender al objetivo de favorecer el acceso de las Pymes a los contratos públicos (52).

(51) Vid. T. MEDINA ARNAIZ, «Impacto sobre la Administración autonómica en cuanto a la simplificación de los trámites a los prestadores de servicio», en libro colectivo *Colección de Estudios del Consejo Económico y Social de Castilla y León*, núm. 13, dedicado al IMPACTO DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN CASTILLA Y LEÓN, dirigido por D. J. VICENTE BLANCO y R. RIVERO ORTEGA, 2010, p. 435. También A. SANMARTÍN MORA defiende la necesidad de simplificación del marco de la contratación pública. «Las competencias en materia de contratación pública en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007: una oportunidad para desarrollar políticas propias», en libro colectivo *Estatuto de Autonomía de Aragón 2007. Políticas públicas ante el nuevo marco estatutario*, Zaragoza, 2010 p. 419

(52) Una regulación adecuada de la contratación pública debe tener en cuenta el impacto y rol de las PYMEs ya que la mayor participación de las PYMEs en las compras públicas generará una competencia más intensa por la obtención de contratos públicos, lo que ofrecerá a los poderes adjudicadores una mejor relación calidad-precio por cuanto la mayor competitividad y transparencia de las prácticas de contratación pública permitirá a las PYMEs desarrollar su potencial de crecimiento e innovación, con el consiguiente efecto positivo sobre la economía europea (no en vano las PYMEs se consideran en general la espina dorsal de la economía de la UE y, para aprovechar al máximo su potencial de creación de empleo, crecimiento e innovación, debe facilitarse su acceso a los contratos públicos)Vid. mi trabajo *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 361. Esta cuestión es abordada también específicamente en materia de contratación pública por las autoridades comunitarias, que aconsejan una reforma que permita cumplir los siguientes objetivos: Superar las dificultades relacionadas con el tamaño de los contratos; garantizar el acceso a la información relevante; mejorar la calidad y la comprensibilidad de la información proporcionada; fijar niveles de capacitación y requisitos financieros proporcionados; aliviar la carga administrativa; poner énfasis en la relación calidad-precio y no meramente en el precio; conceder plazo suficiente para preparar las ofertas; velar por que se respeten los plazos de pago.El Comité de las Regiones de la Unión Europea, en sesión plenaria, realizada el pasado 3 de febrero, ha aprobado el proyecto de dictamen sobre el «Small business act» para Europa: iniciativa en favor

Se trata de medidas de distinta entidad que pueden requerir en algunos casos un desarrollo normativo mientras que en otros bastaría con una simple revisión de los pliegos de cláusulas.

a) *Revisión de los requisitos exigidos para contratar como consecuencia del principio de libre prestación de servicios.* Simplificación documental.

Una primera constatación es que la Directiva de contratos públicos de 2004 exige ciertos elementos de capacidad y de solvencia para poder contratar con los poderes públicos. Y tiene su lógica desde la perspectiva de los distintos intereses públicos en juego. Pero en este aspecto de exigencia de documentación, no parece que funcione la exclusión de la «Directiva de contratos públicos», ya que en la misma no se recoge esta obligatoriedad de presentación documental (53).

Además, debe llamarse la atención que estos criterios lo son para poder contratar y no para poder licitar. Es decir, la Directiva no se opondría —más bien lo contrario— a un primer trámite de declaración responsable para posterior comprobación antes de la adjudicación al licitador seleccionado. Desde esta perspectiva, entiendo es como debe interpretarse el marco normativo español. Ciertamente pudiera parecer una interpretación heterodoxa, que posiblemente suscitará «recelos» entre los órganos gestores (acostumbrados a una liturgia formal) pero en pleno siglo XXI parece lógico posponer aun trámite posterior mas sencillo la comprobación documental lo que se traduce en un ahorro de costes no solo para la administración sino para los potenciales licitadores, facilitando el que puedan presentar ofertas y funciones adecuadamente el principio de economías de escalas (advértase que las PYMEs no suelen disponer de gran capacidad administrativa especializada, por lo que resulta imprescindible reducir al mínimo los requisitos administrativos). Sin duda, el licitador podría acogerse a esta posibilidad —al entender de aplicación la técnica ex artículo

