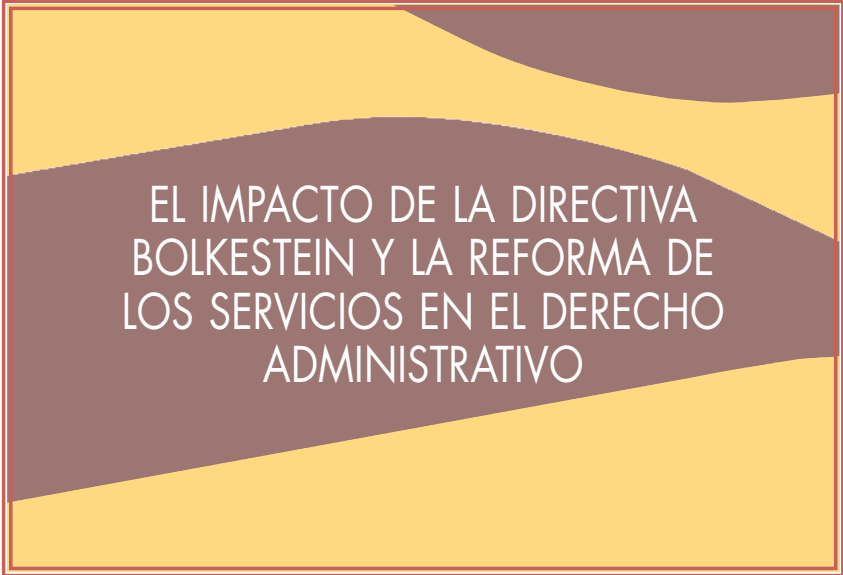


**ELISA MOREU CARBONELL (Ed.)**



EL IMPACTO DE LA DIRECTIVA  
BOLKESTEIN Y LA REFORMA DE  
LOS SERVICIOS EN EL DERECHO  
ADMINISTRATIVO

**Zaragoza, 2010**



**ELISA MOREU CARBONELL (Ed.)**

**EL IMPACTO DE LA DIRECTIVA BOLKESTEIN  
Y LA REFORMA DE LOS SERVICIOS EN EL  
DERECHO ADMINISTRATIVO**

**Zaragoza, 2010**

## REGLAS SOBRE EL ENVÍO DE ORIGINALES

1. Enviar los originales impresos y en documento de Word por correo electrónico (flopez@unizar.es).  
2. Los epígrafes que subdividan la exposición responderán a la siguiente secuencia: **I. SUBDIVISIONES PRINCIPALES. 1. Subdivisiones intermedias. A) Subdivisiones finales.** Sólo excepcionalmente se empleará una mayor variedad de subdivisiones.

3. El trabajo irá encabezado por un **SUMARIO** que recogerá seguidas todas las subdivisiones. A continuación del sumario, figurará un **RESUMEN** y la identificación de unas *Palabras clave*, ambos en español y en inglés.

4. Los trabajos han de incorporar la **BIBLIOGRAFÍA** citada al final de los mismos ordenada alfabéticamente conforme a los siguientes modelos (libro, artículo de revista, colaboración en libro colectivo):

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Madrid, Thomson-Cívitas, 325 pp.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1973): «Problemas jurídicos de la tutela del paisaje», en *Revista de Administración Pública*, núm. 71, pp. 423-442.

PRIEUR, Michel (2001): «La tutela comunitaria degli habitat naturali», en Domenico AMIRANTE (ed.), *La conservazione Della natura in Europa*, Milano, Franco Angelli, pp. 13-29.

5. Las citas en el texto y a pie de página se realizarán conforme al modelo: GARCÍA DE ENTERRÍA (2006: p. 25). En caso de citarse varias obras de un autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por una letra añadida tras el año: 2006a, 2006b...

6. Los originales se someten a evaluación anónima por parte de especialistas externos antes de su aceptación por el Consejo Asesor y el Consejo de Redacción. La evaluación se refiere a los aspectos formales, metodológicos, de contenido y grado de originalidad de los trabajos. Si la evaluación es favorable, el estudio se publica tras su aceptación por el Consejo Asesor (compuesto por miembros externos al editor) y el Consejo de Redacción (integrado por miembros vinculados al editor). Si la evaluación es negativa, el estudio no se publica, aunque si las razones dadas por el evaluador no resultan plenamente convincentes al director de la revista, el trabajo es sometido a nueva evaluación. Si la evaluación es con reparos, se hacen llegar estos al autor, que puede volver a remitir su estudio con las correcciones pertinentes para someterlo a evaluación complementaria, salvo que se trate de cuestiones de escasa relevancia. En ningún caso se facilita el nombre de los especialistas responsables de una evaluación, aunque periódicamente se publica en la revista una lista de dichos evaluadores.

7. El original de los trabajos irá precedido de una página en la que se indique el nombre del autor o autores, NIF, número de cuenta corriente (20 dígitos), dirección postal, número de teléfono y dirección de correo electrónico.

8. La aceptación de la publicación de un trabajo en la Revista Aragonesa de Administración Pública conllevará la cesión de los derechos de autor a los exclusivos efectos de la inclusión de dicho trabajo en la Biblioteca Virtual de Derecho Público Aragonés ([www.derechoaragones.es](http://www.derechoaragones.es)) si por la temática fuese susceptible de incluirse en ella.

LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NO SE IDENTIFICA NECESARIAMENTE CON LAS OPINIONES DE SUS AUTORES

La correspondencia con la Revista debe dirigirse a la Secretaría de la misma: Seminario de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, Pza. San Francisco, s/n, 50009 Zaragoza. Teléfonos 976 761 396 y 676 900 324

**Suscripciones:** Revista Aragonesa de Administración Pública, Instituto Aragonés de Administración Pública, Comunidad Autónoma de Aragón, Paseo María Agustín, 26 B, local, 50004 Zaragoza

Precio de la suscripción anual: 21,04 € + IVA

Número suelto: 12,02 € + IVA

PERIODICIDAD SEMESTRAL

Edita: Gobierno de Aragón  
Departamento de Presidencia

I.S.S.N.: 1133-4797

Depósito Legal: Z. 730-93

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S.A.

# ÍNDICE

	Páginas
<i>Lista de colaboradores</i> .....	7
PRESENTACIÓN .....	9
Relación de abreviaturas utilizadas.....	13

## **PRIMERA PARTE EL PROCESO DE TRANSPOSICIÓN**

D. BERBEROFF AYUDA: <i>La Directiva 2006/123/CE y su contexto</i> .....	17
M. A. SANDULLI y G. TERRACCIANO: <i>La semplificazione delle procedure amministrative a seguito della attuazione in Italia della Direttiva Bolkestein</i> .....	47
J. PÉREZ MAS y Luis MURILLO JASO: <i>La transposición de la Directiva de servicios en la Comunidad Autónoma de Aragón</i> .....	81
R. JIMÉNEZ ASENSIO: <i>El impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en el Derecho local</i> .....	121
F. VILLALBA PÉREZ: <i>Nuevo marco jurídico para la gestión pública local</i> .....	159

## **SEGUNDA PARTE ASPECTOS GENERALES Y MEDIDAS HORIZONTALES**

S. DE LA SIERRA MORÓN: <i>El ámbito de aplicación de la Directiva y los servicios excluidos: una plasmación de las mutaciones de la Constitución Económica Europea</i> .....	209
E. MOREU CARBONELL: <i>La Administración «neopolicial». Autorización administrativa y sistemas alternativos (comunicación previa y declaración responsable)</i> .....	249
D. CANALS I AMETLLER: <i>Simplificación administrativa y Directiva de Servicios: objetivos, medios e incidencias</i> .....	297
C. CIERCO SEIRA: <i>Administración electrónica y Directiva de Servicios</i> .....	337
L. POMED SÁNCHEZ: <i>Actividades profesionales y colegios profesionales</i> .....	379

## **TERCERA PARTE ANÁLISIS DE ALGUNOS SECTORES REPRESENTATIVOS**

J. M <sup>a</sup> GIMENO FELLÜ: <i>Directiva de servicios y contratación pública. Hacia la simplificación</i> .....	409
---	-----

SUMARIO

R. RIVERO ORTEGA: <i>Repercusiones económicas de la reforma del sector servicios. En especial, su impacto en el sector del comercio</i> .....	445
E. CARBONELL PORRAS: <i>Directiva de Servicios y transportes terrestres</i> .....	469
J. L. BERMEJO LATRE y Víctor ESCARTÍN ESCUDÉ: <i>El impacto de la Directiva de servicios en el sector del turismo</i> .....	495

## LISTA DE COLABORADORES

BERBEROFF AYUDA, Dmitry:

Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ex Letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

BERMEJO LATRE, José Luis:

Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

CANALS I AMETLLER, Dolors:

Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Girona.

CARBONELL PORRAS, Eloísa:

Profesora Titular de Derecho Administrativo (Acr. Catedrática), Universidad Complutense de Madrid.

CIERCO SEIRA, César:

Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Lleida.

DE LA SIERRA MORÓN, Susana:

Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha.

ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor:

Profesor Ayudante Doctor, Universidad de Zaragoza.

GIMENO FELIÚ, José M<sup>a</sup>:

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza. Abogado.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael:

Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Pompeu Fabra, Director de la *Fundación Democracia y Gobierno Local*, y Socio-Director del *Estudio de Consultoría Sector Público S.L.*

MOREU CARBONELL, Elisa:

Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

MURILLO JASO, Luis:

Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira.

PÉREZ MAS, Juan:

Letrado del Gobierno de Aragón.

LISTA DE COLABORADORES

POMED SÁNCHEZ, Luis:

Letrado del Tribunal Constitucional, Profesor Titular de Derecho Administrativo.

RIVERO ORTEGA, Ricardo:

Profesor Titular de Derecho Administrativo (Acr. Catedrático), Universidad de Salamanca.

SANDULLI, Maria Alessandra:

Ordinario di Diritto Amministrativo, Università di Roma Tre.

TERRACCIANO, Gennaro:

Ordinario di Diritto Amministrativo, Università di Roma Tre.

VILLALBA PÉREZ, Francisca:

Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Granada.



## PRESENTACIÓN

ELISA MOREU CARBONELL

*Algo va mal en Europa* (TONY JUDT)

Entiendo que mi primera labor como coordinadora de este número monográfico de la *Revista Aragonesa de Administración Pública* es ofrecer a sus lectores una sucinta explicación sobre la actualidad del tema, y también un panorama general de las diferentes contribuciones que lo integran.

El hilo conductor del monográfico es, en efecto, la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, conocida como «Directiva de Servicios» o «Bolkestein» por el comisario que la impulsó. Quizás tendría que haberse llamado con justicia Directiva «Gebhardt» en honor a quien consiguió sacar adelante el difícil texto de compromiso. Porque, como muy gráficamente ilustra Helena VILLAREJO en uno de sus trabajos, parafraseando el conocido tango de Gardel, al comisario BOLKESTEIN se le debió quedar «*la frente marchita*» al ver en qué se había convertido su criatura.

En los cuatro años transcurridos desde su publicación, y en el año posterior a la expiración del plazo de transposición, el «huracán Bolkestein» ha hecho tambalear, ya no sé si las instituciones pero sí, cuando menos, la capacidad de reacción de todos los Estados miembros, abocados a una frenética actividad de identificación, análisis y reforma legislativa que sólo a medio plazo apreciaremos en toda su intensidad. No podemos dejar pasar por alto el hecho de enfrentarnos a una Directiva pionera por su carácter transversal, de difícil encaje en las competencias comunitarias, que se disfraza de coordinadora y armonizadora para esconder lo que realmente es: una norma de intensa integración jurídica prácticamente equivalente a una ley básica (PAREJO ALFONSO). Este dato justificaría la anarquía y disparidad en los criterios de transposición que, por ejemplo, en España, ha ido más lejos que la propia Directiva, adentrándose en terrenos fronterizos (energía, urbanismo, medio ambiente, sanidad, patrimonios públicos) que probablemente no necesitaban de adaptación.

La perspectiva más conocida y, quizás, la de mayor fuerza mediática de la Directiva es la que analiza su impacto en el Estado social europeo. A la Directiva se la ha acusado de ser el «*más radical y completo ataque contra el*

*estado del bienestar de la Unión Europea», hasta el punto de que en diversos ámbitos se la conoce con el nombre de «Directiva Frankenstein». La crítica esconde diversas sensibilidades ante el proceso de integración europea, en la humana tendencia a radicalizar o bilateralizar los problemas: la Europa abierta y la Europa alicorta, proteccionista, nacionalista, una realidad de «dos Europas».*

Desde el punto de vista económico, conviene recordar que el sector servicios es fundamental para la economía española y europea, motor de crecimiento y creación de empleo. En nuestro país es el sector de mayor importancia cuantitativa por su peso en el PIB (66,7%) y empleo total (66,2%), y de él dependen de manera decisiva el crecimiento y la competitividad del resto de ramas de actividad.

Pero todos nosotros, juristas de formación y profesión, hemos querido ofrecer un análisis puramente jurídico de la Directiva, y además, desde la óptica del Derecho Administrativo, como indica el título de este monográfico. Se habla de una labor de *«limpieza del lastre acumulado a lo largo de ochenta años de intervencionismo administrativo sistemático y, muchas veces, rutinario»* (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ).

Si se lee el listado de colaboradores del monográfico, se podrá apreciar la riqueza de puntos de vista que se ofrecen. Y así, en la lista aparecen autores de variada procedencia, de ámbito nacional e internacional, y de distintas profesiones jurídicas. Aunque la mayoría somos profesores universitarios de las Universidades de Barcelona, Girona, Granada, Lleida, Madrid, Salamanca y Zaragoza, hemos contando también con la participación de otros profesionales del mundo jurídico, como letrados del Tribunal Constitucional y de la Administración pública, o cargos públicos directamente relacionados con aspectos claves de la Directiva.

La obra se divide estructuralmente en tres partes, dedicadas al contexto y claves del proceso de transposición (Parte I), a las medidas horizontales y reformas generales (Parte II) y al análisis de algunos sectores afectados (Parte III). Son en total 14 capítulos que estudian con rigor la reforma del sector servicios, ofreciendo una visión innovadora y completa de la acción administrativa en los ámbitos implicados, desde el contexto europeo (capítulos de BERBEROFF AYUDA y SANDULLI y TERRACCIANO), al complejo proceso de transposición en España (PÉREZ MAS y MURILLO JASO, JIMÉNEZ ASENSIO y VILLALBA PÉREZ), el ámbito de aplicación de la reforma (DE LA SIERRA MORÓN), el estudio de los regímenes de autorización y alternativos (MOREU CARBONELL), la simplificación administrativa (CANALS I AMETLLER) y la Administración electrónica (CIERCO SEIRA), sin olvidar su impacto en los colegios profesionales (POMED SÁNCHEZ). Además, hay una «parte especial» dedicada al análisis de sectores representativos, como la

## PRESENTACIÓN

contratación pública (GIMENO FELIÜ), el comercio (RIVERO ORTEGA), el transporte terrestre (CARBONELL PORRAS) y el turismo (BERMEJO LATRE y ESCARTÍN ESCUDÉ). Probablemente hayan quedado muchos puntos sin tratar, porque la mano de la Directiva es poderosa, pero si no están todos los que son, al menos sí son todos los que están, con un enfoque ambicioso y un tratamiento exhaustivo de los problemas que no elude la propuesta imaginativa de soluciones. En definitiva, asumimos el reto de ofrecer una obra útil para el jurista, especialmente para el iusadministrativista, y creo que lo hemos conseguido.

No me queda sino agradecer al Director de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, el profesor LÓPEZ RAMÓN, la oportunidad que nos ha brindado de reflexionar sobre estos temas que marcarán la evolución del Derecho Administrativo en los años venideros. Y, por supuesto, reconocer el enorme esfuerzo realizado por todos los colaboradores, la calidad de sus participaciones, la originalidad de sus planteamientos y, desde mi posición de coordinadora, el respeto de los plazos, tan necesario en una obra colectiva de estas características. Citando al gran poeta KAVAFIS, lo importante era el camino, y juntos hemos adquirido experiencias y conocimiento que espero hagan reflexionar a nuestros lectores.

En Zaragoza, diciembre de 2010



## ABREVIATURAS UTILIZADAS

- CE Constitución Española de 27 de diciembre de 1978
- CNC Comisión Nacional de la Competencia
- DS Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva «Bolkestein»)
- LALA Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón
- LCSP Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público
- LOTT Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres
- LRBRL Ley 7/1985, de 2 abril, reguladora de las Bases de Régimen Local
- LRJAP Ley 30/1992, de 26 noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común
- Ley ómnibus* Ley 25/2009, de 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
- Ley paraguas* Ley 17/2009, de 23 noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio
- RAP Revista de Administración Pública
- RArAP Revista Aragonesa de Administración Pública
- REBASO Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, aprueba el Reglamento de Bienes, Obras, Actividades y Servicios de la Comunidad Autónoma de Aragón
- REDA Revista Española de Derecho Administrativo
- RJ Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
- ROTT Real Decreto 1211/1990 de 28 septiembre, aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres
- TCE Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 marzo 1957

#### ABREVIATURAS UTILIZADAS

- TFUE Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 13 diciembre 2007
- TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- TUE Tratado de la Unión Europea
- TRLS RD.Leg 2/2008, de 20 junio, aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo
- UE Unión Europea

**PRIMERA PARTE**  
**EL PROCESO DE TRANSPOSICIÓN**





## LA DIRECTIVA 2006/123/CE Y SU CONTEXTO

DIMITRY BERBEROFF AYUDA

*SUMARIO: I. UNAS IDEAS PRELIMINARES.– II. GÉNESIS DE SU ADOPCIÓN III.– CINCO IDEAS-FUERZA A MODO DE REFLEXIÓN DE CONJUNTO: 1. Una decisión democrática y de consenso. 2. La constatación de la ausencia de un verdadero mercado interior de servicios. 3. Una regulación general (no sectorial) vinculante. 4. ¿Legislar mejor? 5. Algo más que unas meras modificaciones normativas.– IV. LA ACTUAL REGULACIÓN DEL MERCADO DE SERVICIOS DESDE EL DERECHO ORIGINARIO Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.– V. RESTRICCIONES A LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.– VI. HACIA UNA NOCIÓN UNITARIA DE LOS SERVICIOS FRENTE A LA DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL ENTRE LIBERTAD DE SERVICIOS Y DERECHO DE ESTABLECIMIENTO.– VII. EL CONCEPTO DE SERVICIOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DIRECTIVA 2006/123.– VIII. APORTACIONES DE LA DIRECTIVA 2006/123.– IX. UN EPÍLOGO CRÍTICO.– X. BIBLIOGRAFÍA CITADA.*

*RESUMEN:* La controversia suscitada por la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, ha abierto un gran debate sobre su oportunidad y contenido en el seno de las Instituciones de la Unión Europea, despertando el interés, desde perspectivas muy variadas, de grupos sociales y de la opinión pública en general, de la mayoría de los Estados miembros, con una intensidad hasta la fecha inusitada, para tratarse de una norma derecho derivado. Comprender esta polémica requiere situar la Directiva 2006/123 en el contexto de una Europa que reclama el efectivo establecimiento del mercado interior de servicios y que, al mismo tiempo, está llamada a arbitrar un debido equilibrio entre la apertura de los mercados, la preservación de los servicios públicos, los derechos sociales y los derechos de los destinatarios de los servicios. La complejidad de la consecución de este objetivo a través de una Directiva de marcado carácter horizontal y con vocación de erigirse en marco jurídico general para todos los servicios, se puso ya de manifiesto en el periodo de su gestación, trascurrido el cual, el nuevo producto normativo refleja el apasionado debate que lo impulsó y acredita bajas importantes en el conjunto de las propuestas iniciales, como acaece con el denominado principio del país de origen. Aspectos tales como la técnica legislativa empleada, el ámbito de aplicación y el amplio catálogo de excepciones que incorpora concitan la atención desde distintos ángulos, y, en especial, sobre la base de una distinción entre el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios, pese a que la Directiva parece difuminar las tenues fronteras entre ambas libertades al otorgar protagonismo a la noción de prestador de los servicios. La eventual tensión entre libertades de circulación y derechos

fundamentales merece cierta reflexión al hilo de las relaciones de la Directiva con otras disposiciones del Derecho de la Unión y, en particular, con la Carta de los derechos fundamentales surgida en Niza, y que, tras Lisboa, goza del mismo valor jurídico que los Tratados.

Por último, habida cuenta de que la Directiva acomete una codificación de los principios que animan las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, así como de los límites a sus restricciones, según se infiere de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, desarrollada a lo largo de más de 50 años, resulta conveniente acometer un análisis sobre sus verdaderas aportaciones.

*Palabras clave:* Directiva 2006/123; contexto; génesis; derechos fundamentales; libertad de establecimiento; libertad de prestación de servicios; delimitación; restricciones; noción de servicio; régimen de autorización; aportaciones.

*ABSTRACT: The controversy raised by the Directive 2006/123/EC of the European Parliament and the Council of 12 December 2006 on services in the internal market, has opened a great debate over its timing and content within the Institutions of the European Union, attracting interest from a variety of perspectives, social groups and the general public, from the majority of the States Members, with an intensity so far unused, in the case of a standard legislation. Understanding this debate requires places it (Directive 2006/123) in the context of a Europe that calls for the effective implementation of internal market for services and at the same time is called upon to arbitrate a proper balance between open markets, the preservation of public services, social rights and the rights of recipients of services. The complexity of achieving this goal through a distinctly horizontal directive and a vocation to be general legal framework for all services was already manifest in the period of gestation, after which the new product policy reflects the passionate debate that prompted him and proves important players in the set of initial proposals, as happens with so-called principle of country of origin. Issues such as the legislative technique, the scope and the wide range of exceptions that includes focus the attention from different angles, and in particular on the basis of a distinction between the right of establishment and freedom to provide services, although that the directive seems to blur the fine line between the two freedoms by giving prominence to the notion of providing the services. The possible tension between freedom of movement and rights deserve some thought to the thread of the relationship of the Directive with other provisions of Union law and in particular the Charter of fundamental rights emerged in Nice, and that after Lisbon, has the same value as the Treaties.*

*Finally, given that the Directive undertakes a codification of the principles that encourage the freedom of establishment and provision of services and the limits to restrictions, as inferred from the Court of Justice, developed for over 50 years, making it suitable for an analysis of actual contributions.*

*Key words:* Directive 2006/123; context; genesis; fundamental rights; freedom of establishment; freedom to provide services; definition; restrictions; concept service; authorisation schemes; contributions.

## I. UNAS IDEAS PRELIMINARES

Desde épocas tempranas la jurisprudencia del Tribunal de Justicia reconoció el efecto directo de las disposiciones del Tratado relativas a las libertades, al ser claras, precisas y suficientemente incondicionales para poder ser invocadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales por una persona física o jurídica sin necesidad de disposiciones de adaptación (1).

No obstante, la implementación efectiva de esas libertades precisaba de la adopción de medidas de derecho derivado para extraer el potencial que cada una de ellas proyecta, finalidad a la que se adscribe la flamante y polémica Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en lo sucesivo, «Directiva 2006/123» o «Directiva Servicios») (2).

Ahora bien, no deja de sorprender el hecho de que la Directiva de servicios ha visto la luz en un escenario muy distinto al primigenio que animó la conformación de la entonces Comunidad Económica Europea, pues, transcurridos tres decenios de hegemonía de la competencia como principio rector del mercado interior y de una visión anclada en el liberalismo económico moderado, a partir del Acta Única Europea (1986) y del Tratado de Maastricht (1992) nuevos actores entraron en escena adquiriendo un protagonismo que obligó a todas las Instituciones comunitarias a acometer una profunda revisión de sus políticas y de sus prioridades.

Así, el operador económico deja de ser el centro de imputación de la pretendida integración jurídica, pues, al lado de él, aparece ya una figura distinta que viene a sustituirlo: la representada por el ciudadano que, con una considerable carga de obligaciones y, al mismo tiempo, con una no menos despreciable batería de derechos, circula dentro la Unión, como de forma ilustrativa ha reconocido el artículo 3, apartado 2 TUE, surgido tras Lisboa: «La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores», logrando, así, una simbiosis entre ciudadanía y mercado, un verdadero *market citizens*.

Por tanto, la evolución experimentada ha sido considerable. Por un lado, el mercado común concebido en sus orígenes como una mera puesta en relación

---

(1) Véase, por ejemplo, la sentencia de 19 de diciembre de 1968, Salgoil (13/68, Rec. p. 661), con respecto al artículo 28 TCE, libre circulación de mercancías; sentencia de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn (41/74, Rec. p. 1337), con relación al artículo 39 TCE, libre circulación de trabajadores; sentencia de 21 de junio de 1974, Reyners (2/74, Rec. p. 631), con respecto al artículo 43, libre establecimiento; y la sentencia de 3 de diciembre de 1974, Van Binsbergen (33/74, Rec. p. 1299), sobre la libre prestación de servicios.

(2) DO L 376, p. 36.

recíproca de mercados locales (3), se aglutinó y adquirió vida propia para permitir el flujo transfronterizo y los intercambios intracomunitarios, cuya consecución exigía eliminar las barreras que los obstaculizaban con el objetivo último de fusionar esos mercados nacionales en un mercado único dotado de las condiciones necesarias para convertirse en un verdadero mercado interior (4).

Por otro lado, se constata que el territorio de la Unión ya no se concibe sólo como una realidad económica y física basada en las rivalidades propias de un mercado abierto a la competencia, sino más bien como un espacio político y social, lugar de expresión, de movilización, y de participación de los ciudadanos de la Unión (5).

En suma, si de manera gráfica podría sostenerse que ha acontecido un tránsito de un «constitucionalismo de mercado» a un «constitucionalismo del ciudadano» (6), cabe preguntarse sobre el por qué ahora con la Directiva 2006/123 se recuperan con una intensidad inusitada viejos aspectos y valores que parecían ya fuera de discusión.

Estas breves líneas intentarán despejar algunas incógnitas sobre la base de indagar la caracterización y naturaleza de esta norma, así como sus aportaciones con relación a la situación precedente.

Basta para concluir esta pequeña introducción que, aunque las conclusiones del abogado general Mazák, presentadas el 18 de mayo de 2010 en el asunto *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable* (7), reivindican (ya en el punto primero) la circunstancia de erigirse, en cierto modo, en el primer pronunciamiento efectuado desde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con relación a la Directiva 2006/123/CE, un año antes, la sentencia de 19 de junio de 2008 (8) señaló que la Directiva 2006/123 no sustituye a la Directiva 96/71 (9), la cual, en caso de conflicto, prevalece sobre la mencionada en primer lugar.

---

(3) REUTER, P. (1953): «La Communauté Européenne du charbon et de l'acier», LGDJ, Paris.

(4) Véase, a este respecto, la sentencia de 5 de mayo de 1982, Schul, 15/81, Rec. p. 1409, apartado 33

(5) WERNICKE, S. (2007): «Au nom de qui? The European Court of Justice between Member States, Civil Society and Union Citizens», *European Law Journal*, 380.

(6) REICH, N.: «A European Constitution for Citizens: Reflections on the Rethinking of Union and Community Law», *European Law Journal*, Vol. 3, p. 131.

(7) Asunto, C-119/09, derivado de una petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État (Francia).

(8) Comisión/Luxemburgo (C-319/06, Rec. p. 04323).

(9) Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DO 1997, L 18, p. 1).

Cierto es que del artículo 3, apartado 1, letra a) de la Directiva 2006/123 se infiere con claridad semejante aserto, mas, no deja de sorprender que el Tribunal de Justicia, de entrada, en un momento en el que el plazo de la transposición de la Directiva servicios no se había agotado y, además, en un asunto que no requería su consideración frontal, se expresara *obiter dicta* en términos tan contundentes para rebatir la argumentación del Gobierno del Gran Ducado que, a los efectos de apoyar la interpretación que propugnaba de la Directiva 96/71, invocó el procedimiento legislativo que culminó con la adopción de la Directiva 2006/123.

Obviamente, el matiz (si se quiere calificar así) resulta oportuno y comporta una carga simbólica de primer orden para dejar meridianamente clara, a modo de aviso a navegantes, la posición del supremo intérprete del Derecho de la Unión sobre uno de los aspectos más controvertidos durante la gestación de la Directiva Servicios: el de evitar su posible interferencia con aspectos específicos del modelo de bienestar, cuya consecución se ha de procurar mediante el equilibrio de los postulados de una Europa que, sin despojarse de su sentido liberal, está llamada a asumir y a compartir criterios tuitivos de carácter social, sobre todo tras el Tratado de Lisboa (10).

## II. LA GÉNESIS DE SU ADOPCIÓN

En el Consejo Europeo de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000, los Jefes de Estado y de Gobierno decidieron transformar la Unión Europea, con el horizonte del año 2010, en «la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social» (11), haciendo del mercado interior de servicios un objetivo de la máxima prioridad.

---

(10) No pasa desapercibida para el abogado general Cruz Villalón, en sus conclusiones de 5 de mayo de 2010, Santos Palhota y otros, C-515/08, punto 51, la consideración de que, a partir del 1 de diciembre de 2009, fecha en la que entró en vigor el Tratado de Lisboa, han de tenerse en cuenta varias disposiciones de Derecho social originario que afectan al marco de las libertades. En concreto, el desplazamiento de trabajadores, en la medida en que puede modular la intensidad de la libre prestación de servicios, ha de interpretarse a la luz de las disposiciones sociales introducidas por el citado Tratado. En efecto, el artículo 9 TFUE ha previsto una cláusula transversal de protección social que obliga a las instituciones a tener en cuenta «las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana». Esta exigencia se formula tras haber declarado, en el artículo 3 TUE, apartado 3, que la construcción del mercado interior se materializa mediante políticas basadas en «una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social».

(11) Como refiere la Quinta de las conclusiones del Consejo y reproduce el considerando cuarto de la Directiva 2006/123.

Ahora bien, su consecución requería de una planificación global que se materializó en la estrategia de la Comisión para el mercado interior de servicios (12), desde la que se abogaba por su consolidación y mejora.

Como en toda diagnosis certera la implementación de cualquier tratamiento precisa de un exhaustivo conocimiento de las patologías que afligen al objeto analizado, en este caso, el mercado interior. Pues bien, hasta ese momento se conocía que eran múltiples los obstáculos y barreras que impedían su plenitud, aunque la etiología de esas anomalías quedaba difuminada según el sector y el Estado miembro afectados, por lo que la propia Comisión formuló a mediados del año 2002 su Informe sobre el Estado del mercado interior de servicios (13), desvelando una serie de obstáculos que —ya según el considerando tercero de la propia Directiva 2006/123—, 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.

La metodología elegida, consistente en acometer una actuación de carácter horizontal y general, y tras dos años de *legislative turbulences* (14) desde que la Comisión presentara el primer proyecto de la Directiva servicios (15), desembocó formalmente en la aprobación de la Directiva 2006/123, primero, por el Parlamento Europeo el 15 de noviembre de 2006 y luego por el Consejo, el 12 de diciembre de 2006, casi 50 años después del Tratado de Roma y transcurridos más de 10 desde la ya mítica fecha de 31 de diciembre de 1992, límite temporal fijado por el artículo 14 TCE para que el establecimiento progresivo del mercado interior fuera ya una realidad.

---

(12) (2000) 888 final.

(13) COM (2002) 441 final.

(14) Las tribulaciones del alumbramiento de la Directiva 2006/123 son ilustradas con esta expresión por Griller, S (2008), en el General Report del Congreso Fide de 2008, glosado para «The New Services Directive of the European Union – Hopes and Expectations from the Angle of a (further) Completion of the Internal Market», en H. F. KOECK/ M. M. KAROLLUS (Eds.): *Proceedings of the FIDE Congress Linz 2008*, vol. 4, Viena, 2009, p. 381

(15) Propuesta de 5 de marzo de 2004 COM (2004) 2final/3.

### III. CINCO IDEAS-FUERZA A MODO DE REFLEXIÓN DE CONJUNTO

#### 1. Una decisión democrática y de consenso

La Directiva servicios, basada principalmente en el artículo 47, apartado 2 TCE (16), y adoptada en el marco del procedimiento de codecisión del artículo 251 TCE, refleja, por la intervención de casi todas las instituciones de la Unión, así como por la riqueza y amplitud de las discusiones suscitadas —que recorrieron un amplio espectro, desde la preocupación por evitar el dumping social hasta las veleidades de una mayor liberalización— el espíritu democrático que acompañó constantemente al debate de su elaboración (17).

Distinta de su concepción original (18), la Directiva 2006/123 representa un compromiso laborioso para intentar satisfacer todos los intereses en conflicto, esgrimidos y hechos valer tanto por los Estados miembros como por los demás actores jurídicos y sociales, resultando significativo que, pese a los acalorados debates que siguieron a su adopción, esta norma no ha sido objeto hasta la fecha de un recurso de anulación interpuesto por un Estado miembro (19).

#### 2. La constatación de la ausencia de un verdadero mercado interior de servicios

El abierto reconocimiento en el considerando tercero de la Directiva 2006/123, sobre la base del informe de la Comisión sobre el estado del mercado interior de servicios, de que, diez años después de lo que debería haber sido la realización del mercado interior, existe todavía un gran desfase entre la existencia de una economía integrada para la Unión Europea y la realidad vivida por los ciudadanos y los prestadores de servicios europeos, representa a mi juicio el *deadline* de una crónica sobre la incapacidad de las políticas acometidas hasta esa fecha para alcanzar y afianzar uno de

---

(16) El artículo 47.2 TCE exige al Consejo que, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, adopte directivas para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso y ejercicio de las actividades no asalariadas.

(17) FALLON, M. y SIMON A.-C. (2007), *La directive services: quelle contribution au marché intérieur ?*, JTDE febrero, p. 1

(18) Sobre la discordancia de la actual Directiva con el proyecto inicial, HATZOPOULOS, V., (2007) *Que reste-t-il de la directive sur les services?*, RESEARCH PAPERS IN LAW. College of Europe

(19) A diferencia de otras Directivas aprobadas también por el Parlamento Europeo y por Consejo, como por ejemplo, la Directiva 2003/33/CE, de 26 de mayo de 2003, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco (DO L 152, p. 16).

los designios primigenios de la Comunidad: la libre circulación de servicios, postulada ya desde sus orígenes por el Tratado de Roma [artículos 3 c), 52 y 60] y que debía culminar, como ya he referido, a final del año 1992.

Ante este panorama «desolador», que de una manera abstracta pero perfectamente medida la Directiva 2006/123 se empeña en relatar, es cuando en un intento de justificarse a sí misma enuncia en su considerando sexto que *un instrumento legislativo comunitario permitiría crear un auténtico mercado interior de servicios*, en la medida que la supresión de estos obstáculos no puede hacerse únicamente mediante la aplicación directa de los artículos 43 y 49 del Tratado, ya que, por un lado, resolver caso por caso mediante procedimientos de infracción contra los correspondientes Estados miembros sería, especialmente a raíz de las ampliaciones, una forma de actuar extremadamente complicada para las instituciones nacionales y comunitarias y, por otro, la eliminación de numerosos obstáculos requiere una coordinación previa de las legislaciones nacionales, coordinación que también es necesaria para instaurar un sistema de cooperación administrativa.

### **3. Una regulación general (no sectorial) vinculante**

Se presenta como excepcional el hecho de que las instituciones comunitarias procedan a adoptar una declaración jurídica general de carácter vinculante para el conjunto de los aspectos relacionados con una de las cuatro libertades fundamentales de circulación que no se encuentren ya disciplinados por una Directiva sectorial.

No obstante, tampoco es inédito, como atestiguan antecedentes con cierta solera, referidos al ámbito de la libre circulación de personas [Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (20)], de capitales [la Directiva 88/361/CEE del Consejo de 24 de junio de 1988 para la aplicación del artículo 67 del Tratado (21)] o de mercancías [Directiva Nº 70/50/CEE, de 22 de diciembre de 1969 (22)].

Sin embargo, hasta la Directiva 2006/123 la libertad de prestación de servicios se había desarrollado, desde una perspectiva general, a través de

---

(20) DO L 257, p. 2, Edición especial en español: Capítulo 05, Tomo 1, p. 77. Este Reglamento fue modificado por la *Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros* (DO L 158 de 30.4.2004, p. 77).

(21) DO L 178 de 8.7.1988, p. 5.

(22) DO L 13, p. 29.



instrumentos no vinculantes (23), destilado una obligatoriedad jurídica únicamente los textos de carácter sectorial. Modernas orientaciones parecen confirmar, no obstante, la tendencia hacia una legislación horizontal en lo que se refiere al fin perseguido aunque incidiendo de forma fraccionada sobre los sectores concernidos, como ocurre, por ejemplo, con las denominadas Directivas antidiscriminación (24).

Me pregunto, sin embargo, cómo es posible establecer un marco jurídico general que beneficie a una amplia gama de servicios sin descuidar, al mismo tiempo, las peculiaridades de cada tipo de actividad o de profesión y sus respectivos sistemas de regulación, tal y como afirma, en mi opinión con cierta ingenuidad, el considerando séptimo de la Directiva 2006/123.

Da la impresión de encontrarnos ante un espasmo jurídico, una especie de «última oportunidad» ante el fracaso de lo hecho hasta ese momento para arrumar las barreras que tradicionalmente han impedido la consolidación del mercado interior de servicios.

Desde esta perspectiva es legítimo preguntarse sobre la elección metodológica y política que supone aprobar una Directiva de las características de la 2006/123.

Parece que el camino se ha recorrido de modo inverso a la trayectoria recorrida en otros sectores, como por ejemplo, el de las telecomunicaciones, un ámbito (excluido de la Directiva 2006/123) en el que los monopolios estatales campaban a sus anchas, justificando a partir de un momento dado una reacción fuerte, un tratamiento de choque que, a medida que la liberalización se hiciera presente, debería modificarse y relajarse, desapareciendo paulatinamente el marco reglamentario *ex ante* (25). En cambio, la Directiva 2006/123 supone

---

(23) Como por ejemplo, el programa general para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios, adoptado el 18 de diciembre 1961 por el Consejo sobre la base del artículo 63 del Tratado

(24) Entre ellas, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO L 180, p. 22); la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, p. 16); la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (DO L 373 p. 37/43); o la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (DO L 204, p. 23).

(25) Como el que propician las cuatro Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo de 2002/19/CE, sobre el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados y su interconexión (Directiva acceso); la 2002/20/CE, atinente a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización); la 2002/21/CE, sobre un marco regulador

una inmisión legislativa en un momento en el que los operadores jurídicos del mercado interior y los Gobiernos nacionales deberían haber aprendido la lección mostrando ya sus capacidades en aras de una gestión responsable de la competencia en el seno del mismo.

#### 4. ¿Legislar mejor?

Sorprende que los 46 artículos que integran la Directiva 2006/123 se vean precedidos por 118 considerandos, que ocupan más de las tres cuartas partes del texto final, lo que constituye una desproporción ciertamente curiosa e inquietante, que viene a reflejar los temores a la incomprensión que los autores del texto percibieron a medida que el mismo se daba a conocer y calaba en la opinión pública.

En efecto, este continuo «salir al paso» a las críticas ha condicionado claramente un producto legislativo que casa mal con el Acuerdo interinstitucional «Legislar mejor» (26) y que, como viene siendo habitual, la propia Directiva recuerda la necesidad de su observancia (27).

Como ejemplo basta caer en la cuenta de que hay que esperar al considerando quinto para que se exprese la procedencia de eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros, lo que se reitera casi en los mismos términos en el sexagésimo cuarto cuando se habla de que es necesario que se supriman las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios que aún persisten en las legislaciones de algunos Estados miembros y que son incompatibles con los artículos 43 y 49, respectivamente, del Tratado.

Resulta claro que el objeto de la Directiva es el de establecer las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios (28), manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad

---

común de las redes y de los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco); y la 2002/22/CE, que aborda el servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal), todas ellas de 7 de marzo de 2002 y publicadas el 24 de abril siguiente (DO L 108, pp. 7, 21, 33 y 51.)

(26) DO C 321 de 31.12.2003, p. 1.

(27) Paradojicamente algún sector doctrinal habla «anti-législation» para referirse a la sistemática de la Directiva 2006/123, MANIN, P. H. (6/2007), *Conclusions sur la Directive 2006/123/CE*, Europe, p. 29-30.

(28) Según las conclusiones del abogado general Mazák, presentadas el 18 de mayo de 2010, ya citadas, punto 30, *la finalidad de la Directiva 2006/123, debe señalarse, en base a sus*

en los servicios (artículo 1.1). Sin embargo, como ha puesto de manifiesto la doctrina, (29) llama la atención que se hayan anticipado al mismísimo artículo primero, que, como pórtico define el objeto de su regulación, los aspectos de los que no trata la Directiva así como aquellos a los que no afecta la misma, lo que, además de reflejar cierta alarma, genera ciertos equívocos si se repara en el hecho de que ese precepto junto con el siguiente emplean indistintamente los términos de *no tratar*, *no afectar*, *no aplicar*.

## 5. Algo más que unas meras modificaciones normativas

Para terminar estas reflexiones enunciadas bajo el formato de ideas-fuerza, estimo oportuno señalar que la aprobación de la Directiva 2006/123 no solamente implica la necesidad de acometer en los ordenamientos nacionales las correspondientes adaptaciones para su transposición sino que, además, reclama un cambio de mentalidad o una nueva visión que debe proyectarse sobre algunos sistemas embridados por una cultura jurídica determinada que, sin duda, se hacen acreedores de transformaciones de hondo calado.

Como letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea he constatado «desde dentro» que el Derecho comunitario (30) no responde, siempre y en todos los casos, a esquemas monolíticos o lineales. En efecto, observo con perplejidad que, con cierto automatismo —no exento de temeridad—, se intentan asimilar conceptos cuya adecuada comprensión requiere situarse en el contexto del que proceden, ajenos en ocasiones, a los que imperan en un sistema de derecho dado.

Por citar un ejemplo, así ocurre con el acceso a los documentos, erigido en derecho fundamental por la influencia de ciertos países nórdicos, tal y como ha mostrado la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 2010, *Bavarian Lager* (31), precedida por las conclusiones de la abogada general Sharpston de 15 de octubre de 2009, en las que se hacía eco de que

---

*considerandos segundo y quinto, que consiste en la eliminación de los obstáculos a dos libertades fundamentales del Tratado: la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. Así es como esta Directiva contribuye a la realización del mercado interior.*

(29) DE LA QUADRA-SALCEDO, T., «Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de servicios en el mercado interior» en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 2006/123 relativa a los servicios del mercado interior*, Marcial Pons, 2009, p. 91.

(30) Aunque no sea del todo «políticamente correcto», pese a la nueva denominación que se ha generalizado de Derecho de la Unión Europea, entiendo que debe reivindicarse también el término de Derecho comunitario, salvo en aquellos casos en que queramos deslindar los actos y fuentes que se inscribían en la fenecida distinción entre los «tres pilares», al no poder desconocer la fuerza y virtualidad aglutinadora que esa expresión ha proporcionado durante más de 50 años.

(31) C-28/08P, aún no publicada en la recopilación.

el ordenamiento comunitario reconoce como derechos fundamentales el acceso a los documentos públicos y la protección de la privacidad, situándolos en pie de igualdad, circunstancia ésta que no acontece en todos los Estados miembros, habida cuenta de que en algunos ese acceso no pasa de ser un principio, reflejo del de transparencia, rector del procedimiento administrativo.

Por otro lado, hay materias e instituciones que hasta la fecha no han podido ser objeto de armonización por la ausencia de un sustrato jurídico común en todos los Estados miembros para su aceptación. Así lo ha relatado el abogado general Ruiz-Jarabo en sus conclusiones de 2 de junio de 2009, leídas en el asunto Acoset (32), en las que al hilo de la Colaboración Público Privada (CPP) (33), se hacía eco del relativismo que empaña a ciertas categorías jurídicas, lo que se proyecta sobre los intentos de *clasificar la actividad de la administración en policía, fomento y servicio público*, a lo que se añade que, *en una Comunidad jurídica globalizada, cada uno de estos componentes refleja percepciones distintas según los países* (punto 59). Apuntaba que, específicamente, en el servicio público *la heterogeneidad se manifiesta con vigor, pues, si en algunos sistemas esta noción se erige en piedra angular de sus ordenamientos administrativos, en otros no sustenta el andamiaje del «régime administratif» ni la «publicatio» adquiere el protagonismo* (punto 60). Según Ruiz-Jarabo, una de las causas de la dispersión en la constelación de las CPP es la de que *el legislador comunitario ha armonizado la contratación pública, pero no la maraña de las concesiones ni la de los servicios públicos, por lo que, al estar latentes estas categorías en no pocas CPP, la orfandad normativa que las rodea no responde al azar* (punto 61).

En suma, si la noción de servicio público no responde a idénticos esquemas en toda la Unión (34), como se infiere del dictamen del Comité Económico y Social, de 22 de mayo de 2003, sobre el Libro Verde de los servicios de interés general (35), difícilmente cabe desplegar una regulación general sobre los mismos, bien directamente, bien de manera indirecta, como ocurre cuando, por ejemplo, constituyen el objeto de una concesión.

El arquetipo de la dispersión conceptual que sobre el servicio público nos brindan las conclusiones de Ruiz-Jarabo sirve también como catalizador de una reflexión semejante respecto de la Directiva 2006/123, ya que si parece

---

(32) C-196/08.

(33) Partenariat public privat (en francés) o Public private partnership (en inglés).

(34) En ocasiones la terminología difiere, aunque el sustrato y la esencia del servicio público se aproximan en los distintos ordenamientos jurídicos en opinión de GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *El derecho administrativo privado*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1996, p. 398.

(35) COM (2003) 270 final (DO C 76).

que ésta excluye de su campo de aplicación a los servicios públicos (36), —por ejemplo, cuando de forma ilustrativa su considerando cuarto tercia en pos de su preservación— cabe preguntarse sobre cómo abordar con éxito la delimitación negativa de su objeto si el Derecho de la Unión no proporciona una noción general y unitaria de servicio público.

Otro tanto ocurre cuando las particularidades domésticas emergen desde otros puntos de vista. Así, en aquéllos sistemas públicos como el español, vertebrados tradicionalmente en torno a la intervención administrativa de policía sobre la base del acto administrativo, ¿es posible invertir, en un breve periodo de tiempo, una arquitectura jurídica que ha pivotado sobre la noción de licencia, para cimentarla ahora sobre bases distintas más próximas a la autorregulación?

La respuesta afirmativa al anterior interrogante ha de ser contundente: no sólo es posible sino que, además, deriva como imperativo de la Directiva 2006/123, lo que no obsta a que desde todas las instancias responsables se hagan esfuerzos para comprender el nuevo marco general —si quiera sea en contraposición al precedente— como un resorte o mecanismo para facilitar su asimilación, nunca, claro está, como excusa perversa para evitar su observancia.

Habida cuenta de que la licencia constituye una intervención de las autoridades públicas cuyo objeto es regular el ejercicio de una actividad económica, creo firmemente que, a estas alturas, a nadie se le escapaba que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ya se había cuidado de proclamar que para que un régimen de autorización (que suponga la excepción de una libertad fundamental) pueda ser justificado, habría de cumplirse una importante batería de garantías.

Por tanto, existían restricciones en los sistemas de autorización, sobre los que se ya se habían venido aplicando con suma naturalidad, tanto por el Tribunal de Justicia como por los jueces nacionales el canon de la proporcionalidad (37). Sin embargo, todo apunta ahora a que, en muchos casos, la declaración responsable y la comunicación previa se han erigido en sustitutos de las licencias. Bien es cierto que esta técnica no debería de advertirse como novedosa en ningún Estado miembro, tal y como acredita, por citar un sólo ejemplo, la experiencia que les debería haber proporcionado la Directiva

---

(36) Eludo adentrarme en la distinción entre servicios de interés general y servicios económicos de interés general.

(37) Como recuerda la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 2010, *Elchinov*, C-173/09, aún no publicada en la Recopilación, apartado 44, «el Derecho de la Unión, no se opone en principio a un sistema de autorización previa, es necesario, sin embargo, que los requisitos para la concesión de dicha autorización se justifiquen a la luz de las razones imperiosas antes referidas, que no vayan más allá de lo objetivamente necesario para conseguir su propósito y que no pueda conseguirse el mismo resultado mediante normas menos rigurosas».

96/61/CE, del Consejo, de 24 de septiembre de 1996 relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación (38); no obstante, el trasunto de esta última figura no deja de constituir un mecanismo puntual, y su generalización con una intensidad tal como la preconizada por la Directiva servicios se desconocía hasta la fecha en algunos ordenamientos nacionales.

Se dibuja, de esta manera, al derivar directamente de la Ley, la posibilidad inmediata de iniciar una actividad o de ejercer un derecho sin un previo título jurídico habilitante individual, lo que corresponsabiliza al particular de los efectos de sus actos, otorgándole un protagonismo inédito hasta el momento que, como regla, sólo puede modularse mediante una intervención administrativa *ex post*, susceptible, por lo demás, de mediatizar la configuración del régimen jurídico de impugnación contencioso de aquéllos sistemas que giran en torno a la noción de acto administrativo (39). No faltan, por tanto, razones para hablar incluso de un nuevo Derecho Administrativo para los sectores concernidos por la Directiva servicios (40).

#### **IV. LA ACTUAL REGULACIÓN DEL MERCADO DE SERVICIOS DESDE EL DERECHO ORIGINARIO Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

El artículo 26 TFUE (antiguo artículo 14 TCE) viene a confirmar la impresión que he destacado anteriormente sobre la inoperancia de acotar temporalmente la realización del mercado interior. Se ha demostrado que la fecha límite de 31 de diciembre de 1992 no ha sido suficiente para implementar ese espacio sin fronteras interiores. Quizás, por este motivo, el artículo 26 TFUE parece concebirlo como una realidad necesitada siempre de atención y, sin «poner puertas al campo», en su apartado primero encomienda a la Unión la adopción de las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Tratados.

Al fin y al cabo, los vectores que animan el mercado y, en particular, al de servicios, no son estáticos, por lo que, obviamente, tarde o temprano esos intercambios requerirán ciertas modulaciones según la épocas y circunstancias.

---

(38) DO L 257, p. 26.

(39) Expone con claridad todos estos efectos reflejos de la Directiva 2006/123 RODRÍGUEZ FONT, M. (2009), en «Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local. La Directiva de Servicios: Contratación local y crisis económica. Nuevos desarrollos estatutarios», en *Anuario del Gobierno Local*, Dir. por Tomás FONT I LLOVET y por Alfredo GALÁN GALÁN, IDP, Institut de Dret Públic.

(40) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. (2007), «Un nuevo Derecho administrativo para el mercado interior europeo», en *Revista española de Derecho Europeo*, nº 22, Civitas

Al hilo de lo anterior, no puedo dejar de preguntarme si los rimbombantes e inmodestos términos sobre la transformación de la economía europea *en la más competitiva y dinámica del mundo* que se emplearon en el Consejo de Lisboa de 2000 y en la propia Directiva servicios —hasta el punto de que ésta fue concebida, precisamente, con un instrumento para la consecución de ese diseño—, se hubiesen mantenido ante un pronóstico certero basado en indicadores reales (y no meramente intuitivos) de la grave crisis económica que azota en estos momentos a Europa ¿realmente fallaron los resortes y los mecanismos de alerta? o ¿más bien, (no es mi intención caer en la política-ficción) ante la deceleración económica que ya se vislumbraba en ciertos segmentos del mercado, la Directiva se esgrimió como acicate para la reactivación? Confieso que ignoro las respuestas a estos dilemas siendo el tiempo el que proporcionará cierta luz al respecto, mas, hasta que la misma se abra paso esos interrogantes seguirán alimentando las dudas sobre la oportunidad de la Directiva 2006/123.

El artículo 49 TFUE (antiguo artículo 43 TCE) regula «en el marco de las disposiciones siguientes» el derecho de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, prohibiendo sus restricciones, extendiendo esa interdicción a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro, comprendiendo la libertad de establecimiento «el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales...».

Por su parte, el artículo 56 TFUE (antiguo artículo 49 TCE), también «en el marco de las disposiciones siguientes», proclama la prohibición de las restricciones de la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación.

Y si hablamos de derecho originario, no sólo interesa destacar la regulación que contiene el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, habida cuenta del cambio cualitativo que, bastante antes, representó la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (41).

---

(41) Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (DO C 364, p. 1), tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo (DO C 303, p. 1), que ha de ser completada con la declaración incorporada por el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, en el artículo 6 UE: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados».

En este sentido, aunque ha pasado en cierta medida inadvertido, la Directiva 2006/123 contiene en su considerando decimoquinto una inquietante proclama: *La presente Directiva respeta el ejercicio de los derechos fundamentales aplicables en los Estados miembros y reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y las explicaciones concomitantes que los reconcilian con las libertades fundamentales establecidas en los artículos 43 y 49 del Tratado*. Estos derechos fundamentales incluyen el derecho a emprender una acción sindical, de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales que respetan el Derecho comunitario (42).

¿Que quiere decir la Directiva servicios cuando hace uso del término *reconciliación*? ¿Acaso la lectura hasta entonces mantenida de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios poseían ciertos visos de incompatibilidad con los derechos fundamentales?

Sorprende la previsión, pues, lejos de una lectura en clave de confrontación, recientes desarrollos jurisprudenciales (43) ya enfatizan, por ejemplo, la vertiente social de la Unión Europea (que es a la que parece aludir el considerando decimoquinto), rechazando que su acción se centre en exclusiva en la implementación de un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, al tener que atender también una política en el ámbito social, cuyos designios constituyen el prisma adecuado para sopesar los derechos derivados de esas libertades fundamentales.

Además, no hay que olvidar que libertades clásicas como la circulación de trabajadores, el establecimiento o la libre prestación de servicios adquieren una nueva dimensión al quedar incorporadas a la Carta, haciendo gala de una doble funcionalidad situada en pie de igualdad jurídica: además de constituir garantes insoslayables para la realización del mercado interior, conforman unos derechos individuales que se atisban básicos para el estatuto de la ciudadanía europea, expresando, específicamente, el apartado segundo del artículo 15 de la Carta que «todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro».

---

(42) Por citar la expresión en algunas de las versiones lingüísticas de la Directiva: *les concilie* (versión francesa); *reconciling them* (versión inglesa); no obstante, la versión alemana trasluce una idea de vinculación *und bringt sie mit den in den Artikeln 43 und 49 des Vertrags festgelegten Grundfreiheiten in Einklang*.

(43) Véanse, las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2007, *International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union* (C-438/05, Rec. p. I-10779), apartados 78 y 79; y de 18 de diciembre de 2007, *Laval un Partneri Ltd* (C-341/05 Rec. p. I-11767), apartados 104 y 105.



## V. LAS RESTRICCIONES A LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La Directiva 2006/123 es consciente de que en un escenario de ausencia de armonización de las normas aplicables a los servicios, los obstáculos al artículo 49 TCE derivan, en ocasiones, de la vocación de las legislaciones nacionales de imponerse a cualquier persona que se encuentre en el territorio nacional, aplicándose, también, a los prestadores de servicios que, establecidos en otros Estados miembros, se encuentren coyunturalmente en su territorio.

Tal como ya he anticipado, el Tribunal de Justicia maneja una noción de restricción ciertamente generosa, que discurre desde la interdicción de la actividad a la mera pérdida de su atractivo, hasta el punto que ha equiparado la prestación intracomunitaria a la puramente interna (44), siguiendo las pautas del artículo 57 TFUE (anterior artículo 50 TCE) (45).

Cuando la limitación a la libertad de circulación de los servicios o al establecimiento deriva de la presencia de régimen jurídicos diferentes —por lo demás, principal obstáculo al correcto desarrollo del mercado interior— y el ordenamiento del país de acogida no resulte aplicable indistintamente a las prestaciones de servicios, cualquiera que sea su origen, someter automáticamente a sus dictados a los empresarios extranjeros resulta incompatible con el artículo 49 TFUE y con el artículo 56 TFUE salvo que una disposición expresa lo permita por razones de orden público, seguridad y salud públicas, en los términos del artículo 52 TFUE (46).

Sin embargo estas excepciones no poseen un valor autónomo sino que la hermenéutica adecuada ha de acometerse desde la órbita de la Unión. Es suficiente, por ejemplo, con acudir al orden público, pues, sin perjuicio de que son los Estados los encargados de definir, en lo esencial, a tenor de sus necesidades nacionales, las exigencias de orden público en el contexto de la Unión Europea y, en particular, como justificación de una excepción al principio fundamental de la libre prestación de servicios, dicho concepto debe interpretarse en sentido estricto, de manera que cada Estado miembro

---

(44) Según la sentencia del Tribunal de 5 de octubre de 1994, Comisión/Francia (C-381/93, Rec. p. I-5145), apartado 17, desde la perspectiva de un mercado único y para alcanzar sus objetivos, la libre prestación de servicios se opone a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros que la prestación de servicios puramente interna en un Estado miembro.

(45) Declara el artículo 57 TFUE que, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas

(46) Sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I 2925), apartado 24; de 21 de marzo de 2002, Cura Anlagen (C-451/99, Rec. p. I 3193), apartado 31; y de 18 de julio de 2007, Comisión/Alemania (C-490/04), apartado 86.

no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las instituciones de la Comunidad Europea.

## **VI. HACIA UNA NOCIÓN UNITARIA DE LOS SERVICIOS FRENTE A LA DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL ENTRE LIBERTAD DE SERVICIOS Y DERECHO DE ESTABLECIMIENTO**

El Tribunal de Justicia ha expresado algunos criterios que se adveran esenciales a los efectos de distinguir, las difusas fronteras entre las libertades de «prestación de servicios» y de «establecimiento» (47).