de las empresas. En este documento se recogen medidas para facilitar el acceso a los mercados de la contratación pública. Este Dictamen responde a la Comunicación de la Comisión Europea de 25 de junio de 2008 sobre COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO, AL PARLAMENTO EUROPEO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES: «Pensar primero a pequeña escala» «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas. En esta Comunicación La denominación simbólica de «Act» de esta iniciativa subraya la voluntad política de reconocer el papel central de las PYME en la economía de la UE y de articular por primera vez un marco político completo para la UE y sus Estados miembros mediante una serie de diez principios que guíen la formulación y ejecución de políticas, tanto a escala de UE como de los Estados miembros; tales principios son esenciales para aportar valor añadido a escala de la UE, crear condiciones de competencia equitativas para las PYME y mejorar el marco jurídico y administrativo de la UE.

(53) Resulta por ello cuando menos cuestionable la exigencia de una tasa por la actividad de bastaneo de poderes —de difícil encaje en el propio concepto de tasa— y cuya eventual no satisfacción no puede conllevar la exclusión de la empresa

71 bis LAP— y ante una eventual exclusión solicitar el amparo mediante el oportuno recurso. Y habrá que estar a como se resuelve esta cuestión ante los Tribunales Administrativos de contratos públicos creados en virtud de la reforma efectuada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto.

En definitiva, entiendo que, en una interpretación sistemática de las dos Directivas citadas, es necesario eximir al licitador de la obligación de presentar la documentación sobre los extremos que los sujetos contratantes comprueben de oficio, y permite efectuar propuestas de adjudicación, que no adjudicaciones, condicionadas a la presentación de determinados documentos antes de la adjudicación (esta última se configura como momento clave del proceso contractual, puesto que presupone la previa comprobación de los requisitos exigidos para contratar y abre el camino a la fase de ejecución). Nada impide que los poderes adjudicadores, a fin de cerciorarse de la aptitud del adjudicatario del contrato, puedan invitar a los candidatos o licitadores, respecto de la totalidad o parte de las pruebas documentales consideradas, a que declaren por su honor que reúnen todos y cada uno de los requisitos a los que se supe dita dicha aptitud; únicamente el licitador que haya presentado la mejor oferta deberá entonces presentar todos los certificados originales pertinentes dentro de un plazo establecido. La Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos se decanta por esta solución al permitir, ex artículo 54, que se pueda sustituir la documentación relativa a solvencia y capacidad por una declaración responsable, si así lo hubiera previsto el pliego. De igual manera el Reglamento comunitario 2342/2002, sobre normas de desarrollo del Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, prevé generalizar el mecanismo de la declaración responsable para acreditar la situación personal del licitador en el marco de los criterios de selección cualitativa (54).

En esta línea ha avanzado —tímidamente— la reforma LCSP efectuada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, al modificar el artículo 135 LCSP y permitir la declaración responsable para ciertos documentos. Por ello, la lógica sería extender este criterio a toda la fase documental previa, para lo que —no existiendo previsión legal— bien podría recordarse esta opción en los pliegos (55).

(54) Esta posición es defendida por T.MEDINA ARNAIZ, «Impacto sobre la Administración autonómica en cuanto a la simplificación de los trámites a los prestadores de servicio», en Libro colectivo Colección de Estudios del Consejo Económico y Social de Castilla y León, ob. cit., p. 441. Como bien advierte, nada dice la Directiva de contratos públicos sobre si existe o no esta posibilidad.

(55) De hecho, esta posibilidad de simplificación documental ha sido recogida en muchas de las Instrucciones internas que, ex. Artículo 175 LCSP han dictado los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración Pública (por ejemplo, las Instrucciones de MAZ: artículo 10.3 – http://www.maz.es/ES/Perfil_Contratante/Documents/INSTRUCCIONES%20MAZ.pdf).

El principio de eficiencia procedimental aconseja, por lo demás, esta interpretación con la que no se elude el cumplimiento de los requisitos sino que se difiere a un momento posterior pero sólo de quien vaya a ser adjudicatario (56)

No obstante, para que tal procedimiento de declaración responsable en fase de solvencia cumpla el objetivo que persigue la Directiva de contratos públicos, esto es, la aptitud del adjudicatario, los Estados miembros deberán prever un sistema efectivo, proporcionado y disuasorio de «sanciones» aplicables en el supuesto de que el licitador que haya presentado la mejor oferta no esté finalmente en condiciones de aportar las pruebas documentales pertinentes en el plazo establecido o, peor aún, si se determina que incumple uno o varios de los requisitos a los que se supedita la aptitud de los candidatos o licitadores (57). Idea apuntada por el Consejo de Estado en su Dictamen al anteproyecto de Ley (núm. 779/2009, de 21 de mayo), al recordar que sería sancionable tanto la inclusión en la declaración responsable de datos falsos o incorrectos, como el inicio o el ejercicio de una actividad cuando no se ha cumplido con la obligación previa de presentar la declaración responsable o comunicación, en los casos en los que se imponga dicha presentación (58).

Por otra parte, la LCSP, determina como requisito de solvencia para las empresas españolas y extranjeras (no comunitarias, como advierte art. 55 LCSP) la necesidad de clasificación para determinados umbrales de contratos cuando el contrato lo celebren Administraciones Públicas, a los efectos de esta Ley (aunque el resto de entidades, si lo desean, pueden también incorporar en sus pliegos este requisito —54.5 LCSP—). Dice así el artículo 54:

(56) T. MEDINA ARNAIZ, «Impacto sobre la Administración autonómica en cuanto a la simplificación de los trámites a los prestadores de servicio», en libro colectivo *Colección de Estudios del Consejo Económico y Social de Castilla y León*, ob. cit., p. 446.

(57) En todo caso, si el licitador que presente la mejor oferta no aporta las pruebas documentales pertinentes, no obtendrá el contrato, que podría adjudicarse, sin embargo, al licitador situado en segundo lugar, siempre que esta posibilidad se haya indicado en el pliego de condiciones. Esto permitirá, además, una mayor visibilidad a las oportunidades de subcontratación y garantizar igualdad de condiciones a los subcontratistas.

(58) Como se pone de manifiesto en el Dictamen 779/2009, de 21 de mayo de 2009, no es lo mismo ejercer la actividad sin respetar los requisitos exigidos para ello que la falta de comunicación del inicio de la actividad. De este modo, el Consejo de Estado aconseja la tipificación como sanción autónoma el inicio o ejercicio de una actividad en haber realizado la comunicación (o en su caso declaración) en los casos en los que la ley impone esta modalidad de control. Y ello porque, de lo contrario, esto es, si no se desencadenasen con consecuencias sancionadoras para quien omite la obligación de comunicación o declaración y, a pesar de ello, inicia su actividad, no tendría sentido exigir su presentación. Añade el Consejo de Estado que uno de los efectos de la presentación, es precisamente, la posibilidad de que la Administración realice actividades de control y comprobación a posteriori. No puede haber una auténtica obligación si del incumplimiento de la misma no se derivan consecuencias para el sujeto que ha incumplido.

«1. Para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de obras de importe igual o superior a 350.000 euros, o de contratos de servicios por presupuesto igual o superior a 120.000 euros, será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado. Sin embargo, no será necesaria clasificación para celebrar contratos de servicios comprendidos en las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del Anexo II

En el caso de que una parte de la prestación objeto del contrato tenga que ser realizada por empresas especializadas que cuenten con una determinada habilitación o autorización profesional, la clasificación en el grupo correspondiente a esa especialización, en caso de ser exigida, podrá suplirse por el compromiso del empresario de subcontratar la ejecución de esta porción con otros empresarios que dispongan de la habilitación y, en su caso, clasificación necesarias, siempre que el importe de la parte que debe ser ejecutada por éstos no exceda del 50 por 100 del precio del contrato.

2. La clasificación será exigible igualmente al cesionario de un contrato en el caso en que hubiese sido requerida al cedente» (59).

El sistema español establece, por tanto, la obligatoriedad de la clasificación administrativa para contrato de obras y servicios (no para los demás contratos públicos típicos). Esta exigencia, se nos presenta como una reminiscencia del pasado —difícilmente compatible con el modelo de la Directiva de servicios del mercado interior de 2006, de escasa utilidad dado que la clasificación es un documento estático, que en muchas ocasiones abre el mercado a empresas que carecen de capacidad y solvencia para acometer un concreto contrato, lo que se traduce en problemas en la ejecución y, por ende, en una inadecuada satisfacción del interés público pretendido (60). Es más, ni siquiera se exige en Navarra (Ley 6/2006, de Contratos Públicos). Y la LCSP aún agrava más esta patología al declarar el carácter indefinido de esta clasificación (art. 59 LCSP). Pero el legislador, quizá consciente de que esta presunción puede tener consecuencias perversas habilita a que los poderes adjudicadores puedan exigir documentación o acreditativa o adicional. Lo dice claramente el artículo 60 LCSP:

«Los órganos competentes en materia de clasificación podrán solicitar en cualquier momento de las empresas clasificadas o pendientes de clasificación los documentos que estimen necesarios para comprobar las declaraciones y hechos manifestados por las mismas en los expedientes que tramiten, así como pedir informe a cualquier órgano de las Administraciones públicas sobre estos extremos».