De un lado, la continuidad en la prestación y, en suma, la estabilidad, conducen a la idea de que el concepto de establecimiento supone la posibilidad de que un nacional comunitario participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado de origen, y de que se beneficie de ello, favoreciendo así la interpenetración económica y social en el interior de la Comunidad en el ámbito de las actividades por cuenta propia (48).

De otro lado, el carácter «temporal» del ejercicio de la actividad (49) permitirá calificar la actividad económica de que se trate como de «prestación de servicios».

Sin embargo, la virtualidad de esos criterios de distinción se ha visto, en cierta medida, difuminada dado que, por primera vez, un texto jurídico horizontal como la Directiva 123/2006 incorpora —en el capítulo III, artículos 9

---

(47) Alertan las sentencias de 11 de diciembre de 2003, Schnitzer (C-215/01, Rec. p. I-14847), apartados 30 y 31; de 29 de abril de 2004, Comisión/Portugal (C-171/02, Rec. p. I-5645), apartado 26 y de 16 julio de 2009, von Chamier-Glisczinski (C-208/07, Rec. 2009 p. I-6095) apartado 74, sobre la circunstancia de que «ninguna disposición del Tratado permite determinar, de manera abstracta, la duración o la frecuencia a partir de la cual la prestación de un servicio o de un determinado tipo de servicio en otro Estado miembro no puede considerarse ya una prestación de servicios en el sentido del Tratado. Así, el concepto de «servicio» en el sentido del Tratado puede incluir servicios de naturaleza muy distinta, incluidos los servicios cuya prestación se realiza durante un período prolongado, incluso durante varios años».

(48) En este sentido, sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de junio de 1974, Reyners (2/74, Rec. p. 631), apartado 21, de 30 de noviembre de 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165, apartado 25 y de 14 de septiembre de 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer (C-386/04, Rec. p. I-8203), apartado 18.

(49) Temporalidad que para la sentencia Gebhard, ya citada, apartados 25 a 28, debe determinarse no sólo en función de la duración de la prestación, sino también en función de su frecuencia, periodicidad o continuidad, de manera que si la participación del interesado en la vida económica del Estado miembro de acogida no tiene un carácter estable y continuo cabe acudir a la libre circulación de servicios en lugar de al derecho de establecimiento.

a15, referidos a la libertad de establecimiento de los prestadores— aspectos y situaciones que bajo la lógica del antiguo artículo 50 TCE quedarían ubicados en el derecho de establecimiento. Esta expansión de la noción de servicio se ha visto posibilitada al desplazar la Directiva 2006/123 el centro de gravedad a otra noción distinta, la de «prestador», como confirma sin ambages el considerando trigésimo sexto: *el concepto de «prestador» no se limita únicamente a los casos en que el servicio se presta a través de las fronteras en el marco de la libre circulación de servicios, sino que también incluye los casos en que un operador se establece en un Estado miembro para desarrollar en él actividades de servicios (50).*

Bien es cierto que el Tribunal de Justicia había ya contribuido a una unificación del régimen jurídico de todas las libertades de circulación (51), pero, por un lado, no parece que la Directiva 2006/123 se inserte en esa línea y, por otro lado, el propio Tribunal de Justicia, si bien relativiza la distinción entre las libertades —por ejemplo, la de circulación de mercancías y la de prestación de servicios— desde un análisis global no admite, sin embargo, una elección, a la carta entre ambas (52).

Además, frente a la consideración empírica de servicios, desarrollada a partir del citado artículo 50 TCE (hoy artículo 57 TFUE) la definición que proporciona el artículo 3.1) de la Directiva 123/2006 se vertebró esencialmente por el contenido económico, de modo que será «servicio» cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, de lo que coherentemente se colige que la norma se aplicará, salvo excepciones (por ejemplo, la de los transportes y los servicios postales) a los servicios de interés económico general (en cuyo seno ese elemento económico está presente) mas no, en cambio (dada la ausencia de ese componente) a los servicios de interés general (considerando decimoséptimo).

---

(50) No obstante, el considerando quinto sigue escenificando las diferencias entre ambas libertades, dado que los obstáculos que entorpecen el mercado interior de los servicios afectan tanto a los operadores que desean establecerse en otros Estados miembros como a los que prestan un servicio en otro Estado miembro sin establecerse en él: procede permitir que el prestador desarrolle sus actividades de servicios dentro del mercado interior, ya sea estableciéndose en un Estado miembro, ya sea acogéndose a la libre circulación de servicios. Los prestadores deben disponer de la posibilidad de elegir entre estas dos libertades en función de su estrategia de desarrollo en cada Estado miembro.

(51) IDOT, L, Régime du principe de libre circulation : principe d'interdiction et Libre circulation : dérogation au principe de libre circulation : Lamy Procédures communautaires, t. 1, études 150 et 152 et J.-G. HUGLO, «Droit d'établissement et libre prestation de services: J.-Cl.», *Europe Traité*, Fasc. 710, spéc. n° 6.

(52) Sentencia de 22 de enero de 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Rec. p. I-607).

Por lo tanto, aunque se mantiene la diferencia entre los servicios que no requieren ningún desplazamiento de personas o que son ofrecidos a título ocasional (Capítulo IV) y aquéllos ofrecidos por quienes se encuentran establecidos sobre el territorio de otro Estado miembro (Capítulo III) la aproximación del régimen jurídico de ambos aspectos se decanta como evidente a partir de la lectura de la Directiva 2006/123.

## VII. EL CONCEPTO DE SERVICIOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DIRECTIVA 2006/123

Una primera aproximación ha de abordarse desde los tres primeros artículos de la Directiva, de forma que servicios serán los prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro —criterio de delimitación positivo— (artículo 2.1) siempre que —a partir de aquí se abre paso la delimitación negativa— no se encuentren expresamente excluidos de su órbita de aplicación (artículo 2. apartado 2) (53).

La propia Directiva 2006/123 puntualiza, por otro lado, que no trata de la liberalización de servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas o privadas ni de la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios (apartado 2 del artículo 1); tampoco de la abolición de monopolios prestadores de servicios ni de las ayudas concedidas por los Estados miembros amparadas por normas comunitarias sobre competencia (apartado 3 del artículo 1). Asimismo no afecta a la libertad de los Estados

---

(53) Están excluidos a) los servicios no económicos de interés general; b) los servicios financieros, como los bancarios, de crédito, de seguros y reaseguros, de pensiones de empleo o individuales, de valores, de fondos de inversión, de pagos y asesoría sobre inversión, incluidos los servicios enumerados en el anexo I de la Directiva 2006/48/CE; c) los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, así como los recursos y servicios asociados en lo que se refiere a las materias que se rigen por las Directivas 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE, 2002/22/CE y 2002/58/CE; d) los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los servicios portuarios, que entren dentro del ámbito de aplicación del título V del Tratado; e) los servicios de las empresas de trabajo temporal; f) los servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado; g) los servicios audiovisuales, incluidos los servicios cinematográficos, independientemente de su modo de producción, distribución y transmisión, y la radiodifusión; h) las actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, juego en los casinos y las apuestas; i) las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública de conformidad con el artículo 45 del Tratado; j) los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionados por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado; k) los servicios de seguridad privados; l) los servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración. Debido a su propia configuración y naturaleza, la Directiva no se aplica a la fiscalidad (artículo 2, apartado 3).

miembros para definir, organizar y financiar lo que consideran servicios de interés económico general (apartado 3 del artículo 1), a las medidas adoptadas para fomentar la diversidad cultural y lingüística y garantizar la defensa del pluralismo de los medios de comunicación (apartado 4 del artículo 1), a la normativa de los Estados miembros en materia de Derecho penal (apartado 5 del artículo 1) al Derecho laboral (apartado 6 del artículo 1), a las normas de Derecho internacional privado (apartado 2 del artículo 3) ni, como ya he anticipado, al ejercicio de los derechos fundamentales (apartado 7 del artículo 1).

Por otro lado, de forma coherente con su naturaleza de regulación general transversal (que implica ser el cajón de sastre de los servicios no regulados sectorialmente), el apartado 1 de su artículo 3 previene sobre la circunstancia de 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 su ejercicio en sectores concretos o en relación con profesiones concretas, estas otras normas primarán y se aplicarán a esos sectores o profesiones concretas, figurando entre dichos actos:

- a) la Directiva 96/71/CE (54);
- b) el Reglamento (CEE) no 1408/71 (55);
- c) la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (56);
- d) la Directiva 2005/36/CE (57):

## VIII. LAS APORTACIONES DE LA DIRECTIVA 2006/123

La Directiva 2006/123 fija cuatro objetivos principales para conseguir un mercado interior de servicios:

---

(54) Ver nota 9.

(55) Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L 149 de 5.7.1971, p. 2).

(56) Directiva del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DO L 298, p. 23), modificada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 202, p. 60).

(57) Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (DO L 255, p. 22).

- facilitar la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios en la UE;
- reforzar los derechos de los destinatarios de los servicios en su calidad de usuarios de dichos servicios;
- fomentar la calidad de los servicios (58);
- establecer una cooperación administrativa efectiva entre los Estados miembros.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia había ya desarrollado un conjunto de principios con el fin de restringir la discrecionalidad de las autoridades nacionales respecto de las personas que desean instalarse en su territorio, jurisprudencia que cabría sintetizar del siguiente modo:

Cuando un operador quiera ejercer su libertad de establecimiento debe, en principio, conformarse con la Ley del Estado de acogida, siempre que no sea discriminatoria y no convierta el ejercicio de esa libertad en incómoda o no atractiva. En el caso de que existan ciertos requisitos adicionales, derivados directamente de la norma del Estado de acogida corresponde a éste demostrar que esas medidas entran dentro de las excepciones previstas por el Tratado o se encuentran justificadas por razones imperiosas de interés general.

Desde la perspectiva de la libertad de servicios, dada su dimensión temporal, es, en principio, la ley del país de origen la que resulta aplicable para solicitar el acceso y obtener el disfrute de la actividad, sin perjuicio de que el Estado miembro de origen, conserve la capacidad de imponer requisitos específicos en las mismas condiciones expuestas: siempre que demuestre estar comprendidos en las excepciones previstas por el tratado o se justifiquen por razones imperiosas de interés general.

Estos principios son esencialmente los que se vislumbran en la Directiva de servicios, que sin perjuicio de la introducción de excepciones y matices, confirma en gran medida, la extensión y expansión creciente de las prohibiciones asumidas a nivel jurisprudencial, que, en esencia pivotan sobre el hecho de que las restricciones del acceso al mercado sean significativas para estar comprendidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 43 TCE. Basta recordar que en el asunto CaixaBank France (59), el Tribunal aludió a

---

(58) Impulsando la certificación voluntaria de las actividades o la elaboración de cartas de calidad o a través de la elaboración de códigos de conducta europeos, en particular por organismos o asociaciones profesionales.

(59) Sentencia de 5 de octubre de 2004 (C-442/02, Rec. p. I-8961), apartados 12 a 14. En este asunto, asunto el Tribunal de Justicia se enfrentó a determinar si la vulneración de una libertad se perpetra sólo cuando se limita el acceso a la misma o también cuando de forma más general perturba el satisfactorio ejercicio económico que se deriva de la misma. La sentencia entendió que *el artículo*

un obstáculo «importante» para «competir de forma más eficaz» o adoptar «uno de los métodos más eficaces para competir» o que en el asunto Comisión/Italia (60), habló de «injerencia sustancial» o de «importantes cargas adicionales», y de una necesidad de «replantearse» su política y su estrategia comerciales, «ampliando considerablemente» el espectro de su oferta de servicios, acarreado «adaptaciones y costes de tal magnitud» que afectasen al acceso al mercado.

Pero lo que hace la Directiva 2006/123 es establecer un inventario de estos principios, sistematizarlos y ampliar su alcance, codificando la jurisprudencia.

Así ocurre con el reconocimiento de las medidas prohibidas desde las vertientes del derecho de establecimiento (artículos 14 y 15) y de la libre prestación de servicios (artículo 16).

Para facilitar la libertad de establecimiento, la Directiva 2006/123 prohíbe a los Estados miembros, como regla general, que supediten el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sus respectivos territorios a requisitos discriminatorios basados directa o indirectamente en la nacionalidad, así como exigir el establecimiento previo o la inscripción en registros, limitar la elección del prestador entre el establecimiento en forma de agencia, de sucursal o de filial, la aplicación, caso por caso, de una prueba económica, la intervención directa o indirecta de competidores o la constitución de un aval financiero (artículo 14).

Impone también que los Estados miembros examinen si en su ordenamiento jurídico están previstos ciertos requisitos restrictivos (61), que, no obstante, admite previa comprobación por el Estado de que no son discriminatorios, y que sean necesarios y proporcionales a los fines que persigan (artículo 15).

---

*43 TCE se opone a la normativa de un Estado miembro que prohíbe a una entidad de crédito, filial de una sociedad de otro Estado miembro, remunerar las cuentas corrientes denominadas en euros, abiertas por residentes del primer Estado miembro, aceptando de esta forma, en cierta medida, que esa restricción constituía una injerencia en el ejercicio eficaz y rentable de la actividad de crédito.*

(60) Sentencia de 28 de abril de 2009 (C-518/06, Rec. p. I-3491), apartados 66 a 70.

(61) Los previstos en el artículo 15, apartado segundo: a) límites cuantitativos o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores; b) requisitos que obliguen al prestador a constituirse adoptando una forma jurídica particular; c) requisitos relativos a la posesión de capital de una sociedad; d) requisitos distintos de los relativos a las materias contempladas en la Directiva 2005/36/CE o de los previstos en otros instrumentos comunitarios y que sirven para reservar el acceso a la correspondiente actividad de servicios a una serie de prestadores concretos debido a la índole específica de la actividad; e) prohibición de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional; f) requisitos que obliguen a tener un número mínimo de empleados; g) tarifas obligatorias mínimas y/o máximas que el prestador debe respetar; h) obligación de que el prestador realice, junto con su servicio, otros servicios específicos.

Respecto de la prestación de servicios se sustituye el polémico principio del país de origen en cuya virtud los prestadores de servicios en otros Estados miembros quedaban sujetos únicamente al ordenamiento del Estado del que procedían. (62) En efecto, ahora se renuncia a enunciar como tal ese principio, pero a fin de facilitar la libre prestación temporal de los servicios transfronterizos, la Directiva 2006/123 exhorta a los Estados miembros a garantizar en su territorio el libre acceso a la actividad de servicios y su libre ejercicio, de forma que al prestador de servicios que se desplace a su territorio, sólo podrán imponerle el respeto de sus propios requisitos (63) a condición de que sean no discriminatorios, resulten proporcionados y estén justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente (artículo 16).

#### Autorizaciones administrativas

En lo que se refiere al derecho de establecimiento, el artículo 9.1 de la Directiva 2006/123 apunta que los Estados miembros sólo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones: a) el régimen de autorización no es discriminatorio para el prestador de que se trata; b) la necesidad de un régimen de autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general; c) el objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control *a posteriori* se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.

---

(62) Como ha alertado ENTRENA RUIZ, D. en «La génesis de la directiva sobre liberalización de servicios», en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 2006/123 relativa a los servicios del mercado interior*, Marcial Pons, 2009, pp. 68 y 69, este principio propiciaba la aminoración de costes empresariales de todo tipo, incluidos los generados por la legislación de corte social de un Estado de bienestar, siendo susceptible de provocar una deslocalización de industrias y un descenso de los umbrales tuitivos de exigencia, contribuyendo al dumping social.

(63) Aunque en ningún caso podrán imponer, de acuerdo con el apartado segundo del artículo 16, los siguientes: a) obligación de que el prestador esté establecido en el territorio nacional; b) obligación de que el prestador obtenga una autorización concedida por las autoridades competentes nacionales, incluida la inscripción en un registro o en un colegio o asociación profesional que exista en el territorio nacional, salvo en los casos previstos en la presente Directiva o en otros instrumentos de Derecho comunitario; c) prohibición de que el prestador se procure en el territorio nacional cierta forma o tipo de infraestructura, incluida una oficina o un gabinete, necesaria para llevar a cabo las correspondientes prestaciones; d) aplicación de un régimen contractual particular entre el prestador y el destinatario que impida o limite la prestación de servicios con carácter independiente; e) obligación de que el prestador posea un documento de identidad específico para el ejercicio de una actividad de servicios, expedido por las autoridades competentes; f) requisitos sobre el uso de equipos y material que forman parte integrante de la prestación de servicios, con excepción de los necesarios para la salud y la seguridad en el trabajo; g) las restricciones de la libre circulación de servicios contempladas en el artículo 19.



Sin embargo, en lo atinente a las autorizaciones administrativas con relación a la libre prestación de servicios hay que reseñar que la Directiva 2006/123 las hace pasar a la clandestinidad jurídica, como se infiere del artículo 16, apartado 2, letra b).

La jurisprudencia había modulado las posibilidades de su utilización subordinándolas a la observancia de una serie de requisitos: así, deben basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de modo que establezcan los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera arbitraria (64), y, además, cualquier persona afectada por una medida restrictiva basada en dicha excepción debe poder disponer de un medio de impugnación jurisdiccional (65).

Confirma la Directiva servicios la amplitud de la noción de autorización que el Tribunal de Justicia ha venido manteniendo hasta la fecha (66), al apuntar en su considerando trigésimo noveno que abarca, entre otros, los procedimientos administrativos mediante los cuales se conceden autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones, pero también la obligación, para poder ejercer una actividad, de estar inscrito en un colegio profesional o en un registro, en una lista oficial o en una base de datos, de estar concertado con un organismo o de obtener un carné profesional. La concesión de una autorización puede ser resultado no solo de una decisión formal, sino también de una decisión implícita derivada, por ejemplo, del silencio administrativo de la autoridad competente o del hecho de que el interesado deba esperar el acuse de recibo de una declaración para iniciar la actividad en cuestión o para ejercerla legalmente.

En definitiva, la Directiva 2006/123 aboga expresamente por la supresión del régimen de autorización administrativa previa (considerando 42), que

---

(64) Por ejemplo, las Sentencias de 17 de julio de 2008, Comisión/Francia, C-389/05, Rec. p. I-5397, apartado 94, y de 10 de marzo de 2009, Hartlauer, C-169/07, Rec. p. I-1721, apartado 64), respecto del derecho de establecimiento.

(65) La sentencia de 20 de febrero de 2001, Analir y otros, C-205/99, Rec. p. I-1271, apartado 38, respecto de la libertad de prestación de servicios.

(66) En este sentido la reciente sentencia de 7 de octubre de 2010, asunto Santos Palhota, ya citado, cuyo apartado 34 proclama: «Es preciso señalar que el procedimiento descrito en el apartado precedente no puede calificarse de mero procedimiento declaratorio. Como el Abogado General subrayó en el punto 70 de sus conclusiones, la mera transmisión de información a las autoridades del Estado miembro de destino, así como la certificación de la recepción, tienen una capacidad potencial de convertirse en mecanismos de verificación y autorización previos al comienzo de la prestación. En efecto, en la medida en que dicha notificación debe preceder al desplazamiento de los trabajadores por parte de su empleador y sólo se produce una vez que las autoridades nacionales han realizado un control de la conformidad de la declaración previa de desplazamiento, debe considerarse que tal procedimiento reviste el carácter de un procedimiento de autorización administrativa...».

la refiere a los casos en los que el acceso a una actividad de servicios o el ejercicio de la misma por parte de los operadores requiere una decisión de la autoridad competente (considerando 57) si bien la admite cuando resulte indispensable (considerando 43) o cuando dicho acto cumpla los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, de forma que la autorización solo es admisible en aquellos casos en que no resultaría eficaz hacer un control *a posteriori*, habida cuenta de la imposibilidad de comprobar *a posteriori* los defectos de los servicios en cuestión y habida cuenta de los riesgos y peligros que se derivarían de la inexistencia de un control *a priori* (considerando 43 y 54), autorización que, como regla general, deberá dar al prestador la posibilidad de acceder a la actividad de servicios o de ejercerla en todo el territorio nacional (67) (considerando 59), sin que pueda limitarse su duración (artículo 11), reconociendo también la posibilidad de que los Estados miembros retiren las autorizaciones una vez que dejen de cumplirse las condiciones necesarias para su concesión (considerando 55).

Hay que significar asimismo como innovación, que el hecho de favorecer la implementación efectiva de las libertades de establecimiento y de circulación de servicios no sólo se propugna en provecho de los prestadores sino también en beneficio de los destinatarios, reconociendo nuevos derechos para el conjunto de los actores económicos.

Así, la Directiva 2006/123 acomete una armonización procedimental consagrando un verdadero derecho a la información en favor de todos (artículo 7), otorgando a los prestatarios de servicios unas medidas de simplificación administrativa para facilitar sus movimientos en el seno de la Unión, entre las que destacan las «ventanillas únicas» (68) para garantizar que todo prestador disponga de un interlocutor único al que dirigirse para realizar todos los procedimientos y trámites (artículo 6), instaurando la vía electrónica como cauce de los procedimientos (artículo 8), al tiempo que obliga a los Estados miembros a que verifiquen los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una acti-

---

(67) Como ya advirtiera el abogado general Poiares Maduro en sus conclusiones de 14 de diciembre de 2006, presentadas en el asunto Comisión/Italia, C-134/05, punto 31, *la limitación del alcance territorial de la licencia constituye en primer lugar, a mi juicio, una restricción injustificada de la libertad de prestación de servicios. Como antes he mantenido, dado que la exigencia general y absoluta de una licencia infringe el principio de libertad de prestación de servicios, también lo infringe a fortiori un sistema que impone al prestador de servicios transfronterizo presentar múltiples solicitudes de autorización según el territorio del Estado miembro de acogida en el que desea operar.*

(68) No obstante, a nivel comunitario se había materializado ya el principio de *ventanilla única*, por ejemplo, en el control de fusiones, aunque limitado al examen de cuestiones de Derecho de la competencia; véanse el artículo 21 y el octavo considerando del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas [DO L 24, p. 1].

vidad de servicios y a su ejercicio, principios que en gran parte habían sido decantados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (69).

En el apartado de deberes la Directiva exige dos aspectos que deben ser colmados por el prestatario de los servicios: por un lado, unas obligaciones de transparencia que se concretan en los artículos 22.1, 22.3 y 27 y, por otro lado, un requisito de garantías previsto en el artículo 23, de forma que los prestadores cuyos servicios presenten un riesgo directo y concreto para la salud o la seguridad del destinatario o un tercero, o para la seguridad financiera del destinatario, suscriban un seguro de responsabilidad profesional adecuado en relación con la naturaleza y el alcance del riesgo u ofrezcan una garantía o acuerdo similar que sea equivalente o comparable en lo esencial en cuanto a su finalidad. Sin embargo, como manifestación del principio de reconocimiento mutuo los Estados miembros no exigirán estas garantías en caso de que dicho prestador ya esté cubierto por una garantía equivalente en otro Estado miembro.

Asimismo, instaura una cooperación administrativa efectiva entre Estados miembros (artículos 28 a 36) estableciendo una obligación legal vinculante para que cooperen con las autoridades de otros Estados miembros a fin de garantizar un control eficaz de las actividades de servicio en la Unión y, al mismo tiempo, evitar una multiplicación de los controles.

Merece ser destacado que los Estados miembros designarán uno o más puntos de contacto y comunicarán sus datos a los demás Estados miembros y a la Comisión, la cual publicará y actualizará periódicamente la lista de puntos de contacto (artículo 28, apartado 2); también transmitirán a la Comisión información sobre los casos en que otros Estados miembros incumplan su obligación de asistencia recíproca (artículo 28, apartado 8).

Junto con estos puntos de contactos, la Directiva 2006/123 estimula la creación de una red europea de autoridades de los Estados miembros que velará por la puesta en funcionamiento del mecanismo de alerta previsto en el artículo 32, mecanismo que se activará cuando un Estado miembro tenga conocimiento de actos o circunstancias específicos de carácter grave relativos a una actividad de servicios, que puedan ocasionar perjuicios graves para la salud o la seguridad de las personas o el medio ambiente en su territorio o en el de otros Estados miembros, informando al Estado miembro de establecimiento, a los demás Estados miembros afectados y a la Comisión en el plazo más breve posible.

---

(69) Así, en lo que atinente a certificaciones, véase la sentencia de 21 de marzo de 2002, Comisión/Italia (C-298/99, Rec. p. I-3129.)

Finalmente original es también la previsión de un sistema de evaluación y de una *review clause* de los dictados de la propia Directiva 2006/123 (artículos 39 a 41).

## IX. UN EPÍLOGO CRÍTICO

La Directiva 2006/123 parece manifestarse como una última oportunidad para instaurar los valores que alentaron el surgimiento de esa comunidad de Derecho, hoy llamada Unión Europea.

Intencionadamente, he preferido abordar el ámbito de su aplicación de una manera descriptiva y aséptica al erigirse en la temática principal de otros capítulos de esta publicación. Sin embargo, a la vista de las actividades sobre las que la que la Directiva de servicios posee vocación de proyectarse, cabe afirmar que, pese a las múltiples excepciones, las que caen bajo su órbita son materias heterogéneas entre sí, hasta el punto que el elemento principal pasa a ser el *prestador* en detrimento de lo que ha de ser el objeto de su actividad, esto es, la prestación concreta en que el servicio consiste; quizás, una de las razones por las que la Directiva se preocupe más de definir en negativo (es decir, de apuntar lo *que no trata, no afecta o sobre lo que no se aplica*) que de expresar y caracterizar a los servicios llamados a beneficiarse de sus prescripciones, resida en la increíble heterogeneidad de éstos, de ahí que se pueda entender la dimensión horizontal que adopta la Directiva 2006/123 para su regulación

La combinación entre la falta de homogeneidad y la aproximación horizontal a los diferentes sectores puede determinar una liberalización de los servicios que no responda a las expectativas inicialmente depositadas en el texto, inferiores, desde luego a las que acreditarían unas regulaciones sectoriales que de forma completa e independiente aborasen cada uno de los segmentos de actividad.

Sin embargo, las limitaciones que sobre los derechos nacionales enuncia a modo de requisitos prohibidos, de simplificación de trámites y de cooperación entre Estados miembros dibujan un panorama normativo sin precedentes, pese a que muchos de estos aspectos han sido labrados por la incesante actividad pretoriana del Tribunal de Luxemburgo.

Ahora bien, dejando a un lado la consideración de que algunas de las excepciones que recoge sólo parecen explicarse a la vista de las propuestas iniciales —específicamente bajo la óptica del principio del país de origen—, se presenta complejo intentar descifrar ciertos aspectos crípticos de la Directiva; por poner un ejemplo, la materia de urbanismo y la ordenación del territorio,

ajena, en principio a sus designios (considerando 9), no excluida luego por su articulado que, no obstante, la enuncia como una de las «razones imperiosas de interés general» que pueden habilitar ciertos regímenes autorizatorios (considerandos 40 y 56).

Quizás, una de las claves que permita despejar estas incógnitas consista en fraguar un uso racional (léase introducir un control de proporcionalidad) del concepto jurídico indeterminado de interés público que parece rezumar toda la filosofía de la Directiva 2006/123 y gran parte del ordenamiento jurídico de la Unión, y que alcanza, por supuesto, a materias que quedan extramuros de su entorno, respecto de las cuales, las libertades fundamentales previstas directamente en el Tratado merecen, cuanto menos, una sosegada consideración (70).

## X. BIBLIOGRAFÍA CITADA

DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (2009): «Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de servicios en el mercado interior», en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 2006/123 relativa a los servicios del mercado interior*, Marcial Pons, p. 91.

ENTRENA RUIZ, D. (2009): «La génesis de la directa sobre liberalización de servicios», en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 2006/123 relativa a los servicios del mercado interior*, Marcial Pons, p. 68.

---

(70) Respecto de los regímenes de autorización administrativa previa en relación con la oferta de determinados tipos de juegos de azar, véase la sentencia de 6 marzo de 2007, Placanica y otros, C-338/04, C-359/04 y C-360/04, Rec. p. I-1891, apartados 48 y 49, que mantuvo que todo Estado miembro a cuyo territorio vaya dirigida una oferta de apuestas procedente, vía Internet, conserva la facultad de obligar al operador a observar las restricciones que imponga su normativa en la materia, siempre que dichas restricciones se ajusten a las exigencias derivadas del Derecho de la Unión, en particular en cuanto a su carácter no discriminatorio y a su proporcionalidad. Recientes aportaciones sobre la libre prestación de servicios en el ámbito del juego son las arrojadas por la sentencia de 8 de septiembre de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International, C-42/07, Rec. p. I-7633, por la sentencia de 8 de septiembre de 2010, Carmen Media Group Ltd contra Land Schleswig-Holstein y Innenminister des Landes Schleswig-Holstein, Asunto C-46/08, aún no publicada en la recopilación, por la sentencia de 8 de septiembre de 2010, Markus Stoß (C-316/07), Avalon Service-Online-Dienste GmbH (C-409/07) y Olaf Amadeus Wilhelm Happel (C-410/07) contra Wetteraukreis y Kulpa AutomatenService Asperg GmbH (C-358/07), SOBO Sport & Entertainment GmbH (C-359/07) y Andreas Kunert (C-360/07) contra Land Baden-Württemberg, aún no publicada en la recopilación. Sobre otros aspectos, como el de la profesión de notario, excluida de la Directiva 2006/123, pueden consultarse las conclusiones del abogado general Cruz Villalón de 14 de septiembre de 2010 en los asuntos Comisión/Bélgica (C-47/08), Comisión/Francia (C-50/08), Comisión/Luxemburgo (C-51/08), Comisión/Austria (C-53/08), Comisión/Alemania (C-54/08) y Comisión/Grecia (C-61/08).

- FALLON, M y SIMON A.-C. (2007): *La directive services: quelle contribution au marché intérieur?*, JTDE febrero, p. 1.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. (2007): «Un nuevo Derecho administrativo para el mercado interior europeo», en *Revista española de Derecho Europeo*, nº 22, Civitas.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *El derecho administrativo privado*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1996, p. 398.
- GRILLER, S. (2008): en el «General Report del Congreso Fide de 2008, glosado para The New Services Directive of the European Union – Hopes and Expectations from the Angle of a (further) Completion of the Internal Market», en H. F. KOECK/ M. M. KAROLLUS (Eds.): *Proceedings of the FIDE Congress Linz 2008*, vol. 4, Viena, 2009, p. 381.
- HATZOPOULOS V. (2007): *Que reste-t-il de la directive sur les services?*, RESEARCH PAPERS IN LAW. College of Europe.
- IDOT, L.: Régime du principe de libre circulation: principe d'interdiction et Libre circulation: dérogation au principe de libre circulation: Lamy Procédures communautaires, t. 1, études 150 et 152 et J.-G. Huglo, Droit d'établissement et libre prestation de services: J.-Cl. Europe Traité, Fasc. 710, spéc. nº 6.
- MANINN, Ph. (6/2007): *Conclusions sur la Directive 2006/123/CE*, Europe, p. 29-30.
- REICH, N.: *A European Constitution for Citizens: Reflections on the Rethinking of Union and Community Law* *European Law Journal*, Vol. 3, p. 131.
- REUTER, P. (1953): «La Communauté Européenne du charbon et de l'acier», LGDJ, París.
- RODRIGUEZ FONT, M. (2009): en «Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local. La Directiva de Servicios: Contratación local y crisis económica. Nuevos desarrollos estatutarios», *Anuario del Gobierno Local*, Dir. por Tomás FONT I LLOVET y por Alfredo GALÁN GALÁN, IDP, Institut de Dret Públic.
- WERNICKE, S. (2007): «Au nom de qui? The European Court of Justice between Member States, Civil Society and Union Citizens», *European Law Journal*, 380.

# LA SEMPLIFICAZIONE DELLE PROCEDURE AMMINISTRATIVE A SEGUITO DELLA ATTUAZIONE IN ITALIA DELLA DIRETTIVA BOLKESTEIN

MARIA ALESSANDRA SANDULLI  
GENNARO TERRACCIANO

*SOMMARIO: I: PROFILI GENERALI: 1. L'iter attuativo della Direttiva Bolkestein. 2. I connotati dell'avvenuto recepimento.– II: LE SINGOLE MISURE DI SEMPLIFICAZIONE: 1. La SCIA: A) La natura della s.c.i.a. e la tutela del terzo controinteressato all'illecito avvio dell'attività. B) I poteri di controllo e di autotutela. 2. Gli sportelli unici. 3. Il diritto all'informazione. 4. Il conseguimento e la presentazione delle certificazioni.*

*RESUMEN:* El Decreto Legislativo n. 59/2010, de 26 de marzo, ha adaptado en Italia la conocida como Directiva «Bolkestein», aprobada por el Parlamento Europeo y el Consejo el 12 de diciembre de 2006, relativa los servicios en el mercado interior. La norma italiana establece, a un nivel supranacional, normas que afectan a amplia gama de servicios, respetando las peculiaridades de cada tipo de actividad o profesión y teniendo en cuenta, al mismo tiempo, la regulación local que les afecte.

El decreto legislativo n. 59/2010 consta de dos partes principales: la primera contiene las disposiciones generales relativas al acceso y ejercicio de las actividades de servicios (incluido el sistema de autorizaciones), la calidad de los servicios y la simplificación administrativa; la segunda se refiere a todos los procedimientos del ámbito de la competencia del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Desarrollo Económico.

La simplificación se hace con el objetivo de crear un mercado único, y para ello se acude a dos instrumentos fundamentales: la excepcionalidad el régimen de autorización expresa, que sólo se justifica por una razón imperiosa de interés general y la introducción de «ventanillas únicas», esto es, interlocutores institucionales para que los sujetos interesados puedan conocer toda la información sobre los procedimientos relativos a las actividades de servicios.

Por cuanto se refiere al sistema de autorizaciones, el legislador italiano ha extendido el uso de la «declaración de inicio de actividad» (hoy SCIA «segnalazione certificata di inizio attività») con el fin de facilitar el acceso a una actividad de servicios. Por cuanto se refiere a la ventanilla única, también a través de la red, se pone a disposición de todos los sujetos que residan en un Estado miembro. Cada ventanilla única, una vez recibida la correspondiente solicitud, debe responder rápidamente y también informar sobre posibles irregularidades detectadas. Se regulan también ciertas normas relativas al derecho a la información en el artículo 26 del decreto de aplicación.

El título IV del Decreto Legislativo, en relación con los instrumentos de simplificación administrativa, fija el principio general de que los documentos expedidos por otros Estados de la UE son válidos en Italia para acreditar los requisitos solicitados, siempre y cuando dichos documentos cumplan con unos requisitos mínimos.

En definitiva, el Decreto Legislativo 59/2010 transpone la Directiva Bolkestein con respeto a las tradiciones nacionales y las competencias de las regiones de las autoridades locales italianas.

*Palabras clave:* directiva de servicios; gobierno electrónico; procedimientos administrativos electrónicos.

*ABSTRACT: The Legislative Decree March 26th, 2010, n. 59, has implemented – with some delay – the Directive Bolkestein approved by European Parliament and Council on December 12nd, 2006, about services in the Common market.*

*The Italian decree enforces the community provisions instituting, to a supranational level, general rules in order to guarantee and improve a wide range of services, having care of peculiarities of each kind of activity or profession and considering, at the same time, the local regulation concerning them.*

*The decree n. 59/2010 consists of two main parts: the first one, regarding the general provisions about the access and practice of services' activities (including the system of authorizations), the quality services and the administrative simplification; the second one, regarding all proceedings within the competence of Ministry of Justice and of Ministry of Economic Development.*

*In regulating the application area, the implementing decree refers, at art. 1, to each economic activity, entrepreneurial or professional, practiced without any subordination bounds and directed to the goods trade or to an high quality services, also intellectual.*

*The most important simplification instruments, through which the decree implements the European directive aiming to create a unique market, are mainly: the necessity of an express authorization in the only cases justified with imperative reason of general interest; the use of «single desks» as institutional interlocutors to which the interested subjects can turn to know all informations about the procedures concerning their activities; some facilitation about the exhibition of documents.*

*For how concerns the system of authorizations, the Italian legislator has extended the use of «dichiarazione di inizio attività» (d.i.a., today s.c.i.a. «segnalazione certificata di inizio attività») in order to access and practice services' activities, recurring to the derogatory system of implicit authorization (silent-assent), ex art. 20 of law n. 241/1990, only in case of an express rule. This last provision, in particular, regards only proceedings to be put on the register for the practice of regulated professions.*

*For how concerns the single desks, they should be used – also through network – by all subjects practicing services' activities and living in a EU State, as the only experts able to give informations and to carry out proceedings. Each single desk, once received a request, must quickly answer to, also informing about possible irregularities. In accordance with the rules regarding the right to informations, the article 26 of the implementing decree contains a specific list of informations which can be obtained by single desks.*

*The title IV, regarding the simplification's instruments, ends with article 27 that, for how concerns the documents exhibition, fixes the general principle in compliance with*



*all documents issued by other EU States can prove the requested requisites, as long as the same documents have an equal aim and are able to demonstrate the existence of necessary requisites.*

*The decree n. 59/2010 well implements the Directive Bolkestein in the respect of national traditions and competences of Regions and local authorities.*

*Key works: electronic government; services directive; electronic administrative procedure.*

## **I. PROFILI GENERALI**

### **1. L'iter attuativo della Direttiva Bolkestein e l'ambito di applicazione**

L'Italia ha dato attuazione alla direttiva approvata dal Parlamento e dal Consiglio europeo il 12 dicembre 2006 sui servizi nel mercato interno, meglio nota come «Direttiva servizi» ovvero «Direttiva Bolkestein» con il decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, emanato in virtù della delega contenuta nell'art. 41 della legge comunitaria 2008 (legge 7 luglio 2009, n. 88).

Il recepimento della Direttiva servizi, era stato, in realtà, parzialmente anticipato dall'entrata in vigore dell'art. 38 del D.L. 25 giugno 2008 n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008 n. 133, il quale, innestandosi nel quadro normativo nazionale con una rubrica decisamente ambiziosa, ossia «Impresa in un giorno», evocava l'osservanza e la tutela di taluni principi costituzionalmente garantiti, anche in sede comunitaria, attribuendo al Governo un ampio potere regolamentare anche di delegificazione (1).

Tuttavia, la impegnativa locuzione «Impresa in un giorno», più che esemplificare il tempestivo recepimento delle previsioni comunitarie, ha rappresentato una sorta di «slogan» in ragione della mancata adozione del provvedimento regolamentare che avrebbe dovuto consentire l'attuazione delle previsioni normative, rimaste, pertanto, per lungo tempo unicamente ambiziose.

Il concreto recepimento della Direttiva servizi in Italia è dunque formalmente avvenuto con l'emanazione del d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, che, seppur

---

(1) Il previsto potere regolamentare è particolarmente ampio e prevede appunto lo sportello unico come unico punto di accesso per il richiedente in relazione a tutte le vicende amministrative riguardanti la sua attività produttiva al fine di fornire una risposta unica e tempestiva in luogo di tutte le pubbliche amministrazioni comunque coinvolte nel procedimento. L'ambito di applicazione dell'emanando regolamento è addirittura più ampio di quello della direttiva 2006/123/CE, relativa ai prestatori di servizi, in quanto include anche la realizzazione e la modifica di impianti produttivi di beni e servizi.

con ritardo, si prefigge di dare attuazione alle previsioni comunitarie istitutive, a livello sovranazionale, di un quadro normativo generale volto a tutelare e ad implementare un'ampia varietà di servizi, avendo contestualmente cura delle peculiarità di ogni tipo di attività o di professione e del relativo sistema di regolamentazione vigente a livello locale.

In quest'ottica, il decreto si compone di due parti: la prima, contenente le disposizioni generali *sull'accesso e sull'esercizio* delle attività di servizi e (compresa la disciplina dei regimi autorizzatori), sulla *qualità dei servizi* e sulla *semplificazione amministrativa*; la seconda relativa ai singoli procedimenti di competenza del Ministero della Giustizia e del Ministero dello Sviluppo economico.

La disciplina comunitaria rivela infatti un *iter* composito, espressione di una politica di graduale modernizzazione e di un approccio evolutivo e selettivo incentrato su una serie di azioni complementari espressamente fissate, volte al coordinamento delle legislazioni nazionali (2), in grado di garantire «*un grado elevato d'integrazione giuridica comunitaria ed un livello elevato di tutela degli obiettivi d'interesse generale, in particolare la tutela dei consumatori, che è fondamentale per stabilire la fiducia reciproca tra Stati membri*» (3).

Si pensi, in proposito, esemplificativamente, alla disciplina dell'iscrizione in albi, registri o elenchi per l'esercizio di professioni regolamentate, di cui all'art. 45 del decreto, per la prima volta comune alle diverse professioni, recante un procedimento unico caratterizzato da: (i) la conclusione dello stesso entro due mesi dalla presentazione della domanda [in caso di infruttuoso decorso del termine, trova applicazione l'art. 20 della l. 241 del 1990]; (ii) la subordinazione del rigetto della domanda di iscrizione al previo invito a comparire del richiedente (4).

---

(2) Cfr. sul punto, A. SANDULLI, «La concordia discors ed il processo di integrazione europea», in G. FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei*, Padova, 2005, 73. L'Autore osserva saggiamente che il meccanismo della *cross fertilization* tra sistemi giuridici esiste praticamente da sempre e richiama le *Vite* di Plutarco, ricordando che l'opera documenta i viaggi compiuti da Licurgo al fine di studiare le leggi di altri Paesi per meglio redigere quelle spartane, nonché il fatto che il Trattato di Aristotele sulla politica sia fondato sullo studio di 153 costituzioni greche o barbare.

(3) Così, al settimo «considerando» della Direttiva 2006/123/CE, il quale statuisce, peraltro, che «(...) È opportuno prevedere una combinazione equilibrata di misure che riguardano l'armonizzazione mirata, la cooperazione amministrativa, la disposizione sulla libera prestazione di servizi e che promuovono l'elaborazione di codici di condotta su determinate questioni».

(4) Il successivo art. 46, in tema di requisiti per l'iscrizione negli albi, registri o elenchi per l'esercizio di professioni regolamentate, dispone inoltre l'equiparazione dei cittadini degli Stati membri dell'UE ai cittadini italiani ai fini dell'iscrizione o del mantenimento dell'iscrizione in albi, elenchi o registri. Viene altresì equiparato il domicilio professionale alla residenza. In particolare, si ricorda che per la professione di avvocato l'Italia era stata oggetto di una procedura di infrazione (conclusa con sent. 7 marzo 2001 in C-145/99) per aver mantenuto in essere la risalente normativa

Sul piano nazionale, l'adeguamento alle regole di libero stabilimento e prestazione di servizi dettate dalla Commissione europea assurge a momento di nodale rilievo soprattutto in ragione della varietà dei settori coinvolti.

In tal senso, nel disciplinare l'ambito di applicazione, il decreto attuativo fa riferimento, all'articolo 1, a qualunque attività economica, di carattere imprenditoriale o professionale, svolta senza vincoli di subordinazione, diretta allo scambio di beni o alla fornitura di altra prestazione, anche a carattere intellettuale.

Particolarmente utile, ai fini dell'individuazione dell'esatto ambito di applicazione del decreto, appare la definizione di «servizio», contenuta nell'art. 8 del medesimo decreto, qualificato come *qualsiasi prestazione anche a carattere intellettuale svolta in forma imprenditoriale o professionale, fornita senza vincolo di subordinazione e normalmente dietro retribuzione*. Si precisa altresì che «i servizi non economici non costituiscono servizi ai fini del presente decreto».

Tale previsione viene a specificare ulteriormente quella di cui all'art. 4, n. 1) della direttiva, che qualificava come «servizio» *qualsiasi attività economica non salariata di cui all'art. 57 TFUE, ex art 50, fornita normalmente dietro retribuzione*.

Particolare attenzione merita, ai medesimi fini, anche la definizione di «prestatore».

L'art. 4, n. 2) della direttiva qualifica come «prestatore» *«qualsiasi persona fisica, avente la cittadinanza di uno Stato membro, o qualsiasi persona giuridica di cui all'art. 48 del trattato, stabilita in uno Stato membro, che offre o fornisce un servizio»*. Il corrispondente art. 8, lett. b) del dlgs. 59/2010, avente ad oggetto la definizione del prestatore di servizi, si riferisce a persone fisiche o a *«qualsiasi soggetto costituito conformemente al diritto di uno Stato membro o da esso disciplinato, a prescindere dalla sua forma giuridica»*.

Risultano esclusi dal generale ambito di applicazione del decreto legislativo, in particolare, le attività connesse ai pubblici poteri *«quando le stesse implicino una partecipazione diretta e specifica all'esercizio del potere pubblico e alle funzioni che hanno per oggetto la salvaguardia degli interessi generali dello Stato e delle altre collettività pubbliche»*; la disciplina fiscale delle attività di servizi e i servizi di interesse economico generale *«assicurati*

---

del 1933 sull'accesso alla professione di avvocato, che prevedeva alcuni requisiti discriminatori per l'iscrizione all'albo quali il possesso della cittadinanza italiana e di una laurea in giurisprudenza conferita o confermata da un'università italiana. Tali requisiti, che risultavano implicitamente abrogati in base al principio della successione delle leggi nel tempo, sono stati espressamente abrogati solo con il decreto n. 59/2010, che ha operato una semplificazione e un coordinamento della normativa nazionale esistente.

*alla collettività in regime di esclusiva da soggetti pubblici o da soggetti privati ancorché scelti con procedura ad evidenza pubblica, che operino in luogo e sotto il controllo di un soggetto pubblico»; i servizi sociali (di cui all'art. 3 del d.lg. 59/2010), i servizi finanziari — ivi inclusi quelli bancari ed assicurativi (art. 4 d.lg. 59/2010) — i servizi di trasporto (art. 6), nonché i servizi sanitari e farmaceutici, i servizi audiovisivi e radiofonici, i servizi relativi ai giochi di azzardo, i servizi di sicurezza privati e i servizi forniti dai notai (art. 7).*

Viene invece temperata dal decreto attuativo la radicale esclusione operata dall'art. 2, comma 2, lett. c) della direttiva dall'ambito di applicazione della medesima dei «*servizi e [del]le reti di comunicazione elettronica nonché [del]le risorse e [de]i servizi associati in relazione alle materie disciplinate dalle direttive 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE, 2002/22/CE e 2002/58/CE*».

In proposito l'art. 5 del d.lg. 59 dispone infatti che: «*ai servizi ed alle reti di comunicazione di cui all'art. 1 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, si applicano esclusivamente le disposizioni di cui ai titoli IV e V del presente decreto*».

Tali servizi, dunque, interamente esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva servizi, sono stati assoggettati dal d.lg. 59/2010 alle (sole) disposizioni in tema di semplificazione amministrativa e qualità dei servizi.

Stante la complessità del sistema di esclusioni delineato dalla direttiva comunitaria, il legislatore italiano ha disciplinato al comma 3 dell'articolo 2, la possibilità che il Ministro per le politiche europee e per i Ministri interessati dalle disposizioni del decreto di attuazione, di adottare decreti interministeriali volti ad una più puntuale ricognizione delle attività di servizi «*comunque escluse*» dall'ambito di applicazione dello stesso decreto.

Alle esclusioni espresse si affiancano, infine, quelle derivanti dalla c.d. clausola di specialità, di cui all'art. 9, che stabilisce, in caso di contrasto con le disposizioni del decreto, la prevalenza delle disposizioni di attuazione di norme comunitarie che disciplinano aspetti specifici dell'accesso ad una attività di servizi o del suo esercizio per professioni o in settori specifici,

A ben vedere, l'art. 44, d.lg. 59, nel disciplinare l'esercizio di attività professionali regolamentate in regime di libera prestazione, fa salve le disposizioni nazionali di attuazione delle norme comunitarie che disciplinano specifiche professioni, nonché la disciplina (puramente interna) di cui al d.lgs. 206/2007 che, in quanto speciali, sono dichiarate prevalenti sul regime (di recepimento comunitario) di cui all'art. 20 dello stesso decreto.

\*

Merita a questo punto concentrare l'attenzione sulle misure di semplificazione amministrativa con le quali il decreto legislativo n. 59 si è riproposto di dare attuazione alla Direttiva.

Le misure nazionali di più effettivo rilievo risultano certamente individuabili, in *primis*, nella limitazione dei regimi di autorizzazione espressa ai soli casi effettivamente giustificati da motivi imperativi di interesse generale, nel rispetto dei principi di non discriminazione, di proporzionalità, nonché delle disposizioni di cui al Titolo I (art. 14).

La previsione risulta rafforzata dall'espressa prescrizione (all'art. 15) che l'accesso alle attività di servizi, per le quali sia previsto un regime di tipo autorizzatorio, è subordinato all'osservanza di criteri non discriminatori, proporzionati, oggettivi, commisurati all'obiettivo di interesse generale, trasparenti e accessibili, chiari ed inequivocabili, oltre che resi pubblici preventivamente.

Tale ultima previsione è di estrema importanza, in quanto per la prima volta il diritto comunitario introduce come principio generale il silenzio assenso (5).

---

(5) S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Milano, 2009, 59. L'autore rileva come il principio del silenzio assenso era stato soppresso dal voto in prima lettura del Parlamento europeo, per poi essere nuovamente introdotto nel testo definitivamente approvato. Sul punto si veda anche R. CHIEPPA, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, Relazione per il 55° Convegno di Studi di Varenna, nella quale si osserva che «*nel passato l'ordinamento comunitario è stato più attento a valorizzare forme di semplificazione procedimentale, idonee a ridurre gli oneri posti a carico delle imprese e i tempi di durata delle procedure, mentre è stato «freddo», se non addirittura contrario, rispetto a strumenti di semplificazione delle conclusioni del procedimento diretti ad esonerare l'amministrazione dall'obbligo di adottare un provvedimento espresso*». Si veda altresì M. LOTTINI, *Il mercato europeo: profili pubblicistici*, Jovene, 2010, p. 306, nota 93, la quale rileva che la Corte di giustizia ha messo in evidenza come il meccanismo del silenzio assenso possa avere effetti negativi: in particolare, effetti elusivi dell'applicazione di normative comunitarie (per tutti, si veda la decisione *Commissione c. Repubblica italiana*, 28 febbraio 1991, C-360/87, nella quale si valuta la legittimità della legge italiana 10 maggio 1976, n. 319 (*Norme per la tutela delle acque dall'inquinamento*) alla luce dei principi dettati dalla direttiva 17 dicembre 1979, 80/68/CEE, *concernente la protezione delle acque sotterranee dall'inquinamento provocato da certe sostanze pericolose*, in cui viene posto in discussione il meccanismo che contempla la formazione in via tacita del provvedimento autorizzatorio allo scarico di acque reflue nelle falde sotterranee, pervenendo alla conclusione per cui «*un' autorizzazione tacita non può considerarsi compatibile con le prescrizioni della direttiva, (...) una siffatta autorizzazione non consente la realizzazione di indagini, preliminari né di indagini successive e di controlli. Ne viene che la normativa nazionale non attua la direttiva con la precisione e la chiarezza prescritte per conformarsi pienamente al principio della certezza del diritto*). Ci sono dunque alcune ipotesi che richiedono l'adozione di un provvedimento espresso per assicurare l'effettività delle previsioni comunitarie. L'A. rileva che «*la Corte si pronuncia in termini negativi sul meccanismo del silenzio assenso, nella misura in cui il provvedimento in questione (l'autorizzazione allo scarico) è frutto non di una scelta nazionale, ma di un'esigenza espressa a livello di disciplina comunitaria. In altre parole, in questo caso, l'autorizzazione non è un meccanismo amministrativo di controllo dell'equivalenza, scelto dal singolo Stato membro in deroga alle regole del mercato; l'autorizzazione è uno strumento di controllo di un interesse pubblico la cui*

Fino ad oggi, infatti, le fonti comunitarie avevano mostrato maggiore attenzione alla valorizzazione delle forme di semplificazione procedimentale idonee a limitare gli oneri posti carico delle imprese e la durata degli *iter* procedurali, mostrandosi, invece, più restie rispetto alla previsione di strumenti di semplificazione della conclusione del procedimento che esimessero l'amministrazione dall'obbligo di adottare un provvedimento espresso (6).

È probabile, allora, che un elemento di siffatta novità esemplifichi, più che una inversione di quei principi peraltro supportati anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (7), semplicemente il venir meno di quel prudente atteggiamento comunitario rispetto ai modelli semplificatori quali il silenzio assenso o la d.i.a. (oggi la s.c.i.a.), più recentemente considerati con favore siccome utili ad agevolare l'esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori nonché la libera circolazione dei servizi, ferma restando, naturalmente, l'esigenza di valutare se la loro introduzione risulti adeguata rispetto a procedimenti che si connotino di una particolare complessità.

Posto, dunque, che la nozione di procedure e formalità è ampia e comprende qualsiasi operazione amministrativa che le imprese siano tenute a compiere — come la presentazione di documenti, di una dichiarazione o la registrazione presso l'autorità competente — la Direttiva servizi rimette agli Stati membri ogni valutazione circa la effettiva necessità dei requisiti amministrativi previsti dall'ordinamento interno, nonché circa la opportunità o meno di eliminare o alleggerire talune procedure o parti di esse.

In tal senso, le previsioni comunitarie hanno imposto ai singoli Stati un notevole impegno volto a verificare la efficacia e la economicità dei singoli procedimenti autorizzatori rispetto al più pregnante obiettivo di contribuire alla creazione di un mercato unico.

Un impegno che il legislatore italiano ha ritenuto di assolvere limitando l'imprescindibilità di una autorizzazione espressa ai soli casi in cui sussista un motivo imperativo di interesse generale ed estendendo al massimo grado

---

rilevanza, i cui strumenti e limiti di tutela sono individuati a livello comunitario». In argomento, cfr., ancora: *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, 28 febbraio 1991, C-131/88; *Linster*, 19 settembre 2000, C-287/98; *Commissione c. Regno del Belgio*, C-230/00.

(6) Cfr. S. STICCHI DAMIANI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario*, Torino, 2006; D. CORLETTI, «La semplificazione dei procedimenti autorizzatori», in G. FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei*, Padova, 2005, 15; G. DELLA CANANEA, «L'amministrazione europea», in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003; in senso contrario, cfr. M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2008, 509. L'autore richiama il silenzio assenso disciplinato dal regolamento CE n. 880/1992 con riguardo al procedimento per l'assegnazione del marchio di qualità ecologica.

(7) Corte Giust. CE, 28 febbraio 1991, causa C-360/87; in senso analogo, anche Corte Giust. CE, 28 febbraio 1991, causa C-131/88 e Corte Giust. CE, 14 giugno 2001, causa C-230/00.

l'utilizzazione dello strumento sostitutivo della mera dichiarazione (oggi segnalazione certificata) di inizio attività (d.i.a., oggi s.c.i.a.) per l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi di cui allo stesso decreto 59, con il derogatorio ricorso al regime autorizzatorio implicito (silenzio-assenso) secondo il modello attualmente disciplinato dall'art. 20 della l. n. 241 del 1990 s.m.i. (8), soltanto «ove previsto» (art. 17 d.lgs. 59/2010). Tale ultima previsione compare peraltro soltanto per i procedimenti di cui all'art. 45 del decreto, relativi all'iscrizione in albi, registri ed elenchi per l'esercizio di professioni regolamentate.

In particolare, il decreto 59 rinvia poi espressamente al regime semplificato di cui all'art. 19 l. 241/90 (sulle cui peculiarità e sulle cui difficoltà interpretative si rinvia al par...) (9) per le seguenti attività: (i) somministrazione di alimenti e bevande al pubblico ex art. 64, limitatamente al trasferimento di sede e di gestione o della titolarità degli esercizi, nonché somministrazione di alimenti e bevande riservata ai particolari soggetti di cui all'art. 3, co. 6, l. 287/1991, lett. a), b), d), e), f), g), h) ; (ii) apertura, trasferimento di sede e ampliamento della superficie di un esercizio di vicinato ex art. 65 d.lg. 59/2010; (iii) spacci interni ex art. 66 d.lg. 59/2010; (iv) vendita di prodotti al dettaglio per mezzo di apparecchi automatici ex art. 67 d.lg. 59/2010; (v) vendita per corrispondenza, televisione o altri sistemi di comunicazione ex art. 68, d.lg. 59/2010; (vi) vendita al dettaglio e raccolta di ordinativi di acquisto presso il domicilio dei consumatori ex art. 69 d.lg. 59/2010; (vii) attività di intermediazione commerciale e di affari ex art. 73 d.lg. 59/2010; (viii) attività di agente e rappresentante di commercio, ex art. 74, d.lg. 59/2010; (ix) attività di acconciatore ex art. 77, d.lg. 59/2010; (x) attività di estetista ex art. 78 d.lg. 59/2010; (xi) attività di tinto lavanderia ex art. 79 d.lg. 59/2010; (xii) apertura, trasferimento e modifiche di strutture turistico-ricettive ex art. 83, d.lg. 59/2010.

---

(8) Il meccanismo di cui al richiamato art. 20, secondo il quale il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda realizza invero senza dubbio (e, come si dirà, probabilmente meglio della s.c.i.a.) le finalità di semplificazione dell'azione amministrativa, determinando la produzione di un effetto legale equivalente a quello di un provvedimento espresso a contenuto favorevole: ciò che, pur con qualche incertezza, non ha lo svantaggio di trasferire integralmente la responsabilità dell'interpretazione dei presupposti e requisiti di legge al privato interessato e, soprattutto, consente una migliore tutela del terzo controinteressato.