(59) El que tenga clasificación, en contratos inferiores, presentando ésta, acreditará su capacidad y solvencia igualmente (artículo 63.2 LCSP)

(60) Así lo he defendido en mi monografía *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 193.

La exigencia de clasificación de la LCSP puede resultar contraria al principio de la libre prestación de servicios, de modo que además de afectar a la libre competencia, como ya ha puesto de manifiesto la Comisión Nacional de la Competencia; resultaría discriminatorio admitir a un licitador europeo con una solvencia sin clasificación y sin embargo exigir ésta como obligatoria en los casos previstos en LCSP a los licitadores españoles (61).

En consecuencia, la interpretación sistemática de las dos referidas Directivas nos lleva a una conclusión: la clasificación, en tanto documentación administrativa que constata el cumplimiento de unos niveles de capacidad y solvencia, no puede tener carácter obligatorio y excluyente. Ciertamente, aunque podría defenderse la desaparición de la misma —modelo de Navarra y de la casi totalidad de los Estados de la Unión—, una posible solución podría ser la posibilidad de contemplar la clasificación como requisito no obligatorio. Por ello el máximo valor que pudiera otorgarse a la clasificación debiera ser de carácter potestativo. Tal decisión no quebranta al finalidad de la propia clasificación e introduce flexibilidad formal en la presentación de la documentación. En todo caso, las Administraciones que clasifican deben reconocer validez extraterritorial a estas clasificaciones, en tanto cumplen la misma función y supervisan el cumplimiento de los mismos requisitos. El criterio de evitar duplicidades que contiene la Directiva de «Servicios» sin duda resulta de aplicación a este supuesto.

Igualmente de debe revisar la exigencia de constituirse en UTE o en sociedad concesionaria en el caso de los contratos de concesión de obra pública. La obligación de adoptar una concreta forma societaria puede ser contraria a la Directiva Servicios, en concreto al artículo 16.2 c). Finalmente, también sería contrario a la Directiva Servicios exigir de los licitadores el requisito de disponer de establecimiento abierto en territorio español. Distinta sería la exigencia de mantener una oficina abierta durante la ejecución del contrato que puede tratarse como un requisito de adscripción de medios.

b) *Implantación de un sistema de Ventanilla Única mediante una Plataforma de Contratación —estatal y/o autonómica— en la que con carácter obligatorio se integren los perfiles de contratantes de todas las Administraciones Públicas.*

La Directiva «Servicios» trata de garantizar los derechos de los prestadores de servicios a la agilidad administrativa imponiendo la obligación de que los Estados dispongan de una ventanilla única, un único punto donde el prestador de los servicios pueda tanto recibir información como realizar todos los trámites necesarios para el ejercicio de su actividad. En este sentido en el

(61) Comisión Nacional de la Competencia: IPN 04/2008. Clasificación de contratistas.

ámbito de la contratación pública, sería exigible la existencia de una ventanilla única de contratación donde el licitador pudiera recibir información de todas las Administraciones públicas y presentarse a las correspondientes licitaciones. Esta posibilidad está ya prevista en el artículo 309 LCSP, cuando regula la Plataforma de Contratación del Estado a la que deberán conectarse las plataformas autonómicas (62); aunque quizá el modelo a seguir sería la opción de Cataluña al crear la Plataforma de Servicios de Cataluña (63) —creada mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 17 de julio de 2007 (en sentido similar Galicia: Orden de 4 de junio de 2010 por la que se regula la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia). Con esta medida se pretende mejorar la información que reciben las empresas a través de las posibilidades que ofrece la contratación pública electrónica (*e-procurement*).