(9) Con riferimento ai rinvii all'art. 19 (comma 2) contenuti nel decreto 59 merita peraltro sin da ora segnalare che, mentre il testo dell'art. 19 vigente alla data di emanazione del decreto e da questo stesso modificato (vedi *infra*) prevedeva diverse tipologie di procedure di d.i.a., cui si riferiscono le distinzioni operate dallo stesso decreto tra i diversi periodi dell'art. 19 co2, il testo attuale dell'articolo 19, nel sostituire la dia con la scia, attribuisce in ogni caso a tale ultima segnalazione valore legittimante all'avvio immediato dell'attività.

## 2. I connotati dell'avvenuto recepimento

Dal disegno proconcorrenziale delineato nel corpo della Direttiva servizi discende, quale immediata e diretta conseguenza, che il perseguimento e la cura delle libertà affermate dall'ordinamento europeo impone di limitare e riconsiderare le funzioni di intervento delle amministrazioni nazionali sull'esercizio delle attività in cui tali libertà si esplicano, implementando al tempo stesso le responsabilità delle medesime amministrazioni in sede di controllo sul corretto uso fattone dagli amministrati. In fase attuativa, infatti, da un punto di vista funzionale, uno degli obblighi più onerosi che le previsioni europee hanno imposto agli ordinamenti interni è stato l'espletamento di un accurato *screening* dei regimi autorizzatori che, a prescindere dal fatto che fossero regolamentati da fonti nazionali ovvero da fonti regionali o locali, avrebbero dovuto essere adattati al raggiungimento dei surriferiti obiettivi di liberalizzazione.

Pertanto, ciascuno Stato membro è stato chiamato a censire i regimi di accesso alle attività di servizi, scomponendoli in una griglia di valutazione coerente con le «verifiche» richieste dalla Direttiva.

Un siffatto meccanismo, sebbene imposto dal legislatore europeo, ha avuto un impatto fortemente significativo sugli ordinamenti nazionali e, oltrepassando gli obiettivi strettamente perseguiti dalla direttiva, ha innestato un processo complessivo di riforma della regolazione delle attività private, ponendosi, dunque, per ciascuno Stato, quale valida occasione per «catalogare» e rivisitare la normativa vigente in materia (10).

Fine ultimo dell'opera di ricognizione, infatti, era quello di offrire una panoramica potenzialmente completa della regolamentazione, a livello nazionale, delle attività dei servizi, così consentendo di effettuare una disamina, anche quantitativa, sull'incidenza settoriale dei singoli regimi, sulle fonti normative coinvolte, sulle amministrazioni competenti, etc.. Il confronto delle discipline interne con i parametri individuati dalle previsioni comunitarie ha obbligato alla individuazione delle ragioni sottese alla introduzione dei regimi di autorizzazione, nonché ai criteri e alle modalità di decisione.

Si è trattato, dunque, come da più parti osservato, di un tipo di indagine che non era mai stato fatto in modo sistematico. I tentativi di delegificazione e semplificazione (11) succedutisi in ordine all'attuazione di generali pro-

---

(10) Il rapporto fornito dal Senato francese, ad esempio, ha evidenziato che «*Comme l'ont indiqué des fonctionnaires de la Commission européenne à votre rapporteur, la transposition de la «directive services» est une «occasion en or pour réformer l'État», tant son format que ses missions.*».

(11) cfr. sul punto, M. CLARICH, «L'attività di segnalazione e consultiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: un presidio contro le degenerazioni del processo politico-parlamentare?», in *Dir. amm.*, 1997, 85.



grammi di alleggerimento del carico burocratico sono stati però spesso smi-  
nuiti dall'intensificarsi di nuovi regimi e, dunque, dal sopravvenire di ulteriori  
complicazioni.

Esemplificativo in tal senso è il dato di fatto per cui gli sportelli unici  
delle attività produttive, all'entrata in vigore del decreto attuativo, avrebbero  
dovuto avere da tempo sviluppato archivi utili ai fini di cui alla Direttiva (12).  
Presso il Ministero delle attività produttive, inoltre, risultava istituito il «*Registro  
informatico degli adempimenti amministrativi per le imprese*», recante «*l'elenco  
completo degli adempimenti amministrativi previsti dalle pubbliche amministra-  
zioni per l'avvio e l'esercizio delle attività d'impresa*» unitamente ai dati già  
censiti presso gli sportelli unici (13). Dall'analisi dei risultati conseguiti, però, il  
contenuto degli archivi si è rivelato del tutto incompleto, recando, nella maggior  
parte dei casi, semplici compilazioni delle discipline.

Nonostante, il carattere certamente impegnativo dell'attività di ricognizione  
normativa prodromica al recepimento della Direttiva Bolkestein, l'attuazione  
delle previsioni comunitarie può dirsi peraltro sostanzialmente realizzata, pur  
con alcune non decisive differenze.

In tal senso, può evidenziarsi una apparente parziale differenza tra l'art.  
9 del decreto attuativo ed il contenuto della direttiva.

In particolare, il richiamato articolo 9, contenente la menzionata «clausola  
di specialità», precisa che, in caso di contrasto con le disposizioni del decreto  
stesso, trovano applicazione le disposizioni attuative di altre norme comunitarie  
che disciplinano aspetti specifici dell'accesso a una attività di servizi o del suo  
esercizio per professioni o in settori specifici. Tra queste vengono espressamente  
citate la L. n. 31/1982, attinente alla libera prestazione di servizi da parte  
degli avvocati, adottata in attuazione della direttiva 77/249/CEE; il D.Lgs.  
n. 72/2000, in materia di distacco dei lavoratori nell'ambito di una presta-  
zione di servizi, attuativo della direttiva 96/71/CE; il D.Lgs. n. 96/2001,  
inerente l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato  
Membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica professionale,  
adottato in attuazione della direttiva 98/5/CE; il D.Lgs. n. 177/2005, attinente  
all'esercizio delle attività televisive ed attuativo della direttiva 89/552/CEE; il  
D.Lgs. n. 206/2007, relativo al riconoscimento delle qualifiche professionali,  
in attuazione della direttiva 2005/36/CE.

---

(12) Cfr. art. 24, comma 2, del D.Lgs. n. 112/1998, sull'archivio informatico dei «dati  
concernenti le domande di autorizzazione e il relativo iter procedurale, gli adempimenti necessari  
per le procedure autorizzatorie».

(13) Le norme recanti la disciplina del coordinamento e della attuazione del registro sono state  
adottate con il d.P.C.M. 3 aprile 2006, n. 200; cfr., inoltre, art. 16, comma 1, della L. n. 229/2003  
e art. 11 del Codice dell'Amministrazione Digitale.

A ben vedere, invece, la Direttiva Bolkestein individua espressamente all'art. 3 solo i seguenti atti comunitari: a) la direttiva 96/71/CE; b) il regolamento (CEE) n. 1408/71, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità; c) la direttiva 89/552/CEE. Tuttavia, tale differenza non pare costituire una reale difformità, rimanendo la più ampia specificazione della norma interna comunque soggetta al principio generale di prevalenza del diritto comunitario.

Si segnala poi che il decreto 59 non contiene alcun riferimento alle misure «ulteriori» («misure di accompagnamento volte ad incoraggiare i prestatori di servizi, gli ordini professionali, ecc. a garantire la qualità del servizio reso, ad incoraggiare lo sviluppo della comunicazione critica sulla qualità dei servizi, ad incoraggiare lo sviluppo di norme volontarie europee) che, a norma dell'articolo 26 della Direttiva, rubricato «*Politica in materia di qualità servizi*» gli Stati membri sono tenuti ad adottare in collaborazione con la Commissione.

Inoltre, è stata da più parti formulata (14) una osservazione con riferimento all'art. 44 del decreto legislativo in esame (relativo all'esercizio di attività professionale regolamentata in regime di libera prestazione), generata dal dato letterale dello stesso articolo, che, nel fare espressamente salve soltanto le disposizioni nazionali di attuazione delle norme comunitarie e, dunque, sostanzialmente quelle di recepimento di direttive (posto che, come noto, i regolamenti comunitari sono direttamente applicabili nell'ordinamento interno a prescindere dalla presenza di specifiche disposizioni nazionali). Farebbe emergere una distonia con la clausola di specialità di cui all'articolo 3 della Direttiva, che, invece, afferma la prevalenza sulla direttiva servizi anche di specifici atti comunitari direttamente applicabili, tra cui in particolare 1408/71.

Il silenzio potrebbe però discendere direttamente dalla indiscussa prevalenza dei regolamenti.

Dal raffronto tra il testo della Direttiva e quello del decreto di attuazione, emergono ulteriori peculiarità, degne di segnalazione.

L'art. 14 del decreto, relativo ai regimi autorizzatori, introduce una restrizione rispetto alla corrispondente previsione in Direttiva, consistente nella facoltà di *limitare il numero dei titoli autorizzatori* per l'accesso e per l'esercizio di una attività per «*ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili*» oltre che per la «*sussistenza di un motivo imperativo di interesse generale*».

---

(14) Cfr. Servizio Studi-Dipartimento attività produttive, *Servizi nel mercato interno — Direttiva 2006/123/CE — Schema di D.Lgs. n. 171 — (art. 1, co. 3, e art. 41, L. 88/2009) — Elementi per l'istruttoria normativa*, in *Atti del Governo*, 2010, 157; Servizio Studi del Senato, *Testo a fronte tra l'A.G. n. 171 e il D.Lgs. n. 59/2010*, in [www.senato.it](http://www.senato.it), 2010, 218.

Nell'ipotesi in cui il numero dei titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato per tali ragioni, l'art. 16 del decreto n. 59, relativo alla selezione tra i candidati, nel riprodurre il testo dell'art. 12 della direttiva, sembra aver trascurato però di enunciare il principio di trasparenza tra i principi guida (limitando il riferimento alla sola imparzialità). Viene però contemporaneamente introdotto un «rafforzativo» (comma 3), in termini di garanzia, relativo ai criteri e alle modalità, la cui effettiva osservanza «*deve risultare dai singoli provvedimenti relativi al rilascio del titolo autorizzatorio*»;

Ancora, si rileva che non è riprodotto l'obbligo (art. 13, co. 6 e 7 dir), *quando la domanda di autorizzazione è incompleta, di informare quanto prima i richiedenti «della necessità di presentare ulteriori documenti»* e degli eventuali effetti sul termine di risposta di cui al paragrafo 3, nonché di informare i medesimi richiedenti «il più presto possibile» nel caso in cui la domanda sia stata respinta perché non conforme alle procedure o alle formalità ritenute necessarie.

Sempre in tema di autorizzazioni, l'art. 19 del decreto 59/2010, rubricato «Efficacia delle autorizzazioni» prescrive, al secondo comma, la durata generalmente illimitata delle medesime salvo i casi espressamente indicati e le ipotesi di *decadenza, sospensione o revoca*, che conseguono al venir meno delle condizioni cui è subordinato l'ottenimento della stessa.

In proposito occorre ricordare che la direttiva, all'art. 11, in tema di «durata di validità dell'autorizzazione» prevede la sola revoca dell'autorizzazione.

Il richiamato art. 19 del decreto, aggiunge invece, al comma 4, la previsione di un termine, *anche a pena di decadenza*, entro il quale il prestatore deve iniziare l'attività per la quale ha conseguito il titolo, salvo che non vi siano giustificati motivi per il mancato avvio.

Qualche riflessione merita anche il titolo relativo alla libera prestazione dei servizi (Titolo III).

L'art. 16 della direttiva, teso a scongiurare la possibilità di discriminazioni, individua quali criteri-guida per (eventualmente) subordinare l'accesso ad una attività di servizi o l'esercizio della medesima sul proprio territorio, i principi di non discriminazione, necessità e proporzionalità, espressamente vietando la restrizione della libertà di circolazione dei servizi forniti da un prestatore stabilito in altro Stato membro in ragione di determinati requisiti, palesemente discriminatori (quali l'obbligo per il prestatore di essere stabilito sul loro territorio etc.).

Nel decreto attuativo la materia è disciplinata dall'art. 20 che, al comma 1, consente la — sola — «*prestazione temporanea e occasionale di servizi ... ai cittadini comunitari e agli altri prestatori aventi la sede sociale, l'amministrazione*

centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione europea, quando sono stabiliti in uno Stato membro». Il successivo comma precisa che «I requisiti applicabili ai prestatori di servizi stabiliti in Italia si applicano ai soggetti di cui al comma 1 in caso di prestazione temporanea e occasionale solo se sussistono ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela dell'ambiente, nel rispetto dei principi di non discriminazione e di proporzionalità».

Ancora qualche considerazione generata dal raffronto tra i due testi normativi.

Dal confronto tra gli artt. 34 del d.lgs 59 del 2010 e 24 della direttiva, entrambi relativi alle *comunicazioni commerciali*, emerge che, mentre la direttiva prescrive l'obbligo per gli Stati membri di sopprimere «*tutti i divieti totali in materia di comunicazioni commerciali per le professioni regolamentate*», il relativo recepimento ha fatto salvo quanto previsto dall'art. 2 del d.lgs 223/2006, conv. l. 248/2006 (15) ed ha stabilito che eventuali limitazioni

---

(15) Si riporta di seguito il testo del richiamato art. 2 (*Disposizioni urgenti per la tutela della concorrenza nel settore dei servizi professionali*) del dl. 223/06 conv. nella l. 248/06:

«1. In conformità al principio comunitario di libera concorrenza ed a quello di libertà di circolazione delle persone e dei servizi, nonché al fine di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato, dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali:

a) l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti;

b) il divieto, anche parziale, di svolgere pubblicità informativa circa i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto, nonché il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni secondo criteri di trasparenza e veridicità del messaggio il cui rispetto è verificato dall'ordine;

c) il divieto di fornire all'utenza servizi professionali di tipo interdisciplinare da parte di società di persone o associazioni tra professionisti, fermo restando che l'oggetto sociale relativo all'attività libero-professionale deve essere esclusivo, che il medesimo professionista non può partecipare a più di una società e che la specifica prestazione deve essere resa da uno o più soci professionisti previamente indicati, sotto la propria personale responsabilità.

2. Sono fatte salve le disposizioni riguardanti l'esercizio delle professioni reso nell'ambito del Servizio sanitario nazionale o in rapporto convenzionale con lo stesso, nonché le eventuali tariffe massime prefissate in via generale a tutela degli utenti. Il giudice provvede alla liquidazione delle spese di giudizio e dei compensi professionali, in caso di liquidazione giudiziale e di gratuito patrocinio, sulla base della tariffa professionale. Nelle procedure ad evidenza pubblica, le stazioni appaltanti possono utilizzare le tariffe, ove motivatamente ritenute adeguate, quale criterio o base di riferimento per la determinazione dei compensi per attività professionali.

2-bis. All'articolo 2233 del codice civile, il terzo comma è sostituito dal seguente: «Sono nulli, se non redatti in forma scritta, i patti conclusi tra gli avvocati ed i praticanti abilitati con i loro clienti che stabiliscono i compensi professionali».

3. Le disposizioni deontologiche e pattizie e i codici di autodisciplina che contengono le prescrizioni di cui al comma 1 sono adeguate, anche con l'adozione di misure a garanzia della

al libero impiego delle comunicazioni commerciali da parte dei prestatori di servizi che esercitano una professione regolamentata *«devono essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale nel rispetto dei principi di non discriminazione e proporzionalità»* (16).

Ancora una volta, dunque, la disciplina nazionale ha operato un «temperamento» delle previsioni comunitarie (si è già accennato *supra* all'altra ipotesi di temperamento relativa ai servizi e alle reti di comunicazione: esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva e soggetti — seppur limitatamente alle disposizioni sulla semplificazione amministrativa e a quelle a tutela dei destinatari — all'applicazione del decreto n. 59/2010).

A fronte di siffatte brevi considerazioni, l'analisi complessiva del decreto consente peraltro di affermare che il d.lgs. n. 59/2010 appare sostanzialmente in linea con le previsioni della Direttiva servizi, pur nel rispetto dell'assetto e delle tradizioni nazionali (in materia, ad esempio, di regolamentazione delle professioni e di disciplina del commercio nelle aree pubbliche) e nella debita salvaguardia delle competenze delle Regioni e degli enti locali.

## II. LE SINGOLE MISURE DI SEMPLIFICAZIONE

### 1. La SCIA

Come anticipato, il d.lgs. 59 del 2010 pone una serie di questioni interpretative laddove, nella riferita ottica di massima semplificazione, dopo aver chiarito che *«ai fini del presente decreto, non costituisce regime autorizzatorio la dichiarazione di inizio attività (d.i.a.), di cui all'articolo 19, comma 2, secondo periodo, della legge 7 agosto 1990, n. 241»*(art. 8) e che *«nei limiti del presente decreto, l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica e non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate o discriminatorie»* (art. 10, comma 1), ha configurato il regime autorizzatorio per le attività di servizi di cui esso si occupa come un'ipotesi meramente residuale, stabilendo, all'art. 17, che *«ai fini del rilascio del titolo autorizzatorio riguardante l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi di cui al presente decreto si segue il procedimento di cui all'articolo 19, comma 2, primo periodo, della legge 7 agosto 1990, n. 241 [relativo alla d.i.a., oggi s.c.i.a.], ovvero, [ma unicamente] se così previsto, di*

---

*qualità delle prestazioni professionali, entro il 1° gennaio 2007. In caso di mancato adeguamento, a decorrere dalla medesima data le norme in contrasto con quanto previsto dal comma 1 sono in ogni caso nulle».*

(16) Sull'interpretazione dell'art. 81 del Trattato in relazione al divieto di pubblicità nell'ambito di professioni regolamentate, si veda già CGCE 13 marzo 2008, in C-446/05.

*cui all'articolo 20 della medesima legge n. 241 del 1990» [relativo al silenzio-assenso], e che soltanto «qualora sussista un motivo imperativo di interesse generale, può essere imposto che il procedimento si concluda con l'adozione di un provvedimento espresso» (parentesi quadre aggiunte).*

Si introduce così, per effetto della direttiva Bolkenstein, e per le attività di servizi contemplate dal decreto che vi ha dato attuazione, un radicale capovolgimento della regola generale espressa dall'art. 2 della legge generale sull'azione amministrativa (17), che, invece, impone la chiusura del procedimento amministrativo con un provvedimento espresso, tanto da far leggere la disciplina dei silenzi c.d. significativi e in particolare quella del silenzio assenso come una deroga al surriferito canone di buona amministrazione, dettata dall'esigenza di superare la patologia dell'inerzia piuttosto che, come nella realtà essa è, come un modello alternativo (e, anzi, prevalente), di soluzione procedimentale, perfettamente inserito in un sistema che vede purtroppo sempre più spesso trasferire oneri e responsabilità agli amministrati (18).

Ma, soprattutto, si caricano le attività soggette ad una mera dichiarazione/ segnalazione di avvio delle numerose e irrisolte questioni interpretative sollevate dallo specialissimo (e discusso) strumento disciplinato dall'art. 19 della l. n. 241 del 1990, nato come «denuncia di inizio di attività — d.i.a.», ridisciplinato e ridenominato come «dichiarazione di inizio attività», con lo stesso acronimo «d.i.a.» dalla l. n. 80 del 2005 e da ultimo rivisitato e ribattezzato come — «Segnalazione certificata di inizio attività — Scia» dalla l. 30 luglio 2010 n. 122, di conversione del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, recante «Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica» (che, all'art. 49 comma 4 bis, ha integralmente sostituito il testo dell'art. 19 vigente all'approvazione del decreto 59 e ulteriormente modificato anche da quest'ultimo decreto, precisando al successivo comma 4 ter che la disciplina della segnalazione certificata di inizio dell'attività attiene «alla tutela della concorrenza ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, e costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ai sensi della lettera m) del medesimo comma» e «sostituisce direttamente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, quella della dichiarazione di inizio attività recata da ogni normativa statale e regionale»).

Lo strumento ha sempre creato fortissime difficoltà interpretative, a partire da quelle di natura più strettamente teorica, concernenti l'incertezza della

---

(17) Su cui cfr. da ultimo il commento di POLICE, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2010.

(18) Per una critica a tale tendenza v. già M.A. SANDULLI, *Riflessioni sulla tutela del cittadino contro il silenzio della pubblica amministrazione*, GC, 1994, II, 485.

sua natura giuridica, al confine tra l'atto privato e il provvedimento implicito, per concretarsi in quelle relative agli effetti del suo utilizzo illegittimo, non tanto e non soltanto in ordine alla responsabilità per le false attestazioni di conformità alla normativa vigente rilasciate dal dichiarante o dai suoi tecnici e consulenti, quanto in ordine alle sorti dell'attività illegittimamente intrapresa, sotto il duplice profilo dei limiti al potere di intervento inibitorio o repressivo (apparentemente costretto dal legislatore entro precisi vincoli temporali) e della tutela dei terzi contro interessati (che, diversamente dalle ipotesi di silenzio-assenso, non avevano un atto amministrativo da impugnare o, soprattutto, di cui chiedere la sospensione).

In particolare, il problema, sollevato sin dalle prime applicazioni dello strumento, è stato aggravato dalla legge di riforma della l. n. 241 approvata nel 2005 (d.l. n. 35 convertito nella l. n. 80), che, nell'allargare l'ambito della d.i.a. e ridisciplinarne le modalità di utilizzo, ha esteso anche alla nuova d.i.a. generale una regola di dubbia coerenza stabilita per la d.i.a. edilizia, espressamente riconoscendo anche in riferimento a tale strumento i poteri di autotutela di cui agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della stessa l. n. 241, rispettivamente concernenti la revoca e l'annullamento d'ufficio di provvedimenti amministrativi precedentemente adottati (poteri, dunque, evidentemente stridenti con un atto di diritto privato, chiamato a «*sostituire*» un provvedimento amministrativo di autorizzazione e dunque, secondo la lettura sistematica più coerente, a sottrarre alcuni settori di attività alla logica del regime autorizzatorio provvedimentoale).

L'art. 19 della l. n. 241/1990 era stato, inoltre, oggetto di nuove modifiche da parte della l. 18 giugno 2009, n. 69, che, nell'ampliare i provvedimenti nei cui confronti l'istituto non trova applicazione (aggiungendo quelli rilasciati dalle amministrazioni preposte all'«asilo» ed «alla cittadinanza»), aveva previsto che nel caso in cui la d.i.a. avesse ad oggetto l'esercizio di attività di impianti produttivi di beni e di servizi e di prestazione di servizi di cui alla direttiva Bolkenstein, compresi gli atti che dispongono l'iscrizione in albi o ruoli o registri ad efficacia abilitante o comunque a tale fine eventualmente richiesta, l'attività (che di norma poteva essere intrapresa soltanto dopo il decorso del termine sospensivo previsto per il controllo) poteva essere immediatamente avviata sin dalla data della presentazione della dichiarazione all'amministrazione competente (c.d. d.i.a. immediata). Di conseguenza, era stato ampliato anche il comma 3, che consentiva all'amministrazione, nell'ipotesi ora menzionata, di adottare provvedimenti inibitori e ripristinatori nel termine di trenta giorni decorrente dalla data di presentazione della dichiarazione.

Le inevitabili incertezze provocate da tale regime (con particolare riguardo alla difficoltà di ricostruire l'effettiva natura di uno strumento che nasce privato e viene poi esposto ai poteri di intervento in secondo grado tipici degli atti

pubblici, nonché all'individuazione degli strumenti di tutela del terzo contro interessato) hanno naturalmente indotto ad un uso molto prudente dell'istituto, con riflessi evidentemente negativi sulla semplificazione che esso avrebbe dovuto operare sull'accesso alle attività produttive.

Nonostante le difficoltà prospettate dalla dottrina e la poco edificante altalena di posizioni elaborate dalla giurisprudenza nell'apprezzabile sforzo ermeneutico di trovare una soluzione adeguata al tema — oltremodo delicato — della tutela dei terzi, a venti anni dalla sua introduzione, il legislatore, invece di rassegnarsi ad ammettere il sostanziale fallimento dello strumento e a disporre la soppressione, riconducendo le attività soggette a d.i.a. al più coerente modello del silenzio-assenso, ne ha (purtroppo) confermato la validità, limitandosi a mutarne la denominazione (da d.i.a. in s.c.i.a.) e a ridisegnarne ancora una volta la disciplina, per giungere al poco soddisfacente risultato di lasciare irrisolti i vecchi problemi e aprire il varco a nuove questioni.

In particolare, secondo il nuovo testo dell'art. 19, al quale dovrà quindi farsi coerentemente riferimento anche per le attività soggette a d.i.a. alla stregua del decreto 59, la segnalazione certificata di inizio di attività, a garanzia della sua attendibilità, ma con l'effetto di operare un trasferimento di responsabilità dal pubblico al privato di assai dubbia «giustizia sostanziale» in un quadro normativo generale estremamente incerto, deve essere corredata non soltanto *«dalle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà per quanto riguarda tutti gli stati, le qualità personali e i fatti previsti negli articoli 46 e 47 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445»*, ma anche *«dalle attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, ovvero dalle dichiarazioni di conformità da parte dell'Agenzia delle imprese di cui all'articolo 38, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti di cui al primo periodo»* e che tali attestazioni e asseverazioni devono a loro volta essere *«corredate dagli elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza dell'amministrazione»*. In termini ancor più criticabili, l'ultimo periodo stabilisce che *«nei casi in cui la legge prevede l'acquisizione di pareri di organi o enti appositi, ovvero l'esecuzione di verifiche preventive, essi sono comunque sostituiti dalle autocertificazioni, attestazioni e asseverazioni o certificazioni di cui al presente comma»*, facendo peraltro salve, ma senza individuarne le condizioni, i limiti temporali e gli effetti, *«le verifiche successive degli organi e delle amministrazioni competenti»*.

Sovvertendo il regime previgente, che, come accennato, (di norma) subordinava comunque l'avvio dell'attività denunciata al decorso del periodo di tempo nel quale l'amministrazione competente avrebbe dovuto esercitare il potere di controllo sulla sussistenza dei presupposti per il relativo esercizio, il



secondo comma del nuovo art. 19, aggravando ulteriormente gli effetti che, sotto i profili sopra segnalati, possono essere determinati da tale anomalo modello autorizzatorio stabilisce che *«l'attività oggetto della segnalazione può essere iniziata dalla data della presentazione della segnalazione all'amministrazione competente»*.

Il comma successivo è dedicato al controllo—postumo—dell'amministrazione competente, che, *«in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti di cui al comma 1, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione di cui al medesimo comma, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro un termine fissato dall'amministrazione, in ogni caso non inferiore a trenta giorni.»*

Riproducendo l'anomalia già denunciata in riferimento alla d.i.a., il secondo periodo del medesimo comma conferma però (*«è fatto comunque salvo»*) il *«potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies»* (rispettivamente concernenti, come già sottolineato, la revoca e l'annullamento di atti amministrativi preesistenti).

Nell'ultimo comma dell'articolo il legislatore aggiunge però, introducendo un importante elemento di novità già proposto in chiave interpretativa (19), che *«in caso di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci, l'amministrazione, ferma restando l'applicazione delle sanzioni penali di cui al comma 6, nonché di quelle di cui al capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, può sempre e in ogni tempo adottare i provvedimenti di cui al primo periodo.»*

Il descritto modello di vigilanza/controllo (che peraltro, poco coerentemente, non estende il regime di cui al terzo periodo alle false asseverazioni e attestazioni di conformità, a fronte delle quali sembra quindi restare aperta, oltre alle sanzioni dirette nei confronti del falso dichiarante, solo la strada dell'autotutela) deve tuttavia fare i conti con il successivo comma 4, che, in termini tutt'altro che univoci, stabilisce che, una volta *«decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al primo periodo del comma 3, all'amministrazione è consentito intervenire solo in presenza del pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale e previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell'attività dei*

---

(19) Ci si consenta il rinvio a M. A. SANDULLI, «La DIA edilizia», in *Riv. giur. edil.*, 2004.

*privati alla normativa vigente*». Come vedremo, l'ambito nel quale opera il suddetto limite non è affatto chiaro.

Il quadro si completa con la conferma della devoluzione di ogni controversia relativa all'applicazione del suddetto articolo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (comma 5) e si chiude con il comma 6, che, con chiara finalità dissuasiva, introduce un autonomo regime sanzionatorio per le false dichiarazioni/attestazioni/asseverazioni, che corredano la segnalazione di inizio attività disponendo che «*ove il fatto non costituisca più grave reato*», chiunque, nei suddetti atti, «*dichiara o attesta falsamente l'esistenza dei requisiti o dei presupposti di cui al comma 1 è punito con la reclusione da uno a tre anni*».

Nell'anticipare sin da ora che le predette neo-introdotte disposizioni sanzionatorie si sovrappongono a quelle già contenute nell'art. 21, rispetto alle quali si pongono pertanto non facili problemi di coordinamento, sembra opportuno fermarsi, sia pure nei necessari limiti imposti da questo lavoro, sulle questioni più importanti poste dal descritto strumento di «liberalizzazione» (in realtà molto più simile, nella sua anomala configurazione, ad una mera misura di semplificazione), con le quali gli operatori dell'Unione dovranno inevitabilmente cimentarsi.

### **A) La natura della s.c.i.a. e la tutela del terzo controinteressato all'illecito avvio dell'attività**

Seguendo l'ordine delle disposizioni del nuovo art. 19, le prime perplessità si pongono in ordine alla possibilità che il privato segnalante possa effettivamente sostituire l'acquisizione di pareri ovvero l'esecuzione di verifiche preventive mediante autocertificazioni, attestazioni e asseverazioni o certificazioni e al reale significato (e valore) dell'inciso che lascia comunque «*salva la funzione di verifica successiva degli organi e delle amministrazioni competenti*».

Le perplessità concernono innanzi tutto la possibilità di intraprendere con una mera segnalazione (sostituibile all'assenso solo quando esso dovrebbe essere rigidamente vincolato) un'attività subordinata al rilascio di pareri o di verificazioni in assenza della relativa acquisizione (possibilità peraltro già criticabilmente riconosciuta per la d.i.a.) e addirittura di sostituirla con un atto *lato sensu* certificativo di soggetti privati. La seconda riguarda i tempi entro i quali gli organi e le amministrazioni competenti possono intervenire in via successiva e gli effetti che tale intervento è suscettibile di esplicare sull'attività già avviata.

Nonostante la clausola di salvezza faccia riferimento alla sola «*funzione di verifica*» successivamente svolta, non sembra logico escludere che, ferma

restando la possibilità (pur poco coerente) di intraprendere l'attività anche in assenza dei pareri, questi ultimi (proprio in quanto non sostituibili da atti di diritto privato), possano comunque intervenire in via successiva alla luce della disciplina generale dell'art. 16 della l. n. 241 del 1990 nell'ambito dell'esercizio dei poteri di controllo e di autotutela e nei limiti temporali e oggettivi ad essi riconosciuti (20).

Il secondo è più grave problema investe, come anticipato, la natura giuridica del titolo abilitativo che il privato consegue con la presentazione della propria segnalazione certificata. Già in riferimento alla d.i.a., si è posta, invero, sin da subito, la questione se esso nasca direttamente dalla legge, in conseguenza della presentazione della segnalazione e fermo naturalmente il possesso effettivo dei requisiti in presenza dei quali è ammessa l'utilizzazione dello strumento (21), secondo uno schema che vede sostanzialmente sostituire al modello autoritativo quello dell'autoresponsabilità dell'amministrato, che è legittimato (*rectius* costretto) ad agire in via autonoma (senza cioè la «copertura» del controllo preventivo, valutando sulla base delle proprie competenze e con l'eventuale supporto di propri consulenti l'effettiva sussistenza dei presupposti richiesti dalla normativa in vigore), ovvero se il decorso del termine assegnato all'amministrazione per l'esercizio del potere di verifica senza che questa abbia rilevato difformità dal modello stabilito dalla legge produca un «*effetto tacito di assenso*» di rilievo pubblicistico.

Abbracciando la prima opzione, secondo l'orientamento nettamente prevalente anche in giurisprudenza (22), l'unica forma di tutela del terzo controinteressato alla produzione dell'effetto abilitativo (ferma, evidentemente, la possibilità di adire il giudice penale nei casi in cui l'esercizio abusivo dell'attività intrapresa avesse rilevanza penale) era stata inizialmente individuata nella possibilità di sollecitare l'intervento inibitorio/sanzionatorio dell'amministrazione, maturando così il titolo per esperire un ricorso avverso l'eventuale silenzio (inadempimento) di quest'ultima (23).

Il contraddittorio richiamo, nella riforma del 2005, al potere di autotutela previsto dai nuovi artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* della l. n. 241, secondo lo schema già introdotto dal d.P.R. 380 del 2001 (T.U. edilizia) nella disciplina

---

(20) Sul punto cfr. Paolantonio, Commento all'art. 19, in M. A. Sandulli (a cura di), *Il codice dell'azione amministrativa*, cit.

(21) La posizione, già sostenuta in SANDULLI, M. A., *Denuncia*, cit., 132, è stata condivisa da tra gli altri, da CERULLI IRELLI, *Lineamenti*, 415; CHITI M. P., 522 ss.; CORSO, 216; FERRARA L., 195 ss.; GRECO, 86-87; LIGUORI, *Attività liberalizzate*, 300; POLICE, 17 ss.; TRAVI, 1332 ss.

(22) Cfr. tra le altre, Cons. St. sez. V, 4 febbraio 2004, n. 376.

(23) Cfr. per tutte Cons. St., sez. IV, 22 luglio 2005 n. 3916. Vd però da ultimo, la sent. 4 maggio 2010 n. 4558.

della d.i.a. edilizia, ha però rafforzato la tesi che il decorso del termine senza contestazioni potesse determinare la formazione di un' *autorizzazione implicita di natura provvedimentale*, contestabile dal terzo con gli ordinari rimedi impugnatori entro il termine generale di decadenza di sessanta giorni, decorrenti dalla comunicazione del perfezionamento della d.i.a. o dall'avvenuta conoscenza del consenso (implicito) all'intervento oggetto di d.i.a. (24).

Un terzo orientamento ha infine cercato di risolvere l'indubbia contraddittorietà del sistema proponendo una soluzione sostanzialmente compromissoria, anche se proprio per questo non perfettamente rigorosa, secondo la quale il legislatore del 2005, nel richiamare il potere di autotutela, più che prendere posizione sulla natura giuridica dell'istituto, avrebbe essenzialmente voluto chiarire che, anche dopo la scadenza del termine perentorio per l'esercizio del potere inibitorio, l'amministrazione conservi un potere residuale, da intendere, però, come autotutela *sui generis*, che si differenzia dalla classica autotutela decisoria proprio per ciò che non implica un'attività di secondo grado insistente su un precedente provvedimento amministrativo (25). Il riferimento agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* della l. n. 241, confermato, come si è visto, anche dalla l. n. 122/2010 sarebbe quindi compatibile con la tesi che costruiva la d.i.a. (e oggi di conseguenza costruisce la s.c.i.a.) come *un atto del privato*, dal quale non si sviluppa alcun provvedimento tacito di assenso: i poteri di autotutela invocati dall'art. 19 (nelle diverse versioni a partire dal 2005) consisterebbero, infatti, soltanto nel potere di adottare, anche successivamente alla scadenza del termine ordinario, i normali atti di esercizio del potere inibitorio e/o repressivo, condizionati, però, come appunto l'annullamento d'ufficio, alla sussistenza di un interesse pubblico attuale e concreto, ulteriore e diverso rispetto a quello volto al mero ripristino della legalità violata e al bilanciamento dei diversi interessi (26). La tesi, pur apprezzabile per lo sforzo ricostruttivo, non appare però conciliabile né con il

---

(24) L'orientamento, sostenuto anche da Cons. St. sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550, è espresso essenzialmente dalla Sez. IV del Consiglio di Stato (cfr. tra le più recenti le sentt. 22 marzo 2007, n. 1409; 12 settembre 2007 n. 4828, 25 novembre 2008 n. 5811, nonché, da ultime, 13 gennaio 2010, n. 72 e 4 maggio 2010 n. 2558).

(25) Del resto, come correttamente messo in risalto dalla dottrina che si è più recentemente occupata del tema, mentre il richiamo all'art. 21 *nonies* (relativo all'annullamento d'ufficio) ha la logica di circoscrivere l'intervento tardivo della p.A. negli stessi limiti dell'annullamento d'ufficio e dunque entro un ragionevole lasso di tempo, dopo adeguata valutazione degli interessi in conflitto e in presenza di ragioni di interesse pubblico, maggiori perplessità pone il richiamo all'art. 21 *quinquies*, atteso che presupposto dell'esercizio del potere di revoca è la rinnovata valutazione dell'assetto di interessi da parte dell'amministrazione autrice del provvedimento, in relazione alla situazione contingente, nell'ambito della quale quest'ultimo produce i suoi effetti: circostanza che risulta affatto difficile configurare in una situazione in cui l'interesse pubblico non è mai stato previamente valutato: cfr. Paolantonio, cit..

(26) Cons. St., sez. V, 19 giugno 2006, n. 3586; in dottrina, LIGUORI, *Osservazioni*, 109 ss.; GAFFURI, 396 ss., anche per ulteriori richiami bibliografici.

dato letterale della norma, né con l'autonoma disciplina del potere sanzionatorio dettata dall'art. 21, che, come si vedrà meglio *infra*, non prevede alcun limite all'applicazione delle sanzioni più gravi per le attività illecitamente intraprese.

Restava, peraltro, il problema della tutela del terzo, per il quale il Consiglio di Stato (27) aveva a sua volta, recentemente proposto una soluzione di compromesso, che, nel confermare l'inaccettabilità della tesi che qualifica la d.i.a. come atto produttivo di un provvedimento di assenso implicito, riconoscendo piuttosto nella d.i.a. (oggi s.c.i.a.) uno strumento di liberalizzazione delle attività economiche private, con la conseguenza che per l'esercizio delle stesse, diversamente da quanto si verifica per le attività soggette al regime del silenzio-assenso (significativamente disciplinato da un diverso articolo) non è più necessaria l'emanazione di un titolo provvedimentale di legittimazione (28).

Con riferimento alla tutela del terzo, la medesima giurisprudenza aveva costruito e ammesso un'azione di accertamento «atipica», proponibile direttamente mediante ricorso, senza necessità di previa sollecitazione del potere inibitorio (e conseguente contestazione del suo mancato esercizio), diretto ad accertare l'esistenza o inesistenza dei presupposti per l'avvio dell'attività con mera dichiarazione/segnalazione; con la precisazione che la sentenza che accerta l'inesistenza dei presupposti della d.i.a. ha effetti conformativi nei confronti dell'Amministrazione, in quanto le impone di porre rimedio alla situazione nel frattempo venutasi a creare sulla base del predetto strumento, segnatamente di ordinare l'interruzione dell'attività e l'eventuale riduzione in pristino di quanto nel frattempo realizzato e che tale potere, in quanto volto a dare esecuzione al comando implicitamente contenuto nella sentenza di accertamento, deve essere esercitato a prescindere sia dalla scadenza del termine perentorio previsto dall'art. 19 per l'adozione dei provvedimenti inibitori-repressivi, sia dalla sussistenza dei presupposti dell'autotutela decisoria richiamati sempre dallo stesso articolo (29). Pur costruendo la posizione del controinteressato come mero interesse legittimo (30), la predetta giurisprudenza ha ritenuto che anche

---

(27) Cfr. la notissima e pluricommentata sentenza sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, confermata dalla sent. 15 aprile 2010 n. 2139.

(28) Analogamente, a favore della tesi che costruisce la d.i.a. come atto di diritto privato, non assimilabile al silenzio-assenso, che si forma invece sulla richiesta di un provvedimento autorizzatorio all'amministrazione competente, cfr. anche le già richiamate sentt. Cons. St., sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139 e, pur non prendendo posizione sul tipo di azione proponibile (annullamento o accertamento conformativo), sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2558.

(29) Cfr. testualmente la sent. sez. VI, 15 aprile 2010 n. 2139.

(30) Per una forte e argomentata critica sul punto, cfr. O. FORLENZA, *In assenza di un potere conformativo della Pa l'istanza andrebbe proposta al giudice ordinario. Il terzo può esperire un'azione di accertamento per provare l'assenza dei presupposti della Dia*, in *Guida al diritto*, 2009, fasc. 13, 96-111.

per quest'ultimo la garanzia costituzionale dell'effettività del diritto di difesa delle situazioni giuridiche soggettive impone di ammettere un'azione di accertamento autonoma, almeno in tutti i casi in cui, mancando il provvedimento da impugnare, essa risulti necessaria per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente.

Merita tuttavia segnalare che il d.lgs. n. 104 del 2010, recante il (primo) codice del processo amministrativo, nel confermare la giurisdizione esclusiva amministrativa nelle controversie in materia di dichiarazione di inizio di attività (art. 133, c. 1, n. 3: disposizione ripetuta per la s.c.i.a. nel nuovo testo dell'art. 19), all'art. 34, sotto il titolo «sentenza di merito», stabilisce espressamente che «in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati», ciò che sembra evidentemente ostativo alla proposizione di un'azione di accertamento della conformità della s.c.i.a. secondo il modello proposto dalla surrichiamata giurisprudenza, riducendo nuovamente la tutela del terzo al ricorso avverso l'inerzia dell'amministrazione nell'esercizio del potere inibitorio/repressivo; ricorso subordinato purtroppo all'inutile decorso del termine per provvedere (durante il quale quindi l'illecito avvio dell'attività potrebbe avere già prodotto danni irreversibili agli operatori concorrenti), anche se ormai esperibile senza previa diffida e idoneo ad ottenere ad una pronuncia sulla fondatezza della pretesa (cfr. art. 117 del codice del processo amministrativo), che in questo caso, si sostanzia, di fatto, in un accertamento dell'illecito utilizzo della s.c.i.a. e nel conseguente obbligo della p.A. di assumere i poteri repressivi per l'attività intrapresa senza titolo, i quali, come effetto del giudicato, non dovrebbero incontrare i limiti dell'autotutela (31).

## **B) I poteri di controllo e di autotutela**

Come ricordato, secondo il nuovo testo dell'art. 19, il segnalante può intraprendere l'attività sin dalla data di presentazione della segnalazione all'autorità competente (l'espressione «*presentazione*» deve quindi intendersi come effettiva «*consegna*» con debita ricevuta), la quale, entro i successivi sessanta giorni, ha il potere/dovere di accertare la effettiva sussistenza dei requisiti e dei presupposti richiesti dal comma 1 e, in caso negativo, di adottare motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro il termine all'uopo indicato, in ogni caso non inferiore a trenta giorni.

---

(31) Sulla differenza tra il potere esercitato all'esito della decisione giurisdizionale che nega i presupposti per la d.i.a. e quello esercitabile in via di controllo o di autotutela cfr. Cons. St., VI, 15 aprile 2010, n. 2139, cit.

Il termine di sessanta giorni previsto dal legislatore per l'esercizio del controllo costituisce, come è stato immediatamente rilevato, un termine estremamente ed irragionevolmente breve, soprattutto laddove si renda necessaria l'acquisizione di contributi istruttori, pur non particolarmente complessi (ad es., ispezioni, verificazioni e così via): il tenore letterale della disposizione (che fa esplicito riferimento all'accertata carenza dei requisiti e dei presupposti e all'adozione di «*provvedimenti motivati di divieto...e di rimozione...*») non sembra però lasciare spazio per una interpretazione che leghi il termine al mero avvio della verifica, consentendo la conclusione del relativo procedimento in un momento successivo (32).

Come già espressamente evidenziato, riproponendo e sviluppando in modo più rigoroso e specifico per la s.c.i.a. un principio già espresso in termini più generali (anche per il silenzio-assenso) dall'art. 21, il nuovo testo dell'art. 19 opportunamente dispone, all'ultimo periodo del terzo comma, che, a fronte di *dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci* l'amministrazione può «*sempre*» (inutilmente enfatica l'aggiunta dell'espressione «*e in ogni tempo*») adottare i provvedimenti inibitori e/o repressivi di cui al primo periodo del medesimo comma 3.

La disposizione deve essere raccordata con il successivo comma 6, a norma del quale «*ove il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, nelle dichiarazioni o attestazioni o asseverazioni che corredano la segnalazione di inizio attività dichiara o attesta falsamente l'esistenza dei requisiti o dei presupposti di cui al comma 1 è punito con la reclusione da uno a tre anni*» e con l'art. 21, che, come accennato, non essendo stato considerato dalle ultime modifiche, si sovrappone ora in parte (aggravando il quadro di incertezza) alle surriferite novità dell'art. 19.

Si nota innanzitutto che, per espresso dettato dell'art. 21, «*con la denuncia*» (oggi quindi con la «*segnalazione certificata*») «*l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti*», tanto che, secondo lo stesso articolo, «*in caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista*» dallo stesso art. 19 e «*il dichiarante è punito con la sanzione prevista dall'art. 483 del codice penale, salvo che il fatto costituisca più grave reato*».

Il raffronto tra le disposizioni sopra riportate sembra (la dubitativa è d'obbligo) evidenziare che la dichiarazione falsa o mendace sui presupposti e requisiti di legge impedisce soltanto la conformazione a legge sanatoria dell'attività illecitamente intrapresa, ma non incide sui termini di esercizio del potere di controllo, mentre la falsità o mendacia nelle dichiarazioni sostitutive

---

(32) Si tratta della tesi prospettata da PAOLANTONIO, *Commento*, cit.

di certificazione e dell'atto di notorietà consente l'esercizio di potere in qualsiasi tempo. Mentre il nuovo comma 6 dell'art. 19 sembra oggettivamente sovrapporsi all'ultima parte dell'art. 21, comma 1, che, con riferimento alla s.c.i.a., dovrebbe quindi intendersi implicitamente abrogato.

Tornando ai limiti di esercizio dei poteri inibitori e repressivi, non può essere peraltro trascurato che lo stesso art. 21, comma 2, dispone che «*le sanzioni attualmente previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o in difformità da esso si applicano anche nei riguardi di coloro i quali diano inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20 in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente*». Ne consegue che il rigido limite temporale di cui al comma 1 dell'art. 19 è di ambito estremamente incerto, non potendo, quanto meno, trovare applicazione alle attività iniziate in difetto dei requisiti e/o dei presupposti dichiarati o, comunque, in contrasto con la normativa vigente e a quelle iniziate sulla base di dichiarazioni sostitutive false o mendaci.

La suddetta chiave interpretativa vale parimenti ad escludere l'operatività, in quest'ultima ipotesi, del limite degli interessi «sensibili» previsto dal successivo comma 4, in assoluto spregio di ogni criterio di chiarezza del quadro normativo, per il potere di intervento oltre il termine di sessanta giorni.

I primi commentatori hanno ritenuto di poter leggere in tale disposizione una specificazione dei limiti al potere di autotutela riconosciuto all'amministrazione competente al controllo «ai sensi degli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*» della stessa l. n. 241 del 1990, per il cui esercizio l'art. 19 non offre alcuna indicazione temporale: tale lettura, se può costituire un equo bilanciamento tra un'eccessiva responsabilizzazione del segnalante e la tutela degli interessi pubblici coinvolti, conferma a mio avviso l'inaccettabilità della tesi che costruisce il richiamo ai poteri di autotutela operato dall'art. 19 come richiamo ad un'autotutela atecnica, corrispondente piuttosto al normale esercizio dei poteri inibitori e repressivi. Fermo quanto già osservato sulla oggettiva difficoltà di conciliare tale prospettazione con la disciplina sanzionatoria di cui all'art. 21 comma 2, se il nuovo limite introdotto dall'art. 19 comma 4 fosse effettivamente riferibile all'autotutela, la prospettata immedesimazione di quest'ultima con il potere repressivo ordinario rischierebbe fortemente di favorire un uso superficiale e fraudolento della s.c.i.a. anche fuori dai casi consentiti dalla legge.

Come accennato, il legislatore ha comunque incomprensibilmente perso un'importante occasione per delineare in modo chiaro e certo il quadro dei controlli pubblici sullo strumento di «autodichiarazione» del possesso dei requisiti per intraprendere attività già soggette a un potere *lato sensu* autorizzatorio, trascurando, per un verso, di risolvere il problema del terzo contro interessato e, per l'altro, di offrire adeguato affidamento a chi, in buona fede, si trovi a



dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge o ritenga di operare in conformità a quest'ultima: un tema già gravissimo per gli operatori nazionali, ma ancor più gravi per quelli degli altri Stati membri.

Da ultimo, ma non ultimo, si ricorda che, proprio al fine di evitare ulteriori difficoltà sul piano della tutela processuale, l'art. 19 devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ogni controversia relativa all'applicazione della disciplina sulla s.c.i.a.. Resta tuttavia irrisolto il problema dell'azione esperibile dal terzo contro interessato, sul quale la giurisprudenza quindi tornare a cimentarsi alla luce del nuovo c.p.a.

## **2. Gli sportelli unici**

L'articolo 6 della Direttiva Bolkestein obbliga gli Stati membri a provvedere affinché i prestatori di servizi possano espletare tutte le procedure e le formalità necessarie per l'accesso alle attività di servizi e per l'esercizio delle stesse attraverso gli «sportelli unici», concepiti come interlocutori istituzionali unici dal punto di vista del prestatore di servizi, cosicché questi non abbia bisogno di contattare più autorità o enti competenti per raccogliere tutte le informazioni necessarie e per espletare tutte le procedure relative alla sua attività.

Un siffatto obbligo, valevole con espresso riguardo ai settori di servizi che rientrano nel campo di applicazione della Direttiva, siano essi espletati a livello nazionale, regionale o locale, impone, in particolare, che gli sportelli unici siano usufruibili da tutti i prestatori di servizi, anche in via informatica, a prescindere che questi siano stabiliti sul loro territorio o sul territorio di altro Stato membro.

In particolare, la Direttiva riconosce agli Stati membri la libertà di organizzare gli sportelli unici sul proprio territorio, ammettendo altresì la possibilità di istituire sportelli unici in base a specifici settori, purché, però, una siffatta scelta non osti al perseguimento delle garanzie e delle agevolazioni normativamente sancite. Il prestatore di servizi deve, in sostanza, poter essere in grado di espletare tutte le procedure ricorrendo ad uno solo di tali sportelli, che, una volta ricevuta la richiesta, dovrà rispondere con la massima sollecitudine, nonché informare senza indugio il richiedente qualora la richiesta sia irregolare o infondata.

In conformità a tali previsioni, il decreto legislativo di recepimento delinea, all'articolo 25, l'attività dello sportello unico in Italia, in realtà già in parte disciplinata dall'articolo 38, comma 3, del richiamato d. lgs. n. 112/2008, il quale assicura l'espletamento anche in via telematica di tutte le procedure necessarie per poter svolgere le attività di servizi attraverso lo sportello unico per le attività produttive.

Per i comuni che, in base alla normativa vigente, non abbiano istituito lo sportello unico, l'esercizio delle relative funzioni è delegato dal decreto attuativo alle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura.

La introduzione di una più puntuale regolamentazione inerente ad un siffatto strumento semplificativo, non può prescindere da qualche considerazione di fondo derivante dal fatto che il nostro ordinamento si connota, ormai da tempo, da quello che sembra essere una sorta di braccio di ferro tra semplificazione e complicazione amministrativa, emergente dal bilanciamento tra le misure governative che semplificano e quelle che aggravano le attività private.

Tale riconoscimento, seppur generico, costituisce un elemento unificante in controtendenza alla frammentazione delle competenze e alle difficoltà di semplificare che ne conseguono (33).

Mentre, però, con riferimento ad alcune misure concrete previste dalla Direttiva, quali la semplificazione documentale, è già riscontrabile un buon livello di diffusione nell'ordinamento nazionale (34), con riguardo ad altre, come lo sportello unico, risulta facilmente ravvisabile una certa difficoltà attuativa derivante tanto dalle previsioni normative, sia nuove che previgenti, quanto da elementi pratici.

La Direttiva servizi, a ben vedere, ai fini della istituzione degli sportelli unici, impone una riorganizzazione che non riguarda le competenze interne, quanto piuttosto la esigenza che gli ordinamenti nazionali adempiano ad un siffatto obbligo unificando i «punti di contatto», ossia gli sportelli unici — in realtà già istituiti presso le autorità individuate come competenti — e garantendone la capacità operativa anche in via elettronica.

Le complicità connesse ad una siffatta misura hanno recentemente costituito oggetto di attenzione della Corte Costituzionale che, sul punto, in realtà ha più volte avuto modo di chiarire che la disciplina dello sportello unico per le attività produttive — peraltro altresì regolamentata dal d.P.R. n. 447/1998, inerente la realizzazione, l'ampliamento, la ristrutturazione e la riconversione di impianti produttivi — è fondata proprio sulla concentrazione in una unica struttura della responsabilità dell'unico procedimento attraverso cui i soggetti

---

(33) Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *La semplificazione amministrativa, intervento al convegno Il sistema amministrativo a dieci anni dalla riforma Bassanini*, 2008, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); A. VUOLO, «La semplificazione nell'ordinamento policentrico», in S. STAIANO (a cura di), *Le funzioni amministrative nel sistema delle autonomie locali*, Napoli, 2006, 77 ss.

(34) L'art. 3, comma 1, del d.P.R. n. 445/2000, estende le disposizioni recanti la disciplina della documentazione amministrativa «ai cittadini (...) dell'Unione europea, alle persone giuridiche, alle società di persone, alle pubbliche amministrazioni e agli enti, alle associazioni e ai comitati aventi sede legale in Italia o in uno dei Paesi dell'Unione europea».

interessati possono ottenere l'insieme dei provvedimenti abilitativi necessari per la realizzazione di nuovi insediamenti produttivi, nonché sulla concentrazione nello sportello unico dell'accesso a tutte le informazioni da parte dei medesimi soggetti interessati. Ciò al fine di evitare che la pluralità delle competenze e degli interessi pubblici oggetto di cura in questo ambito si traduca per i cittadini in tempi troppo lunghi e in difficoltà di rapporti con le amministrazioni (35).

La stessa Corte, ribadendo, dunque, quanto già ampiamente chiarito, ha da ultimo aggiunto, proprio con riguardo alle previsioni di cui alla Direttiva Bolkestein, che l'esigenza di semplificazione è stata avvertita anche in sede comunitaria, «di talché l'art. 6 della direttiva 2006/123/CE ha previsto al paragrafo 1 che "Gli Stati membri provvedono affinché i prestatori possano espletare le procedure e le formalità seguenti, mediante i punti di contatto denominati sportelli unici:

a) tutte le procedure e le formalità necessarie per poter svolgere le loro attività di servizi, in particolare le dichiarazioni, notifiche o istanze necessarie ad ottenere l'autorizzazione delle autorità competenti, ivi comprese le domande di inserimento in registri, ruoli, banche dati, o di iscrizione ad organismi o ordini ovvero associazioni professionali;

b) le domande di autorizzazione necessarie all'esercizio delle loro attività di servizi"».

Più in dettaglio, i giudici costituzionali hanno chiarito che, se il paragrafo 2 dello stesso articolo aggiunge che l'istituzione degli sportelli unici non pregiudica la ripartizione di funzioni e competenze tra le autorità all'interno dei sistemi nazionali, tuttavia non sarebbe certo funzionale alle previste esigenze di semplificare ulteriormente la procedura amministrativa (36) un sistema che

---

(35) Così, Corte Cost., 23 luglio 2002, n. 376, in *Giur. cost.*, 2002, 2791; in senso analogo Corte Cost., 24 ottobre 2008, n. 350, con nota di R. CHIEPPA, «La (possibile) rilevanza costituzionale della semplificazione dell'azione amministrativa», in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 257.

(36) Il «considerando» n. 48 della Direttiva servizi sancisce che «Al fine di semplificare ulteriormente le procedure amministrative è opportuno fare in modo che ogni prestatore abbia un interlocutore unico tramite il quale espletare tutte le procedure e formalità (in prosieguo: sportello unico). Il numero degli sportelli unici per Stato membro può variare secondo le competenze regionali o locali o in funzione delle attività interessate. La creazione degli sportelli unici, infatti, non dovrebbe interferire nella divisione dei compiti tra le autorità competenti in seno ad ogni sistema nazionale. Quando la competenza spetta a diverse autorità a livello regionale o locale, una di esse può assumersi il ruolo di sportello unico e coordinare le attività con le altre autorità. Gli sportelli unici possono essere costituiti non soltanto da autorità amministrative ma anche da camere di commercio e dell'artigianato ovvero da organismi o ordini professionali o enti privati ai quali uno Stato membro ha deciso di affidare questa funzione. Gli sportelli unici sono destinati a svolgere un ruolo importante di assistenza al prestatore sia come autorità direttamente competente a rilasciare i documenti necessari per accedere ad un'attività di servizio sia come intermediario tra il prestatore e le autorità direttamente competenti».

unifichi gli sportelli con riferimento alle attività che vengono ad essere svolte ma che preveda al tempo stesso una diversità di procedure a seconda della Regione in cui quelle attività sono effettuate. In tal senso, la Direttiva precisa espressamente che, allorché la competenza spetti a diverse autorità a livello regionale o locale, possono essere esercitate funzioni di coordinamento.

Una siffatta previsione evoca, a ben vedere, proprio quelle attività di coordinamento che l'ordinamento interno attribuisce, come competenza legislativa esclusiva, allo Stato con la lettera r) del secondo comma dell'art. 117 della Costituzione.

L'Unione europea individua gli sportelli unici quali strumenti destinati a svolgere un ruolo importante di assistenza al prestatore tanto come autorità direttamente competente a rilasciare i documenti necessari per accedere ad un'attività di servizio, quanto come intermediario tra il prestatore e le autorità direttamente competenti.

E risulta evidente, rispetto al tenore di siffatte disposizioni, la sussistenza, anche a livello nazionale, di una funzione di coordinamento già perseguita dalla normativa che disciplina compiti e funzionamento dello sportello unico per le imprese, attraverso la istituzione di un procedimento amministrativo uniforme volto a consentire ai soggetti in possesso dei requisiti di legge la intrapresa della attività economica (37).

Ciò non solo al fine di assicurare, attraverso un procedimento ragionevolmente snello ed omogeneo, la maggiore trasparenza ed accessibilità del mercato, in modo tale da migliorare le condizioni di concorrenza, ma anche al fine di concretizzare il precetto di cui all'art. 41 della Costituzione, il quale assegna, fra l'altro, alla legge dello Stato il compito di determinare i controlli opportuni affinché la iniziativa economica, anche privata, sia coordinata ai fini sociali.

Il decreto legislativo di attuazione interviene, dunque, a rafforzare e, ancor più a razionalizzare, nell'ottica degli obiettivi comunitari, un quadro normativo che deve gradualmente attagliarsi alle linee del legislatore europeo, perseguendo quel disegno che la Direttiva Bolkestein pare aver dettagliatamente delineato.

Primi passi in avanti verso gli obiettivi comunitari, peraltro, sono recentemente emersi dalla approvazione del d.P.R. 7 settembre 2010 n. 160, recante il «*Regolamento per la semplificazione ed il riordino della disciplina sullo sportello unico per le attività produttive, ai sensi dell'articolo 38, comma 3, del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112, convertito, con modificazioni, dalla*

---

(37) Cfr. Corte Costituzionale, 21 gennaio 2010, n. 15, in *Giur. Cost.it*, 2010.

*legge 6 agosto 2008 n. 133»* pubblicato nel supplemento ordinario n. 229 della Gazzetta Ufficiale del 30 settembre 2010.

Tale regolamento, che abroga il d.P.R. n. 447/1998, avrà efficacia dal 29 marzo 2011 per la parte relativa all'organizzazione dello sportello unico per le attività produttive e all'avvio del procedimento automatizzato obbligatorio previsto nei casi di applicabilità della SCIA di cui all'art. 19 della Legge 241/1990 e dal 1 ottobre 2011 per la parte relativa al procedimento unico ordinario di autorizzazione per le attività produttive.

La novella individua, in particolare, nello sportello unico per le attività produttive (SUAP) l'unico soggetto pubblico di riferimento per tutti i procedimenti che abbiano ad oggetto l'esercizio di attività produttive e di prestazione di servizi, e quelli relativi alle azioni di localizzazione, realizzazione, trasformazione, ristrutturazione o riconversione, ampliamento o trasferimento, nonché cessazione o riattivazione delle suddette attività e dovrà assicurare al richiedente una risposta telematica unica e tempestiva in luogo degli altri uffici comunali e di tutte le amministrazioni pubbliche comunque coinvolte nel procedimento, ivi comprese quelle preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità.

Sono esclusi dall'applicazione del Regolamento soltanto gli impianti e le infrastrutture energetiche, le attività connesse all'impiego di sorgenti di radiazioni ionizzanti e di materie radioattive, gli impianti nucleari e di smaltimento di rifiuti radioattivi, le attività di prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi nonché le infrastrutture strategiche e gli insediamenti produttivi di preminente interesse nazionale.

Lo Sportello Unico per le attività Produttive, ad oltre dieci anni dalla sua istituzione, non ha avuto diffusione su tutto il territorio nazionale e non ha sostituito interamente la procedura tradizionale cartacea.

Nelle intenzioni del legislatore, esplicitate nella relazione illustrativa dei provvedimenti assunti, al nuovo sistema dovrebbe corrispondere un riscontro positivo, giacché la significativa opera di informatizzazione, resa obbligatoria con il d.P.R. 160/2010, si realizza a costo zero, richiedendo essa strutture minime e, comunque, avvalendosi di infrastrutture e reti esistenti e ben funzionanti, facenti capo al sistema informatico delle Camere di commercio.

In tal senso, è previsto che lo sportello unico comunale operi esclusivamente in modalità telematica, anche per quanto attiene ai pagamenti, e laddove l'operatività del comune non risulti neppure minimamente informatizzata, l'amministrazione comunale di intende obbligata ad avvalersi dell'infrastruttura già esistente delle Camere di commercio italiane le quali, dunque, sopperiscono alle carenze informatiche, anche parziali, dei Comuni.

Inoltre, il d.P.R. sancisce che il rilascio automatico ed immediato della ricevuta da parte del sistema informatico in risposta alla richiesta presentata, nei casi in cui l'attività dell'amministrazione è vincolata, avrà l'efficacia di un provvedimento amministrativo favorevole, con tempi immediati ed effetti certi sia per il privato che per i terzi. In sostanza, laddove oggi l'ordinamento prevede una risposta automatica e vincolata da parte dell'amministrazione, e l'amministrazione resta inerte, lasciando il privato nell'incertezza, a ciò sopprime la risposta automatica del sistema informatizzato.

Il regolamento chiarisce, inoltre, che al momento della presentazione della dichiarazione per via telematica vi è il contestuale ed automatico rilascio di ricevuta, e che, in caso di attività non discrezionale della amministrazione pubblica, la ricevuta equivale ad un provvedimento di accoglimento della domanda da parte dell'amministrazione, senza necessità di ulteriori attività da parte dell'impresa.

Sulla ricevuta-provvedimento potranno intervenire l'amministrazione in sede di autotutela e i terzi controinteressati in sede di tutela giurisdizionale, proprio come nei confronti di un normale provvedimento espresso.

La annunciata riforma dello Sportello Unico per le Attività Produttive, dunque, dà piena attuazione alla «Direttiva servizi» e sancisce espressamente che la semplificazione si applica non solo ai procedimenti dell'art. 38 del decreto 112/2008, ma anche a tutti quelli previsti dalla medesima Direttiva e a tutte le comunicazioni e dichiarazioni che a vario titolo vanno inviate allo sportello unico.

### **3. Il diritto all'informazione**

A proposito dei compiti dello sportello unico, merita poi ricordare che, in linea con l'ampio spazio dedicato dalla Direttiva alle informazioni concernenti sia i prestatori che le loro specifiche attività, come strumento utile ad agevolare l'esercizio della libertà di stabilimento, nonché la libera circolazione dei servizi, assicurando nel contempo un elevato livello di qualità dei servizi stessi, in favore del cliente, l'articolo 26 del decreto attuativo, espressamente richiamato dal d.P.R. n. 160/2010, precisa che proprio attraverso lo sportello unico è possibile avere accesso alle seguenti informazioni:

- a) i requisiti imposti ai prestatori stabiliti in Italia, in particolare quelli relativi alle procedure e alle formalità da espletare per accedere alle attività di servizi ed esercitarle;
- b) i dati necessari per entrare direttamente in contatto con le autorità competenti, comprese quelle competenti in materia di esercizio delle attività di servizi;

c) i mezzi e le condizioni di accesso alle banche dati e ai registri pubblici relativi ai prestatori e ai servizi;

d) i mezzi di ricorso esistenti in genere in caso di controversie tra le autorità competenti e il prestatore o il destinatario, o tra un prestatore e un destinatario, o tra prestatori;

e) i dati di associazioni od organizzazioni diverse dalle autorità competenti presso le quali i prestatori o i destinatari possono ottenere assistenza pratica.

#### **4. Il conseguimento e la presentazione delle certificazioni**

La Direttiva servizi, nell'introdurre misure semplificative dei procedimenti, impone, infine, agli Stati membri di valutare la opportunità di richiedere la presentazione di taluni documenti in una forma puntualmente individuata, come ad esempio, in originale, in copia autenticata o con una traduzione autenticata in allegato, così invitandoli a valutare se, viceversa, non sia in realtà sufficiente che i prestatori forniscano una copia non autenticata o una traduzione non autenticata.

Coerentemente, all'articolo 5, paragrafo 3, la Direttiva prescrive che gli Stati membri richiedano la presentazione di documenti in originale, in copia autenticata o accompagnati da una traduzione autenticata unicamente allorché sussistano motivi imperativi d'interesse generale o allorché il rispetto di una siffatta formalità sia previsto da altro strumento comunitario.

A fronte alla introduzione della descritta agevolazione, l'esigenza di un contemperamento rispetto al dubbio eventualmente nutrito circa l'autenticità del documento o del suo contenuto, ben potrà essere risolto, nell'ottica della cooperazione amministrativa, mediante appositi contatti tra le autorità competenti, ed in particolare con l'autorità che abbia rilasciato il documento oggetto di verifica.

Inoltre, non assumendo rilevanza alcuna il principio del Paese di provenienza, gli Stati membri devono accettare i documenti rilasciati da altro Stato membro aventi finalità equivalenti o, comunque, dai quali risulti che un determinato onere o obbligo sia stato assolto.

Naturale conseguenza delle previsioni in esame è che esse presuppongono, allora, che le amministrazioni degli Stati membri provvedano ad esaminare oltre la forma dei documenti rilasciati da altri Stati, anche la sostanza degli stessi, non potendo le autorità competenti richiedere la presentazione di un certificato qualora l'autorità stessa disponga di ulteriori documenti dai quali sia possibile desumere le informazioni necessitanti.

L'applicabilità delle prescrizioni in esame incontra un limite espresso con riferimento ai documenti di cui alle direttive speciali sulle qualifiche professionali, sugli appalti pubblici e sul diritto di stabilimento degli avvocati, nonché alla prima e undicesima direttiva sul diritto societario.

Ad ogni modo, il legislatore europeo ha sancito la possibilità di creare formulari unificati che fungano da «*equivalenti ai certificati, agli attestati e a tutti gli altri documenti richiesti a un prestatore*». Siffatti strumenti possono essere previsti per certificati specifici o documenti di analogo significato che, in ragione del peculiare contenuto, rendono però difficoltoso ogni accertamento a livello dei singoli Stati membri. Si tratta, tuttavia, di una eventualità, questa, che potrà concretizzarsi solo in una fase successiva, in cui la avanzata attuazione della Direttiva servizi consentirà di rilevarne o meno la necessità.

In conformità alle surriferite previsioni, il titolo IV del decreto 59, specificamente dedicato alla semplificazione amministrativa, si chiude con l'articolo 27, il quale dispone che nei casi in cui sia prescritto ad un prestatore o ad un destinatario di fornire un certificato, un attestato o qualsiasi altro documento comprovante il rispetto di un requisito, costituisce documentazione idonea quella rilasciata da un altro Stato membro che abbia finalità equivalente o dalla quale risulti che il requisito in questione sia rispettato.

I documenti rilasciati da un altro Stato membro sotto forma di originale, di copia conforme o di traduzione autenticata possono essere richiesti solo nei casi previsti da altre disposizioni di attuazione di norme comunitarie o per motivi imperativi d'interesse generale, tra i quali l'ordine pubblico e la sicurezza. Ove necessario, le autorità competenti possono richiedere traduzioni in italiano non autenticate.

Il successivo comma 2 esclude l'applicabilità di tali disposizioni ai documenti indicati nei decreti legislativi di attuazione delle surrichiamate direttive speciali.

Il recepimento delle previsioni comunitarie risulta, pertanto, puntuale.



# LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

JUAN PÉREZ MAS  
LUIS MURILLO JASO

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. – II. EL MARCO COMPETENCIAL PARA SU TRANSPOSICIÓN: 1. Principio de neutralidad del Derecho Comunitario. 2. Competencias y normativa del Estado. 3. Competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón. – III. LA TRANSPOSICIÓN EN ARAGÓN: 1. Antecedentes. 2. Decreto Ley 1/2010 (Ómnibus): A) Utilización del Decreto-Ley. B) Modificación de Leyes autonómicas: a) Administración Local de Aragón. b) Protección y defensa de los consumidores y usuarios. c) Colegios Profesionales de Aragón. d) Industria. e) Ordenación de la actividad comercial. f) Actividades feriales. g) Vías pecuarias. h) Montes. i) Protección ambiental. j) Calidad alimentaria. k) Salud. l) Espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos. m) Juego. C) Disposiciones de la Parte Final del Decreto-Ley 1/2010. 3. Ley de Turismo 2/2010. – BIBLIOGRAFÍA.*

*RESUMEN:* El presente trabajo analiza la incorporación al Derecho aragonés de la Directiva 2006/123/CE y de la legislación estatal básica de transposición (transversal y sectorial), mediante la elaboración por la Comunidad Autónoma de Aragón, al amparo de sus competencias, de su propia normativa «Ómnibus».

*Palabras clave:* actividades feriales; administración local; Aragón; autorización; calidad alimentaria; colegios profesionales; comercio; competencias; comunicación previa; consumidores; declaración responsable; decreto-ley; desequilibrio territorial; directiva de servicios; espectáculos públicos; industria; interés general; juego; libertad de establecimiento; libertad de prestación de servicios; licencia; mercado interior; mercado único; montes; procedimiento; protección ambiental; salud; silencio administrativo; transposición; turismo; vías pecuarias; visado colegial.

*ABSTRACT:* This paper analyses the incorporation of Directive 2006/123/EC and basic national implementing legislation (transversal and sectorial) into Aragonese Law through the «Omnibus» regulations drawn up by the region of Aragon by virtue of its own competencies.

*Key words:* exhibition and trade fair events; local administration; aragon; authorisation; food quality; professional associations; trade; competences; prior notice; consumers; sworn statement; decree law; territorial imbalance; services directive; public entertainment events; industry; public interest; gambling; freedom of establishment; freedom to provide

*services; licensing; internal market; single market; uncultivated land; proceedings; protection of the environment; health; silence procedure; implementation; tourism; drovers' roads; professional certification.*

## I. INTRODUCCIÓN

El 12 de diciembre de 2006 se aprobó la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior (conocida como Directiva de Servicios), en la cual se desarrollan una serie de principios recogidos en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, ahora denominado Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con relación a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios.

Con arreglo al artículo 26, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea el mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores en el que debe estar garantizada la libre circulación de servicios. El artículo 49 del Tratado garantiza la libertad de establecimiento y el artículo 56 establece la libre prestación de servicios dentro de la Unión, quedando prohibidas las restricciones dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros.

La Unión Europea, de acuerdo con el artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea, *«establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico (...). La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros».*

La Directiva, en su consecuencia, trata de fomentar el crecimiento económico y la creación de puestos de trabajo en la Unión Europea mediante el fortalecimiento de un mercado competitivo de servicios y eliminando trabas a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios.

El capítulo III de la Directiva, relativo a la libertad de establecimiento, es un reflejo de la jurisprudencia comunitaria dictada en interpretación del artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la UE. El artículo 49 del dicho Tratado establece que *«quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro».* La jurisprudencia comunitaria ha interpretado el citado artículo en numerosas ocasiones, entre las que destaca la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades de 30 de noviembre de 1995,

asunto C-55/94 *Gebhard*, donde se especifica que las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben (para ser acordes al derecho comunitario) reunir cuatro requisitos:

- 1/ que se apliquen de manera no discriminatoria,
- 2/ que estén justificadas por razones imperiosas de interés general,
- 3/ que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen,
- 4/ que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

Las disposiciones contenidas en el capítulo III de la Directiva persiguen precisamente garantizar el respeto de los cuatro requisitos exigidos por la jurisprudencia para limitar el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios.

La Directiva de Servicios responde a un objetivo de mercado único que es un iter fundamental en el desarrollo europeo, si bien, la implementación de la Directiva puede ocasionar determinadas fricciones en ámbitos que pueden soportar mal la libertad de establecimiento y de prestación de servicios.

Evidentemente, para evitar esas situaciones, el caballo de batalla va a estar en las «razones imperiosas de interés general» y en la justificación de la medida adoptada, en base a las citadas razones, para garantizar el objetivo que persiguen.

En cuanto a las razones imperiosas de interés general, la Directiva no establece un listado taxativo o cerrado, sino que enumera, *ad exemplum*, diversos objetivos de interés general que pueden ser invocados por los Estados, que pueden ser objeto de diversificación en función de las especificidades de cada comunidad política, siempre que tengan o puedan tener reconocimiento a nivel europeo.

En Aragón, dadas las particularidades de vertebración, territorio, y población de la Comunidad Autónoma, va a resultar relevante, en determinados casos, la necesidad de mantener una cierta política de «control» o de «planificación» sobre la actividad privada, política que deberá entroncar con una protección especial del interés general dado que ya no cabe una planificación de la actividad de los particulares basada en meras razones de orden económico.

La mayor parte del territorio aragonés pertenece al medio rural, caracterizándose en buena parte de los casos con zonas frágiles y poco estructuradas. Estas áreas, cuentan con graves dificultades para el mantenimiento de su población y tienen un marcado carácter periférico. Todo lo anterior, junto al tamaño insuficiente de los centros urbanos, determina una escasa rentabilidad

de las infraestructuras de desarrollo, una muy escasa oferta de servicios y un sistema económico frágil y poco diversificado.

Como es patente y sabido, Aragón presenta una marcada dualidad entre Zaragoza y el resto de Aragón, entre lo rural y urbano, que marca un profundo desequilibrio intraterritorial.

Así pues, como veremos posteriormente, la Ordenación del Territorio va a justificar las actuaciones de control que se reserva la normativa aragonesa y ello en base a un marcado interés general en el desarrollo armónico del territorio y en evitar que las diferencias se incrementen todavía más (1). Es evidente que las libertades de establecimiento y de prestación de servicios incidirán más en las zonas económicamente rentables que en el resto y pueden producir el aumento de la polaridad y la diferenciación entre las distintas partes del territorio aragonés con graves consecuencias para la población que habita el medio rural, y, en particular, el más periférico.

Junto a las bondades de la Directiva existen también «efectos secundarios» que en Aragón se pueden plasmar en un mayor retraso del mundo rural por cuanto la libre iniciativa empresarial, lógicamente, elige siempre las zonas de actuación más interesantes económicamente, y el aumento de riqueza en una zona suele operar como polo de atracción de otras, incrementando, como decimos, el desequilibrio territorial con abandono de pueblos y desaparición de modos tradicionales de vida (2).

Como conclusión a esta Introducción, y sin perjuicio de todo lo ya dicho, nos interesa señalar que en este trabajo se trata de examinar la adaptación normativa realizada por la Comunidad Autónoma hasta la fecha, si bien es de significar que la adaptación normativa no es más que un primer paso, el único que a estas alturas podemos contemplar, dado que la Directiva de Servicios pretende ser una revolución y, tal y como señalan la mayoría de los autores, los retos de la puesta en marcha de este modelo se proyectan, sobre todo, en

---

(1) Esta es una cuestión que tiene reflejo en la obra de muchos juristas aragoneses y, en particular en la de los dedicados al Régimen Local. Pero a ello debería unirse la cuestión del envejecimiento de la población, así FANLO LORAS (2004) señala: «Si estos datos (se refiere a la distribución de la población) revelan el fuerte desequilibrio territorial existente, más dramático si cabe es el envejecimiento de la población que en el corto plazo puede condicionar la existencia de muchos municipios».

(2) Es significativo que, tras el éxodo rural de los años 60-70 en Aragón, el vínculo afectivo con «su pueblo» no se ha perdido por las familias que lo abandonaron y tienden a volver a reconstruir la Casa familiar. A la hora de valorar los efectos primarios y secundarios de la libertad de empresa y de establecimiento es importante tener en cuenta qué sucede con las zonas más frágiles y si se debe tomar alguna medida de planificación para evitar fenómenos de abandono contrarios, como vemos, a la propia esencia de las personas. Un muy interesante estudio sobre esta cuestión es el libro de MAIRAL BUIJ «La identidad de los aragoneses» (1996).

la simplificación administrativa, lo cual, por muy normado que esté, implicará una revisión en profundidad tanto de los trámites y procedimientos existentes en las distintas Administraciones Públicas como de su propia organización (3).

## II. EL MARCO COMPETENCIAL PARA SU TRANSPOSICIÓN

En un Estado compuesto como el español, es preciso comenzar con un análisis específico del marco de distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas sobre la materia afectada por la Directiva de Servicios, que permita delimitar las potestades que cada una de estas entidades puede ejercer y el alcance de las mismas, así como, consiguientemente, definir las reglas que deben regir las relaciones entre las normas y actuaciones estatales y autonómicas, todo ello en el contexto de la incorporación de una norma comunitaria europea al ordenamiento jurídico español (englobando el ordenamiento estatal, autonómico y local).

### 1. Principio de neutralidad del Derecho Comunitario Europeo

Al analizar la transposición de una norma comunitaria europea, como es la Directiva de Servicios, debemos partir del denominado «principio de neutralidad», acogido por la doctrina del Tribunal Constitucional (ente otras, su Sentencia 141/93) (4), en virtud del cual la adhesión de España a la Unión Europea es neutral respecto del reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas y, por tanto, la necesidad de aplicar la normativa comunitaria no altera la distribución competencial delimitada en la Constitución y los Estatutos de Autonomía (5).

Este principio de neutralidad viene acogido en el Estatuto de Autonomía de Aragón aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, concretamente en el artículo 93.2, que señala lo siguiente: «*La Comunidad Autónoma*

---

(3) Entre otros, JIMÉNEZ ASENSIO (2010), BERMEJO LATRE (2008), RIVERO ORTEGA (2009).

(4) STC 141/93: «*la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que (...) no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias, (...) pues la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos comunitarios no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas, en cuanto poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como establece el artículo 9.1 de la Norma fundamental (SSTC 252/1988, 64/1991, 76/1991, 115/1991, 236/1991 y 79/1992). Por consiguiente, la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostenta la competencia según las reglas de Derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario (SSTC 236/1991 y 79/1992)*».

(5) PÉREZ MAS (2008: pp. 139-140)

*de Aragón aplica y desarrolla el Derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias. La existencia de una regulación europea no modifica la distribución interna de competencias que establecen la Constitución y el presente Estatuto»,* reconociendo, incluso, la propia Directiva de Servicios que no debe interferir en el reparto de competencias regionales o locales en los Estados miembros (art. 10.7 y Considerando 60).

De tal manera que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas deberán participar en la labor de transposición de la Directiva de Servicios aprobando la normativa precisa para ello en aquellos espacios o ámbitos materiales sobre los que cuenten con competencias sustantivas, lo que analizaremos a continuación.

## 2. COMPETENCIAS Y NORMATIVA DEL ESTADO

La Directiva de Servicios constituye una norma jurídica de carácter transversal, que no se restringe a la regulación de uno o varios sectores materiales, lo que supone una importante disgregación de los títulos competenciales empleados por los poderes públicos para su transposición al ordenamiento interno. No obstante, la intervención del Estado en la aprobación de la normativa de transposición de la Directiva de Servicios se ha fundado en títulos competenciales de corte horizontal previstos en los *artículos 149.1.1ª, 13ª y 18ª de la Constitución Española (6)*, que atribuyen al Estado la competencia para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

En base a estos tres títulos competenciales, el Estado ha aprobado la *«Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio»* (denominada coloquialmente *«Ley Paraguas»*), gozando esta norma legal de *carácter básico (7) (8)* tal y como indica su Disposición Final

---

(6) FERNÁNDEZ FARRERES (2008: pp. 310-332) y PÉREZ MAS (2008: pp. 139-140)

(7) Debemos matizar que las competencias derivadas del artículo 149.1.1ª CE no atribuyen al Estado, según reiterada jurisprudencia constitucional, facultades para establecer normas «básicas» en el clásico esquema bases+desarrollo (STC 61/97), por lo que tales «condiciones básicas» que garantizan la igualdad de los españoles no admiten desarrollo normativo autonómico, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2010, p. 216 y ss.)

(8) Algunos autores han mostrado sus dudas sobre los títulos competenciales invocados por el Estado para la determinación de la normativa básica en la Ley Paraguas: PAREJO ALFONSO (2009: pp. 34 y ss.), DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2010, p. 215 y ss.), así como el propio dictamen 99/2009, de 18 de marzo de 2009, del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de Ley, pp. 50-51

Primera, siendo, por tanto de directa e inmediata aplicación en el ámbito de las Comunidades Autónomas que deberán adaptar a la misma el contenido de sus normas legales y reglamentarias que resulten contradictorias, puesto que, en caso contrario, se ven «desplazadas» por esta legislación estatal básica posterior conforme señala la doctrina del Tribunal Constitucional (9).

Esta Ley constituye, a su vez, una norma de carácter transversal que trata de incorporar «parcialmente» la Directiva de Servicios (así lo reconoce en su Disposición Final Segunda) estableciendo disposiciones y principios generales que, trasladando con gran fidelidad el contenido de la Directiva (sin perjuicio de algunos matices como la reserva de Ley introducida en la legislación española para el establecimiento de autorizaciones (10) o la exhaustividad de las razones imperiosas de interés general), están dirigidas a la promoción de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre prestación de servicios, simplificando procedimientos y fomentado, simultáneamente, la calidad de los servicios, evitando la introducción de restricciones que puedan resultar discriminatorias, innecesarias o desproporcionadas, con la especial e innovadora regulación que contiene respecto de las autorizaciones administrativas (aspecto éste sustancial en la reforma del ordenamiento español).

Pero estas disposiciones generales de carácter transversal contenidas en la Ley 17/2009 parecen requerir su adaptación, integración y desarrollo en la legislación sectorial reguladora de los diferentes sectores de actividad, como expresamente reconoce el legislador tanto en la Exposición de Motivos como en la Disposición Final Quinta de la Ley 17/2009, que ordena la tramitación de un proyecto de Ley de «*adaptación de las disposiciones vigentes con rango legal a lo dispuesto en esta Ley*», así como asume que las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales han de modificar sus disposiciones legales y reglamentarias para adaptar su contenido a lo establecido en la Directiva y en la propia Ley 17/2009 (11).

De este modo, el Estado ha intervenido en la legislación sectorial, fundamentalmente, a través de la «*Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*» (denominada coloquialmente «*Ley Ómnibus*»), utilizando para ello *muy diferentes títulos competenciales*

---

(9) Entre otras, STC 162/2009 de 29 Junio.

(10) RAZQUIN LIZARRAGA (2010, p. 97 y 107)

(11) Aunque ello sin perjuicio de que, en un hipotético debate judicial en el seno de las instituciones comunitarias, el Estado español pudiera argumentar, a nuestro juicio, que, dado el carácter básico de la Ley 17/2009 que, además, reproduce prácticamente el tenor de la Directiva de Servicios, se podría entender (cuando menos formalmente) que ésta ya ha sido transpuesta «completamente», dentro de plazo, al derecho español a través de dicha Ley 17/2009.

(incluidos los ya invocados en la Ley 17/2009) (12) que le atribuyen competencias exclusivas o compartidas (para aprobar la normativa plena o básica) según la materia de que se trate (a pesar de que en la Memoria Justificativa se mencionaba el carácter básico del texto), y poniendo de manifiesto en su Disposición Adicional Sexta, aunque resulte una obviedad, que su contenido se ajusta al orden de distribución competencial delimitado en la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

Esta Ley 25/2009 modifica 48 Leyes estatales diferentes que afectan a materias como Régimen Local, acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos o Colegios Profesionales, entre otras, gozando de especial incidencia la modificación de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, en cuanto consagra como principios de intervención administrativa de las actividades los de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, reconociendo de modo expreso la facultad de inspección de las Administraciones Públicas (art. 39.bis) así como introduciendo la definición legal de la declaración responsable y la comunicación previa (art. 71.bis) (13).

Debemos citar también, por su especial repercusión en las actividades objeto de la Directiva de Servicios, la posterior aprobación de la «Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista», aprobada al margen de la Ley 25/2009, pero del mismo carácter sectorial del que gozan las modificaciones legislativas incluidas

---

(12) Los títulos competenciales invocados por el Estado en la Disposición Final Primera de la Ley Ómnibus 25/2009, son los siguientes: bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, procedimiento administrativo común, bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. legislación mercantil, laboral, sobre propiedad intelectual e industrial y productos farmacéuticos, hacienda general, comercio exterior, bases y coordinación general de la sanidad, legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, legislación básica sobre contratos administrativos, protección del medio ambiente, vías pecuarias, régimen minero y energético; legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos intercomunitarios, la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial, ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma, tráfico y circulación de vehículos a motor, correos y telecomunicaciones, seguridad pública, títulos académicos y profesionales, marina mercante y abanderamiento de buques; puertos de interés general; control del espacio aéreo, tránsito y transporte aéreo.

(13) El artículo 71.bis de la Ley 30/92, según la redacción dada por la Ley Ómnibus 25/2009, distingue ambas figuras de manera que la *declaración responsable* conlleva una manifestación del interesado sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa vigente, la disposición de la documentación que así lo acredita y el compromiso a mantener su cumplimiento durante el desarrollo de la actividad, mientras que la *comunicación previa* del interesado se limita a poner en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el acceso o ejercicio de la actividad.



en ella, que se ha dictado por el Estado fundándose, principalmente, en sus competencias sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

Todo ello sin perjuicio de la posterior aprobación de diferentes Reglamentos estatales aprobados para su adaptación a la Directiva de Servicios (14), contando algunos de ellos con el carácter de normativa plena o, en su caso, básica del Estado, cuyo rango reglamentario admite la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional (15).

### **3. Competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón**

Como hemos expuesto, la completa transposición de la Directiva de Servicios requiere su incorporación en la normativa sectorial que pudiera afectar a las actividades de servicios, lo que incluye la mencionada normativa estatal pero también los diferentes ordenamientos autonómicos, como expresamente reconoce el legislador tanto en la Exposición de Motivos como en la citada Disposición Final Quinta de la Ley 17/2009.

La Comunidad Autónoma de Aragón, al igual que el resto de las Comunidades Autónomas, goza de competencias que le permiten intervenir transponiendo la Directiva de Servicios a la normativa sectorial al amparo del ya mencionado principio de neutralidad consagrado expresamente en el artículo 93.2 de su Estatuto de Autonomía.

El ejercicio de sus competencias en desarrollo de la Directiva de Servicios se ha llevado a cabo, hasta la fecha, mediante la aprobación de un *«Decreto-Ley 1/2010, de 27 de abril, de modificación de diversas leyes de la Comunidad Autónoma de Aragón para la transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior»*, así como de una posterior *«Ley 3/2010, de 7 de junio, por la que se modifica parcialmente la Ley 6/2003, de 27 de febrero, del Turismo de Aragón»*.

En la Exposición de Motivos de ambos textos se invocan los títulos competenciales que, asumidos en el artículo 71 del Estatuto de Autonomía como competencias exclusivas, habilitan la actividad legislativa de la Comunidad

---

(14) Entre otros, podemos citar, los siguientes reglamentos estatales de transposición de la Directiva de Servicios: Reales Decretos 2009/2009, 109/2010, 367/2010, 105/2010, 195/2010, 197/2010, 198/2010, 245/2010, 248/2010, 249/2010, en materia de servicios de corporaciones locales, sanitaria, medio ambiente, productos químicos, seguridad privada, hidrocarburos, sector eléctrico, patentes explosivos, energía y minas, respectivamente.

(15) STC 69/88, PÉREZ MAS (2008), pp. 146-147.

Autónoma sobre las siguientes materias: Colegios profesionales, Comercio, Consumo, Artesanía, Industria, Montes y Vías pecuarias, Agricultura, Sanidad y Salud pública, Espectáculos, Juego y Turismo (apartados 30º, 25º, 26º, 47º, 48º, 20º, 17º, 55º, 54º, 50º y 51º del artículo 71 del Estatuto de Autonomía de Aragón, respectivamente).

De manera que, dado el orden de distribución competencial descrito entre la Unión Europea, el Estado y las Comunidades Autónomas, la actividad normativa de transposición que corresponde llevar a cabo a la Comunidad Autónoma de Aragón debe sujetarse a diversos parámetros:

a) Sólo podrá actuar en el ámbito de sus títulos competenciales.

b) Queda vinculada por el contenido de la Directiva de Servicios, más aún cuando, transcurrido su plazo de transposición, entra en juego el principio de eficacia directa.

c) Deberá ajustarse al contenido de la normativa básica estatal, pues en caso contrario, podría incurrir en vicio de inconstitucionalidad, en tanto la normativa básica forma parte del denominado bloque de constitucionalidad, ex artículo 28 de la Ley Orgánica 2/79, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, constituyendo un parámetro de constitucionalidad de la legislación autonómica. Pero, al mismo tiempo, la Comunidad Autónoma debe desarrollar legal y reglamentariamente la legislación básica estatal, de modo que pueda atender a sus propias peculiaridades territoriales y le permita, incluso, definir y ejecutar políticas propias (16).

d) En particular, debe respetar y desarrollar, a su vez, el contenido de la Ley 17/2009 (Paraguas), de carácter básico, cuyo alcance se extiende horizontalmente.

e) Finalmente, debe cumplir las previsiones contenidas en la Ley 25/2009 (Ómnibus) y restantes disposiciones normativas (legales y reglamentarias) que poseen la misma finalidad de adaptación a la Directiva y a la Ley 17/2009 (como es la Ley 1/2010, de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista), que cuentan con carácter básico o pleno, según el caso.

### **III. LA TRANSPOSICIÓN EN ARAGÓN**

#### **1. Antecedentes**

Dentro de las importantes reformas operadas por el legislador estatal y autonómico para la transposición de la Directiva de Servicios, debemos invocar,

---

(16) PÉREZ MAS (2008: pp. 145-148)

como norma pionera de tal transposición, según reconocen algunos autores destacados en la materia (17), el «Decreto-Ley 1/2008, de 30 de octubre, del Gobierno de Aragón, de medidas administrativas urgentes para facilitar la actividad económica en Aragón» (BOA 3/11/2008), convalidado por las Cortes de Aragón en fecha 20 de noviembre de 2008.

A pesar de que la finalidad primordial del Decreto-Ley no parece ser la transposición de la Directiva, sino, como señala su artículo 1, «que el sector público aragonés, mediante reformas en sus procedimientos de actuación, facilite al máximo las iniciativas económicas y de este modo se favorezca el mantenimiento y la creación de empleo en Aragón», sí que utiliza algunos de los instrumentos recogidos en la Directiva.

En particular, su artículo 3 y su Disposición Adicional Segunda instan a las Administraciones públicas aragonesas a la simplificación de los procedimientos administrativos de su competencia (conforme al artículo 5 de la Directiva de Servicios), modificándolos con el fin de minimizar los costes a las empresas y a los ciudadanos durante la gestión administrativa. En cumplimiento de dicho mandato fueron aprobados los «Decretos 246/2008, 247/2008, y 248/2008, de 23 de diciembre, del Gobierno de Aragón», por los que, en aplicación del Decreto-Ley 1/2008, se adaptaban determinados procedimientos administrativos de competencia de los Departamentos de Economía, Hacienda y Empleo; Obras Públicas, Urbanismo y Transportes; Educación, Cultura y Deporte; Industria, Comercio y Turismo; y Medio Ambiente (BOA de 29/12/2008).

También goza de especial relevancia la previsión contenida en su artículo 5 sobre la *declaración responsable*, que permite, en los casos establecidos por Reglamento del Gobierno de Aragón, que los particulares puedan iniciar el ejercicio de una actividad económica mediante una mera declaración responsable sobre el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para ello (acompañada, en su caso, de una fianza o de un proyecto técnico visado por el colegio profesional competente) sustituyendo la necesidad de autorización administrativa previa o, en su caso, demorando el otorgamiento de dicha autorización, sin perjuicio, por supuesto, del sometimiento de la actividad a las comprobaciones e inspecciones pertinentes.

---

(17) RIVERO-ORTEGA (2008: pp.78-80 y 2010: p. 292), DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2010, p. 176 ) y BERMEJO LATRE (2008 p.19)

## **2. Decreto-Ley 1/2010, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón**

El principal instrumento normativo de transposición de la Directiva de Servicios en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón ha sido el Decreto-Ley 1/2010, aprobado por el Gobierno de Aragón en fecha 27 de abril de 2010 (BOA 5/05/2010), a iniciativa del Consejero de Presidencia y a propuesta de los Consejeros de los seis Departamentos afectados por las materias objeto de regulación, siendo posteriormente convalidado por las Cortes de Aragón en fecha 20 de mayo de 2010 (BOA 31/05/2010).

Su título y su Disposición Final Primera revelan que su objetivo es incorporar parcialmente al Derecho aragonés la Directiva Comunitaria de Servicios, modificando, tras el oportuno examen de adecuación de aquél a la mencionada Directiva, trece Leyes aragonesas a modo de norma «*Ómnibus autonómica*», si bien, como ya hemos comentado, esta norma de rango legal debe ajustarse también a la modificación operada en la legislación básica estatal (Ley 17/09, Ley 25/09, Ley 1/2010), en la que se introducen elementos que no vienen recogidos en la normativa comunitaria o que suponen una aplicación de la misma.

### **A) Utilización de la figura del Decreto-Ley**

La Comunidad Autónoma de Aragón, ha utilizado la figura normativa del Decreto-Ley, prevista por el artículo 44 de su Estatuto de Autonomía, para aplicar la transposición de la Directiva de Servicios, del mismo modo que algunas otras Comunidades Autónomas como Andalucía, Cataluña o Castilla-León.

Sin ánimo de polemizar sobre la procedencia de la utilización de la figura del Decreto-Ley y, en particular, sobre la concurrencia o no de una situación de extraordinaria y urgente necesidad que lo habilite [cuestión siempre discutible sobre la que existen opiniones doctrinales dispares (18)], nos limitaremos a poner de manifiesto los motivos esgrimidos expresamente por el Gobierno de Aragón (tal y como exige la doctrina constitucional: SSTC 332/05, 68/07), para justificar tal presupuesto habilitante:

**a)** La necesidad de incorporar al Derecho autonómico la Directiva de Servicios, habiendo transcurrido ya el plazo de transposición, que finalizaba el 28 de diciembre de 2009, apoyándose para ello en la Sentencia del Tribunal Constitucional 329/2005 (19).

---

(18) MATIA PORTILLA (2010, pp. 162-163), RIVERO ORTEGA (2010, pp. 290-296) o DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2010, p. 238-240)

(19) La STC 329/2005 admite la constitucionalidad de un Decreto-Ley que funda la concurrencia del presupuesto habilitante, entre otros motivos, en la urgente necesidad de transponer una

**b)** La necesidad de adaptar el Derecho aragonés a la transposición realizada, a su vez, por el Estado: Ley 17/2009 y Ley 25/2009, ambas de directa aplicación en Aragón, que no fueron publicadas en el BOE hasta el 24/11/2009 y 23/12/2009 y cuya completa entrada en vigor el 27 de diciembre de 2009 desplazó sobrevenidamente a la normativa autonómica contradictoria, generando una situación de inseguridad jurídica para los prestadores de servicios en Aragón.

**c)** La posibilidad de compensación de deudas por parte de la Administración General del Estado frente a la Comunidad Autónoma, prevista en la Disposición Final 4ª de la Ley 17/2009, para el caso de que se derivasen responsabilidades para el Reino de España como consecuencia de un incumplimiento (temporal) en la transposición de la Directiva.

**d)** Dado el contexto económico, las medidas de reducción de trabas administrativas requerían una rápida incorporación al ordenamiento para contribuir con la mayor celeridad posible a la dinamización y mejora de la situación económica.

## **B) Modificación de Leyes autonómicas**

### **a) Administración Local de Aragón**

El Decreto-Ley 1/2010 comienza en su artículo 1 con la modificación de la legislación de régimen local, en concreto, de la Ley 7/99, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón (en adelante LALA), alterando el Capítulo I del Título VIII dedicado a la «*intervención administrativa en la actividad privada*» (arts. 193 a 196 que, en su anterior redacción, eran los referentes a las autorizaciones y licencias).

Así, la primera gran novedad que introduce el Decreto-Ley 1/2010 en la LALA (siguiendo el criterio de la legislación básica estatal contenida en la Ley 25/2009) es la introducción de una inicial enumeración de los medios de intervención administrativa de la actividad de los ciudadanos, bajo el título «*De la función de Policía*», acogiendo, de este modo, uno de los tradicionales términos empleados por la doctrina (20) para referirse a uno de los sectores de la actividad administrativa.

De esta manera, el artículo 193 de la LALA incluye como medios de intervención administrativa de la actividad de los ciudadanos los siguientes:

«a) *Ordenanzas y Decretos normativos de emergencia.*

---

Directiva comunitaria al Derecho español habiendo transcurrido ya el plazo de transposición.

(20) BERMEJO VERA, José (2007), pp. 52 y ss.

b) *Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo (...).*

c) *Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable.*

d) *Sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma.*

e) *Órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo».*

Este precepto, que viene a reproducir casi en su totalidad lo previsto en la redacción dada al artículo 84 de la Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante LRBRL) por parte del artículo 1.2 de la Ley 25/2009, de carácter básico, conlleva una ampliación de las facultades de control de las Entidades Locales, tratando de incorporar algunas de las principales prescripciones de la Directiva de Servicios (art. 9) y de la Ley 17/2009 (art. 5), como son las referentes a las especialidades del régimen de autorizaciones cuando se trate de actividades de servicios sujetas a su ámbito de aplicación, la posibilidad de sustitución de la autorización por una comunicación o declaración responsable, así como la posibilidad de intervenir mediante un control posterior al inicio de la actividad, plasmadas, a su vez, estas dos últimas en la normativa básica reguladora del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (arts. 71.bis y 39.bis de la Ley 30/92, introducidos por la Ley 25/2009).

Pero el mismo artículo 193 de la LALA incorpora otras dos disposiciones, como son, de un lado, la sujeción de la actividad de intervención administrativa de las Entidades Locales a los principios de igualdad, proporcionalidad y congruencia con los motivos y fines justificativos y respeto a la libertad individual (lo que aparecía en la anterior redacción del artículo 84 de la LRBRL, no así en la derivada de la Ley 25/2009) y, de otro lado, que el otorgamiento de licencias por otras Administraciones públicas no exime a sus titulares de la obtención de las correspondientes licencias de las Entidades Locales (previsión introducida en el citado artículo 84 de la LRBRL por la Ley 25/2009).

A continuación de esta previsión general sobre la intervención de las Entidades Locales en la actividad privada, la LALA pasa a regular algunos de los diferentes modos de intervención administrativa ya descritos, comenzando con una amplia regulación de las autorizaciones o licencias locales, en la que se mantiene la mayor parte del contenido de la redacción anterior al Decreto-Ley.

No obstante, uno de los principales cambios introducidos por el Decreto-Ley sobre este modo de intervención administrativa es la *supresión de la clasificación o listado de las licencias o autorizaciones* que deben exigir las Entidades Locales, anteriormente relacionadas en el artículo 194 del texto

legal (21), de manera que deberán aparecer recogidas y reguladas por la legislación sectorial correspondiente (urbanística, medioambiental, comercial o industrial, patrimonial, etc.), tal y como establece el apartado 1 del artículo 194: «Las autorizaciones y licencias se exigirán en los términos previstos en la legislación sectorial que sea de aplicación por razón de la materia», lo que debiera llevar a que esta normativa sectorial fuera objeto de evaluación a la luz de la Directiva de Servicios y la Ley 17/2009 para, previo análisis sobre su sujeción a tales normas, decidir el mantenimiento o supresión de las licencias o autorizaciones allí reguladas en función del respeto a los principios de igualdad, necesidad y proporcionalidad.

Este mismo precepto regulador de las autorizaciones y licencias de las Entidades Locales, de amplia extensión, contiene una serie de reglas generales sobre las mismas, esté o no sujeta la actividad controlada a la aplicación de la Directiva de Servicios y la Ley 17/2009, si bien la mayor parte de dichas reglas venían ya contenidas en la redacción anterior al Decreto-Ley, debiendo destacar:

— el carácter reglado de las autorizaciones, sujetas a criterios limitativos de la arbitrariedad, siendo éste un criterio que, fijado por el artículo 10 de la Directiva de Servicios y el 6 de la Ley 17/2009, ya se había asentado en nuestra Jurisprudencia, con la reiterada doctrina del Tribunal Supremo (22).

— la competencia del Alcalde para su otorgamiento, salvo disposición sectorial en contrario, añadiendo el Decreto-Ley a la redacción anterior que es precisa la previa determinación del cumplimiento de las condiciones necesarias para su obtención.

— unidad de tramitación, procedimiento y resolución cuando deban intervenir diversas unidades administrativas municipales, ya prevista en la redacción anterior.

— necesidad de establecer un procedimiento de gestión coordinada que comportará una única autorización cuando una actividad requiera la obtención

---

(21) La anterior redacción del artículo 194 de la LALA incluía las licencias urbanísticas, licencias de actividades clasificadas o de protección medioambiental, licencias de apertura de establecimientos comerciales e industriales y de prestación de servicios, licencias de ocupación, autorizaciones o licencias para la utilización u ocupación de bienes del dominio público local así como cualesquiera otras que los municipios establezcan para finalidades diferentes de las anteriores, de conformidad con las leyes y las ordenanzas locales.

(22) STS 16-julio-2007: «No son, por tanto, las autorizaciones o licencias actos discrecionales en que la Corporación goce de libertad de acción sino actos reglados», en cuanto «en los actos de autorización la Administración elimina los obstáculos que se opongan al libre ejercicio de un derecho del que ya es titular el sujeto autorizado tras comprobar que su ejercicio no pone en peligro el interés público protegido por el ordenamiento jurídico vigente».

de autorización municipal y autonómica. El Decreto-Ley avanza sobre esta cuestión respecto de la redacción anterior, ya que confiere carácter preceptivo y obligatorio (no meramente facultativo) al establecimiento de este procedimiento coordinado entre las Administraciones Locales y Autonómica, con una única resolución y un informe previo de la Administración que no resuelva, lo que va en consonancia con el principio de simplificación de procedimientos y cooperación interadministrativa reconocidos en los artículos 5 y 28 de la Directiva de Servicios y 17 y 27 de la Ley 17/2009.

— el *silencio administrativo será positivo o estimatorio* (una vez transcurrido el plazo general de 3 meses fijado para la resolución expresa de las solicitudes de autorización) (23), con las excepciones incluidas en la Ley 30/92, lo que incluye tanto los casos en que la estimación conlleva una transferencia de facultades sobre el dominio público local, como reafirma expresamente la LALA, como aquéllos en que una norma con rango de Ley por razones imperiosas de interés general disponga lo contrario (de acuerdo con la modificación introducida por la Ley 25/2009) (24).

Sobre el silencio administrativo estimatorio debe, no obstante, tenerse en cuenta que, si bien ya venía reconocido en la redacción anterior de la Ley aragonesa, constituye una exigencia del artículo 10 de la Directiva de Servicios y del 6 de la Ley 17/2009, a lo que debe unirse la reforma de la figura del silencio administrativo operada en la Ley 30/92 por parte de la Ley 25/2009 que, incorporando el contenido de las disposiciones mencionadas, reafirma (aunque de modo meramente formal) el carácter general del silencio positivo.

Finaliza, el artículo 194 de la Ley de Administración Local aragonesa, la regulación general de las autorizaciones y licencias incluyendo una referen-

---

(23) Cabría entender que el plazo de 3 meses es ampliable por la legislación sectorial, si bien con la redacción del Decreto-Ley 1/2010 se ha suprimido la anterior remisión a la legislación sectorial, que lo admitía expresamente.

(24) RAZQUIN LIZÁRRAGA (2010: pp. 109-113): Doctrinal y Jurisprudencialmente (STS de 28 de enero de 2009) se ha considerado en materia de urbanismo y medio ambiente la posibilidad de entender que el silencio es negativo cuando se trata de solicitudes (de licencia) cuyo contenido es contrario al ordenamiento jurídico (*contra legem*) a pesar de que no constituye una excepción prevista por la Ley 30/92 a la regla general de silencio positivo, optando por solución diferente cuando se trataba de planes urbanísticos de contenido ilegal (SSTS 27/04/2009 y 30/09/2009).

Ello sin perjuicio de que una solicitud de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico pueda ser inadmitida conforme al artículo 89.4 de la ley 30/92: «En ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá resolver la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el Ordenamiento Jurídico o manifiestamente carentes de fundamento, sin perjuicio del derecho de petición previsto por el artículo 29 de la Constitución».



cia al *régimen especial de exigencia o establecimiento de autorizaciones o licencias sobre el acceso y ejercicio de las actividades de servicios* incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, en que sólo podrá exigirse o establecerse «*en los términos previstos en la legislación sectorial que resulte de aplicación, cuando reúnan las siguientes condiciones:*

- a) *que no sea discriminatorio para el prestador de que se trata;*
- b) *que esté justificado por una razón de imperiosa de interés general;*
- c) *que el objetivo perseguido no pueda lograrse mediante una medida menos restrictiva, en concreto, que un control a posteriori no resultare eficaz».*

De este modo, se plasman en el ámbito del régimen local las exigencias contenidas para el establecimiento de autorizaciones en el artículo 9 de la Directiva de Servicios y artículo 5 de la ley 17/2009: fijación en una norma con rango legal y cumplimiento de los principios de igualdad, necesidad y proporcionalidad.

Por último, añade el Decreto-Ley un artículo 194.bis en la LALA, que contiene una regulación de otro medio de intervención administrativa de los Entes Locales como es la *comunicación previa o la declaración responsable*.

En este caso, el Decreto-Ley, mediante una técnica de «deslegalización», reconoce a las Entidades Locales la potestad de sustituir, reglamentariamente, a través de sus propias Ordenanzas, la necesidad de obtención de una licencia requerida en la legislación sectorial por una comunicación previa o una declaración responsable, salvo que la propia legislación sectorial establezca lo contrario (en términos similares a los ya previstos en el mencionado artículo 5 del Decreto-Ley 1/2008).

Pero aunque esta previsión (sustitución de una licencia por una declaración responsable o comunicación previa) pueda parecer una innovación derivada de la transposición de la Directiva de Servicios, reproduce en gran medida la redacción contenida ya con anterioridad en la propia LALA (entonces, en el artículo 193.2) si bien anteriormente sólo admitía la sustitución de las licencias por una comunicación previa (no habiéndose desarrollado en ese momento la diferencia jurídica entre la declaración responsable y la comunicación previa acaecida con la Ley 25/2009 al modificar la Ley 30/92), extendiéndose dicha previsión, al igual que con la redacción anterior, a cualesquiera «*actuaciones previstas en dichas ordenanzas*».

Precisamente, es importante, a nuestro juicio, señalar que la posibilidad de sustitución de la preceptiva licencia por una declaración responsable o comunicación previa deberá estar prevista expresamente en la correspondiente Ordenanza (y no prohibida por la legislación sectorial), que deberá definir *a priori* las actividades de los particulares a las que se extiende tal posibilidad

de sustitución, no siendo de aplicación discrecional por parte de la Entidad Local.

## **b) Protección y defensa de los consumidores y usuarios**

Esta modificación de la Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de protección y defensa de los consumidores y usuarios de Aragón contenida en el artículo 2 del Decreto-Ley del Gobierno de Aragón no pretende remover obstáculos a la libre prestación de servicios, sino que trata de velar por la calidad de los mismos, introduciendo una doble obligación de los prestadores de servicios consistente, de un lado, en la necesidad de dar respuesta a las reclamaciones de los consumidores y usuarios en un plazo máximo de un mes, facilitando, en caso de no ser satisfactoria la respuesta, el acceso a los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos; mientras que, de otro lado, esa obligación consiste en la puesta a disposición de los consumidores y usuarios de información sobre sus datos de contacto que facilite dichas reclamaciones o la solicitud de información sobre el servicio ofertado, así como información sobre los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos a los que pueden acudir, en su caso, los consumidores y usuarios.

Esta modificación carece de carácter innovador en tanto que se limita a reproducir, con absoluta literalidad, la modificación introducida previamente por la Ley 25/09 (Ómnibus) en la normativa básica estatal, en concreto, el artículo 4 de la Ley 25/09, de carácter básico, que tiene por objeto la modificación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Y, a su vez, las dos disposiciones, estatal y autonómica, desarrollan en la normativa sectorial de consumo parte de las previsiones contenidas en los artículos 22 y 23 de la Ley 17/2009, que plasman, a su vez, el mandato dirigido a los Estados de la Unión Europea por los artículos 22 y 27 de la Directiva de Servicios. En particular, se desarrolla en la legislación sectorial las obligaciones de los prestadores de servicios en materia de reclamaciones (incorporando el plazo de un mes de resolución de las reclamaciones introducido por la Ley 17/09, sin que estableciere plazo concreto la Directiva), así como la obligación de los prestadores de servicios de informar a los consumidores y usuarios sobre determinados aspectos relacionados con dichas reclamaciones, aunque sin incorporar las restantes cuestiones que deben ser objeto de información a aquéllos, las cuales, no obstante, resultarán de aplicación en tanto quedan plasmadas con carácter básico en el artículo 22 de la Ley 17/2009.

### c) Colegios Profesionales de Aragón

En materia de Colegios Profesionales, uno de los ámbitos o sectores en los que la Directiva de Servicios tiene una mayor repercusión, con importantes cambios estructurales en la ordenación del ejercicio de las profesiones colegiadas, el Decreto-Ley aragonés de transposición modifica ampliamente la Ley 2/1998, de 12 de marzo, de Colegios Profesionales de Aragón, pero, a pesar de ello, ninguna de las modificaciones introducidas contiene innovaciones normativas que no vinieran ya recogidas por la modificación llevada a cabo por la Ley 25/2009 en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, que aquélla respeta fielmente.

Así, podemos destacar como líneas más importantes de la reforma introducida por el Decreto-Ley (y, consiguientemente, por la Ley 25/2009) las siguientes:

**a)** Profundización en el respeto a la libre competencia, íntimamente ligada a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios que con la Directiva se pretenden reforzar. (25) Así, se invoca expresamente el respeto a los límites de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia en los acuerdos y recomendaciones de los Colegios Profesionales; a la vez que restringen los requisitos que obligan al ejercicio exclusivo de una única profesión a los previstos legalmente (en consonancia con los arts. 25 de la Directiva de Servicios y 25 de la Ley 17/2009, relativos a «*actividades multidisciplinares*»); se limitan las restricciones a las comunicaciones comerciales (desarrollando los arts. 24 de la Directiva de Servicios y 24 de la Ley 17/2009); y, finalmente, se prohíben las restricciones colegiales (no las legales) al ejercicio profesional en forma societaria (aplicando los arts. 15.2.b) de la Directiva de Servicios y 11.1.b) de la Ley 17/2009, sobre «*requisitos sujetos a evaluación previa*»).

En la misma línea, el Decreto-Ley prohíbe a las organizaciones colegiales el establecimiento de baremos orientativos sobre honorarios profesionales (art. 47), eliminándolo de entre sus funciones (art. 18), con la única excepción que permite su fijación para la tasación de costas procesales, recogida en la Disposición Adicional Quinta de la norma aragonesa.

**b)** Introducción en la Ley de un nuevo Título (VI) que contiene una serie de instrumentos de simplificación administrativa y de fomento de la calidad del servicio, como son la obligación de elaborar una Memoria Anual que dote de transparencia a su gestión, la creación de una Ventanilla Única para los colegiados (de acuerdo con el artículo 6 de la Directiva de Servicios y 18 de la Ley 17/2009) o la creación de un Servicio de atención a los colegiados

---

(25) Vid. Considerando (5) y (32) de la Directiva de Servicios

que resuelva sus quejas o reclamaciones, debiendo estar operativos estos dos últimos instrumentos desde el 27/06/2010 según su Disposición Transitoria Tercera.

**c)** Refuerzo de la protección de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados, incluyéndolo como uno de los fines esenciales de los Colegios Profesionales (art. 17); ofreciendo información a través de su ventanilla única para su mejor defensa (en desarrollo de los arts. 22.1.e) Directiva de Servicios y 22.2.d) de la Ley 17/2009); e incluso disponiendo de un Servicio de atención a los consumidores y usuarios (art. 45) que resuelva sus quejas o reclamaciones sobre la actividad colegial o de los colegiados, pudiendo incluso los Colegios iniciar un expediente informativo o disciplinario frente a su colegiado.

**d)** Goza de especial repercusión, no exenta de controversias, la regulación que el Decreto-Ley introduce sobre el «Visado Colegial» de los trabajos profesionales de carácter técnico (26), pues, además de atribuir al Colegio una responsabilidad subsidiaria por los daños derivados de un trabajo profesional visado (cuando le resulte imputable), incorpora como principal novedad la restricción de su exigencia al señalar que «*los colegios, por sí mismos a través de sus previsiones estatutarias, no podrán imponer la obligación de visar los trabajos profesionales*», a diferencia de lo previsto en la normativa anterior a la Ley 25/2009 (27), de modo que únicamente resultará exigible el visado «*cuando se solicite por petición expresa de los clientes, incluidas las Administraciones públicas cuando actúen como tales (28), o cuando así lo establezca el Gobierno mediante Real Decreto, previa consulta a los colegiados afectados*», rigiendo hasta entonces la normativa vigente según su Disposición Transitoria Primera.

Con este fin se ha aprobado el Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio, de carácter básico (29), que «*establece los trabajos profesionales que deben someterse a visado colegial obligatorio (admi-*

---

(26) Cuyo objeto es la comprobación de la identidad y habilitación profesional del autor del trabajo y la corrección e integridad formal de la documentación del trabajo (art. 46 de la Ley de Colegios Profesionales de Aragón).

(27) Vid. art. 5.q) de la Ley estatal sobre Colegios Profesionales, según redacción anterior a la Ley 25/09 (Ómnibus).