Sin embargo no es suficiente y debe avanzarse en la implementación de los medios electrónicos en la tramitación de los procedimientos de contratos públicos. Obviamente la contratación pública electrónica favorece la competencia, ya que facilita el acceso a la información pertinente sobre oportunidades de negocio. Puede, además, resultar especialmente ventajosa para las PYMEs, ya que les permite una comunicación rápida y barata; así, por ejemplo, puede descargarse el pliego de condiciones y cualquier otra documentación complementaria, sin gasto alguno de copia y envío. Pero esto será así si la información no se encuentra fraccionada en la red con lo que se dificulta —si no impide— el efectivo conocimiento de las licitaciones en curso. Ciertamente en estos momentos en España existe la posibilidad de búsqueda de anuncios de licitación a través de portales *Web*, pero es tal el número (de varios miles) que se dificulta a los licitadores tener una visión de conjunto quebrando el principio de transparencia y en consecuencia el de igualdad de trato y de no discriminación dado que esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia (SsTJCE de 6 de abril de 2006, ANAV, apartado 21 y de 15 de octubre de 2008, Acoset SpA). Por ello, debería establecerse las siguientes obligaciones:

- publicación de los anuncios de contratos públicos en línea;
- habilitación de un único portal *Web* centralizado para el Estado y las Comunidades Autónomas,;
- libre acceso a los anuncios;

(62) El Proyecto de Ley de Economía sostenible, en su Disposición Adicional Decimoocavta establece una mayor transparencia de la información en la contratación pública mediante publicidad de todos los perfiles en la Plataforma del Estado.

(63) Vid en https://contractaciopublica.gencat.cat/ecofin_pscp/AppJava/search.do?reqCode=start

- motor de búsqueda multifuncional;
- posibilidad de que las empresas creen un perfil, a fin de recibir avisos sobre oportunidades de negocio;
- descarga directa de los pliegos de licitación y la documentación complementaria;
- sistema de licitación electrónica, que permita a los poderes adjudicadores recibir ofertas por vía electrónica con sujeción a lo dispuesto en las Directivas sobre contratación pública en lo que respecta a la integridad de la información, la confidencialidad, la accesibilidad, etc.

En la línea de simplificación de trámites y ahorro de «costes» es necesario insistir en la implementación de la administración electrónica en la tramitación de los contratos públicos. Un ejemplo avanzado de esta posibilidad, entre otros, sería el proyecto del País Vasco o el inicial proyecto estatal SILICE (Sistema de Información para la Licitación y Contratación Electrónica. Guías Técnicas Aplicables a la Adquisición de Bienes y Servicios Informáticos), transformado en el aplicativo PLYCA implantado por el Gobierno de Canarias, o la de los modelos implantados en Cataluña y Navarra, que vienen a demostrar que puede considerarse cumplido el objetivo inicial de *Mejorar la eficiencia en la licitación y contratación en las Administraciones Públicas a través del uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos*. La intercomunicación por medios electrónicos debe garantizar no sólo los extremos relativos al contenido íntegro de los actos sino también los que hacen referencia a su autoría, competencia del órgano y a su fecha de emisión, lo cual es especialmente relevante en relación con trámites como las certificaciones de existencia de crédito o los informes preceptivos de los órganos que tienen encomendada la fiscalización económica de los actos o el asesoramiento jurídico (64). Aquí debe tenerse muy en cuenta lo dispuesto por la Ley 11/2007 de 2 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que exige de presentar documentos que ya tienen las Administraciones Públicas y que da plena validez al envío de documentos escaneados acompañados con la firma digital del interesado. Un ejemplo claro son los Registros Electrónicos de Licitadores —bóveda del sistema para la efectiva contratación Pública electrónica—, y cuya implantación condiciona todo el modelo (65).

(64) J. DOMÍNGUEZ-MACAYA, «La iecontratación...», ob. cit., , pp. 52-54.

(65) A modo de ejemplo e Registro Electrónico de Empresas Licitadoras, regulado por Decreto 107/2005, de 31 de mayo, de Cataluña, ofrece un Registro en formato electrónico, voluntario y gratuito que es único para todo el sector público de Cataluña y que colabora con otros registros de licitadores y que pone a disposición de todos los órganos de contratación un completo «dossier electrónico» de la empresa —con solvencia completa— que es accesible de manera segura y permanente.