(28) Los órganos de contratación de la A.G.E. no exigirán el visado colegial, cuando éste no sea obligatorio, para los trabajos profesionales que formen parte del objeto de un contrato, salvo Acuerdo de Consejo de Ministros por razones de necesidad y proporcionalidad debidamente justificadas (Disp. Adicional Única del R.D. 1000/2010).

(29) La Disposición Final Primera del R.D. 1000/2010 se ampara en los arts. 149.1.18º y 13º de la Constitución. Vid. Acuerdos Bilaterales Estado-Cataluña y Estado-Canarias (BOE 20 y 25/10/2010) conforme art. 33 LOTC 2/79.

tiendo algunas excepciones relacionadas con la contratación pública) (30), en aplicación de los criterios de necesidad (...) y proporcionalidad (...), concretando, en su caso, el régimen jurídico aplicable (31).

No obstante, de acuerdo con la Disposición Adicional Sexta del Decreto-Ley (en términos idénticos a la Disposición Adicional Quinta de la Ley 25/2009), se reconoce a las Administraciones públicas la facultad de establecer con los Colegios Profesionales u otras entidades convenios o contratar servicios que tengan por objeto la comprobación documental, técnica o de cumplimiento de la normativa aplicable en los trabajos profesionales.

**e)** *Se restringe la obligación de colegiación* para el ejercicio de las profesiones colegiadas a aquellos casos así establecidos por una *Ley estatal* (32) (norma que todavía no ha sido objeto de aprobación), manteniéndose transitoriamente las obligaciones de colegiación vigentes (art. 22 y Disposición Transitoria Segunda de la Ley aragonesa, acogiendo los principios contenidos en los arts. 15.2.d) y 16.2.b) de la Directiva de Servicios y 11.1.d) y 12.1.b) de la Ley 17/2009).

A lo expuesto sobre la colegiación obligatoria, añade el Decreto-Ley aragonés el carácter gratuito de la inscripción, cuyas cuotas no deben superar los costes asociados a su tramitación; así como el mantenimiento de la incorporación en un Colegio para ejercer en el resto del territorio autonómico (o estatal según la Ley Ómnibus); en caso de ejercicio profesional fuera del

---

(30) Se exceptúa de la necesidad de visado obligatorio los trabajos profesionales que (siendo objeto, con carácter general, de dicho visado obligatorio), conforme a la normativa de contratación pública, son objeto de informe de la oficina de supervisión de proyectos u órgano equivalente de la Administración Pública competente o cuando, en su defecto, a través de sus procesos de contratación, existe una comprobación de la identidad y habilitación profesional del autor del trabajo y de la corrección e integridad formal de la documentación del trabajo profesional de acuerdo con la normativa aplicable.

(31) Vid. Circular 4/2010 de la D.Gral. de Industria y PYMEs del Dpto. de Industria, Comercio y Turismo (Gobierno de Aragón) sobre interpretación del R.D. 1000/2010 en el ámbito de la seguridad industrial (BOA 28/10/10).

(32) Previsión contenida en el artículo 3, y Disposición Transitoria Cuarta de la Ley estatal sobre Colegios Profesionales, según redacción dada por la Ley Ómnibus 25/2009, que ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad nº 6851-2010, promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña.

La remisión a una Ley del Estado que contará con carácter básico y, por tanto, resultará de aplicación a todas las CC.AA., conllevará, en el momento en que dicha Ley se apruebe el desplazamiento (por inconstitucionalidad sobrevenida) de las Leyes autonómicas reguladoras de los distintos Colegios Profesionales que establezcan la colegiación obligatoria para el ejercicio de actividades profesionales que no se incluyan en esa futura Ley estatal.

A su vez, el Considerando 39 de la Directiva dispone: «El concepto de «régimen de autorización» debe abarcar, (...) también la obligación, para poder ejercer una actividad, de estar inscrito en un colegio profesional (...)».

territorio de colegiación, se prohíbe, de un lado, la exigencia de comunicación del ejercicio ocasional de la actividad profesional al Colegio, distinto al de su inscripción, en cuya demarcación se vayan a realizar tales actuaciones puntuales y, de otro lado, los Colegios deberán utilizar los mecanismos de comunicación y cooperación precisos para el ejercicio, en su caso, de las potestades disciplinaria y de ordenación por parte del Colegio en que se ejerza la actividad; manteniendo, finalmente, la exención de colegiación de los funcionarios y personal laboral al servicio de las Administraciones públicas para el ejercicio de sus funciones públicas.

#### **d) Industria**

El artículo 4 del Decreto-Ley 1/2010 introduce diversas modificaciones en la Ley 12/2006, de 27 de diciembre, de regulación y fomento de la actividad industrial de Aragón, comenzando por un reconocimiento expreso del derecho de los ciudadanos de realizar trámites administrativos a distancia mediante instrumentos telemáticos, acogiendo la previsión introducida por la Ley 25/2009 en el artículo 6.3 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (33) (conforme al art. 8 de la Directiva de Servicios y 19 de la Ley 17/2009).

Pero la principal novedad introducida por Decreto-Ley aragonés en materia de industria es la restricción de los controles administrativos previos al inicio de la actividad industrial, con la *supresión de una serie de autorizaciones administrativas* en consonancia con las prevenciones del artículo 9 de la Directiva de Servicios y 5 de la Ley 17/2009. Así se suprime la autorización administrativa para la instalación, ampliación y traslado de actividades industriales, salvo que se derive de la normativa comunitaria o de los Tratados Internacionales fijada en el artículo 17 y 18 de la Ley 12/2006, siguiendo el criterio establecido previamente en la Ley Ómnibus 25/2009 (34). Y se suprime, a su vez, la necesidad de autorización administrativa para empresas instaladoras/mantenedoras, entidades de formación en materia de seguridad industrial y para el ejercicio de profesiones habilitadas, si bien estas últimas precisarán un reconocimiento de su cualificación profesional en los casos que así lo establezca una norma comunitaria europea o el correspondiente reglamento de seguridad industrial.

Pero, suprimida la necesidad de autorización, y atendiendo al principio de proporcionalidad reconocido en el artículo 5.c) de la Ley 17/2009, el ejercicio de la actividad industrial a la que resulten aplicables reglamentos

---

(33) BARROSO ARA (2010): pp. 780-782.

(34) Vid. artículo 4 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, según redacción dada por la Ley Ómnibus 25/09.

de seguridad industrial queda sometida a la presentación de una *declaración responsable o comunicación previa*, conforme a su artículo 17 de la Ley aragonesa 12/2006 y en desarrollo del artículo 4 de la Ley estatal (que exige para ello la concurrencia, entre otras, de razones de seguridad previstas en una Ley como la aragonesa). No obstante, la opción por una u otra figura se ha de fijar reglamentariamente según se desprende del artículo 17 de la Ley aragonesa 12/2006, cuando anteriormente al Decreto-Ley se exigía una «comunicación responsable» (equiparable a la actual declaración responsable).

Tal y como precisa la Ley 12/2006, se ha producido un desarrollo reglamentario de esta cuestión mediante los Reales Decretos 249/2010 y 560/2010 del Gobierno de la Nación (35) que, en ambos casos, han optado por la exigencia de una declaración responsable acompañada del cumplimiento de una serie de requisitos que garanticen la seguridad y salud pública (como el empleo de unos medios técnicos específicos, la disponibilidad de un seguro profesional o un número de personal mínimo), opción asumida por la Comunidad Autónoma de Aragón que, en tanto no lleve cabo la necesaria adaptación de su reglamentación en materia de seguridad industrial, ha definido los modelos de declaración responsable a utilizar por las empresas instaladoras/mantenedoras y por las entidades de formación, así como los requisitos requeridos para el ejercicio de las mismas, a través de la Orden de 27 de julio de 2010 del Consejero de Industria, Comercio y Turismo por la que se modifican los Anexos del Decreto 116/2003, de 3 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de las acreditaciones profesionales, la autorización de empresas y la acreditación de entidades de formación en materia de seguridad industrial.

Otra de las principales novedades de la reforma se refiere al Registro Industrial de Aragón (antes denominado «de Establecimientos Industriales»), ya que, de acuerdo con el contenido dado a la Ley de Industria estatal por la Ley 25/2009, la inscripción y actualización de sus datos se realizará de oficio por la propia Administración a partir de los datos obtenidos administrativamente (art. 28).

Por último, se dispone que, por razones de seguridad industrial, se impulse y reglamente la creación de instrumentos de control que permitan a los presta-

---

(35) Real Decreto 249/2010, de 5 de marzo, por el que se adaptan determinadas disposiciones en materia de energía y minas a lo dispuesto en la Ley 17/2009 y en la Ley 25/2009, por el que se modifica el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios (RITE), aprobado por Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio;

Real Decreto 560/2010, de 7 de mayo, por el que se modifican diversas normas reglamentarias en materia de seguridad industrial para adecuarlas a la Ley 17/2009 y a la Ley 25/2009 (en concreto, a las modificaciones realizadas a la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria).

dores asegurar la calidad de sus servicios con participación de los agentes del sistema de seguridad industrial, que se ponderarán en los planes de inspección industrial elaborados por la Administración industrial (arts. 42 y 57), potenciando la mejora de la calidad de los servicios a que se refieren los artículos 26 de la Directiva de Servicios y 20 de la Ley 17/2009.

### **e) Ordenación de la actividad comercial**

El Decreto-ley 1/2010 produce una profunda y extensa modificación de la Ley 9/1989, de 5 de octubre, de ordenación de la actividad comercial en Aragón.

Comienza el cambio con la supresión del requisito de estar inscrito en un Registro de empresarios de comercio como requisito habilitante para poder ejercer la actividad, y se convierte en una inscripción obligatoria pero a meros efectos de publicidad. El cambio se produce mediante la modificación de los arts. 4 y 12 de la Ley 9/1989.

La prestación de servicios es libre, por tanto, es contraria a la Directiva la existencia de un Registro en el que haya que inscribirse como requisito previo y habilitante para el ejercicio de la actividad. Esto no obstante, se considera que, por motivos de publicidad, protección del consumidor, y control y supervisión de actividades por la Administración, es precisa la existencia de un Registro con inscripción obligatoria, si bien no habilitante.

Dicha medida se puede considerar no discriminatoria, dado que rige igual para españoles y extranjeros (comunitarios o no), responde a un interés general que sería la protección del consumidor en base a garantizar su derecho a la información, y se entiende adecuada y proporcionada a ese interés general que se quiere proteger pues no añade una carga superior al particular que el fin que se tutela.

La reforma sustancial es la desaparición de la planificación y su sustitución por un procedimiento autorizador en determinados casos (36). Para todo ello se parte de una redefinición de los establecimientos comerciales mediante la modificación del artículo 11 de la Ley 9/1989, se define el concepto de establecimiento comercial individual y colectivo primando como nota diferenciadora en el colectivo el compartir un espacio geográfico y el estar gestionado bien

---

(36) En la misma línea del art. 6 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del Comercio Minorista (según la redacción dada por la Ley 1/2010, de 1 de marzo), de carácter básico: «*la instalación de establecimientos comerciales podrá quedar sometida a una autorización (...) cuando (...) de manera clara e inequívoca concurren razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial, como la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la ordenación del territorio y la conservación del patrimonio histórico y artístico.*»



bajo una sola titularidad bien con un criterio de gestión unitaria compartiendo servicios comunes. Esta modificación parece pretender aunar una concepción clásica, ya existente, de los establecimientos comerciales, con un concepto más amplio que permita, sin tener que modificar la Ley, aplicar la misma a todos los establecimientos que realicen actividades comerciales.

Sentado, como primera pieza del procedimiento autorizador, el concepto de establecimiento comercial, mediante la modificación del art. 14 de la Ley 9/89, se introduce el concepto de gran superficie comercial. Quizá sea el concepto que puede dar lugar a mayor discusión, para su consideración se tiene en cuenta la medida de 2.500 metros cuadrados de espacio de exposición y venta.

Como decimos esta medida necesita justificación dado que es una medida que determina que un establecimiento pase a control. Entendemos que son unas medidas que configuran un establecimiento de unas características suficientemente importantes como para ser susceptible de control desde el punto de vista de la tutela del interés general. A nuestro juicio, no es una medida aleatoria dado que ya venía siendo considerada como la medida tipo de una gran superficie comercial. La cifra de 2.500 metros cuadrados de superficie de exposición y venta era el límite de distinción entre supermercados (por debajo de dicha superficie) e hipermercados.

Por otra parte, la equiparación de hipermercado con el concepto de gran superficie también resulta del propio texto de la Directiva de Servicios que, en su versión inglesa, considerando 47, habla de «hypermarket» y, en su versión española, lo traduce (considerando 47) como «gran superficie».

Señalaremos, a su vez, que la definición clásica de hipermercado, elaborada por Instituto Francés de Libre Servicio, señala que es *«aquel establecimiento de venta detallista que, con más de 2.500 metros cuadrados de superficie de venta, realiza sus operaciones comerciales en régimen de autoservicio y pago de una sola vez en las cajas de salida y dispone, asimismo, de un gran aparcamiento a disposición de la clientela»* (37).

Esto no obstante, y dada la complejidad demográfica del territorio aragonés, se prevé la posibilidad de que, reglamentariamente, y en determinadas zonas, se pueda variar la superficie precisa para tener la consideración de gran superficie comercial.

Si bien, ítem más, la dualidad del territorio aragonés, que se manifiesta entre la Delimitación Comarcal de Zaragoza y el resto del territorio, lleva a dar

---

(37) Definición recogida y consultada en MIQUEL PERIS (Dtor.) y otros *Distribución Comercial*, 5ª Ed., ESIC Colección Libros profesionales de empresa. (2006).

un especial tratamiento al resto del territorio, excluida la citada Delimitación Comarcal, en el sentido de aligerar los trámites procedimentales mediante un procedimiento abreviado, en zonas del territorio aragonés, con excepción de la citada Delimitación Comarcal, en las que la densidad de población sea superior a la media o el índice de población dependiente inferior. Si bien para la aplicación de dicho procedimiento abreviado se establece un límite máximo de 10.000 metros de superficie comercial. En la Delimitación Comarcal de Zaragoza (muy colmatada de establecimientos y con un gran efecto polarizador) y en las áreas más deprimidas (en las que la densidad de población es inferior a la media y la población dependiente es superior) se seguirá, en todo caso, el procedimiento ordinario.

En cuanto a las zonas más deprimidas, la normativa, por su vulnerabilidad y por razones de protección a la población dependiente y a sus dificultades de movilidad, no aligera trámite alguno de procedimiento con el objeto de atender de modo específico a las necesidades de dicha zona en coherencia con la política de la Comunidad Autónoma, inevitable, por otra parte, de evitar y corregir los desequilibrios interterritoriales.

Asimismo, y como medida de protección de la vulnerabilidad de determinadas zonas del territorio, se halla previsto que, reglamentariamente, se pueda rebajar la superficie necesaria para reunir la condición de gran superficie. Así pues quedarían en dichas zonas sujetas a licencia comercial superficies inferiores a 2.500 metros cuadrados. Consciente la norma de que ello supone una traba a la libertad de establecimiento señala que su adopción se dará en el seno de un procedimiento con audiencia de interesados y especial y fundamental consideración a las razones de interés general a proteger en dicha zona del territorio.

Retomando la línea argumental de esta exposición es de señalar que, establecido el concepto de gran superficie comercial, todo establecimiento que no alcance dicha superficie será un establecimiento que no precise licencia autonómica de instalación, le bastarán con las licencias municipales.

Para la tramitación de la licencia comercial se establece un procedimiento que, por lo que resulta de la normativa, se ha procurado implicar en el seno del proceso de las licencias municipales, buscando, en la medida de lo posible, respetar lo establecido en la Directiva sobre la restricción de cargas o trabas al interesado.

En los nuevos artículos 14, 14 Bis, 14 Ter, 14 Quater, 14 Quinquies, y 14 Sexies, es donde se regula el concepto de gran superficie comercial (art. 14) así como su sujeción a licencia comercial (art. 14 Bis), las cuestiones que han de observar los Ayuntamientos (art. 14 Ter), el procedimiento ordinario para su concesión (art. 14 Quater), el procedimiento abreviado (art. 14 Quinquies) y

normas concretas en relación con posibles situaciones de silencio administrativo (art. 14 Sexies).

El artículo 16, relativo a la comisiones provinciales de equipamiento comercial queda sin contenido al ser contrario a la Directiva que en los organismos decisores o consultivos de licencias y autorizaciones se hallen integrados los competidores.

El procedimiento es continuación del iniciado en el Ayuntamiento en solicitud de las licencias ambientales y de obras, y es el Ayuntamiento quien ha de remitir el expediente a la Administración Autonómica donde, a su recepción, se incoa el específico procedimiento de licencia comercial.

Se señala que la licencia comercial sólo podrá denegarse si el establecimiento y su actividad lesionan el interés general sin posibilidad de adopción de condicionamientos o medidas correctoras que preserven el citado interés general.

A tal fin, y en tanto haya un adecuado desarrollo reglamentario puesto que hay prevista una deslegalización para permitir entrar al reglamento, se establece un régimen transitorio que indica las razones por las que podrá denegarse la licencia comercial.

Por otra parte, mediante Disposición Adicional, se establece un informe preceptivo sobre el planeamiento, sobre todos aquellos planes urbanísticos que creen o modifiquen espacios destinados a equipamientos comerciales. El objetivo de este informe es dar criterios para una ordenación racional de la ciudad desde el punto de vista de la ordenación de los espacios y siempre con base a las competencias autonómicas propias antes citadas, destacadamente la competencia en materia de comercio.

Además la norma pretende dotar de virtualidad al informe al objeto de evitar trámites posteriores, así pues si el planeamiento es sumamente concreto, define con claridad los usos y obtiene un informe favorable, el establecimiento comercial que vaya a instalarse no requerirá posteriormente de licencia autonómica dado que los aspectos atinentes al interés general habrán sido objeto de estudio en la tramitación del informe.

Los establecimientos comerciales no amparados en el supuesto anterior y susceptibles de afectar, por su tamaño, los intereses generales que deben ser protegidos por la Comunidad Autónoma, requerirán de la licencia autonómica.

Se puede considerar que este procedimiento autorizatorio, que limita el principio de libertad de establecimiento, no establece medidas discriminatorias en modo alguno, va dirigido, tal y como se ha expuesto, a la tutela y protección del interés general, se considera adecuado en tanto que evita duplicidades,

es favorable a la concesión de la licencia salvo concurrencia de motivo de denegación, previamente establecido, y prevé una respuesta proporcionada en función del interés a tutelar dado que solo procederá la denegación en caso de que no pueda salvarse el interés general protegido.

El resto de cuestiones que aborda la nueva regulación son puramente técnicas y no derivadas propiamente de la transposición de la Directiva de Servicios, si bien aún se da cierto reflejo de la misma, pues en línea con su filosofía, se traslada al ámbito local el mismo planteamiento para autorizar o denegar el ejercicio de determinadas actividades comerciales.

#### **f) Actividades feriales**

El Decreto-Ley 1/2010, en su artículo 6, modifica la Ley 1/2007, de 27 de febrero, de Actividades Feriales Oficiales de Aragón en puntos concretos, pero claves, de su articulado.

En su artículo 2 se sustituye el régimen de autorización administrativa de la venta directa por el de comunicación previa a la Administración, remitiéndose a desarrollo reglamentario el procedimiento para la citada comunicación previa y, consideramos también, que deberá regularse reglamentariamente qué sucede cuando la Administración es contraria a dicha venta directa y cuándo puede ser contraria a la misma.

Los artículos 3 y 4, relativos a las autorizaciones para las actividades feriales oficiales quedan sin contenido. El desarrollo de actividades feriales es libre totalmente, otra cuestión es alcanzar la calificación de «oficial» (art.5), se regula con mayor amplitud la «calificación» así como la calificación de las actividades feriales «de interés preferente» (art.8). La supresión del régimen autorizatorio tiene su reflejo también en el art. 13.

Hay un gran cambio en la Comisión de Actividades Feriales de Aragón, que pasa a denominarse Consejo, y en el que sustituye su rígida composición por una mucho más flexible y abierta a la representación de los sectores con intereses. Por otra parte, se desregula enormemente este Consejo quedando su regulación a desarrollo reglamentario.

Se da un cambio en el Registro remarcando su carácter informativo y, con arreglo a los tiempos, dotándole de una mayor flexibilidad en cuanto a sus libros y contenidos.

Consecuencia de todo lo anterior sufre cambios también su régimen sancionador.

### **g) Vías pecuarias**

La modificación introducida en la Ley 10/2005, de 11 de noviembre, de Vías pecuarias de Aragón por parte del artículo 7 del Decreto-Ley aragonés viene a poner de manifiesto una de las expresiones más significativas de la reforma normativa derivada de la Directiva de Servicios, como es la sustitución de autorizaciones administrativas por meras declaraciones responsables.

Así sucede con las autorizaciones previstas para el tránsito con vehículos motorizados por vías pecuarias y para el establecimiento de instalaciones o equipamientos desmontables para usos complementarios en vías pecuarias que, si bien se mantienen con carácter general con el presente Decreto-Ley, para el caso de que se vinculen a una actividad de servicios la nueva legislación se limita a exigir la previa presentación de una declaración responsable con un plazo de antelación de 15 días que permita comprobar su compatibilidad con los fines de la vía pecuaria (38), atribuyendo la recepción de la declaración responsable y la consiguiente comprobación al Departamento de Medio Ambiente, en cuanto es éste quien asume funciones inspectoras, y no al Instituto Aragonés de Gestión Ambiental, como organismo competente para el otorgamiento de las correspondientes autorizaciones administrativas.

A su vez, el Decreto-Ley modifica el régimen sancionador en la materia tipificando como infracciones administrativas el ejercicio de la actividad de servicios sin la previa presentación de la declaración responsable o incumpliendo sus previsiones así como la inexactitud o falseamiento de dicha declaración.

Esta modificación de la Ley aragonesa de vías pecuarias se limita, no obstante, a reproducir la modificación operada, con carácter básico, por parte de la Ley 25/2009 (art. 31, que modifica la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias), aplicando ambas el principio de proporcionalidad que debe presidir las restricciones a la libertad de prestación de servicios y, en consecuencia, a las autorizaciones administrativas, reconocido en el artículo 9 de la Directiva y 5.c) de la Ley 17/2009, y sometiendo, por tanto, esta actividad a una mera declaración responsable que permita, sin necesidad de exigir una autorización previa, llevar a cabo el control de la actividad.

### **h) Montes**

El artículo 8 del Decreto-Ley 1/2010 modifica la Ley 15/2006, de 28 de diciembre, de Montes de Aragón sometiendo el otorgamiento de las concesiones y autorizaciones precisas para desarrollar actividades de servicios

---

(38) Vid. Art.4 de la Ley 10/2005, de 11 de noviembre, de Vías pecuarias de Aragón.

en montes demaniales a los principios de objetividad, imparcialidad, transparencia y publicidad, así como, en determinadas circunstancias al principio de concurrencia competitiva: cuando se promueva por la propia Administración Forestal o cuando el ejercicio de la actividad sea excluyente para terceros. En estos casos se limitan los criterios de otorgamiento de la autorización a los de protección medioambiental y se limita su duración, excluyendo ventajas, una vez extinguida la autorización, para el prestador cesante o personas a él vinculadas.

Nuevamente, el contenido del Decreto-Ley, en este caso en materia de montes, reproduce la modificación introducida previamente, con carácter básico, en la normativa estatal por parte de la Ley 25/2009 (art. 34, que modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes). De una parte, se plasman algunos de los principios que, con carácter general, deben presidir la concesión de las autorizaciones según los artículos 10 de la Directiva y 6 de la Ley 17/2009 (objetividad, imparcialidad, transparencia y publicidad) mientras que, de otra parte, se establece un procedimiento de concesión de la autorización basado en la concurrencia competitiva bien cuando se promueve a iniciativa de la propia Administración (acorde con los principios rectores de la normativa patrimonial) bien cuando concurre una escasez de recursos naturales derivada del carácter excluyente y privativo de la actividad de servicios de que se trate, que permite limitar el número de autorizaciones tal y como acogen los artículos 12.1 de la Directiva y 8.1 de la Ley 17/2009. Así, una vez limitado el número de autorizaciones, el Decreto-Ley viene a aplicar las normas contenidas tanto en el artículo 12 de la Directiva como en el artículo 8.2 de la Ley 17/2009 para estos supuestos: concurrencia, criterios de otorgamiento, duración limitada sin renovación automática y ausencia de futuras ventajas para el prestador.

### **i) Protección ambiental**

Con el artículo 9 del Decreto-Ley 1/2010 se modifica el artículo 32 de la Ley 7/2006, de 22 de junio, de Protección Ambiental de Aragón, relativo a los «efectos de la declaración de impacto ambiental», exigiendo que la evaluación de impacto ambiental sea previa a la declaración responsable o comunicación previa que, en su caso, pueda requerirse para el ejercicio de una actividad de servicios sometida a dicha evaluación, del mismo modo que ya establecía ese mismo precepto para la autorización o ejecución de proyectos sujetos a evaluación de impacto ambiental.

Esta disposición incorpora al ordenamiento aragonés la previsión contenida previamente en la Disposición Adicional Quinta de la Ley 25/2009 y, aunque no incorpora directamente principios o reglas contenidos en la Directiva 2006/123/CE o en Ley 17/2009, sí adapta el procedimiento de evaluación

de impacto ambiental regulado por la legislación aragonesa (directamente vinculado a la autorización sustantiva de las actividades o proyectos sujetos a tal evaluación) a la posibilidad derivada de la Directiva 2006/123/CE y de la Ley 17/2009 de suprimir autorizaciones sustituyéndolas por declaraciones responsables o comunicaciones previas.

### **j) Calidad alimentaria**

El Decreto-Ley 1/2010 ha modificado en su artículo 10 la Ley 9/2006, de 30 de noviembre, de Calidad Alimentaria en Aragón, suprimiendo la autorización administrativa que se exigía a las entidades de certificación y control de determinados productos agroalimentarios de calidad diferenciada (denominaciones geográficas y productos ecológicos), ya sean entidades independientes, los propios Consejos Reguladores de las denominaciones geográficas o el propio Comité aragonés de agricultura ecológica.

No obstante, el Decreto-Ley mantiene la inscripción registral de las entidades independientes mencionadas en el Registro administrativo de entidades de control y certificación de productos agroalimentarios a efectos de su constancia a la autoridad competente por motivo de protección a los consumidores y salud pública.

Esta disposición del Decreto-Ley incorpora al ordenamiento autonómico el régimen de las autorizaciones establecido tanto en la Directiva de Servicios (art. 9) como en la Ley 17/2009 (art. 5), entendiéndose el Decreto-Ley que el mantenimiento de las autorizaciones suprimidas no respetaba los principios de proporcionalidad y/o necesidad, lo que exigía, en consecuencia, su supresión, sin necesidad siquiera de sustitución por una declaración responsable o comunicación previa para alcanzar sus objetivos de control de la actividad certificadora de la calidad alimentaria.

### **k) Salud**

La modificación operada por el artículo 11 del Decreto-Ley 1/2010 en la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón mantiene la habilitación o remisión a su desarrollo reglamentario para establecer la exigencia de autorizaciones sanitarias así como la obligación de someter a registro a empresas o productos por motivos sanitarios, pero añadiendo una doble restricción no prevista por la normativa anterior:

a) Que en el ejercicio de tal habilitación se respeten los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad (exigidos por el artículo 9 de la Directiva de Servicios y el 5 de la Ley 17/2009 para la exigencia de

autorizaciones) así como los principios procesales de claridad, objetividad, transparencia, proporcionalidad y publicidad previa reconocidos en los artículos 10 de la Directiva de Servicios y 6 de la Ley 17/2009.

b) Que se trate únicamente de autorizaciones de los servicios sanitarios excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios y, en particular, de la Ley 17/09 (servicios de atención a la salud del paciente en el ejercicio de profesiones sanitarias reguladas) (39), tratando así de resolver en la legislación aragonesa la aparente contradicción existente entre el artículo 5 de la Ley 17/2009, al regular con carácter general las autorizaciones, y el artículo 41 de la Ley 25/2009 que modifica la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad regulando la exigencia de autorizaciones sanitarias (40).

Así, el artículo 5 de la Ley 17/2009, como norma estatal básica de carácter horizontal, recogiendo la recomendación del dictamen del Consejo de Estado de 18 de marzo de 2009, establece (legalmente) un principio de reserva de Ley formal para el establecimiento, calificado como excepcional, de autorizaciones (con obligación de motivar en dicha Ley el cumplimiento de los principios de igualdad, necesidad y proporcionalidad) que requiere para ello «una ley específica o *ad casum*» (41), rango jerárquico que no exige, por el contrario, el artículo 9 de la Directiva de Servicios. Sin embargo, la norma sectorial de adaptación a la Ley 17/2009, es decir, el artículo 41 de la Ley 25/2009 (también básico) contiene una remisión reglamentaria para el establecimiento de las autorizaciones sanitarias sujeta a la concurrencia de los principios de igualdad, necesidad y proporcionalidad (ya fijados en el art. 5 de la Ley 17/2009) (42).

---

(39) Vid. art. 2.2.f) y Considerando 22 de la Directiva, así como art. 2.2.f) de la Ley 17/2009: «*Quedan exceptuados del ámbito de aplicación de esta Ley: f) Los servicios sanitarios, incluidos los servicios farmacéuticos, realizados o no en establecimientos sanitarios e independientemente de su modo de organización y de financiación a escala estatal y de su carácter público o privado, prestados por profesionales de la salud a sus pacientes, con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud, cuando estas actividades estén reservadas a profesiones sanitarias reguladas.*»

(40) Artículo 25.1 de la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad, según redacción dada por la Ley Ómnibus: «*La exigencia de autorizaciones sanitarias, así como la obligación de someter a registro por razones sanitarias a las empresas o productos, serán establecidas reglamentariamente, tomando como base lo dispuesto en la presente Ley.*»

(41) RAZQUIN LIZARRAGA (2010, pp. 97 y 107).

(42) La resolución del conflicto entre ambas normas estatales puede resolverse, o bien entendiéndose que la reserva de Ley formal prevista por el artículo 5 de la Ley 17/2009 admite que una Ley sectorial y posterior (como la Ley General de Sanidad —*Ley especial y posterior*—) que, por otra parte, goza del mismo rango jerárquico que la Ley que exige la reserva de Ley, pudiera habilitar al poder ejecutivo para que éste, en el ejercicio de su potestad reglamentaria, pueda establecer autorizaciones sanitarias (no limitándose a desarrollar la exigencia y regulación previamente establecida en una norma con rango de Ley), o bien considerar, en sintonía con el criterio del Consejo de Estado, que debe prevalecer el principio de reserva de Ley consagrado con carácter previo por el artículo



Ante esta disyuntiva el Decreto-Ley 1/2010 del Gobierno de Aragón ha optado por reproducir inicialmente la redacción contenida en la Ley 25/2009 añadiendo la expresión «*cuando se trate de servicios sanitarios comprendidos en el artículo 2.2.f) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades y servicios y su ejercicio*», es decir, limitando la habilitación reglamentaria a aquellos supuestos no sometidos al principio de reserva de Ley recogido en la Ley 17/2009 por quedar excluidos de su ámbito de aplicación.

Con esta redacción parece evitarse un riesgo de inconstitucionalidad en la Ley autonómica de transposición de la Directiva (Ley de Salud de Aragón) por resultar contraria al principio de reserva de Ley contemplado en la normativa estatal básica (art. 5 de la Ley 17/2009) (43), así como un vicio de validez de cualquier norma reglamentaria autonómica que, en el futuro, pudiera establecer tales autorizaciones sanitarias (44).

E incluso si se concluyese la validez de una habilitación reglamentaria como la acogida literalmente por la Ley 25/2009 para el establecimiento de autorizaciones sanitarias (por entender que se establecen los oportunos límites o, incluso, por prevalecer como norma estatal «especial» del mismo rango jerárquico y mismo carácter básico que la Ley 17/2009), tal previsión ya vendría contenida en una norma básica estatal de directa vinculación a todas las CC.AA. con independencia de que los servicios sanitarios objeto de la autorización estén sujetos o no a la Ley 17/2009.

## **l) Espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos**

En este caso, la modificación introducida por el artículo 12 del Decreto-Ley 1/2010 en la Ley 11/2005, de 28 de diciembre, reguladora de los Espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón, se limita únicamente a suprimir la comunicación previa a la Administración del inicio de las actividades en establecimientos públicos en caso de silencio administrativo positivo respecto de su solicitud de

---

5 de la Ley 17/2009, normativa básica y horizontal a la que, precisamente, trata de adaptarse la propia Ley 25/2009 tal y como reza su propio título y, por tanto, que la remisión reglamentaria del art. 41 de ésta última únicamente comprende aquellas autorizaciones de servicios sanitarios excluidos de la Ley 17/2009 (y, consiguientemente, de la reserva de Ley de su artículo 5).

(43) DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2010): pp. 219-228)

(44) El T.C. establece límites a la habilitación llevada a cabo por las Leyes a favor de los Reglamentos en aquellos casos en los que existe una reserva de Ley, vedando las remisiones genéricas e incondicionadas, como cabría entender en el presente caso (entre otras, SSTC 37/2002, 99/1987).

concesión de la autorización para su puesta en funcionamiento, cuya exigencia se mantiene por razones de seguridad pública, tal y como justifica debidamente la Memoria elaborada por el Departamento competente de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón de acuerdo con las exigencias del artículo 9 de la Directiva de Servicios y del 5.1 de la Ley 17/2009.

De manera que esta modificación, a la par que respeta, de una parte, el principio general de silencio positivo recogido en el artículo 13 de la Directiva y artículo 6 de la Ley 17/2009, y, de otra parte, el régimen de autorizaciones previsto en el artículo 9 de la Directiva y 5 de la Ley 17/2009 justificando en la ley de establecimiento de la autorización las razones imperiosas de interés general que lo justifican, simplifica el procedimiento administrativo de otorgamiento de la autorización de puesta en funcionamiento de los establecimientos públicos en los que se vayan a desarrollar espectáculos públicos o actividades recreativas, conforme al artículo 5 de la Directiva y 17 de la Ley 17/2009, al suprimir un requisito restrictivo de la libertad de prestación de servicios y de establecimiento como es la mera comunicación previa a la Administración competente en caso de estimación presunta por silencio administrativo.

### **m) Juego**

La regulación introducida por el artículo 13 del Decreto-Ley 1/2010 modificando la Ley 2/2000, de 28 de junio, del Juego de Aragón se limita a suprimir la necesidad de autorización administrativa previa para la organización, celebración y desarrollo de combinaciones aleatorias con fines publicitarios o promocionales en las que la participación del público sea gratuita, careciendo esta norma de efecto innovador dado que ya la Disposición Adicional Primera de la Ley 25/2009, precepto que goza de carácter básico, eliminaba ya la necesidad de esta autorización administrativa.

Si bien, en principio, las actividades de juego por dinero quedan excluidas del ámbito de aplicación tanto de la Directiva de Servicios (arts. 2.2.h y Considerando 25) como de la Ley 17/2009 (art. 2.2.h), no sucede así con las de participación gratuita, dentro de las cuales se incluyen las denominadas «combinaciones aleatorias», que por su propia definición jurídica, cuentan, en todo caso, con fines publicitarios y con carácter gratuito para el consumidor o usuario (45).

---

(45) Artículo 7.4 del Decreto 159/2002, de 30 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Catálogo de Juegos y Apuestas: «Las combinaciones aleatorias son una modalidad de juego (...) con fines estrictamente publicitarios de un producto o servicio (...) sin que éstos hayan sufrido incremento alguno de su coste ordinario».

De este modo, el legislador estatal así como, posteriormente, el aragonés han entendido que en tales combinaciones aleatorias, sujetas al ámbito de aplicación de la Directiva y de la Ley 17/2009, no concurre el principio de necesidad que justifique el mantenimiento de la autorización, procediendo a su eliminación y flexibilizando así los instrumentos de promoción comercial, tal y como recogen las Exposiciones de Motivos de la Ley 25/2009 y del Decreto Ley aragonés 1/2010 y, de forma más detallada, la Memoria Justificativa de la Ley estatal.

### **C) Disposiciones de la Parte Final del Decreto-Ley 1/2010**

La Parte Final del Decreto-Ley 1/2010 contiene dos Disposiciones Adicionales, una Disposición Derogatoria, cuatro Disposiciones Finales y siete Disposiciones Transitorias, debiendo destacarse de las mismas lo siguiente:

La *Disposición Adicional Primera* del Decreto-Ley canaliza a través del Departamento de Presidencia de la Administración aragonesa el «cumplimiento de la obligación de notificar a la Comisión Europea los proyectos normativos que contengan restricciones excepcionales a la libertad de establecimiento o prestación de servicios admitidas en los artículos 11 y 12 de la Ley 17/2009 (46) [mediante su remisión a la Administración General del Estado conforme a la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 17/2009 (47)].

Por su parte, la *Disposición Adicional Segunda* del Decreto-Ley 1/2010 plasma en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón la previsión ya contenida en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 25/2009 sobre el silencio administrativo, considerando que «concurren razones imperiosas de interés general en todos los procedimientos en los que se prevean efectos desestimatorios para el silencio administrativo» por una norma con rango de ley o de Derecho comunitario preexistente a la Ley 25/2009, norma en la que ya se establece con carácter básico esta exigencia al modificar el artículo 43 de la Ley 30/92 como veremos a continuación.

Se cumple así, de una parte, la prescripción contenida en el artículo 6 de la Ley 17/2009 para los procedimientos de autorización (la Directiva de Servicios, sobre el silencio administrativo, se limita a reconocerlo en su considerando 40 como un modo de concesión implícito de las autorizaciones) (48)

---

(46) Vid. Arts. 11.2 y 12.3 de la Ley 17/2009 así como arts. 15.7 y 16 de la Directiva de Servicios.

(47) La Disposición Adicional Cuarta de la Ley 17/2009 canaliza, a su vez, esta comunicación a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

(48) Considerando (40) de la Directiva de Servicios: «La concesión de una autorización puede ser resultado no solo de una decisión formal, sino también de una decisión implícita derivada, por ejemplo, del silencio administrativo (...)».

y, de otra parte, la modificación llevada a cabo por el artículo 2.2. de la Ley 25/2009 en el artículo 43 de la Ley 30/92 (cuyo alcance excede de los meros procedimientos de autorización) que añade a la anterior redacción la exigencia de que las normas con rango de Ley que establezcan el silencio administrativo negativo o desestimatorio sólo podrán hacerlo «*por razones imperiosas de interés general*». (49)

Esta modificación plantea dudas sobre las normas con rango de Ley anteriores a la vigencia de la Ley 25/09 que establecían el silencio administrativo negativo sin necesidad de que concurriesen razones imperiosas de interés general, dado que ello no era exigible, dudas que trata de solventar la Disposición Adicional Primera del Decreto-Ley 1/2010, del mismo modo que la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 25/09, considerando que tales razones imperiosas de interés general concurren en las normas con rango de Ley autonómicas y estatales, respectivamente, anteriores a la vigencia de la Ley 25/09.

Si bien formalmente este precepto contribuye a reforzar los efectos desestimatorios del silencio previsto en la normativa anterior a la vigencia de la Ley 25/09, entendemos que sustancialmente sería conveniente revisar las Leyes aragonesas que establezcan efectos desestimatorios para el silencio administrativo, en particular, la Ley 8/2001, de 31 de mayo, de adaptación de procedimientos a la regulación del silencio administrativo y los plazos de resolución y notificación (cuyo objeto es precisamente la fijación en una norma de rango legal los procedimientos en los que, excepcionalmente, se establezca el silencio negativo), analizando la concurrencia o no de razones imperiosas de interés general que justifiquen, en su caso, el mantenimiento del silencio negativo en los procedimientos ahí regulados, labor que se ve facilitada por la definición que con carácter taxativo se establece del concepto «*razones imperiosas de interés general*» en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009.

En el mismo sentido, consideramos que esta revisión sustantiva de la mencionada Ley aragonesa 8/2001, debería ir acompañada de la adición a su redacción de la citada expresión «*razones imperiosas de interés general*».

Sobre las Disposiciones Transitorias, seis de ellas afectan al régimen de los Colegios Profesionales y del Comercio, mientras que la *Disposición Transitoria Séptima* establece un «régimen transitorio general», conteniendo dos previsiones diferentes:

a) de un lado, que en los procedimientos de autorización se entiende aplicable el régimen jurídico vigente en el momento de la solicitud, lo que

---

(49) RAZQUIN LIZÁRRAGA (2010: pp. 109-113)

englobaría, en su caso, la legislación básica estatal, directamente aplicable en las CC.AA.

b) de otro lado, que si la normativa de aplicación incluye requisitos expresamente prohibidos por el artículo 10 de la Ley 17/09 y 14 de la Directiva de Servicios, no se tendrán en cuenta por el órgano competente, resultando inaplicables.

La *Disposición Derogatoria Única* incluye una cláusula de derogación tácita, por incompatibilidad, de todas las disposiciones que se opongan al presente Decreto-Ley, incluidos los estatutos y demás normas internas de las corporaciones profesionales (50).

Por último, dentro de las Disposiciones Finales, destacaremos la referencia a su desarrollo reglamentario, no sólo habilitando para ello al Gobierno de Aragón, sino estableciendo la *Disposición Final Segunda* un plazo de seis meses desde su entrada en vigor (al día siguiente de su publicación), para llevar a cabo la adaptación de la normativa reglamentaria de desarrollo de las Leyes modificadas, a su vez, por el Decreto-Ley 1/2010.

### **3. Ley de Turismo 2/2010**

Por último, dentro de la legislación de transposición de la Directiva de Servicios en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón debemos referirnos a la *Ley 3/2010, de 7 de junio, por la que se modifica parcialmente la Ley 6/2003, de 27 de febrero, del Turismo de Aragón*, norma que, por motivos de oportunidad política ha sido tramitada de forma paralela al Decreto-Ley «Ómnibus» 1/2010 (del mismo modo que ha sucedido, por ejemplo, en el ámbito estatal con la reforma de la Ley de Comercio Minorista), pero que tiene como principal finalidad su adaptación a la Directiva tras su exhaustiva revisión a la luz de la citada Directiva, tal y como señala su Exposición de Motivos, sin perjuicio de que haya ido más allá en algunos aspectos como en el régimen sancionador.

La principal novedad de la Ley es la flexibilización del régimen de autorización de las empresas prestadoras de servicios turísticos en consonancia con el artículo 9 de la Directiva de Servicios y el 5 de la Ley 17/2009, dado

---

(50) Se mantendría, a nuestro juicio, la vigencia del referido Decreto-Ley 1/2008, que ya asume el espíritu y contenido de la Directiva de Servicios recogido, a su vez, por la Ley 17/2009, sin vulnerar el principio de reserva de Ley previsto en el artículo 5 de la Ley 17/2009 (no así en la Directiva), pues esta reserva se establece para la exigencia o imposición excepcional y justificada de autorizaciones, no para su supresión (sustituida por una declaración responsable) o demora fundada en el principio de proporcionalidad.

que se suprime con carácter general la denominada autorización turística (art. 26), manteniéndose únicamente, de forma justificada, para servicios de turismo activo (quedando exentos cuando la hayan obtenido en otras Comunidades Autónomas o en otros Estados miembros de la Unión Europea), para la apertura de complejos turísticos, de alojamientos turísticos al aire libre (campings), de parques temáticos y de centros de esquí y montaña, si bien estos últimos se autorizarán y ordenarán mediante planes o proyectos de interés general de Aragón (art. 51.5) (51).

La supresión del régimen de autorización administrativa, de acuerdo con el principio de proporcionalidad reconocido por las disposiciones antes citadas, ha supuesto la aplicación de un régimen de comunicación previa (art. 26.bis) y consiguiente inscripción en el Registro de Turismo de Aragón, en el que se practicarán las inscripciones de oficio. Aunque, a nuestro juicio, la comunicación previa definida en la Ley de Turismo parece corresponderse con el concepto de declaración responsable que asume el artículo 71.bis de la ley 30/92 (en redacción dada por la Ley 25/2009) ya que, debe ir acompañado de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos legales.

En esta línea de supresión de restricciones previas, se añade una novedosa garantía para las empresas turísticas que proyecten la construcción o modificación de un establecimiento turístico, de manera que, antes de iniciar cualquier tipo de obra, podrán solicitar de la Administración turística un informe relativo al cumplimiento de los requisitos mínimos de infraestructuras y servicios así como respecto de la clasificación que, en su caso, pudiera corresponder a dicho establecimiento (art. 26.ter).

En la misma línea, la reforma legislativa flexibiliza algunos de los requisitos que condicionan la prestación de servicios turísticos, como sucede con la desaparición de la obligación de comunicar precios a la Administración turística (art. 24). Por el contrario, mantiene algunos de estos requisitos en atención a los principios de igualdad, necesidad y proporcionalidad (exigidos por los artículos 15.2 de la Directiva de Servicios y 9 y 11 de la Ley 17/2009), como la suscripción de seguros obligatorios para campings, agencias de viaje, centros de esquí y montaña, parques temáticos o empresas de turismo activo (admitido por los artículos 23 de la Directiva de Servicios y 21 de la Ley 17/2009), la fijación de límites de carácter económico y técnico para las instalaciones o, en el caso de las viviendas de turismo rural y hoteles rurales, de requisitos de carácter territorial para su instalación (conforme a los artículos 15.2.a) de la Directiva de Servicios y 11.1.a) de la Ley 17/2009).

---

(51) Vid. Capítulo II, Título III (arts. 32-39) de la Ley 4/2009, de 22 de junio, de Ordenación del Territorio de Aragón y Capítulo III, Título III (arts. 87-99) de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón.

Existe, no obstante, una remisión al desarrollo reglamentario para precisar el alcance de estos requisitos así como una habilitación para el Departamento responsable en materia de turismo para garantizar el acceso electrónico a los servicios públicos y la incorporación de la materia a la ventanilla única de la Administración autonómica (en aplicación de artículos 6 y 8 de la Directiva de Servicios y 18 y 19 de la Ley 17/2009).

Mantiene la Ley la figura de las Zonas Turísticas Saturadas con los límites que conllevan para nuevos establecimientos o actividades turísticas, e incorpora (art. 24) un conjunto de obligaciones de los empresarios turísticos en materia de información al público y resolución de reclamaciones (en sintonía con los artículos 22 y 27 de la Directiva de Servicios y 22 y 23 de la Ley 17/2009), así como algunos instrumentos de fomento de la calidad en la prestación de servicios turísticos (desarrollando los artículos 26 de la Directiva y 20 de la Ley 17/2009): como la creación de marcas o distintivos de calidad turística, la promoción de las actividades de certificación de la calidad realizadas por parte de entidades especializadas o el impulso a la elaboración de cartas de calidad o a la participación en las mismas.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARROSO ARA, Clara (2010): «Nuevas tecnologías, nuevos retos», en Ignacio Murillo García-Atance (coord.), *Políticas Públicas ante el nuevo marco estatutario de Aragón*, Gobierno de Aragón, pp. 775-802.
- BERMEJO VERA, José (2007): *Dº Administrativo, Parte Especial*, 7ª ed., Thomson-Civitas.
- BERMEJO LATRE, José Luis (2008): «La incidencia de la Directiva de Servicios en el Derecho Público Aragonés», en *Actualidad del Derecho en Aragón*, núm. 1, pp. 18-19.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2008): «Las competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón. Planteamientos generales», en Antonio EMBID IRUJO (Dtor.), *Derecho Público Aragonés*, Zaragoza, Justicia de Aragón, pp. 305-344.
- FANLO LORAS, Antonio (2004): «El Régimen Local Aragonés», en *El Municipio en Aragón. 25 siglos de historia, 25 años de Ayuntamientos en democracia (1979-2004)*, Diputación Provincial de Zaragoza, pp. 273-283.
- GALLARDO VAL, Mª José (2010): «Adaptación de Aragón a la directiva de servicios», y ESTREMERÁ JIMÉNEZ, Encarna (2010): «La Ley 3/2010 de modificación parcial de la Ley del Turismo de Aragón», en *Actualidad del Derecho en Aragón*, núm. 7.

- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (2010): *La incorporación de la directiva de servicios al derecho interno*, 1ª ed., Instituto Vasco de Administración Pública.
- MAIRAL BUIL, Gaspar (1996), *La identidad de los aragoneses*, Ed. Egido Editorial.
- MIQUEL PERIS, Salvador (Dtor.) (2006): *Distribución Comercial*, 5ª Ed., ESIC Colección Libros profesionales de empresa.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2009): «La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkenstein: La interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema», en *Crónica del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, pp. 34 y ss.
- PÉREZ MAS, Juan (2008): «La nueva delimitación competencial», en Asociación de Letrados de la Comunidad Autónoma de Aragón, *Estudios Jurídicos sobre el Estatuto de Autonomía de Aragón*, Zaragoza, Gobierno de Aragón, pp. 131-157.
- RAZQUIN LIZÁRRAGA, José Antonio (2010): «El impacto de la Directiva de servicios en el procedimiento administrativo: autorización, declaración responsable y comunicación», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 49, pp. 85-136.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo (2009): «Reformas del Derecho Administrativo para 2010: La difícil transposición de la Directiva de Servicios en España», en esta REVISTA, núm. 34, pp. 51-80.
- (2010): «La Transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León: valoración crítica de la estrategia de transposición y de las medidas adoptadas»; DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás (2010): «Estado autonómico y transposición de la Directiva de Servicios»; MATIA PORTILLA, Javier: «La Transposición de la Directiva de Servicios en el Estado central y en la Comunidad Autónoma de Castilla y León (un estudio de fuentes del derecho)», los tres en Dámaso-Javier Vicente Blanco y Ricardo Rivero Ortega (Dtor.), *Impacto de la Transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Valladolid, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Castilla y León, pp. 281-310, pp. 171-240 y pp. 139-170, respectivamente.



# EL IMPACTO DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN EL DERECHO LOCAL

RAFAEL JIMÉNEZ ASENSIO(\*)

*SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.– II. UNA INCORPORACIÓN «TARDÍA» DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS AL DERECHO ESTATAL Y UNA INCORPORACIÓN «INCOMPLETA» POR PARTE DEL DERECHO AUTONÓMICO. SUS CONSECUENCIAS SOBRE EL NIVEL LOCAL DE GOBIERNO.– III. LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE ARAGÓN COMO CONDICIONANTE DEL PROCESO DE ADAPTACIÓN DE LA NORMATIVA LOCAL A LA DIRECTIVA DE SERVICIOS Y A LA LEY 17/2009: BREVES CONSIDERACIONES.– IV. LA ADAPTACIÓN DE LA NORMATIVA LOCAL A LA DIRECTIVA DE SERVICIOS Y A LA NORMATIVA BÁSICA ESTATAL: PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS Y (ALGUNOS) PROBLEMAS ABIERTOS.– V. REFLEXIONES FINALES.– BIBLIOGRAFÍA*

*RESUMEN:* Este artículo tiene por objeto analizar el complejo proceso de adaptación del Derecho local a los presupuestos de la Directiva de Servicios (Directiva 2006/123/CE). Esa complejidad encuentra su explicación en la tardía adaptación del Derecho del Estado y, asimismo, en la tardía e incompleta adaptación del Derecho de las Comunidades Autónomas. El cambio de paradigma que implica la Directiva de Servicios en el ámbito de intervención administrativa (es decir, el tránsito de una «Administración de autorización» a una «Administración de supervisión y control») y el consiguiente proceso de liberalización, encuentra muchas dificultades para hacerse efectivo en los gobiernos locales. En este estudio se analizan los diferentes procesos de adaptación que se están produciendo en el ámbito local (ciertamente pocos todavía), así como se aportan una serie de propuestas metodológicas para poder llevar a cabo el proceso de adaptación de las normas locales a la Directiva de Servicios.

*Palabras clave:* Directiva de servicios; eliminación de barreras; simplificación; derecho local.

---

(\*) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra y Socio-Director del Estudio de Consultoría Sector Público S.L. Asimismo, en la actualidad es Director de la Fundación Democracia y Gobierno Local. No obstante, las opiniones vertidas en este artículo —que han sido escritas con anterioridad a ese nombramiento— lo son exclusivamente a título personal y en mi condición de profesor universitario.

El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación financiado por el MICINN (Ref. DER2008-04499)

*ABSTRACT: The object of this article is to analyze the complex process of adapting local government law to the measures set forth by the Services Directive (Directive 2006/123/EC). This complexity can be explained by the late transposition of both national and regional law. Local Governments find great difficulties to adapt their structures to the new paradigm designed by the Services Directive in the field of administrative action (ie, the transition from an Administration based on «the authorization technique» to an Administration that focus its attention on «supervision and control») and to the consequent liberalization process. In this article I analyze the different transposition processes that are taking place locally (still a few). I also provide a number of methodological proposals to carry out the process of adapting local regulations to the Services Directive.*

*Key words: Service activities; elimination of barriers; simplification.*

## **I. PLANTEAMIENTO**

El presente estudio se enmarca en el seno de un número monográfico de la Revista Aragonesa de Administración Pública dedicado al impacto de la denominada Directiva «Bolkenstein» y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo, y tiene por objeto el análisis específico del impacto que ese proceso de incorporación de la Directiva de Servicios (Directiva 2006/123, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior) está teniendo en el Derecho Local.

Planteado así el objeto, eludiré de entrada analizar otras cuestiones que, ligadas estrechamente con la anterior, se analizan en otros estudios del presente número monográfico. Aún así, como se verá de inmediato, no es fácil estudiar el impacto que tal Directiva está teniendo sobre el Derecho Local sin hacer mención obligada, siquiera sea sucintamente, del complejo e inacabado proceso de incorporación de las previsiones de esa norma comunitaria al Derecho interno español.

Por tanto, con carácter incluso telegráfico, deberé prestar atención asimismo a algunas claves que han condicionado ese proceso de transposición en el Derecho estatal y en el Derecho autonómico. Y la explicación a lo anterior es muy simple. Conforme se verá en detalle, la transposición local de esa Directiva de Servicio está muy condicionada —dada la estructura institucional del gobierno local y el sistema de fuentes del Derecho imperante— por las soluciones (buenas, malas, completas o incompletas) que han adoptado o adopten los niveles de gobierno estatal y autonómico. El margen de autonomía decisional en este terreno es francamente limitado, y aunque existe —como también se verá— un cierto recorrido para la adopción de decisiones políticas (y, por ende, normativas) autónomas en sede local, lo cierto es que la «depen-

dencia» local de lo que se haga en sede estatal y autonómica es un dato real del que no podemos prescindir en este análisis.

Expuesto lo anterior, resulta obvio señalar que este trabajo centrará su foco de atención en *el primer e inmediato impacto que produce la Directiva de Servicios sobre el mundo local: el proceso de adaptación normativa (principalmente, de Ordenanzas)*, pues ese es el enfoque que se deriva de un tratamiento sobre la incidencia de tal Directiva en el Derecho Local. Pero, a mi juicio, este impacto no es ni el más directo ni mucho menos aún el más importante. Sí que es el más inmediato. El impacto real de la Directiva de Servicios sobre el ámbito local de gobierno se proyectará, principalmente, en la esfera de la simplificación administrativa, en el proceso de racionalización de estructuras organizativas y de la política de recursos humanos de la entidad, así como en la puesta en marcha del sistema de Ventanilla Única de la Directiva de Servicios con el fin de vehicular a través de medios electrónicos la demanda de información como la tramitación y resolución de cualquier iniciativa económica que pretenda establecerse o prestar servicios en el ámbito local. Pero estos son temas que se tratan en otros trabajos del presente número monográfico de esta Revista.

En efecto, en el plano interno, las Administraciones Públicas locales se enfrentan con unos retos de enorme magnitud para hacer efectivas las previsiones recogidas en la propia Directiva de Servicios. Más aún, dado el carácter de norma de principios que tiene la propia Directiva de Servicios, así como la Ley 17/2009, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se puede hablar —como ya lo ha hecho reiteradamente la doctrina— de una suerte de cambio de paradigma en el modo y manera de vertebrarse las relaciones entre la Administración Pública y los prestadores de servicio.

No cabe duda que los instrumentos de intervención de que dispone la Administración Pública (y, por lo que ahora interesa) la Administración Local, dan un vuelco importante y —como se ha recordado hasta la saciedad— se pretende llevar a cabo un tránsito de una Administración Pública basada esencialmente (cuando no de forma exclusiva) en una intervención previa vía licencia o cualquier otro régimen de autorización, a una Administración Pública de intervención «ex post», esto es, de supervisión, inspección, comprobación o control. Cómo se haga ese ajuste y cuanto tiempo se tarde en llevarlo a cabo son posiblemente las cuestiones clave para valorar en perspectiva si el proceso de transposición de la Directiva de Servicios se lleva a cabo finalmente con éxito, ya sea completo o relativo, o más bien se salda con un soberano fracaso.

Fíjese el lector que he utilizado la expresión «se pretende». Y esta matización es importante, pues el cambio de paradigma y de cultura de la orga-

nización que se ha de producir para hacer efectivo ese tránsito también lo es. Es verdad que, desde el Derecho Administrativo español (no desde el Derecho Constitucional que prácticamente ha permanecido mudo o insensible frente a este cambio) se han alzado voces autorizadas que mostraban con toda su crudeza las dificultades que ese tránsito o viaje tendría para llegar a buen puerto.