Directamente ligado al objetivo anterior, y desde la perspectiva de la «ventanilla única» parece correcta y aconsejable la creación de Registro de licitadores de ámbito territorial autonómico, en tanto medida de simplificación y ahorro de costes para los licitadores (y también poderes adjudicadores) amén de dotar de más agilidad a los procedimientos. Registros que, lógicamente, sus certificados deberán tener validez y eficacia obligatoria para todas las Administraciones Públicas (66). Recordemos que los certificados del actual Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma solo tienen validez para aquellas entidades que lo hayan reconocido previo el oportuno convenio (67). El registro tendría que tener un formato electrónico y ser accesible por medios enteramente telemáticos. Esta dotará de mayor celeridad a los procedimientos proporcionando una mejor gestión de los mismos.

IV. CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA Y DE COORDINACIÓN EN LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Sin duda el impacto de la Directiva «Servicios» es de gran calado, pero más desde un punto de vista cuantitativo —normas y procedimientos afectados— que cualitativos. Así, una primera impresión es que los anclajes del Derecho Administrativo español persisten, solo que con una nueva perspectiva. Y es que en modo alguno desaparece la potestad de policía administrativa, sino que la misma evoluciona hacia postulados quizá más eficientes desde la perspectiva del resultado pretendido. Continua existiendo el control y, eso sí, cobra especial relieve el ejercicio de la potestad inspectora (68). En todo caso, el principal cambio opera o funciona en el propio sujeto de la actividad en tanto el sistema previsto les genera cierta inseguridad jurídica (a diferencia del

(66) La lógica de la colaboración administrativa impone esta solución. Solo así se evitan duplicidades y costes administrativos innecesarios superando una visión centralista de la función de los Registros. En esta posición, de carácter general, resulta de interés el trabajo de GONZÁLEZ BUSTOS «La cooperación administrativa como mecanismo de funcionamiento del mercado interior de servicios a la luz de la Directiva Bolkestein», en libro col. dirigido por R. RIVERO *Mercado Europeo y reformas administrativas. La trasposición de la Directiva servicios en España*, Civitas, Cizur menor, 2009, p. 219

(67) Vid. GIMENO FELIÚ, *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, ob. cit, pp. 361-362.

(68) Ya lo advirtió el profesor BERMEJO VERA, en su interesante trabajo «La administración inspectora», RAP 147, 1998, pp. 39 a 58. El Consejo de Estado en su dictamen al anteproyecto de Ley Ómnibus, la supresión de terminados regímenes de autorización por otros menos gravosos ha de conllevar un aumento de mecanismos de control de la actividad *a posteriori*, pues de otro modo, se corre el riesgo de poner en peligro la protección de los derechos de los consumidores y usuarios

postulado autorizatorio que, como acto expreso, genera certeza) (69) salvo en los concretos casos en que la Administración tiene un plazo breve para comprobar la corrección de los documentos aportados en este nuevo sistema de declaración responsable y comunicación previa (70). Aquí, aun resultando una paradoja, el ciudadano solicitante goza de una innegable situación de privilegio, en el sentido de que goza de seguridad jurídica (71).

Y resulta una paradoja porque una de los objetivos de la Directiva «servicios» es «garantizar, tanto a los destinatarios como a los prestadores de servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales del Tratado (libertad de establecimiento y libertad de servicios)» (Considerando 5 de la Directiva «servicios»). Y no cabe duda que tanto prestadores de servicio como destinatarios se sienten más seguros cuando se cuenta con el cobijo de la obtención de una autorización. Probablemente, el establecimiento de controles caso a caso para la verificación del cumplimiento inicial de los requisitos no suponen un cambio revolucionario en relación con las técnicas de intervención, pero puede resultar un estímulo a la eficacia administrativa, además de salvaguardia el principio de seguridad jurídica (72). Máxime si atendemos al hecho de que el error genera consecuencias jurídicas. El artículo 71 bis LAP regula las consecuencias que se producen cuando el declarante no reúne los requisitos declarados o comunicados. En estos casos, la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cual-

(69) Así lo advierte, entre otros, CIDONCHA MARTÍN, recordando que los empresarios ya no tendrán el salvo conducto que proporcionaba la concesión de la autorización administrativa, que de hecho o de derecho, les libraba en la mayoría de ocasiones de controles a posteriori. Tendrán libre acceso a la actividad de que se trate, pero deberán verificar por sí mismos que cumplen los requisitos exigidos para ejercerla, ante el riesgo de ser sancionados, especialmente si deben formular una declaración responsable o una comunicación previa a la Administración. «El impacto de la Directiva Bolkestein sobre la libertad de empresa», en VICENTE BLANCO y RIVERO ORTEGA (Dir.), *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, CES. 2009, p. 273.