No seré yo quien refute tales argumentos. Pero conviene no perder de vista que el proceso de incorporación o de transposición de la Directiva de Servicios comenzó nada más insertarse ésta en el Diario Oficial de la Unión Europea (aunque apenas muy pocos se percibieron inicialmente de su enorme impacto), continuó luego dentro de los márgenes (incumplidos en gran medida) de transposición al Derecho interno que finalizaron (sin pena ni gloria) el 28 de diciembre de 2009, y ha proseguido después durante el año casi transcurrido desde esa fecha, puesto que aún queda mucho trabajo por hacer en el ámbito autonómico y, especialmente, en el espacio local de gobierno. Queda aún pendiente, como veremos, una buena parte de ese proceso de transposición normativa (al menos en el plano autonómico y local), pero queda aún mucho más abierto todo el impacto organizativo, tecnológico, así como de recursos humanos. El éxito o fracaso de esta aventura se sitúa, en primer lugar, en la racionalización de los marcos normativos, pero también, en segundo lugar, en un profundo cambio de cultura organizativa y de forma de hacer las cosas. Y este es el más difícil de hacer.

Con esto quiero decir que si nos fijamos exclusivamente en el proceso de transposición local de los principios y reglas de la Directiva de Servicios al Derecho interno, bien se puede afirmar que el proceso acaba de comenzar y en buena parte de los municipios españoles ni siquiera se ha dado aún el pistoletazo de salida. El marco regulador de los servicios en España se está liberalizando con muchas resistencias y no pocas dificultades, y ello no ayuda precisamente a la mejora de la competitividad ni a la reactivación de la (ale-targada) actividad económica.

Pero es que, además, el proceso de adaptación del marco normativo estatal y autonómico a la Directiva de Servicios no puede darse, de ninguna de las maneras, por cerrado. El Estado (poder central) es cierto que ha llevado a cabo un proceso de transposición más avanzado y generalizado que el resto (aunque con no pocos problemas, como luego detallaré), pero nadie puede avalar que todas y cada una de sus medidas hayan sido acertadas ni menos aún adecuadas —o, mejor dicho, ajustadas— al Derecho de la Unión Europea. Las Comunidades Autónomas están llevando a cabo, por su parte, procesos de adaptación de su marco normativo a la Directiva de Servicios mucho más lentos y, lo que es peor aún, de muy baja calidad y discutibles en buena parte de su contenidos.

Ante este estado de cosas, los entes locales se encuentran muchas veces maniatados, otros condicionados y, en no pocas ocasiones, simple y sencillamente desconcertados o desorientados. Si los marcos normativos de referencia (estatal y autonómico) no desbrozan claramente el camino, las expectativas de realizar una transposición adecuada en clave local son sencillamente impensables.

Este estudio se articula a través de cuatro grandes ejes. En primer lugar, y sin perjuicio de que estas cuestiones hayan sido tratadas con mucho más rigor por otros trabajos de este mismo número monográfico, es necesario ocuparse brevemente de identificar cuáles han sido las claves del proceso de transposición de la Directiva de Servicios en el Derecho estatal (poder central) y en el Derecho autonómico. Sin una breve referencia a estos temas sería imposible afrontar con mínimo éxito lo que se me ha pedido.

En segundo lugar, es pertinente asimismo dedicar unas breves reflexiones al inadecuado marco jurídico autonómico de Aragón, pues sobre ese marco, en principio, deberían desplegarse los procesos de adaptación normativa a la Directiva de Servicios de los diferentes entes locales de esta Comunidad Autónoma.

El tercer y principal eje de desarrollo del presente trabajo se sitúa en el ámbito local y pretende dar respuesta a cuáles son los condicionantes de ese proceso de adaptación de la normativa local a la Directiva de Servicios y, más en concreto, establecer unos criterios metodológicos para la adaptación de la normativa local a la Directiva de Servicios y a las previsiones de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre. Establecidos tales criterios metodológicos, el siguiente paso transitará por identificar las formas de adaptación que, al igual que ha sucedido en el Derecho estatal y en el Derecho autonómico, han dado lugar a un amplio y dilatado catálogo de soluciones normativas. Y, en fin, cerraremos este apartado con alguna referencia sucinta a «modelos de Ordenanzas» que puedan servir de referencia para aquellas entidades locales que impulsen ese proceso de adaptación.

En cuarto y último lugar se pretenden extraer de todo lo anterior una serie de conclusiones o, mejor dicho, una valoración de carácter general que nos dé algunas pautas explicativas de por qué los niveles locales de gobierno están viviendo este importante proceso con unas dosis evidentes de incertidumbre, una fuerte carga de desorientación y no pocas experiencias «trucadas», insatisfactorias o, incluso, contradictorias entre sí. El primer diagnóstico que se puede hacer del problema, transcurridos casi once meses desde la superación de la fecha prevista en la Directiva («a más tardar el 28 de diciembre de 2009»), es, a mi juicio, categórico: las entidades locales españolas, con algunas excepciones que no son en su mayor parte ejemplos de buenas prácticas en el proceso de

transposición, no han llevado a cabo todavía la necesaria adaptación de su normativa a la Directiva de Servicios. Intentaremos identificar cuáles son los motivos y cuáles las posibles soluciones.

En todo caso, es preciso advertir que —tal como se indicaba— la posición institucional de las entidades locales en la «cadena de transposición» es, sin duda, la más débil y posiblemente la más compleja para poder incorporar cabalmente las previsiones de la Directiva de Servicios. Sin perjuicio que se defienda, como aquí lo haremos, un poder normativo local con márgenes razonables de configuración normativa en este campo, lo cierto es que la autonomía local (y, por ende, la potestad normativa local como manifestación de esa autonomía) se despliega «en el marco de la Ley». Y si la Ley dispone de baja calidad reguladora o simplemente omite sus obligaciones de incorporar el Derecho de la Unión Europea, a las entidades locales se les sitúa en una posición de incomodidad institucional evidente. Veremos cómo se puede ensayar resolver ese difícil cuadro de situación.

## **II. UNA INCORPORACIÓN «TARDÍA» DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS AL DERECHO ESTATAL Y UNA INCORPORACIÓN «INCOMPLETA» POR PARTE DEL DERECHO AUTONÓMICO. SUS CONSECUENCIAS SOBRE EL NIVEL LOCAL DE GOBIERNO**

La complejidad del sistema institucional español desde la perspectiva territorial, así como por consecuencia necesaria la complejidad de la arquitectura del sistema de fuentes del Derecho en cuanto expresiones formales del poder político, no hacían fácil entre nosotros una adaptación normativa del ordenamiento jurídico español a la Directiva de Servicios.

Todo eso lo sabíamos. También sabíamos que nuestros instrumentos de cooperación intergubernamental están rotos o, peor aún, nunca prácticamente han funcionado. La transversalidad material de la Directiva de Servicios suponía una afectación de intensidad variable (pero en todo caso muy alta) a todos los niveles de gobierno territorial existentes en España. Algo se intentó hacer en el plano de la coordinación del proceso por parte de la Administración del Estado, pero si nos atenemos a los resultados el balance final es sencillamente muy poco optimista.

Es cierto que el Ministerio de Economía y Hacienda intentó pilotar el proceso. Y en sus primeros pasos parecía que lo podía conseguir o, al menos que iba por el buen camino. Pero no cabe duda que los cambios en el seno del propio Ministerio, así como —sobre todo— el fuerte impacto de la crisis financiera y económica de los años 2007-2008, y sus letales efectos sobre la economía española en 2009 y 2010, provocó que la atención del propio

Ministerio se desviara hacia cómo conducir el barco del Estado en un agitado mar plagado de tempestades que a punto han estado de provocar un naufragio colectivo del país en su conjunto.

Ante este complejo cuadro, que no conviene olvidar, la Directiva de Servicios es presentada en 2009 por la nueva Ministra de Economía y Hacienda como una de las medidas de choque para hacer frente a la crisis económica. Se airean datos sobre el impacto que tendrá sobre el crecimiento del PIB en términos porcentuales e, incluso, se barajó que su incorporación al Derecho interno vendría con «un pan en los brazos»: la creación de 130.000 nuevos empleos. Una luz de esperanza en una economía que mostraba una vez más signos evidentes —como explicara Luís Gámir— de uno de los males endémicos de la economía española: la «adicción al desempleo».

La Memoria Económica que acompañó al Proyecto de Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, utilizaba esas cifras. Pero, obviamente, partía de un «a priori» que no ha venido siendo aplicado en la práctica: que se produciría una amplia revisión de los marcos reguladores de esas actividades de servicios en la línea de la liberalización prevista en la propia Directiva. Pero tampoco se tuvo en cuenta otro factor en nada despreciable: la crisis económica iba a suponer (ha supuesto y supondrá) una ralentización de las actividades de servicio e, incluso, muchos más cierres que aperturas. Por tanto, esos cantos de sirena ministeriales pronto se han convertido en papel mojado.

La difícil arquitectura institucional de España, la coyuntura política y la compleja situación económica han dificultado la correcta transposición de la Directiva de Servicios al plano interno y, sobre todo, han minimizado sus efectos inmediatos. Pero en mi modesta opinión, siendo cierto lo anterior, también se han cometido numerosos errores.

El Estado (poder central) ha cometido algunos y las Comunidades Autónomas otros tantos. La estrategia de transposición fue muy lenta por parte de la Administración del Estado. La opción por incorporar la Directiva de Servicios a través de una «Ley horizontal» (mal llamada «Ley Paraguas», ¿paraguas de qué?, cabe preguntarse) fue poco afortunada, pero mucho menos aún lo fue la lentísima tramitación de esa Ley que no entró en vigor —atienda el lector al dato— hasta el 26 de diciembre de 2009.

Obviamente, Comunidades Autónomas y entes locales esperaron a que esa Ley estuviera publicada en el BOE y entrara en vigor para llevar a cabo sus respectivos procesos de adaptación normativa. Empezábamos mal. Así, una vez alcanzada la simbólica fecha del 28 de diciembre de 2009 el panorama no pasaba de ofrecer un sombrío cuadro: el Estado —acuciado por la Presidencia de turno de la Unión Europea— había aprobado esa «Ley horizontal»,

también precipitadamente la denominada «Ley ómnibus» (Ley 25/2009), pero tan sólo muy pocas Comunidades Autónomas habían publicado normas con rango y fuerza de ley adaptando parte (tan sólo parte) de su normativa a la Directiva de Servicios y a la Ley 17/2009, que tenía la condición de básica en su integridad. Las entidades locales que había llevado a cabo algunos procesos de adaptación se contaban con los dedos de una mano y, posiblemente, sobra alguno.

¿Por qué el legislador estatal se inclinó por esta vía de transponer la Directiva primero a través de una Ley horizontal? No es momento de entrar aquí en estos temas, únicamente digamos que el Gobierno central justificó esa opción con un triple argumento: a) Se quería un enfoque más ambicioso (ir «más allá» de la Directiva) que mejorara la competitividad de nuestra economía de servicios; b) La Ley tendría naturaleza básica y, por tanto, cabía presumir que «desplazaba» a la legislación autonómica que la contradijera; y c), en fin, el hecho de incorporar los contenidos de una Directiva de Servicios a una Ley básica del Estado tendría efectos pedagógicos sobre las Administraciones territoriales y les «metería presión» para llevar a cabo ese proceso de adaptación normativa.

El hecho cierto es que la inserción de la Ley 17/2009 en nuestro sistema jurídico podría haber dado lugar (en otro contexto económico de crecimiento) a infinidad de problemas jurídicos que prácticamente no se han planteado hasta la fecha (aunque no son pocos los que comienzan a aparecer en escena y otros muchos que están larvados: la doctrina administrativista tiene aquí una tarea importante de reconstrucción dogmática de muchas instituciones), pero su retraso en la tramitación y aprobación ha tenido un efecto «dominó» sobre el resto de niveles de gobierno hasta el punto que ha demorado en exceso unos necesarios (por imprescindibles) procesos de adaptación normativa.

Tampoco ha ayudado la tardanza, y en algunos casos imprecisión, de la denominada «Ley ómnibus». Aprobada al límite de tiempo (entró en vigor el 27 de diciembre de 2009), se trata de una Ley «parcialmente ómnibus» (no recoge la regulación del comercio minorista ni la evaluación de impacto ambiental) y, paradójicas de la vida, «parcialmente horizontal». En efecto, las medidas recogidas en el Título I de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, se denominan gráficamente «Medidas horizontales», y contienen una serie de previsiones normativas, por lo que ahora interesa, que se proyectan sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas en general y, en concreto, algunas otras de modificación del marco normativo básico de régimen local.

Y esta Ley, o al menos esos contenidos horizontales, sí que eran importantes y necesarios para que las entidades locales pusieran en marcha sus respectivos procesos de adaptación. Son muchas las previsiones básicas que afectan a las



entidades locales (y al resto de Administraciones Públicas en otros casos), pero la regulación de la intervención de la Administración Pública en la actividad de los ciudadanos (prestadores) o el régimen jurídico en materia de silencio administrativo (con la discutible previsión de la disposición adicional cuarta), así como la «porosa» y «abierta» regulación (por su remisión a la «legislación sectorial») del régimen de declaración responsable y comunicación previa, son cuestiones que deberían haber estado mucho antes resueltas normativamente con el fin de que las Administraciones públicas pudieran haber llevado acabo procesos de adaptación ordenados y ajustados en el tiempo a las exigencias del Derecho de la Unión Europea.

La reforma de la Ley de ordenación del comercio minorista (Ley 1/2010) se llevó a cabo fuera del plazo previsto en la Directiva, pero más importante es que se trata de una transposición más que discutible del Derecho de la Unión Europea sobre todo en lo que afecta al (mal) denominado «urbanismo comercial» y, en concreto, a las grandes superficies. Cabe subrayar que la normativa anterior a la adaptación a la Directiva de Servicios sobre Comercio minorista del Estado (Ley 7/1996) y de las Comunidad Autónoma de Cataluña (18/2005) está a la espera de Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A tal efecto, el 7 de octubre de 2010 la Abogada General Eleanor Sharpston dictaminó (con la importancia que tienen los dictámenes de los Abogados Generales) que consideraba contraria a la libertad de establecimiento y prestación de servicios del Tratado la normativa estatal y catalana sobre comercio minorista por discriminar a las grandes superficies. Pronto habrá sentencia del TJUE, y todo parece apuntar que las tesis de la Abogada General se impondrán en el Tribunal de Justicia. Si eso fuera así, la doctrina que al efecto se dicte tendrá una importancia fuera de lugar sobre una mala adaptación de la Directiva de Servicios que han hecho tanto el Estado a través de la Ley 1/2010, como numerosas Comunidades Autónomas, entre ellas la de Aragón (Decreto-Ley 1/2010).

Tal como veremos, en esa Ley se incorpora una nueva regulación del artículo 54 de la Ley relativo a la venta ambulante (ámbito material éste de indudable importancia para los municipios) y, a partir de ese cuadro normativo, el Gobierno aprobó el Real Decreto 199/2010, de 26 de febrero, por el que se desarrollan *con carácter básico* las previsiones del citado artículo 54 en materia de venta ambulante o no sedentaria. Es harto dudoso que el Estado pueda hacer uso en este caso de un título competencial, también horizontal o transversal, como es el previsto en el artículo 149.1.13 CE (ordenación general de la economía o, más exactamente, de bases y coordinación de la planificación económica general), para justificar una regulación de detalle vía reglamento que desplaza (o condiciona «pro futuro») Leyes autonómicas en una materia intrínsecamente de competencia autonómica como es la de comercio

interior. Este Real Decreto ha sido objeto de la interposición de un conflicto de competencias por parte del Gobierno de la Generalidad de Cataluña y, en concreto, el Consejo de Garantías Estatutarias en el Dictamen previo a la interposición del mismo (fechado el 14 de julio de 2010) consideró que el citado Real Decreto vulneraba el orden constitucional de competencias.

El Estado ha llevado a cabo otras muchas modificaciones vía reglamentaria que inciden sobre sectores materiales afectados por la Directiva de Servicios, pero particularmente —por su importancia para el ámbito local de gobierno— cabe recoger aquí el Real Decreto 2009/2009, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales con el fin de adaptarlos a la Directiva de Servicios y a la Ley 17/2009. La sorpresa evidente de esa modificación reside en el carácter básico que se le ha dado a la misma, lo que inmediatamente conduce a preguntarnos hasta qué punto ese Reglamento preconstitucional puede tener esa naturaleza de básico. Rápidamente se ha de responder que no. Sólo son básicos, en principio, esos preceptos modificados como consecuencia de ser desarrollo de una Ley (la 17/2009) que ha sido calificada con ese carácter por el propio legislador. Asimismo, puede tener interés, entre otras muchas reformas, dejar simplemente noticia de la reciente publicación del Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio, que, como es obvio, incide también en el plano local.

La adaptación de la normativa autonómica a la Directiva de Servicios está siendo, por regla general, tardía o muy tardía, timorata, así como no exenta de innumerables contradicciones o pendiente en muchos casos de «una segunda vuelta» que adecue de forma más correcta el marco normativo vigente a la propia Directiva de Servicios.

Y este punto es particularmente importante para el correcto desarrollo de un proceso de adaptación normativa por parte de las entidades locales. Porque, tal como se verá, los niveles locales de gobierno tienen principalmente una dependencia normativa de los marcos reguladores autonómicos, puesto que son principalmente las Leyes sectoriales aprobadas por las Comunidades Autónomas (Urbanismo, medio ambiente, espectáculos públicos, actividad comercial, etc.), las que determinan una serie de regímenes de autorización que, en buena medida, son antagónicos con los principios y reglas previstos en la Directiva y en la Ley 17/2009. Si no se cambian esos marcos reguladores la posición de las entidades locales es francamente difícil para afrontar razonablemente ese proceso de liberalización que demanda el Derecho de la Unión Europea.

En efecto, una adaptación tardía o una mala adaptación de la normativa autonómica por parte de los poderes públicos competentes, conlleva necesariamente una hipoteca de cualquier proceso de adaptación normativa

a los presupuestos comunitarios y estatales por los gobiernos locales. Luego matizaremos esta afirmación. Pero, en principio, cabe poner de relieve que buena parte de las entidades locales españolas están cautivas de la inacción del legislador autonómico o, lo que es peor, de una acción equivocada o muy reducida en su planteamiento en lo que afecta a la adecuación del marco normativo a la Directiva de Servicios.

Es imposible en estos momentos pretender dar cuenta, ni siquiera someramente, de cuál es el proceso de adaptación de la legislación autonómica (o de la normativa reglamentaria) a la Directiva de Servicios y a la Ley 17/2009. Tal tarea excede con mucho los limitados objetivos de este trabajo y presumo que habrá sido hecha en otros estudios del presente número monográfico de esta Revista.

Únicamente se puede poner de relieve que al finalizar el año 2009 (esto es, antes del 28 de diciembre de ese año) eran muy pocas las Comunidades Autónomas que habían aprobado algunas Leyes (mucho menos aún Reglamentos) de adaptación a la Directiva de Servicios y a la Ley 17/2009. En la mayor parte de los casos se trataba de leyes sectoriales, y principalmente en el campo de la actividad comercial con el fin de «excepcionar» de la aplicabilidad de los principios de la Directiva a las «grandes superficies». Hubo alguna regulación un poco más genérica en cuanto al ámbito material, como fue la andaluza (Decreto Ley 3/2009, de 22 de diciembre). Pero tales experiencias normativas no dejaban de ser una excepción en el campo de una transposición que —de acuerdo con las previsiones de la propia Directiva— se debía llevar a cabo «a más tardar» antes de la reiterada fecha de 28 de diciembre de 2009.

El flagrante incumplimiento de ese plazo por parte de la inmensa mayoría de las Comunidades Autónomas no se puede justificar ante las instituciones comunitarias como consecuencia de la tardanza en aprobarse por parte del Estado la legislación básica (pues tal normativa, a efectos del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, era sencillamente superflua y, en todo caso, es a todas luces indiferente en términos de Derecho de la Unión Europea los problemas internos que España haya tenido en orden a la ejecución de ese Derecho de la Unión Europea). Dicho de otro modo: *las Comunidades Autónomas no tenían ninguna justificación objetiva para no haber adaptado su propia normativa con anterioridad a la fecha prevista en la Directiva de Servicios*. Si no lo hicieron fue por desidia, por falta de voluntad o valentía política o, sencillamente, porque no querían enfrentarse a determinados sectores de su electorado cuando ya se había pasado el ecuador de la mayor parte de las legislaturas autonómicas.

Pero lo más grave de esta anomia normativa es que «desarmaba» completamente a las entidades locales, cuyo margen de maniobra (al condicionarse su

potestad normativa al «marco de la Ley») era formalmente mucho más limitado para ensayar un proceso de adaptación normativa de sus respectivas Ordenanzas y demás disposiciones a la Directiva de Servicios sin que previamente se hubiesen aprobado las Leyes que le sirven de cobertura.

Se objetará a lo anterior que las instituciones locales están —como ha reconocido la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia— sujetas al Derecho de la Unión Europea y las propias autoridades locales deben aplicar este Derecho de la Unión Europea con preferencia a la Ley interna, cuando la norma comunitaria sea plenamente ejecutiva o se pueda predicar de la misma efecto directo. Pero en este caso —no conviene olvidarlo— no nos encontramos ante un proceso de transposición convencional, en el que una Directiva comunitaria es transpuesta por una o dos leyes estatales o autonómicas, sino que dada la transversalidad del ámbito material de «servicios» recogido en la propia Directiva, así como los centenares o miles de disposiciones normativas afectadas por ese proceso, una aplicación elemental del principio de seguridad jurídica aconseja que sea *cada legislador o cada poder normativo competente el que de forma ordenada y en cadena lleve a cabo ese proceso de adaptación normativa a la Directiva de Servicios, con el fin de que las contradicciones, antinomias o lagunas sean las mínimas posibles.*

A mayor abundamiento, el problema adquiere una mayor complejidad desde el punto en el cual los poderes locales ya no están sólo aplicando Derecho de la Unión Europea (que también), sino asimismo Derecho interno, puesto que la Ley 17/2009, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, es una ley básica y, en principio, ha procedido a desplazar aquella legislación autonómica que la contradiga. Pero esta opción de principio, aparentemente sencilla en su enunciado, tiene enormes complejidades aplicativas. En efecto, la Ley 17/2009, como recordara el Dictamen 99/2008 del Consejo de Estado, es una Ley de «principios» y no deja de ser complejo para el operador jurídico (y más aún para el funcionario local) deducir de esa regulación de principios recogida en la Ley 17/2009 una antinomia con lo previsto en una regla prevista en la Ley autonómica «sectorial» que regula, por ejemplo, un régimen de autorización administrativa para el ejercicio de determinada actividad de servicio.

La legislación autonómica está ayudando muy poco (en algunas ocasiones casi nada) en el proceso de adaptación que tienen que llevar a cabo las entidades locales de su propia normativa a la Directiva de Servicios. Sobre este punto volveré más adelante.

Desde un punto de vista formal los procesos de adaptación de la legislación autonómica a la Directiva de Servicios pueden ser calificados de dispares, cuando no caóticos. El hilo conductor es inexistente y, aunque ese modo de

proceder pueda encontrar una justificación cabal en clave del principio constitucional de autonomía, no es menos cierto que —tanto desde el punto de vista formal como, más aún, del material— se deberían haber buscado fórmulas (vía concertación o cooperación horizontal) que condujeran a la búsqueda de soluciones más homogéneas.

La consecuencia de este caótico proceso de transposición puede ser, precisamente, la contraria de la buscada por la normativa comunitaria. La desarticulación del sistema de transposición autonómica de la Directiva de Servicios puede complicar, más que simplificar, los marcos reguladores de las diferentes actividades de servicio, estableciendo diferencias —que de hecho ya las está habiendo— entre los diferentes marcos reguladores: unos apuestas por medidas de liberalización efectiva, otros por una liberalización tibia y algunos por una liberalización aparente. Ni que decir tiene que el prestador de servicios comunitario se encontrará así con una suerte de reedición de fronteras o barreras jurídicas que no le ayudará precisamente en el intento de establecerse o prestar servicios en diferentes partes del territorio español.

Ese pluralismo de soluciones formales y materiales en los procesos de adaptación han dado lugar a una serie de propuestas en sede de Consejo de Estado o de doctrina que han abogado incluso por la aprobación de Leyes de armonización o de echar mano de la garantía estatal del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea con el fin de aprobar una serie de regulaciones que fueran más uniformes y, ciertamente, facilitarían la configuración de un sistema regulatorio en el que las actividades de servicio fueran realmente liberalizadas. Creo —como dije en otro lugar— que se trata de «soluciones fuertes», dudosamente ajustadas al ordenamiento constitucional, pero lo que sí parece cierto es que, una vez visto el resultado (o parte del resultado), la heterogeneidad de las soluciones adoptadas territorialmente pueden suponer un relativo fraccionamiento del mercado de servicios y una complejidad normativa y burocrática añadida para que los prestadores puedan establecerse y ejercer servicios en España (dependiendo, obviamente, de las dispares reglas que en cada territorio se están aprobando).

Desde un punto de vista formal, como decía, las soluciones han sido de lo más variopinto. Veamos algunos ejemplos.

Ninguna Comunidad Autónoma ha optado por aprobar Ley alguna que tuviese el carácter exclusivo de Ley horizontal o de Ley paraguas. Sí que es cierto, no obstante, que en diferentes Leyes autonómicas sí que se han incorporado previsiones normativas que afectan a materias horizontales (por lo que a este estudio respecta, por ejemplo, en materia de régimen local). Esta opción de no aprobar leyes horizontales puede obedecer a la inutilidad o al carácter superfluo de las previsiones recogidas en la ley estatal de ese carácter.

Sin embargo, alguna Comunidad Autónoma sí que se ha inclinado por aprobar una «Ley Ómnibus», en la que en un solo texto normativo con rango y forma de Ley se lleve a cabo la adaptación del marco legislativo autonómico presuntamente afectado por la Directiva de Servicios. Fue el caso, por ejemplo, de la Ley 7/2009, de 17 de diciembre, de Castilla-La Mancha de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva de Servicios. La misma solución se está adoptando en el País Vasco, donde se ha elaborado un Anteproyecto de Ley Ómnibus, pendiente aún de aprobación.

En algunas Comunidades Autónomas (aquellas, obviamente, que reformaron sus Estatutos e incluyeron en su seno este tipo específico de fuente del Derecho) se ha echado mano de la figura del Decreto-Ley con el fin de proceder a adaptar toda la legislación autonómica a la Directiva de Servicios (Decreto-Ley 3/2009 en Andalucía o Decreto-Ley 1/2010 en Aragón) o sólo una parte (Decreto-Ley 1/2009 de Cataluña, de ordenación de los equipamientos comerciales). Como ya indiqué en otro lugar, es más que discutible que en estos casos esté justificado el uso de esa disposición legislativa provisional, puesto que difícilmente se cumple el presupuesto de hecho habilitante (extraordinaria y urgente necesidad), dado que la Directiva de Servicios, cuando se procedió a la aprobación y publicación de esos Decretos-Leyes ya llevaba en vigor tres o más años.

Más ortodoxa es la técnica de la delegación legislativa a través de una Ley de Bases para que el Gobierno apruebe un Decreto Legislativo, posiblemente una de las vías más idóneas —como ya apuntara el Consejo de Estado— para adaptar una legislación transversal y muy técnica a los principios y reglas de la Directiva de Servicios. En este caso está plenamente justificado el recurso a esta figura, tal como la ha hecho por ejemplo la Generalidad de Cataluña (Ley 5/2010, de 26 de marzo, de bases de delegación en el Gobierno de la potestad legislativa para la adecuación de las normas con rango de ley a la Directiva de Servicios; y Decreto Legislativo 3/2010, de 5 de octubre).

Y, en fin, el listado no termina aquí, puesto que las soluciones «formales» de adaptación han pasado en ocasiones a través de un proceso de modificación de disposiciones legales de las Comunidades Autónomas por medio de las denominadas «Leyes de acompañamiento de los Presupuestos Generales de la Comunidad».

En suma, sea cual fuere la forma, el problema real es el tiempo y el contenido. Sobre todo si se analiza el problema desde la óptica local. A mayor retraso en la transposición autonómica, más retraso acumulado que se produce en el ámbito local (con las peliagudas consecuencias, de momento no transitadas, de la derivación de las responsabilidades por incumplimiento a la Administración Pública que no haya procedido a la adaptación en tiempo y

forma). Pero el punto de inflexión está en los contenidos: si la adaptación del legislador autonómico es insuficiente, de baja calidad o sencillamente se aparta de los principios y reglas de la Directiva de Servicios y de la Ley 17/2009, las posibilidades de que una entidad local haga una correcta adaptación de su normativa a lo previsto por la Directiva o por parte del legislador básico es sencillamente impensable o, francamente, muy difícil de transitar en la práctica. En efecto, la solución pasaría por la aprobación de una Ordenanza que contradiga lo previsto en una ley autonómica, pero que se ajuste a los principios y reglas contenidos en la Directiva de Servicios y en la legislación básica del Estado. La cultura institucional y jurídica dominante en nuestros gobiernos y administraciones locales difícilmente asumiría —al menos con carácter general— esa compleja operación normativa, que en algunos casos es sencillamente inviable (por ejemplo, cuando se «llama» exclusivamente a la Ley para que sea ésta fuente del Derecho la que determine un determinado aspecto del régimen jurídico de una actividad: régimen de autorización, silencio administrativo, etc.). Bien es cierto que en aquellos casos en los que la antinomia sea evidente (y más adelante se ponen algunos ejemplos) la Ordenanza local debería optar por introducir en su seno las soluciones esbozadas por el legislador comunitario y estatal, dejando de lado aquella legislación autonómica que sea claramente contradictoria con esos postulados.

### **III. LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE ARAGÓN COMO CONDICIONANTE DEL PROCESO DE ADAPTACIÓN DE LA NORMATIVA LOCAL A LA DIRECTIVA DE SERVICIOS Y A LA LEY 17/2009: BREVES CONSIDERACIONES**

Tampoco es esta sede lugar apropiado para llevar a cabo un detenido análisis de cómo se está procediendo por parte de la Comunidad Autónoma de Aragón a transponer la Directiva de Servicios y adaptar la legislación autonómica a la misma y a la propia Ley 17/2009. En efecto, este objeto es analizado detalladamente en otro estudio de este mismo número de la Revista.

Pero no es menos cierto que, tal como decíamos, las entidades locales aragonesas, dependiendo cómo se lleve a cabo ese proceso de adaptación, podrán a su vez incorporar los principios y reglas de la Directiva de Servicios a su propia normativa local con mayores o menores garantías de éxito.

El Gobierno de Aragón ya había aprobado en el año 2008 un Decreto Ley (1/2008, de 30 de octubre) de medidas administrativas urgentes para facilitar la actividad económica, pero en esa normativa —sin perjuicio de su conexión temática con alguno de los objetivos de la propia Directiva— no se cita ni una sola vez la Directiva de Servicios ni en la exposición de motivos ni

en el articulado. En su articulado se recogen temas relativos a la simplificación administrativa, se regula la declaración responsable y se contienen reglas sobre la adaptación de procedimientos. Pero nada se decía de la adaptación de contenidos materiales.

Alcanzada la fecha del 28 de diciembre de 2009, el Gobierno aragonés no había elaborado aún un marco normativo que adaptara su normativa propia a las previsiones de la Directiva de Servicios y de la Ley 17/2009. Y hubo que esperar hasta la aprobación del Decreto-Ley 1/2010, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón (Boletín Oficial de Aragón núm. 66, de 5 de mayo de 2010), para que la Comunidad Autónoma dispusiera de una norma con rango y fuerza de ley a través de la cual se pretendía (otra cosa es que se consiguiera) llevar a cabo ese proceso de adaptación normativa.

El Decreto-Ley 1/2010 es (o pretende ser) una Norma «ómnibus»; esto es, a imagen y semejanza de la Ley estatal su finalidad era llevar a cabo a través de una sola norma la adaptación de la normativa autonómica con rango de ley a la Directiva de Servicios y a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio.

No es momento, tal como se indicaba, de llevar a cabo un análisis detenido del contenido de ese Decreto-Ley, pero sí que quisiera traer a colación cuáles son sus rasgos distintivos, puesto que en buena medida muchas de las limitaciones y condicionantes con los que se encontrarán las entidades locales aragonesas proceden de la citada disposición legislativa. Las notas más relevantes serían las siguientes:

- a) Se trata de *una adaptación, sin duda, tardía*, puesto que se lleva a cabo más de cuatro meses después de finalizado el plazo máximo que otorgara la Directiva de Servicios para su transposición. Este retraso supone —como se dirá— un necesario retraso acumulado o en cadena de las entidades locales aragonesas, puesto que si no se ha reformado la legislación autonómica los márgenes de inseguridad jurídica para aplicar la Directiva de Servicios y la Ley 17/2009 son más que evidentes, sobre todo teniendo en cuenta que la legislación autonómica se encontraba completamente inadaptada a tal marco normativo.
- b) Es, asimismo, *una adaptación formalmente discutible*. Formulado en términos de interrogación: ¿Es razonable utilizar la figura del Decreto-Ley casi tres años y medio después de aprobada la Directiva de Servicios o transcurridos seis meses desde la aprobación de la Ley básica estatal (Ley 17/2009)? No creo que en este caso se pueda justificar, a pesar de los esfuerzos dialécticos que realiza la exposición de motivos, el cumplimiento cabal del presupuesto de hecho habilitante, esto es, de



cuáles son las razones que avalan la extraordinaria y urgente necesidad. Si discutible era, tal como decíamos, la utilización del Decreto Ley en los casos andaluz (Decreto 3/2009, de 22 de diciembre) y catalán (Decreto-Ley 1/2009, de 22 de diciembre), más aún lo es el caso de recurrir tan extemporáneamente a esa figura normativa excepcional.

- c) *La adaptación es, además, materialmente insuficiente en lo que afecta a su contenido.* No entraremos aquí en un examen analítico de la legislación sectorial aragonesa, pero al menos traigamos a colación —por lo que luego se dirá— el evidente caso de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón (¡observen la fecha de aprobación, cuando estaba plenamente vigente para los Estados miembros la propia Directiva de Servicios!). Evidentemente se objetará de inmediato que las «normas urbanísticas» quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, tal como recoge el considerando 9 del texto comunitario. Pero, como bien expuso en su momento Torres Cobas, una cosa es que a las normas urbanísticas no se les apliquen los principios y reglas comunitarios, pero otra muy distinta es que aquellas disposiciones que regulen el acceso a las actividades de servicios o su ejercicio (por mucho que se encuentren insertas en «Normas urbanísticas») queden también fuera de la aplicabilidad de la Directiva. La cobertura formal (en este caso Ley de Urbanismo, pero podría ser también un instrumento de planeamiento) no puede servir de excusa para huir materialmente de la aplicabilidad de los principios y reglas de la Directiva. Piénsese, además, que salvo esa escueta mención recogida en el Considerando 9, nada se dice al respecto en el articulado de la Directiva y, menos aún, en el contenido de la Ley 17/2009, donde ni siquiera se recoge tal referencia en la exposición de motivos de la Ley. En consecuencia, algunas de estas licencias (y particularmente, la licencia de apertura) deberían haber sido revisadas de acuerdo con los principios de la norma comunitaria y de la legislación básica aprobada. Lo mismo cabría decir de aquellas otras licencias previstas en la legislación sectorial no modificada por el Decreto Ley 1/2010, como por ejemplo las licencias de funcionamiento.
- d) *La adaptación, por último, puede ser considerada como materialmente inadecuada en algunos puntos.* Pongamos sólo algunos ejemplos en los que, a nuestro juicio, se detecta esa inadecuación material en la transposición. A saber:
- a. El primero es el conjunto de medidas relativas a la Administración Local y que suponen una modificación parcial de algunos puntos de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón.

- i. El artículo 193 queda redactado de acuerdo con las previsiones recogidas por el legislador básico en materia de intervención de las entidades locales en la actividad de los particulares.
- ii. Un punto polémico aparece en la regulación recogida en el artículo 194.2 («autorizaciones y licencias»), pues de su redacción literal se advierten determinados márgenes de apreciación discrecional que casarían mal con las previsiones de la Directiva de Servicios en torno al carácter reglado de las autorizaciones.
- iii. En el redactado de esos preceptos para adaptarlos a la Directiva se ha seguido en buena medida algunas previsiones que ya estaban recogidas en el REBASO (Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón).
- iv. El nuevo artículo 194 bis de la Ley pretende establecer una regulación de la comunicación previa «o» (¿no debería ser «y»? la declaración responsable. En primer lugar, establece una previsión que no resuelve ninguno de los problemas enunciados, puesto que se dice expresamente que «salvo que una ley sectorial establezca lo contrario», las entidades locales a través de sus Ordenanzas podrán sustituir el régimen de autorización (o de licencia) por una comunicación previa o (aquí sí que la conjunción «o» encuentra pleno sentido) declaración responsable. Por tanto, si el legislador sectorial sigue manteniendo «a capa y espada» la necesidad de un régimen de autorización previa (aunque ello contradiga lo previsto en la Directiva de Servicios y en la Ley 17/2009), la Ley de Administración Local veda que las Ordenanzas puedan sustituir ese régimen de licencia por otro más proporcional y menos incisivo en el acceso a las actividades de servicio. Esta regulación ya estaba recogida en el propio REBASO, aunque sólo se hacía mención a la «comunicación previa» y no a «la declaración responsable». Compleja situación en la que quedan las entidades locales aragonesas si —como es el caso— el legislador autonómico lleva a cabo una adaptación incompleta o «tramposa». En segundo lugar, el régimen previsto de comunicación previa y declaración responsable se puede calificar de muy insuficiente. Es obvio que el legislador básico estatal (Ley 25/2009) reenvía a la legislación sectorial para la concreción de ese régimen jurídico, pero no habría impedimento alguno para que fuera el legislador horizontal (y en este caso el

legislador autonómico de régimen local) el que dotara de una mejor y más segura regulación de ambos instrumentos.

- b) El segundo ejemplo se manifiesta en la adaptación que se ha hecho en algunas cuestiones de la adaptación de la Ley de actividad comercial de Aragón.
- i. Si discutible es —a pesar de lo establecido en la exposición de motivos de la Ley 1/2010— considerar que las grandes superficies de más de 2.500 metros cuadrados estarán sujetas a licencia comercial autonómica, más aún lo es que reglamentariamente, «atendiendo siempre a fundadas razones de interés general», se puedan determinar «zonas especialmente vulnerables» en las cuales no sea preciso alcanzar la citada superficie de 2.500 metros cuadrados para tener la consideración de gran superficie.
  - ii. El Decreto Ley lleva a cabo, asimismo, una ecuación incorrecta, puesto que para justificar la exigencia de licencia comercial en las grandes superficies echa mano de la noción de «protección del interés general», sin exponer cuáles son las razones imperiosas de interés general que justifican la excepción al régimen de liberalización de actividades de servicios en este ámbito.
  - iii. Discutible es, igualmente, la adecuación a las previsiones de la Directiva de Servicios de la exigencia de que toda persona física o jurídica que pretenda desarrollar una actividad comercial en Aragón deba comunicar sus datos al Registro General de Empresarios de Comercio y Establecimientos Mercantiles, no impidiendo el ejercicio de la actividad comercial pero sí anudando a la no inscripción responsabilidades de tipo sancionador.
- c) Y el tercero es la regulación puntual de la Venta Ambulante. En este punto se modifica también la regulación recogida sobre esta materia en la Ley de ordenación e la actividad comercial de Aragón, pero la duda que cabe en este punto es en qué medida esa normativa se adecua a lo previsto en el Real Decreto 199/2010, que regula la venta ambulante y que tiene la naturaleza de norma básica dictada al amparo del artículo 149.1.13 CE. No es momento de adentrarnos en esta problemática, pero el Decreto Ley orilla cualquier referencia a tal normativa (y menos aún a su consideración como básica), planteándose de inmediato al operador local la pregunta de qué normativa debe aplicar en el caso de producirse alguna antinomia entre ambos marcos reguladores. El caso no está exento de interés porque la (presunta) normativa básica está reco-

gida en un Real Decreto que es anterior en el tiempo a la entrada en vigor de la modificación efectuada de la Ley de ordenación de la actividad comercial de Aragón. ¿Debe el operador local interpretar que el legislador autonómico ha considerado que la norma reglamentaria estatal no tiene la consideración —pese a que se dice expresamente— de legislación básica?; ¿debería aplicar, por el contrario, la norma reglamentaria básica con prelación a la Ley autonómica posterior al considerar que esta incurre en un vicio de incompetencia o, mejor dicho, a que contraviene lo dispuesto en una Norma básica, aunque ésta tenga rango reglamentario?

La conclusión de todo lo expuesto no puede ser más obvia. La adaptación que ha llevado a cabo la Comunidad de Aragón de su legislación autonómica a la Directiva de Servicios y a la Ley 17/2009, así como al resto de la legislación básica aplicable, puede considerarse como tardía, discutible en cuanto a la fuente elegida para llevarla a cabo (Decreto-Ley), insuficiente e inadecuada materialmente, por lo que parece razonable pensar que es tan sólo el primer paso en un proceso de transposición que deberá ser más ambicioso y corregir los primeros errores detectados y las omisiones de aquellos marcos normativos sectoriales que ni siquiera han sido objeto de adaptación hasta el momento a la Directiva de Servicios.

Pero el proceso de adaptación de la normativa autonómica no termina, como es obvio, en el nivel legislativo, sino que se ha de proyectar necesariamente sobre aquellas disposiciones reglamentarias que estén igualmente afectadas. Y, en el caso de Aragón, se ha de tener en cuenta la existencia del Reglamento de Bienes, Actividades, Obras y Servicios (Decreto 347/2002, de 19 de noviembre). La importancia del REBASO para el objeto que nos ocupa está fuera de todo tipo de duda, y resulta meridianamente claro que su contenido ha quedado directamente afectado en buena parte por las previsiones de la Directiva de Servicios y de la Ley 17/2009. De hecho se puede afirmar contundentemente que muchas de sus previsiones han quedado desplazadas por la entrada en vigor de las Leyes 17/2009, 25/2009 o, incluso, por el Real Decreto 2009/2009, así como, en su caso, derogadas por las modificaciones puntuales que el Decreto Ley 1/2010 lleva a cabo de la Ley de Administración Local de Aragón.

Desconocemos si el Gobierno de Aragón está llevando a cabo un proceso de adaptación de ese marco normativo que es, sin duda, enormemente relevante para las entidades locales de Aragón en el ámbito de las actividades de servicio. Pero, en todo caso, sí que podemos afirmar que con ese cuadro normativo existente no resultará sencillo al poder normativo local identificar qué aspectos del citado Reglamento se han visto afectados de forma directa por la Directiva de Servicios o, en particular, por las leyes y disposiciones

reglamentarias de incorporación de la citada Directiva al Derecho interno. Lo que sí puede afirmarse categóricamente es que los presupuestos conceptuales en los que se asienta el citado Reglamento (una Administración de intervención, por regla general, a través de regímenes de autorización) contrastan vivamente con la filosofía en la que se asienta el proceso de liberalización de las actividades de servicio iniciado con la propia Directiva.

En efecto, en la exposición de motivos del REBASO se hace una llamada expresa a que la intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos estará sujeta, por regla general, a previa licencia o autorización. Es meridianamente obvio que tal presupuesto conceptual es insostenible en estos momentos. No obstante, cabe señalar que el REBASO, en los tiempos que fue aprobado, supuso un evidente paso adelante en la dirección que luego ratificó la propia Directiva y la legislación española de adaptación al Derecho interno de la misma. En efecto, la apuesta por los criterios de simplificación, sencillez y eficacia en la tramitación de los procedimientos de adjudicación de licencias, así como la flexibilización de algunos procedimientos de licencia y su conversión en actos de comunicación previa, se enmarcan en esa línea. En la exposición de motivos del REBASO se indica expresamente que a través de la técnica de comunicación previa «se puede agilizar y facilitar el ejercicio de la actividad de los particulares».

A pesar de esos avances y de esa inicial concepción abierta, el REBASO hace una clara opción por mantener la licencia de actividades clasificadas o de protección ambiental para la realización de obras, la implantación de instalaciones o, en general, el ejercicio de actividades que resulten molestas, insalubres, nocivas o peligrosas de conformidad con la normativa reguladora de tales actividades o en la legislación sectorial de medio ambiente.

En conclusión, es indispensable, por necesidad objetiva y por razones de seguridad jurídica, que el Gobierno de Aragón proceda a la mayor brevedad a la modificación del citado Reglamento, pues no en vano es una pieza sustancial de la ordenación de las actividades de servicio por parte de los entes locales. El Gobierno central, como se ha visto, ya procedió —aunque de forma un tanto tímida— a reformar el viejo Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 para adaptarlo a la Directiva de Servicios y a la las Leyes 17/2009 y 25/2009. Lo mismo debería hacer el Gobierno de Aragón con el fin de dar respuesta cabal a las necesidades de los entes locales de la Comunidad Autónoma.

#### **IV. LA ADAPTACIÓN DE LA NORMATIVA LOCAL A LA DIRECTIVA DE SERVICIOS Y A LA NORMATIVA BÁSICA ESTATAL: PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS Y (ALGUNOS) PROBLEMAS ABIERTOS**

No cabe la menor duda que el impacto de la Directiva de Servicios sobre el nivel local de gobierno es muy importante, y sobre todo lo será mucho más conforme el proceso vaya asentándose y los miedos, así como las resistencias a asumir el cambio de paradigma, desaparezcan paulatinamente (lo que ya se anticipa no será fácil).

En estos momentos únicamente nos interesa centrar la atención en el proceso de adaptación de la normativa local a los nuevos presupuestos conceptuales derivados de la Directiva de servicios y de su incorporación en el Derecho interno. Dejaremos de lado, como ya advertíamos al inicio de este trabajo, los innegables impactos organizativos, de gestión procedimental, tecnológicos, de recursos humanos e, inclusive, económico-financieros que tal proceso puede acarrear. Esta es una óptica del problema muy importante, pero cuyo tratamiento excede con mucho el limitado objeto del encargo que se me hizo en su día.

Si detenemos la atención en el proceso de adaptación normativa que deben llevar a cabo las entidades locales, rápidamente advertiremos que la situación del nivel local de gobierno es una posición débil por muchos motivos, pero principalmente por los siguientes:

- a) La adaptación de la normativa a la Directiva de Servicios debería haber sido un proceso mucho más ordenado tanto en clave de coordinación como de intergubernamentalidad. No se trabajó con una programación temporal realista ni siquiera se hizo cronograma alguno que fuera razonable. Y el mundo local ha terminado pagando los platos rotos de tanta improvisación.
- b) En efecto, al necesitarse una «adaptación en cascada», dada la innegable «dependencia» del gobierno local de las decisiones legislativas y normativas previas que debían adoptar tanto el Estado como las Comunidades Autónomas, se hubiese requerido una más pronta y clara adaptación del marco estatal y autonómico con el fin de dejar la vía expedita para que las entidades locales impulsaran sus procesos de modificación normativa.
- c) La adaptación estatal está ya bastante ultimada, aunque el retraso en materializarla en algunos ámbitos ha consumido mucho tiempo y energías y ha dejado al poder normativo autonómico y, sobre todo, local, «fuera de juego» en lo que al cumplimiento de plazos corresponde.

- d) Más grave ha sido el caso de la legislación autonómica, que, como se ha visto, ha sido en muchos casos tardía e incompleta. La clave de bóveda de este proceso es la mala calidad de la adaptación de la legislación sectorial, que condiciona, limita e impide (aunque no necesariamente) una respuesta razonable por parte del poder normativo local.
- e) Es cierto, en cualquier caso, que por parte de los niveles locales de gobierno ha habido una insensibilidad bastante elevada ante el proceso de adaptación. En ocasiones se ha producido, incluso, un fuerte desconocimiento de las implicaciones reales que la Directiva de Servicios tenía sobre el ámbito local. El «pistoletazo de salida» (o la sensibilización generalizada por el problema) se dio en el momento en que apareció publicada en el BOE de 24 de noviembre de 2009 la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Los responsables políticos no han valorado ni evaluado los impactos y la importancia que el tema tenía. Y los funcionarios, acuciados por el «día a día», no han podido dedicar el tiempo necesario para impulsar un proceso de reforma del marco normativo que, de hacerse bien, es bastante intenso (aunque depende en buena medida de lo que haga, al fin y a la postre, el legislador sectorial autonómico).
- f) Tampoco ha habido una buena campaña de difusión de las consecuencias que tenía la Directiva de Servicios sobre el nivel local de gobierno. La Administración del Estado y las Administraciones autonómicas, agobiadas respectivamente por sus procesos de transposición, no han prestado apenas atención al dato local, mostrando una vez más una insensibilidad manifiesta por aquel nivel de gobierno en el que debían descansar muchas de las medidas de liberalización de actividades de servicio. Algo, aunque más bien tarde, han hecho las asociaciones de municipios y algo, igualmente, han hecho algunas entidades locales específicas. Pero la tarea de adaptación es, sencillamente, hercúlea, y difícilmente la pueden llevar a cabo entidades locales (la inmensa mayoría de dimensiones muy pequeñas para crear valor añadido o simplemente para gestionar cabalmente el problema) que tienen, por lo común, serias deficiencias de funcionamiento en las cuestiones más básicas en sus respectivas organizaciones.

A partir de estos presupuestos esquemáticamente expuestos, cabe detectar que el proceso de adaptación de las normas locales a la Directiva de Servicios está siendo un proceso lento y hasta cierto punto «aparente» o «formal». Por un lado, se ha comenzado —salvo excepciones singulares— muy tarde, en la práctica totalidad de los casos en el año 2010, y todavía hoy la inmensa mayoría de los municipios españoles no han procedido a hacer efectivo ese

proceso de adaptación normativa. Las entidades locales que han llevado a cabo algunas modificaciones de su normativa para adaptarlas a la Directiva lo han hecho con una concepción muy limitada; esto es, se trata por lo común de procesos de adaptación muy timoratos en su alcance, unas veces por decisión propia de la entidad y otras muchas porque el marco normativo autonómico sectorial no deja espacios de configuración para proceder a una adaptación cabal de la normativa comunitaria.

Los problemas pueden aparecer en lo que afecta a las responsabilidades por incumplimiento que se puedan derivar en su día, y sobre todo la reconducción de tales responsabilidades al ámbito local como consecuencia de no haber llevado a cabo «en tiempo y forma» los deberes u obligaciones derivados de la Directiva de Servicios.

En este sentido llama la atención como el Informe que remitió el Gobierno español en enero de 2010 a Bruselas en torno a la aplicación de la Directiva de Servicios en el Derecho interno, únicamente recogía unas pocas páginas (y redactadas de forma genérica) dedicadas a los entes locales. Veremos cuáles son las exigencias comunitarias una vez cerrada la primera fase del proceso de evaluación recíproca. Cabe presumir que el foco de atención de la Comisión Europea se proyectará en los primeros momentos sobre la legislación estatal y autonómica, especialmente sobre aquellos temas estrella tales como «el urbanismo comercial», donde claramente el legislador básico estatal y buena parte de los legisladores autonómicos han prescindido en algunos supuestos («urbanismo comercial») de los principios en los que se asienta la normativa comunitaria. No se advierte, en consecuencia, que en esta primera fase, ni siquiera en los primeros años, la Comisión focalice su punto de mira en la (in) acción de los poderes públicos locales en lo que afecta a la adaptación de su normativa a la Directiva.

Pero tampoco cabe descartar que haya algún tipo de intervención a medio plazo, pues lo que sí parece obvio es que las «barreras o fronteras jurídicas» que impiden la liberalización del sector servicios siguen siendo muy importantes e, inclusive, en buena parte de los casos siguen siendo las mismas (si no más) que las que existían antaño.

Al margen de la intervención de las autoridades comunitarias, que no se contempla a corto plazo, es evidente que puede haber otros mecanismos que reactiven ese proceso (hasta hoy truncado) de liberalización de servicios en el ámbito local. Pueden ser determinadas decisiones políticas las que empujen en esa dirección. La idea inicial del legislador estatal era esa precisamente: llevar a cabo una reforma audaz del marco normativo con el fin de mejorar la competitividad del sistema económico en lo que a actividades de servicio se refiere. Pero ese «enfoque ambicioso» —como así se denominaba— por



parte del legislador estatal no ha tenido su justa correspondencia en sede autonómica y, obviamente, tampoco en el ámbito local de gobierno. La ambición comenzó a decaer cuando el legislador básico se enfrentó con la actividad comercial, y decayó por completo cuando la mayor parte de las Comunidades Autónomas han llevado a cabo procesos de transposición tardíos, de carácter incompleto y, en ocasiones, timoratos o incluso tramposos. En ese proceso continuo y gradual de «desfallecimiento institucional de la regulación», el poder local parece que está contribuyendo —con su anomia o sus regulaciones exageradamente prudentes— a una liberalización «aparente y formal» de los servicios, que apenas tendrá repercusiones efectivas sobre la reactivación de la actividad económica.

Es cierto que uno de los factores que puede actuar como reactivo para el cuestionamiento de buena parte de los regímenes de autorización en el ámbito local es la judicialización de estos temas. Es pronto todavía para saber si esa judicialización será elevada o simplemente testimonial, pero tampoco conviene confiar demasiado en esta vía, porque la complejidad del marco normativo vigente en estos momentos, la inadaptación relativa de la legislación autonómica y la escasa respuesta del poder normativo local, configuran un cuadro francamente complejo para poder operar sobre el mismo con garantías de respuestas jurídicas claras.

El hecho evidente es que hay un retraso considerable por parte del nivel local de gobierno a la hora de adaptar su propia normativa a la Directiva de Servicios. Pero, al margen de ese retraso, lo que resulta obvio es que más temprano que tarde los entes locales deberán impulsar —si no lo han hecho ya— procesos de adaptación de sus normas a la Directiva de Servicios. Ese proceso de adaptación será complejo y se prolongará durante varios años. En muchos casos, dada la estructura minifundista de nuestro sistema local o dadas las limitaciones de medios y recursos de que disponen la inmensa mayoría de los municipios españoles, ese proceso deberá tener «ayudas externas», ya sea a través de la competencia funcional de asistencia técnica por parte de las Diputaciones Provinciales (u otros entes locales intermedios allí donde estas no existan) o, en su caso, por medio de asociaciones de municipios (FEMP o, en el caso de Aragón, FAMCP) que les presten la pertinente ayuda institucional para al menos adecuar sus normas locales a la Directiva de Servicios.

En realidad, el proceso de adaptación de la normativa local a la Directiva de Servicios no es realmente un proceso complejo o, al menos, no debe asustar, pues son mucho más difíciles los siguientes pasos que se deben dar para transponer la Directiva de Servicios, como son las obligaciones de resultado de implantar un proceso de Simplificación Administrativa y poner en marcha la Ventanilla Única de la Directiva de Servicios.

Para llevar a cabo ese proceso de adaptación, los entes locales necesitan, en primer lugar, unos criterios metodológicos que les ayuden en la tarea. Como es sabido, el entonces Ministerio de Administraciones Públicas (en colaboración con la FEMP y COSITAL) elaboró en el primer trimestre de 2009 un Manual de Evaluación para las Entidades Locales que recogía una detallada Guía para adaptar la normativa local a la Directiva. La idea inicial era, sin duda, buena. A imagen y semejanza de otros Manuales que circulaban en letra impresa o en la red, el Manual de Evaluación para las Entidades Locales pretendía cubrir una necesidad objetiva y proveer a las entidades locales de una metodología para llevar a cabo el proceso de adaptación normativa.

Ese Manual tiene, a mi juicio, algunos inconvenientes. El primero es que fue redactado cuando ni siquiera se había aprobado el Proyecto de Ley sobre libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, por lo que algunas cuestiones que se incluyeron posteriormente en el texto o durante la tramitación parlamentaria no se pudieron recoger obviamente en el Manual. Tampoco estaba redactado el Proyecto de Ley Omnibus, por lo que difícilmente el Manual podía tener en cuenta las medidas horizontales que se recogieron en la Ley 25/2009. Lo mismo se puede decir en relación con el comercio minorista o con la venta ambulante.

El segundo inconveniente radica, en mi modesta opinión, en que se trata de un Manual exageradamente detallado en lo que afecta a sus fases, que puede ser poco operativo para entidades locales pequeñas o que no tengan la sofisticación normativa que disponen entidades locales con un sistema de Ordenanzas muy completo y acabado.

Por lo que afecta a la metodología de la adaptación de las Ordenanzas locales a la Directiva de Servicios y a la legislación básica estatal, los pasos que cabría dar serían los siguientes:

- a) En primer lugar se requiere *una decisión política previa que se asiente en qué es lo que se quiere liberalizar y hasta qué punto*, todo ello dentro de los presupuestos conceptuales de la propia Directiva: esto es, ¿se quiere llevar a cabo una adaptación ambiciosa para atraer prestadores al término municipal?; ¿se quiere realizar una adaptación más limitada o prudente?; ¿qué intereses se pueden ver afectados por el proceso de adaptación?; ¿qué consecuencias políticas, económicas y sociales se producirán como consecuencia de este proceso en orden a la mejora de la competitividad institucional y a la atracción de inversiones? Este es un aspecto al que la política local, salvo excepciones muy singulares, ha dado la espalda: muy pocos políticos locales han valorado las consecuencias del impacto de la Directiva sobre el tejido económico de su respectiva entidad local. Falta, por

tanto, discurso o «narración» política para poder impulsar un complejo proceso operativo en tan importante materia. Hay «mucho ruido», pero falta construcción.

- b) En segundo lugar, cabe llevar a cabo un proceso de *Identificación de qué disposiciones normativas locales están afectadas por la Directiva de Servicios (normalmente, Ordenanzas)*. El proceso de identificación es relativamente sencillo, puesto que únicamente se trata de determinar los sectores de intervención municipal sobre los que la Directiva impacta frontalmente. Obviamente, se han de «apartar» aquellas Ordenanzas que están afectadas o manchadas por la Directiva, a efectos de analizar posteriormente su impacto. En esta fase de Identificación el consejo que se pueda dar es que el operador local actúe «con manga ancha»; esto es, los ámbitos afectados los interprete con flexibilidad. Siempre es mejor que queden «dentro» que no «fuera», al menos para permitir la siguiente fase de análisis donde se podrán confrontar mejor los problemas.
- c) Una vez identificadas las normas locales afectadas, estas deberían ordenarse en dos grandes ámbitos: 1) Ordenanzas que sean desarrollo de una ley estatal o autonómica previa, en la que se establezca el régimen de autorización o, en su caso, la liberalización pertinente; 2) Ordenanzas que sean «autónomas» y que no se correspondan con un desarrollo de una Ley previa. Obviamente en estas últimas el margen de configuración es mayor y la entidad local puede proceder a adaptarlas a la Directiva de Servicios bajo sus propios criterios políticos. Las únicas limitaciones proceden del artículo 5 de la Ley 17/2009, puesto que al exigirse una Ley o norma de Ley para establecer un régimen de autorización, si la entidad local suprime el régimen de autorización ya no lo podrá restablecer vía Ordenanza. En el primer caso, «Ordenanzas de desarrollo», que normalmente es el más frecuente, los problemas estriban en si el legislador autonómico ha adaptado en tiempo y forma su propia normativa o no, puesto que en los casos de no adaptación deja a la entidad local «atada de pies y manos» ante la inactividad o la actividad desviada del poder normativo autonómico.
- d) La siguiente fase del proceso sería la de *Análisis del contenido de las Ordenanzas con el fin de adecuarlas a la Directiva de servicios y a la legislación básica estatal o autonómica de desarrollo*. Es, sin duda, la fase crucial. Y en realidad tiene dos subfases marcadas con claridad. A saber:
  - a. La primera es someter a escrutinio el régimen de autorización como sistema excepcional de intervención. Sólo podrá mantenerse en aque-

llos casos en que el régimen de autorización no sea discriminatorio, sea necesario (obedezca a razones imperiosas de interés general) y sea proporcionado (no exista otra medida menos incisiva a través de la cual se obtenga el mismo resultado). Como puede presumirse, la entidad local sólo podrá llevar a cabo esta ponderación o evaluación en aquellos casos en que se trate de Ordenanzas «autónomas», puesto que si son «Ordenanzas de desarrollo» quien debe realizar la ponderación de si se mantiene o no un régimen de autorización es el legislador estatal o autonómico, en función de la competencia. Una vez determinado que debe existir un régimen de autorización entrarían en juego las limitaciones relativas al número de autorizaciones, su proyección espacial (territorial), temporal o numérica.

- b. La segunda consiste en «depurar» de las Ordenanzas locales los requisitos prohibidos o —como señalara en su día Muñoz Machado— de «la lista negra» y de la «lista gris», que también están prohibidos. La diferencia radica en que los requisitos recogidos en la lista negra tienen una prohibición absoluta y se deben eliminar en todo caso de cualquier normativa local que los incluya. Mientras que los recogidos en la lista «gris» pueden ser eliminados o, en su caso, mantenidos, pero si esta la opción deben ser objeto de evaluación de acuerdo con los criterios establecidos anteriormente: a) que no sean discriminatorios; que sean necesarios (que existan razones imperiosas de interés general que justifiquen su mantenimiento); y que sean proporcionados. Esta evaluación es muy importante, puesto que debe ser la que, a través del Ministerio de Asuntos Exteriores, se traslade posteriormente a la Comisión.
- e) En el proceso de *análisis* de la normativa local afectada se pueden identificar asimismo aquellos trámites o procedimientos que *deban simplificarse*, con el fin de adaptarse a las previsiones de la Directiva o, incluso, vayan más allá de esa normativa. Igualmente, se ha de tener en cuenta el régimen jurídico del silencio administrativo en cada caso existente. La simplificación, en todo caso, será un resultado posterior, pero nada impediría que también durante el proceso de adaptación de Ordenanzas se avanzara en ese proceso de simplificación.
- f) Una vez analizada y evaluada, en su caso, las Ordenanzas locales llega la última fase de ese proceso de adaptación normativa como es *la redacción de la propuesta de modificación y la tramitación de la reforma de las Ordenanzas locales de acuerdo con lo previsto en el sistema normativo local*. Es, posiblemente, una fase más sencilla que las anteriores, pues se trata de formalizar las decisiones político-técnicas adoptadas con anterioridad. Las complejidades de este proceso pue-

den provenir, por un lado, del trámite de información pública (en el caso que se presenten alegaciones por parte de determinados actores) y, sobre todo, en la configuración de las mayorías respectivas para aprobar la modificación de las respectivas Ordenanzas.

Y, en fin, puede ser oportuno en estos momentos traer a colación, siquiera sea muy sucintamente, *las plurales formas de adaptación por las que pueden optar las entidades locales a la hora de transponer la Directiva de Servicios*. A modo de apretada síntesis estas modalidades serían las siguientes:

- a) *Ordenanza Paraguas*. *Ordenanza Paraguas*. Es una modalidad de Ordenanza para adaptar la normativa local que tuvo cierto impulso en los inicios del proceso, por efecto reflejo de la solución estatal. La adoptaron, por ejemplo, Jerez de la Frontera y, más tarde, la Diputación de Barcelona y la FEMP (que hizo suyo el modelo elaborado por la Diputación de Barcelona). Tiene los mismos inconvenientes que la solución adoptada por el Estado a través de la Ley Horizontal. Se trata, en la mayor parte de sus enunciados, de una mera transcripción de los preceptos de la Ley estatal al ámbito local. Su intención era loable en sus finalidades: intentar dar una cobertura normativa mínima a las entidades locales y evitar así las posibles responsabilidades que se pudieran derivar por parte del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Ha sido acogida por decenas de municipios españoles y catalanes. La Ordenanza Tipo de la Diputación de Barcelona y de la FEMP incluía algunas previsiones más relativas a la aplicación sectorial de algunos de sus enunciados, por lo que iba más allá en este caso que una Ordenanza Paraguas.
- b) *Ordenanza Ómnibus*. No ha sido una modalidad muy transitada. La inicié —salvo error u omisión por mi parte— el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz. Las ventajas de esta forma de actuar radican en la «unidad de acto» que implica aprobar todas las reformas de las Ordenanzas en una sola con un ahorro de plazos y trámites. Los inconvenientes proceden de la compleja lectura que para el ciudadano tiene un tipo de Ordenanza de esas características, que es un continuo remedo de Ordenanzas previas, lo que provoca un déficit de seguridad jurídica salvo que se lleve a cabo una refundición o publicación en su integridad de las Ordenanzas y Normas afectadas.
- c) *Ordenanzas sectoriales*. Es una modalidad de adaptación que tendría como hilo conductor el modificar una por una las diferentes Ordenanzas municipales y cualesquiera otras Normas afectadas por la Directiva de Servicios. La enorme ventaja es la claridad en el proceso de transposición y la seguridad jurídica que el mismo confiere. Los

inconvenientes pueden provenir de prolongarse en el tiempo el proceso de transposición. Un ejemplo típico de este tipo de Ordenanzas son las relativas a la Venta Ambulante.

- d) *Ordenanzas Mixtas (Horizontales y Sectoriales)*. Es una modalidad de Ordenanzas que ha ido proliferando en numerosas instancias locales y en otras entidades. Son Ordenanzas que tienen por objeto regular genéricamente las actividades de servicio y el régimen de acceso y ejercicio, así como la regulación de una serie de medidas horizontales, tales como la determinación de un régimen jurídico mínimo (normalmente ante la ausencia del legislador sectorial que no ha procedido a establecer tal régimen) de comunicación previa o de declaración responsable. Una de las primeras Ordenanzas en este sentido fue la del Ayuntamiento de Granada, posteriormente la Federación Andaluza de Municipios y Provincias optó por este sistema para una Ordenanza Tipo y, finalmente, la Federación Aragonesa de Municipios, Comarcas y Provincias ha elaborado un Modelo (abierto) de Ordenanza Horizontal y de Actividades de Servicios. Los inconvenientes más evidentes radican en su provisionalidad, esto es, su vigencia mientras el legislador sectorial no actúe. Y la ventaja mayor es que permite actuar a los entes locales aunque el legislador sectorial no haya intervenido, lo que exige en ocasiones dar preferencia aplicativa a la Directiva de servicios y a la normativa básica estatal frente a la anomia o mala adaptación del legislador autonómico.
- e) *Ordenanzas Fiscales*. La implantación de un nuevo modelo de intervención de las entidades locales sobre los prestadores supondrá, inevitablemente, la caída de determinados ingresos fiscales anudados a la obtención de licencias o de otro tipo de autorizaciones (principalmente, tasas). Ello hace necesaria la modificación de las Ordenanzas Fiscales para incorporar una tasa en los supuestos de las actividades administrativas de comprobación, inspección, supervisión y control como consecuencia de la sustitución del régimen de licencia por una comunicación previa o declaración responsable. La Ley de Haciendas Locales permite, en efecto, la implantación de tal tipo de tasas, pero se deben modificar las Ordenanzas Fiscales y prever, asimismo, su régimen jurídico. Las Ordenanzas Fiscales elaboradas por el Organismo Autónomo de Gestión Tributaria de la Diputación de Barcelona pueden ofrecer modelos de interés. También las Federaciones Andaluza y Aragonesa de Municipios han confeccionado tipos de Ordenanzas Fiscales con el fin de facilitar la tarea de los entes locales.
- f) *Otros tipos de adaptación*. Existen otros muchos tipos de adaptación de la normativa local a la Directiva de Servicios, pero básicamente

los tipos expuestos son los más significativos. En el Ayuntamiento de Córdoba (Boletín Oficial de la Provincia núm. 2, de 5 de enero de 2010), por ejemplo, se aprobó nada más entrar en vigor la Ley 17/2009 una Instrucción dirigida por el Alcalde a los diferentes servicios municipales en la que, bajo la forma de Bando, se explicitaba qué ámbitos y procedimientos habían quedado afectados por la Directiva de Servicios y la normativa básica estatal. Se trataba de una medida transitoria, pero que sin duda redundaba en la garantía del principio de seguridad jurídica y en el funcionamiento ordinario de la Administración municipal.

En suma, estos procesos de adaptación de la normativa local a las previsiones de la Directiva de Servicios y a la legislación básica pueden adoptar distintas formas, así como proyectarse sobre diferentes modos de regular sus contenidos. En cuanto a formas, no hay un patrón común, sino soluciones institucionales puntuales en cada caso. En mi opinión, las mejores formas de adaptación son las modalidades de Ordenanzas sectoriales, las Ordenanzas mixtas (Horizontales y sectoriales) y, obviamente como necesarias, las Ordenanzas Fiscales. Imaginativa, aunque sea una solución transitoria, es la Instrucción del Ayuntamiento de Córdoba. Y de calidad técnica contrastada —aunque es una transposición muy limitada en sus contenidos— es la Modificación de la Ordenanza Municipal reguladora de las licencias de instalación y de apertura o funcionamiento de establecimientos y actividades del Ayuntamiento de Granada.

Pero, en todo caso, se ha de tener en cuenta que cualquier proceso de adaptación de Ordenanzas locales debe partir del marco legislativo y normativo sectorial existente en cada Comunidad Autónoma, pues al fin y a la postre es esa legislación sectorial la que condicionará en última instancia las posibilidades efectivas de llevar a cabo una transposición ambiciosa o limitada de la propia Directiva de Servicios.

Tal como hemos visto, en el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón el problema procede principalmente —aunque no sólo— de la Ley de Urbanismo y de la regulación que se hace en la misma de la licencia de apertura. En efecto, puede suscitarse algún problema específico en primer lugar en lo que afecta a la licencia de apertura tal como está regulada en el artículo 232.1 de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón, pues allí se indica lo siguiente: «La licencia de apertura se exigirá para los establecimientos comerciales, industriales y de prestación de servicios que no precisen licencia ambiental de actividades clasificadas, y tenderá a asegurar que los locales e instalaciones reúnen las debidas condiciones de tranquilidad, seguridad y salubridad». Ni que decir tiene que esa regulación es reproducción casi literal (al menos parcial) del artículo 22.2 del Reglamento de Servicios de las Corpo-

raciones Locales. Pero, tal como se ha visto, dada la modificación producida por el Real Decreto 2009/2009, que ha dado nueva redacción al artículo 22.1 del citado Reglamento, cabe considerar que esa regulación básica desplaza a la autonómica y que, por consiguiente, la licencia de apertura en ese tipo de establecimientos puede ser perfectamente sustituida por decisión municipal por una declaración responsable o una comunicación previa. Por tanto, esta licencia puede ser perfectamente eliminada —de acuerdo con lo previsto en el artículo 22.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y de los principios de la Directiva de Servicios y de la Ley 17/2009— en virtud de las potestades normativas locales, pues si se trata de actividades exentas o inocuas es obvio que no hay una razón imperiosa de interés general que justifique su mantenimiento y que no puedan ser sustituidas por una declaración responsable o una comunicación previa.

Por tanto, a través de la potestad normativa municipal (dada la inacción del legislador sectorial autonómico) se debería dar prevalencia aplicativa a la Directiva de servicios y a la legislación básica del Estado, interpretando que esa normativa autonómica sectorial ha quedado desplazada por la legislación básica del Estado o, sencillamente, es inaplicable por contradecir frontalmente lo previsto en el Derecho de la Unión Europea. Caso contrario, las posibilidades de interpretar adecuadamente ese régimen de licencia de apertura por parte de los municipios sería sencillamente inviable. Es cierto que esa Ley 3/2009 no ha sido directamente modificada por el Decreto Ley 1/2010, pero no lo es menos que la habilitación genérica que lleva a cabo el artículo 194 bis de la Ley de Administración Local de Aragón puede ofrecer una cobertura suficiente para afectar a ese tipo de licencias de apertura que difícilmente pueden sostenerse en estos momentos. Lo más razonable sería que, por criterios obvios de seguridad jurídica, el legislador sectorial aragonés en materia de urbanismo procediera a adaptar esos regímenes de licencias a la propia Directiva de Servicios y a la legislación básica del Estado. Lo mismo cabe decir de la necesaria e imprescindible adaptación (radical) del REBASO a la normativa comunitaria.

Y el mismo planteamiento podría ser llevado a cabo en lo que afecta a aquellas licencias de funcionamiento en espectáculos públicos y actividades recreativas que no tengan ningún tipo de incidencia medioambiental.

Obviamente, el poder normativo local —siempre respetuoso con las previsiones establecidas por el legislador— puede hallarse en una difícil encrucijada, pero el problema no es sólo de quién es la responsabilidad en caso de incumplimiento, sino también de que el gobierno local debe aplicar rectamente el Derecho de la Unión Europea y la propia legislación básica del Estado, y en un ordenamiento jurídico tan complejo como el nuestro se debe revitalizar la capacidad normativa local para adoptar, en determinadas circunstancias



y casos, decisiones normativas que, aunque aparentemente contradigan la ley sectorial, están basadas en un recto entendimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión Europea y de la aplicación preferente de éste en caso de colisión, así como de la aplicación de una legislación básica que es posterior en el tiempo a la legislación autonómica. Los modelos de Ordenanzas publicados —a efectos de ayuda institucional— por la FAMCP van en esta línea. No es, de todos modos, un tema sencillo ni fácil de resolver y si el legislador aragonés no lo remedia puede ser una fuente de conflictividad jurídica futura.

## V. REFLEXIONES FINALES

Algunas entidades locales están en estos momentos llevando a cabo un proceso de adaptación normativa a la Directiva de Servicios. Ciertamente, otras muchas ni siquiera han comenzado a dar los primeros pasos, pero tendrán que hacerlo. Está siendo un proceso lento, desigual y muy condicionado por la actuación o inacción del legislador sectorial autonómico en cada Comunidad Autónoma.

No es momento todavía de hacer un balance. Estamos todavía en una fase prematura, sin perjuicio de que hayamos superado con creces los umbrales temporales marcados en la propia Directiva de Servicios. Nadie les ha dado un prórroga, aunque en general la práctica totalidad de las entidades locales se la han auto concedido. El cambio es de tal magnitud y las incertidumbres son tantas, que se ha impuesto la prudencia o, lo que es peor, un compás de espera a ver si se clarifica algo el confuso panorama.

La impresión generalizada, al menos después de observar algunos procesos de adaptación local en diferentes Comunidades Autónomas, es que se está produciendo un fenómeno peculiar. En primer lugar, se han puesto en marcha procesos de adaptación que tienen soluciones muy dispares, según municipios. Esta diversidad unas veces obedece a la diferenciación de los marcos normativos autonómicos sectoriales de referencia, pero otras encuentra su explicación en decisiones normativas autónomas de cada entidad local. La paradoja de este proceso es que se persigue una liberalización del acceso y de la prestación de servicios, pero en las entidades locales se está ejerciendo la potestad normativa de forma muy desigual, con lo que los marcos reguladores pueden llegar a ser muy plurales y las soluciones normativas locales muy diferentes entre sí. Este ejercicio, que se puede justificar en la propia autonomía local, debería ser corregido o, al menos, suavizado, mediante sistemas de cooperación local de carácter horizontal o por medio de la elaboración de propuestas o modelos normativos (relativamente) homogéneos por parte de

las asociaciones de municipios y provincias, de las Diputaciones provinciales o del resto de gobiernos locales intermedios, sin que ello fuera obstáculo a que posteriormente sobre esos marcos se pudieran adoptar por parte de cada entidad determinadas soluciones políticas diferentes.

Estos marcos heterogéneos, sobre todo si son muy intensos, pueden representar nuevos obstáculos o barreras a la libertad de establecimiento y prestación de servicios. No dejan de ser paradójicas, por ejemplo, las diferentes soluciones que se están dando, en función de la legislación autonómica o de las Ordenanzas locales, a la utilización de la comunicación previa o de la declaración responsable como medios de sustitución de los regímenes de autorización. Los legisladores sectoriales y las propias Ordenanzas locales optan indistintamente por una u otra fórmula, y además en ocasiones con contenidos muy diferentes. No es momento de tratar esta cuestión, pero ciertamente aquí hay un grave problema a resolver.

En suma, el proceso iniciado será largo y complejo. La adaptación normativa sólo es el primer paso de ese proceso. Aún así, en el ámbito local —por las razones expuestas— se está demorando en exceso. Muy posiblemente, dadas las implicaciones que tiene ese «cambio de paradigma» y la necesidad de adecuar las mentalidades y la organización a ese resultado, en una primera fase veamos (estamos viendo ya) transposiciones excesivamente prudentes, con cambios de decorado, con escasa valentía y hasta cierto punto temerosas o, incluso, como ya se ha señalado, «tramposas».

Es lógico que así sea, puesto que las resistencias al cambio son (y serán) en esta materia enormes. Los políticos no se plantean el problema. Los funcionarios están adaptados a una forma de hacer las cosas que tradicionalmente se asentaba en la figura de la licencia. La organización administrativa está construida bajo esos parámetros. Las funciones de inspección, supervisión y control se ejercían, pero normalmente cuando había una denuncia o se producía un hecho que requería tal intervención. No ha sido tradicional potenciar los servicios de inspección, puesto que la actividad administrativa principal era anterior a la puesta en marcha de la actividad de servicios.

Lo cierto es que los indicadores comparados muestra que en España iniciar una actividad de servicios es una tarea ímproba y nuestra competitividad padece muchos enteros. Cambiar ese estado de cosas no será fácil, pero no es que sea necesario, sino que es inevitable. Habrá que buscar puntos de equilibrio, llevar a cabo una adaptación por fases, inicialmente prudente y paulatinamente más ambiciosa, adecuar la organización y las personas a tales objetivos y, en fin, ordenar la transición. Dicho de otra manera: se debe apostar por un cambio planificado y gradual en el proceso de adaptación normativa (y no normativa) de la Directiva de Servicios por parte de nuestros

gobiernos locales. Para alcanzar el éxito (o, al menos, los resultados mínimos exigidos) es necesario que mejore muchos enteros la legislación sectorial autonómica, funcionen los instrumentos de cooperación horizontal y vertical, se articule correctamente la asistencia técnica a los municipios por parte de los gobiernos locales intermedios y, por último, los políticos locales y los altos funcionarios asuman la importancia que tienen las actividades de servicio para el desarrollo económico y la mejora de la competitividad de su propio territorio. Toda reforma institucional que vaya en esta dirección mejorará las infraestructuras sociales de las entidades locales y abundará —cabe presumir— en la mejora de la competitividad y en un mayor desarrollo económico, que en estos tiempos de crecimiento tan anémico buena falta nos hace. Tarea difícil, pero inaplazable.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2009): *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios*. El LIBRO MARRÓN, Círculo de Empresarios/BBVA, Madrid, octubre.
- ARAGONÉS BELTRAN, E. (2010): «Las repercusiones tributarias de la Directiva de Servicios en el ámbito local», en *Cuadernos de Derecho Local* núm. 23.
- DE LA QUADRA SALCEDO, T. (director) (2009): *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006, relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid.
- DE LA QUADRA SALCEDO, T. (2009): «La Directiva de Servicios y la libertad de empresa», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7.
- DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. (2008): «Quo Vadis Bolkenstein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?», en *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 22.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2008): «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», en *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 22.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (2009): «La transposición de la Directiva de Servicios: aspectos normativos y organizativos en el Derecho español», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 32.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2010), *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho interno*, IVAP, Oñati.

- LAGUNA PAZ, J. C. (2009): «Directiva de Servicios: el estruendo del parto de los montes», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, Madrid.
- MAHILLO GARCÍA, P. (2010): «La incidencia de la Directiva de Servicios en la normativa local y el proceso de adaptación de la misma», en *Cuadernos de Derecho Local* 23.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2009), «Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios», en *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, núm. 21.
- (2010): «Las regulaciones por silencio (cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9.
- PAREJO ALFONSO, L. (2009): «La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkenstein. La interiorización, con paraguas y ómnibus, de su impacto en nuestro sistema», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6.
- PARICIO RALLO, E. (2009): «Cuestiones jurídicas sobre la aplicación de la Directiva de Servicios», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 21.
- (2010): «La aplicación material de la Directiva de Servicios», en *Cuadernos de Derecho Local* núm. 23.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. (2010), «De la intervención administrativa previa al control a posteriori: la reforma de procedimiento administrativo común a consecuencia de la directiva de servicios», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2.
- RIVERO ORTEGA, R. (Director) (2009): *Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Cívitas/Thompson Reuters, Madrid.
- RIVERO ORTEGA, R. (2009): «Reformas de Derecho Administrativo para 2010: la difícil transposición de la Directiva de Servicios en España», en *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 34.
- RODRÍGUEZ FONT, M. (2010): «Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local», en *Anuario del Gobierno Local 2009*, Institut de Dret Públic/Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona.
- TÁBOAS BENTANACHS, M. (2010): «La proyección de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, se 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, en los ámbitos urbanístico y medio ambiental», en *Cuadernos de Derecho Local* núm. 23.

- TORRES COBAS, F. (2009): «Los desafíos de la 'Directiva Bolkenstein' para las entidades locales: el adiós a las licencias y el posible renacer de las ordenanzas locales».
- (2010): «Problemas para una correcta transposición de la Directiva de Servicios al ordenamiento local», en *Anuario del Gobierno Local 2009*, Institut de Dret Públic/Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona.
- URRUTIA LIBARONA, I (2010): *Marco jurídico del libre acceso a las actividades de servicio y de ejercicio en la Comunidad Autónoma del País Vasco*, IVAP, Oñati.



# NUEVO MARCO JURÍDICO PARA LA GESTIÓN PÚBLICA LOCAL

FRANCISCA VILLALBA PÉREZ

*SUMARIO: I. CAUSAS DE LA REFORMA.– II. PRESUPUESTOS DE PARTIDA QUE ADELANTAN LA NECESIDAD DE LA REFORMA: 1 Evolución social. Nuevo papel de la Administración. 2. Efectos transversales del principio de buena administración y de las técnicas de concertación.– III. MEDIDAS QUE IMPULSAN EL CAMBIO DE MARCO JURÍDICO.– IV. CONCRECIÓN DE LAS MEDIDAS Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS: 1 Nuevas técnicas y principios de intervención. 2. Simplificación de procedimientos. 3. Sistema de ventanilla única. 4. Cooperación administrativa.– V. NECESIDADES SOCIALES A CUBRIR. JUSTIFICACIÓN DE LAS NUEVAS MEDIDAS Y OBJETIVOS PERSEGUIDOS: 1. Objetivos perseguidos por la reforma. 2. Necesidades sociales a cubrir.– BIBLIOGRAFÍA.*

*RESUMEN:* La integración de España en la UE exige a las autoridades locales acatar determinadas reglas que hasta hace poco no habían sido las habituales en su gestión. La Directiva 2006/123/CE, al promover un espacio sin fronteras en el que esté garantizada la libre circulación de servicios, impone un cambio sustantivo y formal en la posición y funcionamiento de las Administraciones, obligándoles a eliminar barreras de acceso, simplificar procedimientos y mejorar los sistemas de información y comunicación. Ello conforma un nuevo panorama de la gestión pública local que exige nuevas pautas de actuación y una nueva reestructuración procedimental y organizativa.

*Palabras clave:* actividades de servicio; eliminación de barreras; simplificación; razón imperiosa de interés general; autorización; ventanilla única; cooperación.

*ABSTRACT:* The integration of Spain into the EU requires that local authorities respect certain rules that until recently were not customary in their administration. By promoting a border-free space in which the free movement of services is guaranteed, Directive 2006/123/EC imposes a substantive and formal change in the position and operation of the Administrations, obligating them to eliminate access barriers, simplify procedures and improve information and communication systems. Thus, a new panorama of local public administration is shaped, and it demands new standards of action and a new procedural and organizational restructuring.

*Key words:* service activities; elimination of barriers; simplification; overriding reasons related to public interest; authorization; point of single contact; cooperation.

## I. CAUSAS DE LA REFORMA

La integración supranacional de España en la Unión Europea exige a las autoridades locales acatar ciertas reglas que hasta hace poco no habían sido las habituales en su gestión. El Derecho comunitario no puede desplegar sus competencias de forma aislada y separada, requiere una cooperación funcional en clave vertical entre la Comisión Europea y los Estados miembros y en clave horizontal entre todas las autoridades nacionales. Y en este contexto las entidades locales han de asumir el papel que les corresponde (1).

Una de las exigencias que en la actualidad impone el Derecho comunitario implica un cambio sustantivo y formal en la posición, organización, y funcionamiento de las Administraciones públicas en relación al acceso y control del ejercicio de actividades de servicios (2). El objetivo comunitario es favorecer la libre prestación de servicios y el derecho de establecimiento en el mercado interior mediante la simplificación de procedimientos, la supresión de trámites innecesarios y la mejora de los sistemas de información y comunicación. Exigencia que, indudablemente, afecta al modelo de gestión pública local vigente hasta hoy (3).

---

(1) El Derecho comunitario exige el respeto a las reglas que impone el Tratado con independencia de la calificación jurídica de la actividad y de su trascendencia económica o ámbito de actuación. No cabe entender que por la menor relevancia económica de la actuación local, las normas comunitarias tienen una aplicación limitada en este ámbito. Ha sido un tópico admitido, incluso por la Comisión Europea, que en el ámbito local el Derecho comunitario podían tener menor incidencia que en otros ámbitos territoriales.

(2) La Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante DS), va a tener un enorme impacto en la cultura jurídico-administrativa y se espera que produzca profundos cambios en los hábitos de las Administraciones. Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2007): «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», en *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 22, pp. 189-197; PAREJO ALFONSO L (2009): «La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkenstein: la interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema», en *El Cronista del Estado social y democrático de derecho* nº 6, pp. 34-41; DE LA QUADRA SALCEDO, T. (2009): «La Directiva de servicios y la libertad de empresa», en *El Cronista del Estado social y democrático de derecho* nº 7, pp. 46-61; LAGUNA DE PAZ, J. C. (2009): «Directiva de servicios: el estruendo del parto de los montes», en *El Cronista del Estado social y democrático de derecho* nº 6, pp. 42-51; MUÑOZ MACHADO, S. (2010): «Las regulaciones por silencio (cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)», en *El Cronista del Estado social y democrático de derecho* nº 9, pp. 70-79.

(3) La novedad en esta ocasión es que las modificaciones, que hasta ahora se había hecho por sectores, se plantean con carácter general para cualquier actividad económica por cuenta propia que se preste mediante remuneración. Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. (2008): «La Directiva de Servicios ¿una revolución?», en *Noticias Universidad de Navarra*, [www.unav.es/noticias/opinion/](http://www.unav.es/noticias/opinion/); LINDE PANIAGUA, E. (2008): «Notas sobre el objeto, ámbito y reglas de aplicación de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, número dedicado a la Directiva de servicios, pp. 35-46.



Para conseguir el mencionado objetivo la Directiva 206/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante DS), de acuerdo con lo establecido en los artículos 14.2, 43 y 49 TCE (4), pretende promover un espacio sin fronteras en el que esté garantizada la libre circulación de servicios entendida en un doble sentido: libertad de establecimiento y libre prestación dentro de la Unión Europea.

El cumplimiento de esta finalidad afecta de forma directa a una de las instituciones básicas del Derecho Administrativo, la técnica autorizatoria, que en el ejercicio de actividades económicas se verá sustituida por comunicaciones previas y declaraciones responsables del prestador (5). De forma que de ahora en adelante la técnica de intervención utilizada por la Administración local para el control de una actividad debe ser siempre la de carácter menos restrictivo respecto a la libertad de quienes se ven sometidos a dicho control (6). Transformando la actuación administrativa previa en una actividad de comprobación, verificación, investigación e inspección, que viene a compensar la supresión de controles previos (7). Ello conforma un nuevo panorama de la gestión pública local que implica nuevas pautas de actuación y funcionamiento, afectando a la ordenación y organización administrativa interna, a su proyección exterior, a las técnicas de relación con los ciudadanos (8), a la tramitación de los expedientes, y a los mecanismos de responsabilidad, etc.

---

(4) Hemos utilizado la versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) porque creemos que todavía hoy sus preceptos son más reconocidos que los del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Recordando que el artículo 14.2 TCE forma parte del artículo 26.2 TFUE; el artículo 43 TCE del artículo 49 TFUE; y el artículo 49 TCE del artículo 56 TFUE.

(5) Hasta ahora para ejercer en cualquier ámbito sectorial se exigía una autorización administrativa previa como título jurídico habilitante de la actividad, sin embargo, a partir de ahora existirá un nuevo esquema de funcionamiento, en el que lo excepcional serán las autorizaciones administrativas y la regla general quedará marcada por las comunicaciones previas que se constituyen en los nuevos títulos de habilitación para el ejercicio de la actividad. Véase PALOMAR OLMEDA, A. (2010): «Directiva de servicios y Administración electrónica: dos nuevos retos para las Administraciones públicas y un cambio profundo en su régimen de actuación», en *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 789, mayo de 2010, p. 6.

(6) Cualquier medida administrativa que someta el derecho de establecimiento y/o la libre prestación de servicios a autorización, certificación, homologación o licencia, deberá estar sujeta a tres condiciones: a) no podrá ser discriminatoria por razón de la nacionalidad; b) tendrá que estar justificada en una razón imperiosa de interés general; y c) deberá respetar el principio de proporcionalidad, esto es, que no exista otra medida administrativa menos restrictiva.

(7) Se pretende en cierto modo actualizar nuestro modelo de intervenciones públicas en la economía adaptándolo al modelo que impone el Derecho comunitario. Sobre este tema véanse PAREJO ALFONSO, L. (2009): «La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkenstein: la interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema», op., cit., p. 37; DE LA QUADRA SALCEDO, T. (2009): «La Directiva de servicios y la libertad de empresa», op., cit., p. 49.

(8) La DS impone un modelo de relación jurídico-administrativa que favorece y facilita el ejercicio de las libertades económicas de libre prestación de servicios y derecho de establecimiento.

Pero además, los avances tecnológicos imponen a la Administración local la necesidad de reconfigurar y simplificar los procedimientos administrativos, al establecer el artículo 34 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (9), que la aplicación de medios electrónicos a la gestión de los procedimientos irá siempre precedida de la realización de un análisis de rediseño funcional y simplificación.

Se avecinan también nuevos planteamientos y orientaciones en la actuación pública local como reflejo del principio de «desarrollo sostenible», reforzado en la Estrategia de Lisboa (10) con la finalidad de establecer un mayor equilibrio entre las legítimas aspiraciones de crecimiento económico y la utilización racional de los recursos naturales, es decir, con la intención de aunar los intereses generales de protección y conservación de bienes públicos, con los particulares de los sectores implicados (11). En la defensa de este objetivo se argumenta que el concepto de desarrollo trasciende lo puramente económico para incorporar dimensiones sociales que otros indicadores económicos no tienen en cuenta, como la mejora del bienestar, la educación,

---

(9) Que faculta a los ciudadanos a ejercer con plenitud sus derechos por medios electrónicos en cualquier procedimiento y actividad de competencia de la Administración. No obstante, la disposición final tercera de la Ley 11/2007, establece un régimen especial de aplicación para el ámbito local, de forma que el ejercicio de los derechos a la información y tramitación electrónica que se reconoce a los ciudadanos, será exigible a partir de 31 de diciembre de 2009 sólo si lo permiten las disponibilidades presupuestarias de la entidad local. Sin embargo, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, impone la puesta en marcha de la administración electrónica sin dilación ni excepciones posibles en lo que se refiere al establecimiento y prestación de servicios. Véase en el ámbito estatal el Real Decreto 1671/2009, de 18 de noviembre, que desarrolla parcialmente la Ley 11/2007.

(10) La Estrategia de Lisboa, conocida también como Agenda o Proceso de Lisboa, es un plan de desarrollo de la Unión Europea que incluye una dimensión económica y social con aspectos de protección medioambiental, vinculados a la noción de «desarrollo sostenible». El Tratado de Reforma de la UE firmado en Lisboa en 2007 añade la cohesión territorial como tercer objetivo de la Unión Europea, además de la cohesión económica y social. Este nuevo objetivo intenta abordar las disparidades territoriales que afectan a la competitividad global de la economía europea. Prioridad que refuerza el papel del ámbito local.

(11) Se basa la Estrategia de Lisboa en tres pilares:

- Un pilar económico, que debe preparar la transición hacia una economía competitiva, dinámica y basada en el conocimiento; haciendo hincapié en la necesidad de adaptarse continuamente a la evolución de la sociedad de la información y en los esfuerzos que deben hacerse en el terreno de la investigación y el desarrollo;
- Un pilar social, que permita modernizar el modelo social europeo gracias a la inversión en recursos humanos y a la lucha contra la exclusión social; para ello se insta a los Estados miembros a que inviertan en educación y formación y a que pongan en práctica una política activa para el empleo con el fin de facilitar el paso a la economía del conocimiento;
- Un pilar medioambiental, para que el crecimiento económico no vaya asociado a la utilización y degradación de los recursos naturales.

salud, igualdad de oportunidades, etc. Si estas aspiraciones tienen en cuenta la limitación de los recursos naturales e intentan alcanzarse respetando el medio ambiente, se considera que el desarrollo será sostenible (12). También aspira la Agenda de Lisboa a establecer relaciones más equitativas entre el ámbito urbano y el ámbito rural, para asegurar que quienes habitan en áreas rurales cuenten con servicios de calidad similares a los que habitan en las ciudades (13).

Por otra parte, la Administración local se ha convertido en una realidad plural y compleja que no puede ser entendida de forma uniforme desde exclusivos parámetros y determinaciones legales (14). Importa articular correctamente las necesidades sociales y al conjunto de actores que integran su ámbito territorial con una distribución acertada de cometidos, técnicas de coordinación y contrapoderes (15). Esta diversidad de sujetos que confluyen en el quehacer público local reclama una nueva forma de concebir la posición de la Administración en su relación con los ciudadanos, lo que requiere de instrumentos válidos y eficaces para mejorar la gestión pública local (16). Es necesario por ello establecer estrategias de coordinación previamente consensuadas entre los agentes implicados que aporten mayor eficacia y corresponsabilidad social.

Y es que la Administración local, al ser la más cercana y próxima al ciudadano, es también la más afectada por los cambios sociales. Nuestro entorno geográfico vive hoy un intenso proceso de reconfiguración y adapta-

---

(12) Vid., la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de marzo de 2009, sobre el impacto del urbanismo extensivo en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario. Sobre el contenido de dicha Resolución puede verse el comentario de SÁNCHEZ BLANCO, A. (2009), *REALA* nº 310, pp. 9 a 38.

(13) La Ley 45/2007, de desarrollo sostenible del medio rural, incluye medidas de fomento de desarrollo económico, de mejora de las infraestructuras, la prestación de servicios públicos de mayor calidad, de desarrollo ambiental y de dinamización de todo el tejido social en el ámbito rural.

(14) Existe una clara necesidad de reformar el Derecho administrativo por la distancia creada entre su construcción dogmática y su vertiente jurídico-positiva. Véase PAREJO ALFONSO, L. (2010): «Problemas actuales del Derecho Administrativo», en *El Gobierno local. Estudios en homenaje al profesor Luis Morell Ocaña*, Madrid, Iustel y Cosital, p. 956.

(15) Las nuevas concepciones del Derecho Administrativo intentan superar la visión estrictamente formal que legitima la actuación administrativa como mero cumplimiento neutral y objetivo de la norma, situando al ciudadano en el centro de la preocupación de las normas que ordenan la actividad de la Administración.

(16) Conceptos como gobernanza (*governance*) y nueva gestión pública (*new public management*) aluden a los cambios sustantivos producidos en el Derecho Administrativo en muchos Estados europeos durante las pasadas dos décadas. Sobre las mutaciones del Derecho Administrativo puede verse la obra colectiva *The Transformation of Administrative Law in Europe/La mutation du droit administratif en Europe*, M. Ruffert, Munich, European Law Publishers, 2007.

ción de las instituciones públicas a los cambios sociales y económicos (17), y en esta reconversión destaca cada vez más el papel clave que ejerce el ámbito local (18).

Todo ello brinda una magnífica ocasión a la doctrina jurídico-administrativa para reflexionar de forma sosegada y serena sobre la necesaria reforma del sistema jurídico-administrativo (19). Si hace algo más de tres décadas, GARCÍA PELAYO (1977) acuñó entre nosotros la expresión «transformaciones del Estado contemporáneo» para subrayar la plural y diversa naturaleza de los cambios que se avecinaban en el sistema público, en la actualidad se vuelve a percibir la necesidad de una nueva generación de reformas y de la nada despreciable renovación dogmática del Derecho Administrativo (20).

Y aunque la intención de este trabajo es mucho más modesta, sí pretende reflejar la implantación de nuevas pautas y reglas de organización y funcionamiento de la Administración local, así como incidir en las consecuencias que

---

(17) Son muchas las transformaciones que directa o indirectamente afectan hoy al ámbito local:

— *Fenómenos demográficos y económicos*. El envejecimiento de la población, los movimientos migratorios y los problemas de cohesión inherentes a éstos; la necesidad de impulsar un desarrollo económico que pueda paliar los devastadores efectos del desempleo, entre otros.

— *Fenómenos sociales*. La aparición de nuevos hábitos y necesidades sociales implica la modificación de las demandas ciudadanas y la forma de prestar los servicios locales; la creciente sensibilidad hacia aspectos medioambientales; el impacto del desarrollo tecnológico; nuevas formas de ocio, etc.

— *Fenómenos políticos*. Cada vez más la globalización difumina el papel de las instancias administrativas superiores intensificando el interés del ciudadano por los asuntos locales y mundiales; los efectos de la integración en ámbitos supranacionales.

(18) El municipio hoy se ve obligado a asumir responsabilidades que le imponen las transformaciones sociales, políticas y económicas, sin que en muchos casos se vean acompañadas de la correspondiente asignación de los recursos necesarios. Desarrollan sus actividades en un entorno globalizado al servicio de una sociedad compleja en continuo cambio.

(19) PAREJO ALFONSO (2010) pone de manifiesto la necesidad de una reforma en la ciencia jurídico-administrativa, señalando que en la actualidad falla su función de ordenación, orientación y puesta a disposición de categorías, institutos y técnicas que permitan afrontar las demandas actuales. Lo que explica el recurso al tratamiento sectorializado de las instituciones jurídico-administrativas, en muchas ocasiones a título de mero comentario. Tratamiento en todo caso insatisfactorio por la insuficiencia del edificio dogmático general carente, por ahora, de verdaderas repercusiones retroalimentadoras («Problemas actuales del Derecho Administrativo», en *El Gobierno Local. Estudios homenaje al profesor Luis Morell Ocaña*, Madrid, Iustel y Cosital p. 958).

(20) Algunas instituciones jurídico-administrativas deberían superar su exclusivo planteamiento sectorial para ser abordadas de forma integral. Todo lo que permita transversalizar e integrar una actuación administrativa más eficaz constituirá un buen activo de futuro. Véase SCHMIDT ASSMANN (2006): «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos», en J. BARNÉS, *Innovación y reforma del Derecho Administrativo*, Sevilla, Editorial Derecho Global, pp. 28 y ss.

sobre la gestión pública local tienen las últimas modificaciones normativas. Para ello, dedicaremos una primera parte a los presupuestos de partida que adelantan la necesidad de una reforma, pasando posteriormente a analizar los efectos transversales del principio de buena administración y de las técnicas de concertación (II). A esta visión genérica de las reformas, le sigue un tratamiento más específico de las medidas que impulsan el cambio de marco jurídico (III), la concreción y efectos de esas medidas (IV), y los objetivos y necesidades sociales a cubrir (V).

## II. PRESUPUESTOS DE PARTIDA QUE ADELANTAN LA NECESIDAD DE UN CAMBIO

Muy clarificador resulta el diagnóstico que hace dos décadas realizó el profesor PAREJO ALFONSO (1991: p. 17) (21) al señalar la necesidad de un replanteamiento del Derecho Administrativo para adaptarlo a las exigencias a las que se enfrentaba el Estado globalmente configurado (22). Especificando que la necesidad de reforzar la actuación administrativa del lado de la coordinación y ponderación, priorización y armonización de intereses y objetivos, supuso la pérdida de importancia de las intervenciones de corte más tradicional en la actividad de los ciudadanos, en detrimento, no sólo de la acción autoritaria y coactiva, sino también de la prestacional al uso. Esta transformación, consecuencia lógica de los cambios experimentados en las funciones, tareas y estructuras del sector público (23), afectó al agotamiento de muchas de las instituciones que regían las relaciones ciudadano-poder público en los dos últi-

---

(21) L. PAREJO ALFONSO (1991): *Crisis y renovación del derecho público*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 17 y ss.

(22) Que encomienda su acción de integración social preferentemente a la Administración pública como instrumento operativo. Con el fenómeno de la globalización mientras la Administración estatal ve reducida su capacidad de intervención a través de los instrumentos clásicos de ordenación de la economía, la gestión pública local, por el contrario, incrementa su quehacer con la incorporación de nuevos valores (como los medioambientales) y con los procesos de liberalización y descentralización de servicios.

(23) Pone de relieve PAREJO ALFONSO (1999) que los mecanismos administrativos requieren una actualización y una nueva visión de la Administración pública —por tanto, también de la dogmática jurídico-administrativa— para adaptarse a las condiciones constituciones y sociales en las que se desenvuelve, superando así la perspectiva que nos imponen los esquemas y categorías elaborados en el Estado de Derecho clásico. Véanse «El Estado como poder y el Derecho regulador de su actuación, hoy: algunas de las transformaciones en curso», trabajo presentado al III Congreso Internacional del CLAD sobre la reforma del Estado y de la Administración Pública, *Revista del CLAD* nº 17, p. 163; También en «Problemas actuales del Derecho Administrativo», en *El Gobierno Local, Estudios en homenaje al profesor Luis Morell Ocaña*, op. cit., pp. 953-983.

mos siglos, determinando la necesidad de un replanteamiento y actualización de sus fundamentos y técnicas básicas.

Los presupuestos de partida aludidos por el profesor PAREJO ALFONSO (1999: pp. 163-164) fueron:

- a) El aumento y la diversificación de las tareas administrativas dinamita la rígida frontera entre actividades públicas y actividades privadas (24).
- b) La sociedad y sus sujetos comienzan a tener una relación con la Administración basada en lo que la dogmática alemana ha acuñado como «posición fundamental del ciudadano», centrada en la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad. Posición que aparece bajo una perspectiva material derivada de la titularidad de derechos subjetivos desde la que el ciudadano traba contacto con los poderes públicos. Del predominio de la relación jurídico-administrativa de sumisión y subordinación se pasa a una relación de participación, colaboración, cooperación y coordinación (25).
- c) La profunda evolución experimentada en las funciones administrativas, en una época caracterizada por la incertidumbre, los avances científicos-técnicos y el cambio continuo, incide significativamente en la posición de la Administración, descargando en ella un decisivo y activo papel de adaptación a las nuevas circunstancias sociales, con

---

(24) El creciente fenómeno de las relaciones de colaboración entre la Administración y el ciudadano no es una cuestión nueva, desde hace mucho tiempo existen convenios y contratos en determinados sectores: expropiaciones, sanidad, urbanismo, protección del medio ambiente. Sin embargo, en la actualidad estas relaciones se han intensificado. La Ley de Contratos del Sector público crea una nueva figura contractual, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y la Unión Europea en los últimos años ha decidido impulsar la cooperación entre el Estado y la sociedad, en campos como la normalización técnica, la autorregulación social, las telecomunicaciones, la energía, el desarrollo de nuevos alimentos y fármacos, etc., movimientos todos ellos que remiten a fórmulas cooperativas. Y una Administración cooperativa no puede servirse exclusivamente de una organización jerárquica y piramidal con medios de ejecución unilateral o con una organización cerrada, sino que ha de articularse mediante sistemas basados en el consenso y el acuerdo, en modelos y estrategias para dialogar, negociar y convencer. Véase el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones* de 30 de abril de 2004, COM (2004) 327.

(25) Desde este punto de vista al ordenamiento jurídico administrativo le es ineludible dar respuesta a esta necesidad de renovación de las relaciones Administración-ciudadano. Todos los sistemas y ordenamientos jurídicos administrativos han estado sometidos a una evolución continua —el Derecho administrativo es, por su propia naturaleza, una ciencia en continua evolución—. De ahí precisamente las dificultades que tradicionalmente ha encontrado la doctrina para definirlo. Véase su marco evolutivo en D'ALBERTI, M. (1992): *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, Il Mulino.

las repercusiones lógicas en los criterios organizativos y de actuación propios del Derecho Administrativo (26).

- d) El necesario equilibrio entre «estabilidad» y continuo «cambio» para proporcionar a la sociedad los elementos de seguridad y flexibilidad inmanentes al Derecho en cuanto orden social (27).

En esta dirección abundó el profesor SÁNCHEZ MORÓN (1994: p. 72) manifestando que dada la posición constitucional de la Administración al servicio de la sociedad, el *leiv motiv* del Derecho administrativo no debía inclinarse a la defensa a ultranza de los intereses individuales (personas, grupos, sociedades y entidades privadas). Tan importante como ese cometido es asegurar los medios organizativos y funcionales precisos para que la Administración pueda gestionar con corrección y eficacia los intereses comunes que la sociedad le confía (28).

Como podemos ver, casi dos décadas después de estas manifestaciones hoy se sigue percibiendo la necesidad de llevar a cabo la imprescindible reforma de las Administraciones públicas. Percepción agudizada hoy por los vertiginosos cambios políticos, económicos, sociales y jurídicos producidos en los últimos años.

## 1. Evolución social. Nuevo papel de la Administración

La Administración pública como herramienta operativa del Estado trata de garantizar el ejercicio de derechos, asegurar el cumplimiento de las obligaciones cívicas, y facilitar los servicios y necesidades básicas. Esta satisfacción de intereses individuales ha de verse acompañada de una atención eficaz y eficiente a los intereses colectivos para promover la necesaria cohesión

---

(26) Desde la Dogmática del Derecho Administrativo sorprende la amplitud, variedad y heterogeneidad de actividades que hoy la Administración se ve obligada a desarrollar, sin que alguna de ellas tenga suficiente encaje en las tradicionales formas de actuación administrativa contempladas hasta ahora. Ejemplo, la posición de la Administración pública ante la violencia de género, la exigencia de deberes administrativos ante el derecho de información de los ciudadanos, la protección de datos, el resurgimiento de valores medioambientales etc. Sobre este interesante tema véanse SCHMIDT-ASSMAN, E. (2003): *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción*, Madrid, Marcial Pons; BARNÉS, J. (2006): *Innovación y reforma del Derecho Administrativo*, Sevilla, Derecho Global; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2007): *La administración del Estado social*, Madrid, Marcial Pons.

(27) Vid., sobre este principio, CASTILLO BLANCO, F. (1998): *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, y el prólogo de L. PAREJO ALFONSO.

(28) Señalando el mencionado autor que tan nocivo será el abuso de poder y la falta de garantías individuales como la impotencia, parálisis e ineficacia de la Administración SÁNCHEZ MORÓN, M. (1994): *Discrecionalidad administrativa y control jurisdiccional*, Madrid, Tecnos. En la misma dirección CASTILLO BLANCO, ZAFRA VÍCTOR y VILLALBA PÉREZ (2003): «El municipio en América Latina. Reflexiones y propuestas», en *Revista de Estudios de la Administración Local (REAL)*, nº 291, p. 266.

social y la añorada solidaridad interterritorial, evitando la aparición de graves fracturas en el tejido social (29). Actúa, pues, la Administración como interlocutora necesaria entre el poder político y el mundo económico y entre aquél y la sociedad civil y, por ello, se ve directamente afectada por los cambios y evoluciones sociales (30). Los procesos de reforma administrativa se convierten así en mecanismos de acomodación de las estructuras y de los modos de funcionamiento de esa cambiante realidad social y económica.

Las nuevas exigencias que plantea un panorama económico más abierto, dinámico y competitivo requieren el desarrollo de medidas administrativas integrales que aborden la resolución de los problemas tomando en consideración las diferentes esferas territoriales y los diferentes ámbitos público, privado y social. Por esta razón se hace necesario establecer mecanismos de coordinación y cooperación entre los distintos sectores administrativos y los agentes del sector privado (31).

La implantación y desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación ponen de manifiesto las inmensas oportunidades que brindan a la gestión pública local para mejorar las relaciones con los ciudadanos, simplificando los procedimientos (32), facilitando el acceso a los documentos,

---

(29) Hasta hace poco tiempo las autoridades locales se implicaban poco en el desarrollo de sus territorios, eran otras Administraciones las llamadas a fomentarlo. Sin embargo, el cambio de modelo económico producido a final de los años setenta del pasado siglo, fomentado por la globalización, les obliga a repensar su papel, exigiéndoles afrontar situaciones de urgente necesidad económica y social. Y en esta situación, la Administración estatal empieza a mostrar un excesivo alejamiento y una falta de comprensión de la realidad productiva local, y son las autoridades locales las llamadas a tener un mayor protagonismo. Lo que conlleva que cada territorio encuentre su propia vía de crecimiento descubriendo los factores que lo hacen más competitivo. Sin embargo, las entidades locales no disponen de la fuerza necesaria para desplegar en solitario el papel dinamizador y de liderazgo que les corresponde. Sus actuaciones dependen de múltiples factores que difícilmente pueden controlar sin la ayuda de otras instancias y sectores, ya que la globalización de los mercados torna difícil la toma de decisiones locales.

(30) Las sociedades avanzadas se caracterizan por estar sometidas a procesos de cambios permanentes y relativamente rápidos. Su nivel de apertura, su potencial comercial e industrial y el impacto de los adelantos científico-tecnológicos, de los procesos de innovación y del desarrollo de las industrias de la cultura explican este estado de transformación continua en el que se hallan instaladas.

(31) La Administración General del Estado debería de asumir de una vez por todas su legítima función catalizadora de territorios mediante una adecuada articulación de los diferentes niveles de poder del sector público y el sector privado, permitiendo así una gestión eficaz y eficiente que huya de la estéril lucha competencial tan perjudicial para todos.

(32) En la pasada década fueron varias las normas y las propuestas normativas que se aprobaron en el ámbito europeo a favor de la simplificación administrativa: Informe de la OCDE de 1991 sobre las Administraciones públicas; Libro Blanco de la Comisión Europea, *Retos y pistas para entrar en el siglo XXI*; la Resolución del Consejo de 8 de julio de 1996, sobre simplificación legislativa y administrativa en el ámbito del mercado interior (DOCE C 224 de 1 de agosto de 1996); Recomendación de la Comisión núm. 97/344/CE, de 22 de abril de 1997, sobre mejora y simplificación para la creación de nuevas empresas.



ampliando los puntos de conexión y suprimiendo trámites innecesarios. No cabe duda que la mejora de la relación jurídico-administrativa pasa por dotar de mayor fluidez al marco regulatorio, haciéndolo más sencillo, menos complejo y sin pérdida de garantías (33).

Y esta dinámica de cambio jurídico-administrativo implica valorar también el factor tiempo. La autoridad administrativa local empieza a tomar conciencia de que la atracción de inversiones para su territorio pasa de forma prioritaria por dotarse de una gestión eficaz y ágil. Por lo que es necesario contar con un ordenamiento simple y preciso en un entorno competitivo y con una actuación administrativa transparente que aumente la productividad, cree riqueza y eleve los niveles de empleo (34). Se trata de articular una tramitación más ágil y rápida de los procedimientos que incidan en la vida ordinaria de los ciudadanos, y de introducir alternativas que armonicen el interés individual propio y legítimo de los empresarios y ciudadanos, con el interés general que está obligada a defender la Administración local y que consiste también en mejorar las condiciones de competitividad de las empresas ubicadas en el ámbito territorial en el que le corresponde ejercer.

Ahora bien, las medidas simplificadoras de la gestión pública local han de tener muy presente el equilibrio de los valores que se verán afectados. Los intereses más fuertes, los vinculados al ejercicio de la iniciativa económica, que reclaman celeridad en un entorno competitivo, no deben ser los únicos a tener en cuenta. El Derecho administrativo y, por tanto, la gestión pública local al que queda sometida, deben mantener su función de equilibrar tensiones, de buscar el punto justo entre intereses generales diversos: celeridad y buena administración; celeridad y seguridad jurídica. Las exigencias de agilidad y simplificación de la gestión pública local requieren la plena

---

(33) La doctrina jurídico-administrativa realizó sus aportaciones en la pasada década sobre la simplificación de la actuación administrativa. Pueden verse entre otros los trabajos de CERULLI IRELLI (1997): «La simplificación administrativa», en *Revista de Documentación Administrativa* núm. 248-249, págs. 337 y ss; VESPERINI, G. (1998): «La semplificazione dei procedimenti amministrativi», en *RTDP* núm. 3; SANDULLI, A. (1998): «La semplificazione», en *RTDP* nº 3, así como los trabajos publicados en la obra colectiva dirigida por el profesor L. VANDELLI y G. GARDINI (1999): *La semplificazione amministrativa*, Quaderni Della SPISA, Bologna, Maggioli, pp. 11 y ss. En esta obra se incluye un trabajo de T. FONT I LLOVET sobre el caso español.

(34) Esta necesidad se ha hecho evidente en el Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crea un Fondo Estatal de Inversión Local para la dinamización de la economía y el empleo. Para su aplicación ha sido necesario incluir medidas extraordinarias y urgentes de celeridad y agilidad en la tramitación de los procedimientos administrativos, reduciendo y acortando plazos y fases procedimentales con la idea de conseguir el objetivo perseguido: la rápida creación de empleo. Véase PORTA PEGO, B. (2010): «Algunas consideraciones en torno al Fondo Estatal de Inversión Local», en *El Gobierno Local. Estudios homenaje al profesor Luis Morell Ocaña* (Coordinador Ruiz Ojeda A.), Madrid, Iustel y Cosital, 2010, pp. 931-950.

compatibilidad con los fines fundamentales del Derecho Administrativo que no pueden desconocerse: por un lado, respeto, protección y garantía de los derechos e intereses de los sujetos implicados; por otro, la garantía de una buena administración.

Todo ello obliga a un nuevo enfoque sobre el papel de la Administración pública situándola como instrumento objetivo al servicio eficaz y eficiente del interés general. Afrontar hoy la necesaria reforma del sector público estatal, autonómico y local no sólo es imprescindible para reducir el desbocado gasto público (35), sino para convertir a la Administración en un instrumento ágil para el progreso social del país. Es imprescindible por ello un estudio serio y profundo de las deficiencias de nuestras Administraciones, consideradas como una unidad de gestión al servicio de los ciudadanos.

## **2. Efectos transversales del principio de buena administración y de las técnicas de concertación**

Por la naturaleza de la actividad administrativa y por la propia finalidad de la Administración pública, sus actuaciones internas y externas han de estar presididas de acuerdo a determinados principios generales que faciliten su orientación y adaptación a las exigencias sociales, y definan de forma estable un objetivo claro a perseguir (36).

Uno de esos principios es el de buena administración, cuyo reconocimiento normativo en el marco de la Carta Europea de Derechos Fundamentales (37) adquiere rango de derecho fundamental, e implica importantes consecuencias

---

(35) Lo que a la larga será mucho más efectivo que cualquier reducción de salarios, por necesaria que ahora pueda parecer.