(70) La legislación sectorial ahora vigente establece determinados límites temporales en los que la Administración ha de verificar el cumplimiento originario de los requisitos para la prestación de la actividad (como ejemplo: el art. 42 Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones).

(71) Vid. A. NOGUEIRA LÓPEZ, *Público y privado en el control operativo de actividades de servicios; un nuevo campo para las entidades colaboradoras de la Administración*, Comunicación, VI Congreso AEPDA, 2010, disponible en: <http://congresos.viajesmelkart.com/archives/derecho-administrativo/2.%20Publico%20y%20privado%20en%20el%20control%20de%20actividades.pdf>, p.4.

(72) En este sentido, J. C. LAGUNA DE PAZ («Directiva de Servicios: el estruendo del parto de los montes», en *El Cronista*, núm. 6, p. 44) ha resaltado que si se quiere que la comunicación previa sea algo más que un trámite informativo, deberá preverse un plazo suficiente para que la Administración lleve a cabo su función de control. En otro caso, no se podría evitar la inmediata puesta en práctica de actividades que puedan ser dañosas para el interés general.

quier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o a una comunicación previa, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable o comunicación previa, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar (73).

Asimismo, la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un periodo de tiempo determinado, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación. Es decir, en el caso de que la Administración compruebe que los datos declarados o comunicados son inexactos o falsos dictará resolución en la que ordenará el cese de la actuación del interesado y, en su caso, y siempre de acuerdo con la legislación sectorial de aplicación, la restitución inmediata de la situación al momento anterior a la comunicación y la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento en un tiempo determinado. De este modo, más allá del cese de la actividad, la normativa sectorial es la que disciplina el régimen sancionador relativo a la falta de presentación, inexactitud o falsedad de la presentación de declaraciones responsables o comunicaciones previas.

Por otra parte, la mecánica sobre al que se articula esta dualidad de declaración responsable y comunicación previa, es la inscripción en registros públicos *ad hoc*. En cualquier caso, como advirtió el Consejo de Estado en su dictamen al anteproyecto de Ley, no termina de estar claro si la inscripción tiene carácter automático o si, por el contrario, la autoridad competente tiene la obligación de comprobar con carácter previo que la declaración o comunicación cumple los requisitos para su validez y de, en su caso, requerir para que subsane los defectos o errores en que haya podido incluir o, en caso de que no lo haga, denegar la inscripción. Esta opción obliga, en todo caso, a establecer un control administrativo *a posteriori* que no convierte ni a la decla-

(73) En el mismo sentido dispone el art. 4.4 de la Ley de Industria establece que el incumplimiento de los requisitos exigidos, verificado por la autoridad competente, conllevará el cese automático de la actividad, salvo que puede incoarse un expediente de subsanación de errores, sin perjuicio de las sanciones que pudieran derivarse de la gravedad de las actuaciones realizadas. La autoridad competente, en este caso, abrirá un expediente informativo al titular de la instalación, que tendrá quince días naturales a partir de la comunicación para aportar las evidencias o descargos correspondientes.

ración responsable ni a la comunicación previa en régimen autorizatorio, en el sentido de la Directiva «Servicios» (74).

Todo lo descrito nos pone de relieve que esta Directiva «Servicios» no ha mutado nuestro derecho administrativo (75). Más bien ha obligado a ajustar los conceptos y técnicas a un nuevo contexto socioeconómico, con la finalidad de obtener más eficiencia, auténtico paradigma de la reforma. La transposición de la Directiva «Servicios» no ha supuesto ni la eliminación en bloque de todas las autorizaciones conocidas en Derecho español — son significativos los distintos regímenes autorizatorios que se modifican, pero no eliminan—, ni todas las «declaraciones responsables» son realmente técnicas de control *a posteriori* (el caso paradigmático es el del medio ambiente). Y además, en parte de los títulos habilitantes que ahora se reconocen, la Administración sigue obligada a realizar un control caso a caso, sólo que este tipo de control será *a posteriori* y que los plazos que la legislación reconoce para verificar el mismo son reducidos (así, en el sector del tabaco).

Por lo demás, el elenco de razones imperiosas de interés general que puede permitir la subsistencia de regímenes autorizatorios es amplio. Recuérdese que «razón imperiosa de interés general», se concibe como razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural. Ello puede permitir un cierto mantenimiento del *statu quo*. O al menos así se ha intentado, por ejemplo, con la instalación de establecimientos comerciales, a través de la modificación de la Ley de Comercio Minorista operada el margen de la Ley Ómnibus (76).

(74) Por su parte, el cdo. 68 DS establece que, por lo que respecta el registro previo, la prohibición de requisitos solamente debe afectar a la obligación de que el prestador, antes de su establecimiento, deba constar durante un período determinado en un registro del Estado miembro de que se trate.

(75) Ni mucho menos supone un «cataclismo», como postula E. LINDE PANIAGUA. «Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa los servicios en el mercado interior», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, 2008, p. 87.

(76) Vid. art. 6 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. Sobre la discutible compatibilidad del artículo con la DS, vid. entre otros, JIMÉNEZ ASENSIO, *La incorporación...*, *op. cit.*, pp. 194 y ss.

En resumen, la transposición de la Directiva «Servicios» es una excelente oportunidad para reflexionar en torno a la existencia de técnicas de intervención distintas a la tradicional autorización y para avanzar por la senda de la simplificación administrativa y de la coordinación y cooperación administrativa (77). Sin estas premisas no será posible ni construir el mercado interior ni avanzar en el paradigma de la eficiencia.

Y ello debe tener su reflejo en la tramitación administrativa de los contratos públicos, con el objetivo de una mayor eficiencia procedimental. También consecuencia directa de la aplicación de la Directiva de servicios es la necesaria adecuación de los procedimientos existentes para proceder, respetando la Directiva 2004/18, de contratos públicos y los principios comunitarios de concurrencia e igualdad de trato, a una simplificación de las formas de contratar. Es necesario adaptar el marco normativo a un nuevo escenario adoptando una sistemática y reglas menos burocráticas y más eficientes desde la perspectiva procedimental conjugando adecuadamente los distintos intereses públicos en juego. Y para este objetivo debe diseñarse también un procedimiento simplificado para contratos de umbrales no comunitarios sin interés trasfronterizo. Este procedimiento simplificado, con plazos breves y poca carga documental podrá ser utilizados por cualquiera de los poderes adjudicadores a los que se les aplicará la Ley, con independencia de su consideración o no de Administración Pública (este dato es sólo relevante a efectos de que el régimen del contrato sea o no administrativo), y deberá servir como mecanismo de sustitución al «peligroso» contrato menor, mecanismo de escape a las reglas de concurrencia en tanto no se trate de auténticos gastos menores.

Igualmente, junto con la simplificación procedimental, debería potenciarse la figura de los acuerdos marco con varios operadores económicos y no exclusivamente con un único operador en tanto posibilita organizar «mini licitaciones», abiertas a la participación de las partes en el acuerdo marco, a medida que se vayan haciendo patentes las necesidades de suministro del poder adjudicador. Frente a los mecanismos habituales de licitación, en los que el poder adjudicador busca un proveedor que le suministre todos los bienes durante un período determinado, lo que podría favorecer a empresas de mayores dimensiones, los acuerdos marco pueden brindar a las PYME la posibilidad

(77) Vid. T. R. FERNÁNDEZ, «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, pp. 189 y ss. Igualmente, como bien advierte SIMOU, S., y VELASCO CABALLERO, F., la Directiva incluye una parte menos analizada por la doctrina «donde se regulan diversas formas de cooperación administrativa, interestatal». Dentro de éstas estarían las que se dan entre las Administraciones de los Estados miembros (cooperación horizontal) y las que se dan con la Comisión (Cooperación vertical) para identificar si un prestador de servicios cumple con los requisitos legales para la prestación. «Cooperación interadministrativa en la directiva de servicios», en *Revista Estudios Locales*, núm. 122 julio-agosto 2009, pp. 166 a 177.

de competir por contratos que se hallen en condiciones de ejecutar. Tal es el caso, en particular, de los acuerdos marco que abarcan a un gran número de operadores económicos y están subdivididos en lotes, o de los contratos basados en tales acuerdos marco que se adjudican por lotes.

En suma, la Directiva «Servicios» ha puesto en marcha un proceso de simplificación administrativa que afecta al mundo de los contratos públicos y que nos obliga a repensar el modelo de gestión de los mismos en aras a favorecer una eficaz competencia. Modelo que debe tender hacia una gestión completamente electrónica y profesional.