(36) Con las peculiaridades de cada tradición histórica y cultural, y con los matices propios de cada opción política, existe cierto consenso entre países y gobiernos de distinto signo, a la hora de definir un marco de referencia, un paradigma común, que sirva de matriz para la concepción y el desarrollo de la actuación administrativa.

(37) La Carta Europea de Derechos Fundamentales proclamada en Niza en diciembre de 2000 incluye en el artículo 41 el derecho a una buena administración, que se concreta en: a) el derecho a que las instituciones públicas europeas traten los asuntos de forma imparcial, equitativa y dentro de un plazo razonable; b) que toda persona sea escuchada antes de adoptar medidas que puedan afectarle desfavorablemente; c) la reparación de daños causados por las instituciones o agentes en el ejercicio de sus funciones; d) el acceso al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de confidencialidad y secreto profesional y comercial; e) la motivación de las decisiones de la Administración, etc. Sobre este tema pueden verse MANGAS MARTÍN, A. (2008): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, obra colectiva que comenta artículo por artículo, Bilbao, Fundación BBVA; TOMÁS MALLÉN, B. (2005): *El derecho fundamental a una buena administración*, Madrid, INAP; GALÁN VIOQUE, R. (2005): «El derecho a una buena administración», en *Revista de la Facultad de Derecho, Crónica Sevillana*, nº 1.

para el desarrollo y evolución de la gestión pública local, al exigirle un cambio sustancial en el modo de concebir la actuación administrativa.

El principio de buena administración incide sobre la actuación administrativa para orientarla de forma real y efectiva a la satisfacción objetiva de los intereses generales. Ya no basta con una Administración jerarquizada que ejecuta normas previas que describen el interés general, el principio de buena administración exige tener en cuenta otros aspectos relativos a la organización administrativa interna; el trato de su personal; la forma de adoptar las resoluciones administrativas (generales e individuales); los criterios para determinar los servicios y la forma de conseguir que lleguen a los ciudadanos con regularidad, continuidad y mayor calidad; los instrumentos jurídicos de reacción, etc. De la exclusiva preocupación por la legalidad se ha pasado a ponderar el grado de cumplimiento de los objetivos previstos, valorando tanto el interés general como los intereses particulares (38). Una buena administración legitima la forma de administrar.

El reconocimiento expreso a este principio surge por influencia del Derecho comunitario, aunque antes de su incorporación al Derecho interno algunos textos legales contenían de forma imprecisa alguna referencia a su contenido (39). La jurisprudencia por su parte atiende también a las ramificaciones procesales que el principio impone mediante la exigencia legal de motivar claramente el

---

(38) En las relaciones Administración-administrado, éste se sitúa en una posición central. La dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad son los ejes que articulan fundamentalmente el quehacer del poder público. La Constitución sitúa al ciudadano en el principal centro de preocupación del sector público (artículo 10 CE). RODRÍGUEZ ARANA (2006: p. 11) afirma que el centro de la acción del gobierno o de la acción administrativa es la persona, sus derechos y libertades (*El buen gobierno y la buena administración de las instituciones públicas*, Pamplona, Aranzadi).

(39) La Constitución aunque no alude expresamente a este principio, sí se refiere a él de forma implícita al determinar la forma de actuar de las Administraciones públicas (artículos 9.3, 31.2, y 103). La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas desde 1995 incluye una referencia expresa al principio de buena administración como límite a la libertad de pactos. Las últimas reformas de los Estatutos de Autonomía además de contemplarlo lo desarrollan de forma pormenorizada. También la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que en su exposición de motivos afirma que las Administraciones y entidades públicas deben contar con los factores organizativos que les permitan satisfacer el derecho de los ciudadanos a una buena administración. También recogen la concreción del principio las últimas leyes de Administración aprobadas por las distintas CCAA. Por último, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, señala que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2007, cuyo texto íntegro reproduce. MARTÍN REBOLLO L (2009: p. 417) manifiesta su extrañeza por dicha inclusión, ya que la Carta al tener carácter sustantivo o material va más allá de la mera autorización para ratificar un tratado (*Leyes administrativas*, 15ª edición).

contenido de los actos administrativos, con la finalidad de que el interesado conozca las razones de la Administración, para que, en su caso, pueda rebatirlas en la forma procedimental oportuna (40).

En su configuración jurídica el principio de buena administración se presenta como un principio rector de la actuación administrativa, integrando de forma ordenada a un conjunto de derechos que anteriormente tenían plasmación de forma separada en nuestro ordenamiento jurídico (41). Como principio rector tiene carácter y contenido plural y fuerza expansiva para imponer una nueva cultura en la relación jurídico-administrativa, y es precisamente ese contenido plural que amplía su radio de acción, el que puede hacerle perder fuerza imperativa y convertirlo en un mero recordatorio de un deber general de la Administración, contemplado, en muchos casos, en normas desiderativas que indican o manifiestan un deseo sin concretar los medios para implementarlo de manera eficaz, o relegando su aplicación a nuevos instrumentos normativos que a la postre serán los encargados de precisarlo. A pesar de ello, el principio de buena administración contiene una serie de mandatos dirigidos a la Administración para dar respuesta a las necesidades sociales, aportándoles las herramientas. Es un mandato de optimización de la gestión pública.

Que tiene incidencia en la organización administrativa interna, al exigir el establecimiento de un régimen jurídico que proporcione la selección de los mejores empleados (42). También impone la exigencia de un determinado comportamiento en la forma de tratar los asuntos públicos fomentando la ética y el compromiso con los valores y funciones del servicio público (43).

---

(40) Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad, enunciados en el apartado 3º del artículo 9 de la Constitución. Desde otra perspectiva, la motivación es exigida también por el artículo 24 del mismo texto constitucional.

(41) Se incorporan a este principio los siguientes derechos:

- a un trato imparcial, equitativo y guiado por el principio de celeridad;
- derecho de audiencia ante la imposición de una medida individual desfavorable
- derecho de acceso al expediente y a una resolución motivada;
- derecho a una indemnización en caso de lesión producida por la Administración;
- derecho al pluralismo lingüístico.

(42) La Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), alude en su exposición de motivos al principio de buena administración, que posteriormente concreta estableciendo un modelo de empleo público que garantice la profesionalidad de los servidores públicos; refuerce las garantías de objetividad en el acceso y en la carrera sobre la base de los principios de mérito y capacidad; estimule la dedicación y el trabajo bien hecho; flexibilice la gestión de recursos humanos en el sector público; y evite los riesgos que amenazan su buen funcionamiento: excesiva politización, clientelismo partidista y sindical, corporativismo, falta de productividad, absentismo, rigidez burocrática, etc. Principios, todos ellos recogidos en los artículos 1.3 y 52 del EBEP.

(43) En este sentido véanse SAINZ MORENO, F. (2004): «Ética pública positiva» en *Estudios para la reforma de la Administración pública*, Madrid, INAP, pp. 515 y ss. y los códigos de buena

Se identifica también con una organización transparente, de modo que el ciudadano pueda conocer sin excesivas dificultades el funcionamiento interno de la organización administrativa, cómo se toman las decisiones, o cómo se organiza la prestación de un servicio (44).

Otra de las manifestaciones del principio de buena administración es el impulso a la participación de los ciudadanos. Se trata de potenciar una participación plural que asegure el derecho del administrado a intervenir en los asuntos de su interés propio, facilitando a la Administración local la mayor información posible. Esta aproximación de la Administración en el desarrollo de su actividad tiene que articularse mediante iniciativas normativas y procedimientos de gestión que permitan profundizar en la institucionalización de las diferentes formas de comunicación entre la Administración y los ciudadanos, promoviendo sus efectos benéficos (45).

Como reflejo de este diálogo Administración-ciudadanos, aparecen las técnicas de concertación que desde 1990 empiezan a tener eco en la Administración local para dotar de mayor eficacia y eficiencia a su gestión. La Unión Europea viene impulsando fórmulas de «*gobernanza local* (46)» que tratan de aglutinar técnicas de negociación y asociación frente a las tradicionales fórmulas de dominación, imposición o autoridad (47). Las Administraciones públicas empiezan a darse cuenta de que es más eficaz concertar que imponer, ya que el acuerdo ha demostrado ser más eficaz que la rigidez de la imposición. La

---

conducta como instrumentos para impulsar el comportamiento ético. El preámbulo del Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de enero de 2005 especifica que el compromiso de los altos cargos en el ejercicio de sus funciones no sólo consistirá en cumplir sus obligaciones legales, sino que su actuación ha de estar inspirada y guiada por principios éticos y de conducta que hasta ahora no habían sido plasmados expresamente en normas, aunque sí se podían inducir de ellas.

(44) SAINZ MORENO (2005: p. 167) señala que una Administración es transparente cuando presenta a los ciudadanos su imagen con amplia difusión de su presencia y actividad («Secreto y transparencia», en *Estudios para la reforma de la Administración pública*, op. cit.). Véase también el Informe de la Generalidad de Cataluña de 27 de julio de 2005 sobre *buen gobierno y transparencia*

(45) Sobre este tema, TORNOS MAS, J. y GALÁN, A. (2000): *La Comunicación pública*, Madrid, Marcial Pons.

(46) El concepto de «gobernanza» nos sitúa ante un marco de relaciones entre los diversos actores que interactúan en las sociedades modernas. Se asocia a la capacidad de autoorganización de la propia sociedad que no depende de instituciones o reglas formales, sino que brota de un ajuste continuo entre sujetos colectivos e individuales de todo tipo. A través de ella se pone el acento en abrir las unidades administrativas a la cooperación a todos los niveles, algo que se revela clave sobre todo en el ámbito local. BERMEJO VERA, J. (2008: p. 48) señala que se trata de un conjunto de prácticas políticas y administrativas que intentan transformar la sociedad y producir un nuevo orden social y político. (*Derecho Administrativo Básico. Parte General*, Navarra, Thomson-Cívitas).

(47) Véase también el Documento de la OCDE de 4 de junio de 2003, sobre *políticas normativas en los países de la OCDE. Del intervencionismo a la gobernanza*.

tradicional supremacía y unilateralidad de la Administración se ve sustituida por el consenso y la bilateralidad (48).

La eficacia y eficiencia de la gestión se busca mediante la coordinación de los actores implicados (públicos y privados), que formalmente actúan de manera autónoma pero funcionalmente son interdependientes, superando así la dualidad público-privada mediante el establecimiento de ámbitos concurrentes (49). Estas técnicas de concertación suponen un incremento de la información entre los agentes implicados; un refuerzo de relaciones interadministrativas; mayor participación de la sociedad civil; el establecimiento de vínculos entre los individuos y las organizaciones, y una mayor corresponsabilidad social, ya que las decisiones adoptadas al haber sido previamente consensuadas se tornan más eficaces.

La *governance* (50) introduce nuevos modos de aproximación de lo público y lo privado atribuyendo a las organizaciones públicas el papel de planificador e impulsor de decisiones y estrategias en las que participará el tercer sector y las empresas. La gobernanza pone el acento en la necesidad de abrir las unidades administrativas a la cooperación de todos los sectores implicados, algo que se revela clave en la gestión local.

El problema fundamental de las «relaciones administrativas concertadas» es garantizar la igualdad, objetividad, neutralidad y transparencia a la hora de actuar. Es un hecho fácilmente constatable que los ciudadanos y grupos sociales no nos encontramos en igualdad de condiciones frente a la Administración pública. Y esta asimetría puede sectorializar el interés general al que queda sometida la Administración pública (51) y propiciar decisiones desiguales y discriminatorias, dependiendo de la fuerza de presión hecha

---

(48) El creciente fenómeno de las relaciones de cooperación entre la Administración y el ciudadano no es una cuestión nueva, desde hace mucho tiempo existen convenios y contratos en determinados sectores: expropiaciones, sanidad, urbanismo, protección del medio ambiente. Sin embargo en la actualidad estas relaciones se han intensificado.

(49) Las técnicas de concertación requieren grandes dosis de habilidad para coordinar y promover actuaciones, programas y proyectos que representen los intereses tanto públicos como privados, cooperando en la formulación y aplicación del interés general.

(50) En las Ciencias Sociales se suele recurrir a términos y expresiones nuevas para dar sentido a realidades difíciles de explicar. El concepto de *governance* o *gobernanza* no es más que una reconsideración actualizada y revisada de viejos problemas que acaecen de forma recurrente en las sociedades, en sus modelos de articulación política, en el funcionamiento de los aparatos administrativos. El concepto es empleado como un cojón de sastrero o «concepto contenedor» a través del cual se evidencia la necesidad de implantar nuevos modelos administrativos, llegar a nuevas soluciones, despejar dudas sobre el crecimiento de nuestras sociedades. Algo similar a lo que sucede hoy con el término «sostenible».

(51) En ocasiones las reivindicaciones de algunos grupos sociales por su estratégica posición ponen en jaque al interés general o público de todo un país (transportistas, trabajadores del Metro, controladores aéreos, pilotos, médicos, etc.).

valer. Por ello, con cierto margen de apreciación en la valoración de las circunstancias a aplicar, las relaciones administrativas concertadas además de estar claramente reglamentadas y presididas en su aplicación por el principio de igualdad formal y material, deberán evitar agravios comparativos entre territorios, ciudadanos y colectivos, que tan nefastas consecuencias tienen para la convivencia democrática.

Estos presupuestos de partida se ven acompañados hoy por la imposición de nuevas pautas de actuación y funcionamiento de la Administración, y de la necesidad de llevar a cabo una nueva reestructuración procedimental y organizativa. Tema que pasamos a analizar.

### III. MEDIDAS QUE IMPULSAN EL CAMBIO DE MARCO JURÍDICO

Desde hace algún tiempo y desde distintos ámbitos sectoriales se viene reclamando la adopción de sistemas organizativos y de gestión que permitan superar el clásico modelo burocrático. Las entidades locales no han sido ajenas a esta demanda de reformas estructurales y procedimentales. Este nuevo escenario intenta conseguir una gestión pública local de calidad y sostenibilidad reforzando las exigencias de responsabilidad como garantía de los destinatarios de la actuación administrativa (52).

En esta dirección, la DS con el objetivo de eliminar las barreras administrativas y mejorar la calidad de los servicios exige a las autoridades nacionales de los distintos Estados miembros simplificar los procedimientos, suprimir trámites innecesarios, la incorporación de medios telemáticos en la tramitación de los expedientes, la creación de ventanillas únicas que permitan realizar todos los trámites de un expediente administrativo (53), y establecer relaciones ágiles

---

(52) Esta orientación requiere la implantación de técnicas de gestión que permitan:

- a) Una mayor concreción de objetivos y evaluación de resultados.
- b) Conocer y abordar las necesidades actuales y futuras de los ciudadanos. Admitiendo proveedores públicos, privados mercantiles, privados sin ánimo de lucro, o la misma familia como posibles protagonistas de la prestación (caso de la Ley de Dependencia), con una visión más pluralista de la gestión de los servicios.
- c) Una gestión eficaz y eficiente de los recursos humanos y económicos que introduzca estándares de calidad (*new public management*) y mayores exigencias de responsabilidad, frente a la hegemonía de consideraciones estrictamente reglamentarias.
- d) Un marco normativo preciso que proporcione estabilidad al servicio, seguridad y regularidad a los ciudadanos y flexibilidad y agilidad a las empresas y al sector económico.

(53) La DS hará posible que el acceso a una actividad de servicio no dependa de una autorización y control administrativo previo, sino que quedará sometido a una comunicación acompañada de una declaración responsable. Por lo que el control de la Administración será un control *a posteriori*, salvo las excepciones previstas.

entre las empresas prestadoras, los usuarios, y las Administraciones públicas. La DS trata de facilitar la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios mediante un conjunto de mandatos que deben ser aplicados por los diversos niveles de gobierno según su distribución competencial (54). Siendo su ámbito de aplicación los servicios prestados a cambio de una contraprestación económica (55).

Y aunque la norma comunitaria hace referencia a varias cuestiones (56), su núcleo esencial gira en torno a los regímenes de autorización y a los procedimientos para su concesión. Formulando una radical reconversión del sistema administrativo de control mediante una restricción drástica de los controles preventivos realizados *a priori*, e imponiendo el principio de proporcionalidad como criterio de legitimidad de la intervención administrativa en esta materia. Todo ello con la finalidad de generar un flujo más ágil, dinámico y flexible que permita introducir mayor competencia en este importante sector de la economía (57) como es el sector de los servicios.

En el futuro se mantendrán las autorizaciones administrativas en las actividades de carácter social, las que impliquen ejercicio de autoridad y en las actividades de policía (58), suprimiéndose las ligadas al ejercicio de activida-

---

(54) La transposición de la DS se ha concretado esencialmente mediante la aprobación de dos leyes básicas y un real decreto también de carácter básico: la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, de contenido y alcance general, que ha obligado a aprobar la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley anterior, cuyo ámbito se agota en la suma de las modificaciones concretas en las que opera, entre ellas, la Ley 30/1992 y la LBRL. Por último, el Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, modifica del artículo 22 del RSCL estableciendo que la apertura de establecimientos industriales y mercantiles se sujetarán a los medios de intervención municipal, en los términos establecidos en la Ley 17/2009 que transpone la DS.

(55) El ámbito objetivo de aplicación de la DS lo constituyen las actividades de servicios por cuenta ajena que se realicen mediante una contraprestación económica. Por ello no afecta a los servicios no económicos de interés general. Tampoco se aplica a los servicios financieros, redes de comunicaciones electrónicas, transporte, empresas de trabajo temporal, sanidad, servicios audiovisuales, actividades de juego, servicios sociales, actividades vinculadas al ejercicio de autoridad pública y seguridad privada. Véase el artículo 2 DS

(56) Entre otras, simplificación de procedimientos, ventanilla única, cooperación administrativa o programa de convergencia, calidad de los servicios. Cuestiones que analizaremos en el siguiente epígrafe.

(57) Se prohíbe por ello que las Administraciones puedan condicionar sus decisiones a la denominada «prueba económica», es decir, a la constatación de si hay o no demanda o mercado suficiente para implantar un determinado servicio o actividad. Para el Derecho comunitario esto es algo que forma parte de las libertades económicas básicas.

(58) La intervención administrativa local mediante autorización en estas actividades se fundamenta en una razón imperiosa de interés general que el TJCE ha establecido en su jurisprudencia y la DS ha recogido en el artículo 4 apartado 8º. Considera la jurisprudencia comunitaria que son razones imperiosas de interés general: el orden público y la seguridad pública; protección civil;



des económicas (59). El artículo 9 de la DS afirma que los Estados miembros sólo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización administrativa cuando dicho régimen, además de no ser discriminatorio para el prestador, resulte indispensable por una razón imperiosa de interés general y no pueda conseguirse el objetivo perseguido mediante una medida menos restrictiva, porque un control *a posteriori* se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz. Añadiendo el artículo 10 DS que el otorgamiento o denegación de la autorización deberá basarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que dicha facultad no se ejerza de forma arbitraria.

La técnica autorizatoria previa y preventiva, como medida de intervención que adapta el ejercicio de un derecho al interés general o público, deja paso en las actividades de servicios a la comunicación previa (60) y la declaración responsable (61), que serán los títulos habilitantes que permitan iniciar su acceso.

Cuando dicho acceso esté condicionado a la presentación de una comunicación previa y de una declaración responsable por parte del prestador del servicio, la comprobación por parte de la Administración de la inexactitud o falsedad de cualquier dato, manifestación o documento, de carácter esencial, que se hubiere aportado, o del incumplimiento de los requisitos señalados

---

salud pública; sanidad animal; régimen de la seguridad social; protección de consumidores, usuarios y trabajadores; exigencias de buena fe en las transacciones comerciales; propiedad intelectual e industrial; lucha contra el fraude; protección del medio ambiente y entorno urbano; objetivos de política social y cultural; conservación del patrimonio histórico y artístico nacional.

(59) Las Administraciones públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público, así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias (artículo 39.1 bis Ley 30/1992).

(60) Concreta el artículo 71.2 bis de la Ley 30/1992 la definición de comunicación previa como el documento mediante el que los interesados ponen 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, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1 de la Ley 30/1992. Véase también el artículo 84.1 apartado c) de la LBRL.

(61) Determina el artículo 71.1 bis de la Ley 30/1992 que la declaración responsable es el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio. Los mencionados requisitos deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable.

en la legislación vigente, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiere lugar (artículo 71.4 bis Ley 30/1992). Este cambio de posición del control administrativo altera y modifica de manera formal y sustantiva todo el procedimiento de actuación y el silencio de la Administración.

Como vemos la cobertura legal del ejercicio de las actividades de servicios pende de la actuación administrativa de comprobación como actividad independiente de la facultad de inspección y sanción que será, en su caso, consecuencia de su resultado (62). Lo que exige la necesidad de delimitar con precisión y llenar de contenido a la actividad administrativa de comprobación y su implicación en las demás fases procedimentales.

No obstante, en la actualidad los controles *a posteriori* no están regulados con carácter general (63), las pocas regulaciones existentes son exclusivamente sectoriales. Se hace necesario por ello el desarrollo normativo de aspectos esenciales de este control:

- a) determinación del régimen jurídico de las comunicaciones y de las declaraciones responsables más allá de los enunciados generales introducidos en la Ley 17/2009 y en la Ley 30/1992;
- b) tipificación de las infracciones y sanciones;
- c) situación derivada de comunicaciones o declaraciones incompletas, erróneas o inadecuadas;
- d) caducidad o ineficacia sobrevinida;
- e) deberes del titular respecto de las comprobaciones e inspecciones;
- f) responsabilidad del titular, procedimiento de clausura o suspensión, y otros muchos aspectos.

Porque, aunque la actividad de comprobación implica revisar *a posteriori* el cumplimiento de los requisitos previstos legalmente para el ejercicio de la actividad en cuestión, y desplaza a la responsabilidad penal, civil o administrativa del prestador los efectos del ejercicio de la actividad sin el cum-

---

(62) Véase PALOMAR OLMEDA, A. (2010: p. 6): «Directiva de servicios y Administración electrónica: dos nuevos retos para las Administraciones públicas y un cambio profundo en su régimen de actuación», en *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 789, mayo de 2010.

(63) Cuestiones como las facultades de la Administración, la caducidad, la tipificación de infracciones y sanciones por incumplimiento, la desobediencia, resistencia, etc., son esenciales para el desarrollo eficaz y seguro de las actividades de servicios, por lo que deben concretarse con claridad y precisión.

plimiento de esos requisitos (64), la responsabilidad frente a terceros y frente a la Administración son cuestiones bastante controvertidas que necesitan ser aclaradas por parte del legislador.

A simple vista el paso a un sistema de control posterior puede parecer que aligera el régimen de responsabilidad de la Administración, al no adoptar una posición previa de garante respecto de la seguridad y corrección de la actividad autorizada (65). Sin embargo, el nuevo artículo 39.2 bis LRJAP impone a las Administraciones públicas la obligación de velar por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan. Y el artículo 84.1 apartado d) de la LBRL incluye como medio de intervención de las Entidades locales el sometimiento a control posterior al inicio de una determinada actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma. Luego, la Administración incurrirá en responsabilidad patrimonial ante la ausencia de sus facultades de comprobación.

Una Administración organizada y responsable podrá conseguir con eficacia que los efectos de una declaración incorrecta e incompleta no se perpetúen en el tiempo, no produzcan daños, ni consoliden situaciones jurídicas frente a terceros. Pero, en este momento ¿contamos con estas condiciones y con el necesario cuerpo funcional que permita ejercer de forma eficaz estas funciones en el ámbito local? En el marco de una actuación comunicada la entidad local que ha tolerado que la actividad pueda ejercerse no podrá después ignorarlo y se verá obligada a admitir su responsabilidad patrimonial.

Convirtiéndose en garante del funcionamiento normal y anormal de los servicios y actividades administrativas. Si los ciudadanos inician una actividad confiados en que cumplen los requisitos y la Administración no comprueba dicha circunstancia y se produce un daño a terceros, los mecanismos de la

---

(64) La resolución de la Administración que declare el incumplimiento de la comunicación previa y/o de la declaración responsable 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, conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación. También podrá determinar la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un periodo de tiempo determinado (artículo 71.4 bis Ley 30/1992).

(65) La STS de 27 de enero de 2009, Sala 3ª, Sección 6ª, Recurso 5921/2004, sobre el deber *in vigilando* de la CNMV señala que ...«la protección de los consumidores no abarca a la asunción por la Administración de los riesgos inherentes a la actividad económica producto de la iniciativa privada —en este caso la Administración no actúa como operador económico al amparo del artículo 128.2 de la Constitución—, sin que la regulación del mercado que le viene encomendada alcance tan intensa consecuencia. Dicho de otro modo, admitida la iniciativa privada en la economía —artículo 38 de la Constitución—, lo es a todos los efectos, para el desarrollo de la misma y para la asunción de riesgos por esos operadores privados que actúan en el mercado».

responsabilidad patrimonial se pondrán en marcha (66). La inacción de la Administración y su tolerancia permite entender aceptada tácitamente una determinada situación. Los particulares no tienen por qué verse afectados como consecuencia del mal funcionamiento del servicio de comprobación que deberá asegurar a la sociedad que las actividades y los servicios se realizan en las condiciones que exige el ordenamiento jurídico.

La dejación en la función de comprobación se vislumbra como un elemento clave del mal funcionamiento administrativo y, por tanto, como causa que podrá dar lugar a responsabilidad administrativa. Pero, no debemos olvidar que al margen de la actividad de comprobación, el daño que pueda producirse a terceros es consecuencia de una actividad privada ejercida sin la cobertura legal correspondiente, y, por tanto, con infracción de ésta. Esta actuación culpable o negligente del prestador, como hemos visto anteriormente, está sometida a responsabilidad penal, civil o administrativa, por lo que las normas administrativas deben prever el efecto de las declaraciones incompletas o gravemente erróneas incorporando, además de las disposiciones correspondientes a las infracciones y sanciones, la reposición o reparación al estado inicial de la situación, y el efecto indemnizatorio externo, bien de forma directa o por vía de repercusión administrativa de la responsabilidad adquirida frente a terceros.

Uno de los aspectos que puede ayudar a resolver las cuestiones planteadas es la fijación de estándares de control administrativo y el establecimiento periódico de autocontroles por parte de los titulares de las actividades, con aportación, en su caso, de certificaciones profesionales o intervenciones de entidades colaboradoras independientes (67).

Una última cuestión acerca de la responsabilidad patrimonial se plantea cuando las Administraciones comunitaria y nacionales actúan de forma integrada o en red como ocurre en el mercado interior de servicios. Tampoco será infrecuente que un acto que causa un daño directo a un particular provenga de la actuación combinada de dos Administraciones nacionales. Ese puede ser el supuesto de una actuación administrativa nacional que ejecuta un acto administrativo externo o sigue una información de otra Administración nacional (68). En

---

(66) Así lo señala PALOMAR OLMEDA (2010. p. 6): «Directiva de servicios y Administración electrónica; dos nuevos retos para las Administraciones públicas y un cambio profundo en su régimen de actuación», *op. cit.*

(67) Véase PARICIO RALLO, E. (2010): «la aplicación material de la Directiva de servicios», trabajo disponible en [www.gobiernolocal.com](http://www.gobiernolocal.com)

(68) Piénsese en los posibles daños a terceros causados por un profesional empresario que indebidamente autorizado por el Estado de establecimiento presta servicios en otro Estado de la Unión Europea, pero, también una actuación administrativa lesiva para un profesional (prohibición de prestación del servicio) derivada de un informe sobre «honorabilidad» emitido por otra Administración nacional.

la responsabilidad extracontractual rige generalmente el principio de causación directa del daño, y en el ámbito de una unión administrativa que adopta el modelo de ejecución integrada, debe admitirse la solidaridad de las Administraciones europeas en la responsabilidad patrimonial. Una de ellas responderá por todas sin que se puedan acumular dos indemnizaciones para los mismos hechos (enriquecimiento injusto) (69)

Las posibles dificultades para la protección judicial de los profesionales o empresas frente a la Administración pueden surgir cuando una Administración nacional distinta de la que autoriza el establecimiento efectúa una consulta de carácter externo, o cuando esa Administración debe ejecutar la resolución autorizatoria de otro Estado miembro, o debe adoptar una decisión vinculada al resultado de la consulta (70). En estos casos no está claro si el profesional o empresario debe defenderse ante los tribunales contencioso-administrativos del Estado donde se presta el servicio o ante los tribunales del Estado de establecimiento. SCHNEIDER (2008: p.42) propone un principio hermenéutico *pro cives* que admitiría que el prestador del servicio pueda dirigirse alternativamente a los tribunales contencioso administrativos de cualquiera de los Estados que, por medio de su actuación cooperativa o en red, colaboran en la producción del efecto lesivo (71). Cualquier tesis contraria pondría en peligro el principio de seguridad jurídica y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

PAREJO ALFONSO (2009: p. 39) muy crítico con la reforma por los riesgos que comportan su inminente aplicación, señala que quizás el objetivo perseguido se justifica en el terreno económico, pero no ha tenido muy en cuenta al sistema jurídico administrativo. Montado hasta ahora sobre medidas de policía administrativa preventiva, y carente por ello de la estructura, medios personales, procedimientos y técnicas para desarrollar de forma inmediata una actividad de comprobación y control *ex post* (72).

---

(69) VELASCO CABALLERO, F. (2008: p. 458): «Organización y procedimientos de la Unión Administrativa Europea en materia de fronteras, asilo e inmigración» en *La unión administrativa europea* (coordis. SCHNEIDER, J. P. y VELASCO CABALLERO), Madrid, Marcial Pons. Véase también BOCANEGRA SIERRA, R., y GARCÍA LUENGO, J. (2008: p. 12): «Los actos administrativos transnacionales», en *Revista de Administración Pública* núm. 177.

(70) Cuando la Administración nacional donde se presta un servicio está obligada a ejecutar un acto procedente del Estado de establecimiento del prestado, o adoptar una decisión (de carácter informativo, de medidas inspectoras, o de medidas urgentes) basada en una consulta externa a otra Administración nacional.

(71) SCHNEIDER, J. P. (2008: p. 42): «Estructuras de la unión administrativa europea —observaciones introductorias—», en *La unión administrativa europea* (coords. SCHNEIDER, J. P. y VELASCO CABALLERO, F.), Madrid, Marcial Pons.

(72) PAREJO ALFONSO, L. (2009): «La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkenstein», *op., cit.*, p. 39.

#### **IV. CONCRECIÓN DE LAS MEDIDAS Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS**

Para facilitar la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en la Unión Europea la DS prevé fundamentalmente 4 mecanismos:

- 1<sup>º</sup>) Introducción de nuevas técnicas y principios de intervención en la relación jurídico-administrativa (procedimientos administrativos).
- 2<sup>º</sup>) Simplificación de trámites e impulso de la vía electrónica;
- 3<sup>º</sup>) Establecimiento de una ventanilla única para realizar los trámites necesarios para el acceso y ejercicio de las actividades de servicios (autorizaciones, registros, inscripciones, etc.) y reflejar la información general dirigida a los prestadores y usuarios;
- 4<sup>º</sup>) Cooperación entre todas las Administraciones públicas implicadas (73).

La aplicación del contenido de la DS vincula a los tres niveles de gobierno. En concreto las entidades locales en el ámbito de sus responsabilidades quedan sujetas al cumplimiento de las siguientes obligaciones:

- a) Eliminación de obstáculos y restricciones al establecimiento y prestación de actividades de servicios, excepto en los casos expresamente admitidos y justificados;
- b) Clarificación y simplificación de procedimientos con el objetivo de agilizar trámites evitando retrasos, costes y restricciones. Se impone la tramitación por medios electrónicos.
- c) Articulación de un sistema de ventanilla única para que los prestadores puedan llevar a cabo todos trámites necesarios en el acceso y ejercicio de las actividades de servicios, estableciendo un único punto de contacto por vía electrónica, que servirá también como punto de información a los prestadores y usuarios.

---

(73) La disposición final cuarta de la Ley 17/2009 señala que las Administraciones públicas que incumplieran lo dispuesto en esta Ley o en el Derecho comunitario, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. La Administración del Estado podrá compensar dicha deuda contraída por la Administración responsable con la Hacienda Pública estatal con las cantidades que deba transferir a aquella, de acuerdo con el procedimiento regulado en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. En todo caso en el procedimiento de imputación de responsabilidades que se tramite se garantizará la audiencia de la Administración afectada.

- d) Cooperación con las demás Administraciones a efectos de información, control, inspección e investigación, con el fin de garantizar la supervisión tanto de los prestadores como del servicio en sí (74).

La incorporación de la DS al ordenamiento jurídico español, como hemos visto anteriormente, se ha concretado esencialmente en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que mediante su carácter básico proyecta transversalmente los principios y contenidos de la DS en todo el ordenamiento interno español.

Para hacer efectivos los principios de la Ley 17/2009, su disposición final quinta prevé que en el plazo de un mes a partir de su entrada en vigor el Gobierno someta a las Cortes Generales un proyecto de ley en el que, en el marco de sus competencias, proceda a la adaptación de las disposiciones vigentes a lo dispuesto en la propia Ley. Mandato cumplido por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, que, entre otros ámbitos sectoriales, modifica la Ley 30/1992 (75); la Ley 7/1985, LBRL (76), y la Ley 11/2007, de acceso electrónico a los servicios públicos (77).

Ahora bien, la reforma va más allá de una mera transposición y ha aprovechado la ocasión para ahondar en la agilidad y dinamismo que exige nuestro modelo económico, por lo que incluye algunas novedades respecto de la Directiva:

---

(74) No obstante, la actuación de las entidades locales está condicionada directamente por la normativa general y sectorial que corresponde al Estado y a las Comunidades Autónomas. Quedando su margen de actuación sujeto a la acción normativa estatal y autonómica que condiciona y limita su capacidad. Por ello la completa adecuación de la normativa local a la DS no será posible sin que previamente las demás instancias territoriales hayan concretado su adaptación en el sistema normativo que enmarca la actividad local.

(75) Tres son los preceptos de la Ley 30/1992 modificados o afectados por la Ley 25/2009: en primer lugar, se añade un nuevo artículo 39 bis, sobre principios de intervención de las Administraciones; en segundo lugar, el artículo 43 sobre régimen de silencio administrativo cambia su anterior redacción para incidir sobre la regla general del silencio positivo, exigiendo que el legislador cuando regule sus excepciones deba hacerlo en una norma con rango de ley y por razones imperiosas de interés general; por último, se incluye un nuevo artículo, el 71 bis, relativo a la declaración responsable y comunicación previa.

(76) La Ley 25/2009 introduce en el artículo 70 bis LBRL un nuevo apartado 4º, a fin de facilitar que quien desee prestar un servicio pueda realizar los oportunos trámites por medio de una ventanilla única y por vía electrónica y a distancia, obligando a las entidades locales a garantizar el derecho de los interesados a obtener la información y formularios necesarios. Modifica también el artículo 84 LBRL para ampliar los modos de intervención de las entidades locales (ordenanzas, bandos, licencias y órdenes individuales), introduciendo las comunicaciones previas, la declaración responsable y el control posterior al inicio de la actividad.

(77) La Ley 25/2009 modifica el artículo 6.3 de la Ley 11/2007 con el fin de reconocer expresamente el derecho de acceso por vía electrónica y a través de ventanilla única para realizar los procedimientos y trámites relacionados con el ejercicio de las actividades de servicios.

- a) En la DS el listado de razones imperiosas de interés general que justifican las restricciones es abierto, mientras en la Ley 17/2009 el listado es cerrado, sólo las expresamente previstas o relacionadas;
- b) La Ley 25/2009 incluye en su regulación a sectores excluidos del ámbito de aplicación de la DS, como el transporte, aumentando los problemas de delimitación del ámbito objetivo de aplicación de la DS y la aplicación de otras normas europeas por su carácter preferente y su eficacia directa. Hecho que puede generar inseguridad jurídica y, en todo caso, gran confusión al aprovechar la incorporación de la DS para reformar otras leyes que, estrictamente, no quedan afectadas por la nueva regulación europea (78).
- c) La Ley 17/2009 califica de excepcional la posibilidad de establecer restricciones mientras en la DS tal posibilidad depende exclusivamente de la concurrencia de una razón imperiosa de interés general;
- d) La Ley 17/2009 no contiene una determinación expresa sobre materias como la ordenación del territorio, urbanismo, ordenación rural, o protección del medio ambiente, ámbitos que sí menciona expresamente la DS. Quizá sea por entender que estamos en presencia de servicios no económicos de interés general y/o actividades que suponen ejercicio de autoridad pública, que expresamente están excluidos de su ámbito de aplicación.
- e) La Ley 17/2009 impone una reserva de ley para exigir seguros de responsabilidad civil a los prestadores de servicios.

En el ámbito de las Comunidades Autónomas, la adaptación de su normativa al contenido de la DS y de la Ley 17/2009 se ha ido produciendo desde final de 2009; en concreto, la Comunidad Autónoma de Andalucía ha realizado la adaptación a través del Decreto Ley 3/2009, de 22 de diciembre, que modifica diversas leyes.

## **1. Nuevas técnicas y principios de intervención en la gestión pública local**

Como hemos visto anteriormente la Ley 25/2009 incorpora en el artículo 84 LBRL un nuevo instrumento de intervención de las entidades locales en la actividad de los ciudadanos, el sometimiento a comunicación previa y decla-

---

(78) Véase sobre esta cuestión el Dictamen del Consejo de Estado 779/2009, de 21 de mayo, que reprocha al legislador español que incluya reformas que no vienen impuestas por la obligación de incorporar la Directiva y, en consecuencia, no están sujetas al acuciante plazo de transposición que sí opera respecto de las materias directamente afectadas por ella.



ración responsable, estableciendo un control posterior a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora exigida (79).

En la misma dirección el artículo 5 de la Ley 17/2009 indica que en ningún caso el acceso a una actividad de servicios se sujetará a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador, en la que manifieste el cumplimiento de los requisitos exigidos y facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad. El principio nuclear sobre el que gira el acceso y ejercicio de las actividades de servicios es la libre prestación y la libertad de establecimiento, principio central que deberá presidir la gestión pública local. Quedando como condicionantes a los límites de estas libertades los principios de no discriminación por razón de nacionalidad, justificación o motivación de la intervención administrativa (razón imperiosa de interés general) y proporcionalidad.

Porque las entidades locales en su actividad de intervención han de sujetarse a los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y motivar la necesidad de esta intervención (artículo 84.2 LBRL). Cuando en el ejercicio de sus competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad (80), deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún

---

(79) El artículo 84 LBRL esboza un nuevo cuadro de los modos de intervención de las entidades locales: ordenanzas, bandos, licencias, órdenes individuales, comunicación previa, declaración responsable, fortaleciendo al mismo tiempo el control local de las actividades económicas. Esta nueva visión de la intervención en la actividad de los particulares implica un cambio en la actuación administrativa en el sentido de reforzar los servicios de inspección y control periódico, al reducir las autorizaciones previas que permitan un control *a priori* de las actividades a desarrollar.

(80) La DS recoge dos listas de requisitos, los prohibidos y los requisitos sospechosos de cualquier régimen de autorización que, no obstante, podrían declararse necesarios y compatibles con el Derecho comunitario.

a) Se consideran requisitos prohibidos los que sean discriminatorios con la nacionalidad; los impuestos en relación al domicilio social de las sociedades; o cuando la autorización depende en la aplicación, caso por caso, de una prueba económica consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado; o cuando en el régimen de autorización intervengan directa o indirectamente competidores, con excepción de los colegios profesionales y de las asociaciones y organismos que actúen como autoridad competente, entre otros (artículos 14 Directiva y 10 Ley 17/2009).

b) Resultarán en principio requisitos sospechosos que deben someterse a una evaluación de las autoridades nacionales y de la Comisión Europea los recogidos en el artículo 15 de la Directiva, aún cuando puedan declararse compatibles con el Derecho comunitario. En concreto la prohibición de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio; los que obliguen a tener un número mínimo de empleados; las tarifas obligatorias mínimas y/o máximas, etc.

caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias (artículo 39 bis Ley 30/1992) (81)

Como vemos la reforma generaliza el sistema de comunicación previa y declaración responsable como nuevos mecanismos de intervención administrativa que permiten el inicio de la actividad sin necesidad de una resolución administrativa previa, e impone un control *a posteriori*, salvo en los casos que por razones imperiosas de interés general (82) se exija una autorizaciones.

La declaración responsable como medio de intervención administrativa (83) es el documento suscrito por el interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad: 1º) que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio; 2º) que dispone de la documentación que así lo acredita; y 3º) que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio. Los requisitos de la declaración responsable han de estar recogidos de manera expresa, clara y precisa. Es necesario por ello que se especifiquen los términos concretos en que deba presentarse que, en muchos casos, deberá ir acompañada de la documentación necesaria para que la Administración pueda ejercer el control posterior (84).

---

(81) El artículo 84.3 LBRL especifica que las licencias o autorizaciones otorgadas por otras Administraciones públicas no eximen a sus titulares de obtener las correspondientes licencias de las entidades locales, respetándose en todo caso lo dispuesto en las correspondientes leyes sectoriales. No obstante, se otorga validez en todo el territorio nacional a diversas autorizaciones o habilitaciones para el ejercicio de una actividad, de modo que el prestador del servicio no tenga que obtener una nueva autorización en cada Comunidad Autónoma en la que desee ejercer (validez de las autorizaciones y comunicaciones y el establecimiento de sucursales en todo el territorio español). Véase el artículo 7 de la Ley 17/2009.

(82) El concepto de «razón imperiosa de interés general», no es un concepto jurídico indeterminado más que pueda ser interpretado libremente por cada Administración pública, sino de acuerdo a la interpretación jurisprudencial del TJCE. Véase el considerando 40 DS donde se especifican los ámbitos que pueden ser considerados como tal.

(83) La DS y la Ley 17/2009 establecen 4 niveles distintos de intervención administrativa en las actividades de servicios, de menor a mayor intensidad:

1º) libre acceso. El prestador puede operar sin más limitaciones que las que se le imponen a cualquier otra actividad económica.

2º) Libre acceso, si bien se exige el cumplimiento de determinados requisitos que no precisan comunicación previa o declaración responsable;

3º) Régimen de comunicación o declaración responsable. El prestador puede operar desde el momento en que comunica el cumplimiento de los requisitos necesarios para llevar a cabo la actividad;

4º) Régimen de autorización. Implica el cumplimiento de ciertos requisitos que exigen una comprobación previa por parte de la autoridad competente. Es el tradicional régimen de autorización *a priori*

(84) En aras de la simplificación administrativa, no deben imponerse de forma generalizada requisitos formales como la presentación de documentos originales, copias compulsadas o una traducción jurada excepto en aquellos casos en que esté justificado objetivamente por una razón imperiosa de interés general (artículo 13 DS).

La comunicación previa pone en conocimiento de la Administración pública competente los datos identificativos del interesado y los demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1 Ley 30/1992. Como regla general, al igual que en los supuestos de licencia y declaración responsable, la comunicación ha de ser previa, salvo cuando la norma prevea que puede hacerse con posterioridad. La supervisión del cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente es competencia de las Administraciones públicas, que podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, y demás circunstancias.

Cuando la declaración responsable y la comunicación previa presentadas sean correctas no debe surgir problema alguno. Desde el mismo momento en que se ponen en conocimiento de la Administración despliegan efectos similares a los de un acto administrativo implícito. A partir de la fecha de presentación el sujeto interesado puede desarrollar la actividad pretendida, y para la Administración comienza a correr el plazo para hacer efectivas sus potestades de inspección y control.

Si por el contrario, la declaración responsable o la comunicación previa fueran incompletas, inexactas o incumplen determinaciones normativas, y su titular es requerido por la Administración, sus efectos quedarán suspendidos hasta el momento que el prestador corrija o complete la deficiencia. Se producirá una interrupción en el derecho a ejercer la actividad. Si el titular no fuere requerido por la Administración y ejercita de forma incorrecta la actividad de servicio, el artículo 71.1 bis de la Ley 30/1992 deja claro que el ejercicio de la actividad será responsabilidad de su titular que podrá incurrir en responsabilidad civil, penal o administrativa (85).

---

(85) Partiendo de un elemental principio de proporcionalidad, los incumplimientos a la normativa que no tengan carácter grave podrán ser objeto de represión a través de los correspondientes procedimientos sancionadores, que no deberán ocasionar medidas tan drásticas como la suspensión de la actividad. En el caso de que se trate de una inexactitud o falsedad de datos, manifestaciones o documentos, el artículo 7.2 de la Ley 17/2009 exige que tengan «carácter esencial» para determinar la suspensión de la actividad. Sin embargo, en el caso de incumplimientos de los requisitos legales exigibles, cuya gravedad no se modula, no se exige esa característica para determinar la suspensión de actividad.

El Consejo de Estado en el Dictamen 779/2009 subraya que: «sería útil contar con una regulación expresa de esta materia en cada una de las leyes que prevén las declaraciones responsable y las comunicaciones previas, que deberían, además, modular las sanciones en atención a la irregularidad cometida, pues ciertamente no puede equipararse, con carácter general, la gravedad que supone la falsedad con la que conlleva una mera incorrección o inexactitud. La regulación de estos extremos en leyes sectoriales es necesaria para salvaguardar el principio de seguridad jurídica, que debe protegerse de modo especial en el ámbito sancionador».

En todos aquellos supuestos en los que se establezcan requisitos para la prestación de servicios, con independencia de que precisen o no comunicación o estén o no sujetos a autorización previa (86), deberán basarse en criterios objetivos que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que dicha facultad no se ejerza de forma arbitraria (87). Únicamente podrán mantenerse las autorizaciones (88) cuando estén justificadas por una razón imperiosa de interés general (89), el objetivo perseguido no pueda lograrse con otra medida menos restrictiva y no sean discriminatorias.

En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado (caso de las autorizaciones), el incumplimiento de la Administración de la obligación de resolver y notificar en tiempo y en forma, es sancionado por el artículo 43 de la Ley 30/1992 estableciendo con carácter general el sentido positivo del silencio administrativo. Por ello, la concesión de una autorización puede ser resultado no sólo de una decisión formal expresa, sino también de una decisión implícita derivada del silencio administrativo de la autoridad competente o del hecho de que el interesado deba esperar el acuse de recibo de una declaración para iniciar la actividad en cuestión o para ejercerla legalmente (considerando 39 DS).

---

(86) Los requisitos que supediten el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio deberán ajustarse a los siguientes criterios: a) no ser discriminatorios; b) estar justificados en una razón imperiosa de interés general y ser proporcionados a dicho objetivo de interés general; c) ser objetivos, claros e inequívocos; d) transparentes, accesibles y publicados con anterioridad (artículos 10 DS y 9 de la Ley 17/2009).

(87) PAREJO ALFONSO (2009: p. 34) señala que la reforma parte de un concepto de obstáculo o requisito ilegítimo tan amplio que pone bajo sospecha de restricción indebida cualquier regulación jurídico-pública sobre el acceso al mercado de las actividades de servicios o el ejercicio de éstas («La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkenstein», op., cit.).

(88) Con carácter general la autorización tendrá una vigencia indefinida, si bien se podrá limitar su duración cuando esté sujeta al cumplimiento continuo de determinados requisitos, o cuando el número o la duración de las autorizaciones esté limitado por una razón imperiosa de interés general (artículo 7 Ley 17/2009). Asimismo, la autorización habilita para la prestación de servicios en la totalidad del territorio nacional, salvo cuando exista una razón imperiosa de interés general que justifique una autorización individual para cada establecimiento, o que se limite a una parte específica del territorio (artículo 7 Ley 17/2009). Finalmente, el número de autorizaciones a conceder sólo podrá limitarse cuando esté justificado por la escasez de recursos naturales o físicos o por limitaciones de las capacidades técnicas a utilizar en el desarrollo de la actividad. En tales casos, existen 2 requisitos adicionales: 1º) que el procedimiento de selección garantice el cumplimiento de los principios de imparcialidad, publicidad y transparencia; 2º) que la autorización tenga duración limitada, no se renueve automáticamente una vez extinguida, ni conlleve ningún otro tipo de ventaja para el prestador cesante o para personas especialmente vinculadas a él (artículo 8 Ley 17/2009).

(89) Sobre el concepto jurídico indeterminado «razón imperiosa de interés general», existe una abundante jurisprudencia del TJCE que acota el margen de apreciación de la autoridad llamada a aplicarlo.

Por el contrario, el silencio administrativo se entenderá negativo en los supuestos en los que una norma con rango de ley y por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario así lo establezcan (90). En todo caso, tendrá efecto desestimatorio el silencio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, o en aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia la transferencia al solicitante o a terceros de facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como en los procedimientos de impugnación. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo.

La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. La desestimación sólo los efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente, por lo que la Administración no tendrá vinculación alguna al sentido del silencio.

## 2. Simplificación de procedimientos

A pesar de no ser una novedad (91), otra de las medidas rectoras del procedimiento administrativo previstas en la Ley 17/2009 es la simplificación administrativa (92), que mediatizará la gestión pública local al afectar

---

(90) La DS exige que se realice una ponderación adecuada, caso por caso, de las razones imperiosas de carácter general que pueden justificar en cada supuesto concreto el establecimiento de un régimen de silencio negativo. Sin embargo, ésta no es la opción que adopta la disposición adicional cuarta de la Ley 25/2009, al generalizar el silencio negativo en todos aquellos supuestos en los que, con anterioridad a su entrada en vigor, esté legalmente ya previsto, sin llevar a cabo (al menos aparentemente) un análisis de las razones imperiosas de interés general existentes en cada uno de los supuestos de silencio negativo a los que se refiere. En particular establece que: «a los efectos previstos en el primer párrafo del artículo 43.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de acuerdo con la redacción dada por la presente Ley, se entenderá que concurren razones imperiosas de interés general en aquellos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley por normas con rango de ley o de Derecho comunitario, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto».

(91) La Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, incluía ya los principios de economía procesal, eficacia y eficiencia, posteriormente recogidos de forma sectorial y por la normativa autonómica.

(92) Esta simplificación de procedimientos que impone la DS y la Ley 17/2009 debería impulsar, de una vez por todas, una verdadera modernización de la Administración, adoptando comportamientos más centrados en las demandas y necesidades de los administrados. Desde hace mucho tiempo, desde el inicio de los años 90, los ciudadanos españoles venimos oyendo hablar de ella, sin que en la práctica se haya hecho realidad hasta ahora.

a su estructura y funcionamiento. La puesta en marcha de la simplificación administrativa supone para las entidades locales analizar los procedimientos administrativos para proceder a la eliminación de los trámites innecesarios, y constituir un único punto de contacto por vía electrónica para que los prestadores puedan llevar a cabo los procedimientos y trámites necesarios para el acceso a la actividad. Se trata de la introducción de directrices de celeridad y comodidad a favor de los interesados y de la utilización de medios electrónicos que agilicen los procedimientos y eliminen los trámites burocráticos.

El principio de libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios implica necesariamente una reducción de trámites (93), el establecimiento de plazos sin dilaciones innecesarias, y la garantía de una respuesta explícita. La existencia de procedimientos claros y de fácil acceso que no incluyan trámites que puedan tener carácter disuasorio ni ocasionar gastos que excedan del coste de los mismos. La simplificación trata de evitar dilaciones reduciendo el número de procedimientos y cargas administrativas, asegurando que no se produzcan solapamientos cuando interviene más de una Administración.

A los efectos de acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos para desarrollar una actividad de servicios, las autoridades han de aceptar los documentos que procedan de otro Estado miembro de la Unión Europea de los que se desprendan que se cumplen tales requisitos. No se podrá exigir la presentación de documentos originales, ni copias compulsadas, ni traducciones juradas de los mismos, salvo que una normativa comunitaria lo establezca o que existan motivos de orden público y de seguridad pública. No obstante, la autoridad competente podrá recabar la confirmación de la autenticidad del documento aportado (artículo 17 Ley 17/2009).

No le falta razón a T. R. FERNÁNDEZ (2007: p. 191) al señalar que los obstáculos que se propone eliminar la DS tienen su origen con frecuencia en la complejidad y extensión de los procedimientos administrativos, en un exceso de trámites, en la duplicación de operaciones, las formalidades burocráticas en la presentación de documentos, el poder arbitrario de las autoridades competentes, los plazos indeterminados o excesivamente largos. Prácticas todas ellas con indiscutibles efectos disuasorios (94). Por ello, la DS obliga a los Estados miembros a asegurarse de que los procedimientos y trámites aplicables a las actividades de servicios sean los indispensables para conseguir un objetivo de interés general (considerando 46 DS).

---

(93) Reduciendo para los prestadores de servicios las exigencias de inscripciones en registros, la renovación de autorizaciones, la duplicación de trámites para la apertura de nuevos establecimientos, la presentación de copias compulsadas y traducciones juradas, etc.

(94) T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2007), «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior», en *Revista Española de Derecho Europeo* nº 22, pp. 189-197

Y aunque algunas de las medidas señaladas no incorporan verdaderas innovaciones (95), si su impulso llega a eliminar restricciones innecesarias al ejercicio de ciertas actividades económicas, simplificando y eliminando trámites procedimentales, ¡bienvenidas sean! Recordemos que nuestros municipios intervienen en la prestación de servicios esenciales que afectan de manera muy directa al bienestar, calidad de vida y al ejercicio de derechos de los ciudadanos, pero también intervienen en el desarrollo económico, la competitividad de las empresas y en los procesos de dinamización social, por lo que es imprescindible que se produzca una mejora y simplificación de sus procedimientos administrativos.

Dar cumplimiento a esta exigencia de simplificación administrativa implica la puesta en marcha de un sistema de ventanilla única, configurada como un portal virtual accesible a través de internet (96).

### 3. Sistema de ventanilla única (VUDS)

A través de la ventanilla única electrónica cualquier ciudadano podrá obtener información y realizar telemáticamente los trámites necesarios para la puesta en marcha de una actividad de servicios. Esta posibilidad incluye los trámites de todos los niveles de las Administraciones públicas (estatal, autonómica y local, y las Administraciones de otros Estados) (97), que deberán coordinarse entre sí (98)

---

(95) Muchas de estas medidas «nominalmente» se encontraban incorporadas en disposiciones legales sin que apenas hayan tenido eficacia alguna en su aplicación. No obstante, hoy se nos vuelven a presentar como auténticas novedades.

(96) El apartado 4º del artículo 70 bis LBRL especifica que cuando se trate de procedimientos y trámites relativos a una actividad de servicios incluida en la Ley 17/2009, los prestadores podrán realizarlos por medio de una ventanilla única, por vía electrónica y a distancia, salvo que se trate de la inspección del lugar o del equipo que se utiliza en la prestación del servicio. Asimismo, las entidades locales promoverán que los prestadores de servicios puedan a través e la ventanilla única obtener toda la información y formularios necesarios para el acceso a una actividad, y conocer las resoluciones y resto de comunicaciones de las autoridades competentes en relación a sus solicitudes. Véase sobre la ventanilla única, GAMERO CASADO, E. (2009): «Los municipios y la ventanilla única de la Directiva de servicios», en *Revista de Estudios Locales* nº 122, pp. 138-165. Número extraordinario sobre la DS.

(97) El artículo 17.4 Ley 17/2009 relativiza la moratoria concedida a las entidades locales por la Ley 11/2007 (hasta que existan disponibilidades presupuestarias) y obliga a todas las Administraciones públicas a disponer del registro electrónico que permita la presentación de documentos en este tipo de procedimientos.

(98) Los prestadores y los destinatarios de los servicios pueden obtener por medios electrónicos y a distancia información general sobre los requisitos aplicables en los demás Estados miembros y en especial, la información relacionada con la protección de consumidores, sobre las vías de recurso disponibles en caso de litigio, los datos de las asociaciones u organizaciones que pueden ofrecer a los prestadores o destinatarios asistencia práctica (artículo 19 Ley 17/2009).

para facilitar la tramitación. Así las empresas (99) y ciudadanos (100) contarán con puntos únicos de contacto superando fragmentaciones de los procedimientos que obstaculizan el ejercicio de sus derechos (101). Para ello, las Administraciones deberán estar coordinadas y en contacto permanente con las del resto de países de la Unión Europea atendiendo las demandas de las empresas y de los ciudadanos de todo el ámbito comunitario.

La ventanilla única es un instrumento funcional que sirve de interlocutor único con el que realizar todos los trámites de un expediente administrativo y ofrece la información necesaria solicitada por el prestador del servicio y por los destinatarios. La primera función que persigue la ventanilla única es ser fuente de información administrativa general sobre los requisitos exigibles al prestador de servicios para iniciar una actividad. Cumple por tanto una doble funcionalidad: por una parte constituye una fuente de información administrativa general, y de otra, se convierte en el intercomunicador del prestador de servicios con el conjunto de las Administraciones públicas implicadas en el inicio de la actividad.

En concreto la VUDS deberá suministrar la siguiente información:

- a) Requisitos aplicables a los prestadores establecidos en su territorio, en especial los relativos a los procedimientos y trámites necesarios para acceder a las actividades de servicios;
- b) Datos de las autoridades competentes que permitan ponerse directamente en contacto con ellas;
- c) Medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a los prestadores y a los servicios;
- d) Vías de recurso disponibles en caso de litigio entre las autoridades competentes y el prestador o destinatario, o entre un prestador y un destinatario, o entre prestadores;
- e) Datos de las asociaciones u organizaciones distintas de las autoridades competentes a las que los prestadores o destinatario puedan dirigirse para obtener ayuda práctica.

---

(99) El artículo 18 Ley 17/2009 dispone que a través de la ventanilla única los prestadores de servicios podrán acceder a la información necesaria y realizar todos los trámites preceptivos para ejercer una actividad de servicios.

(100) También los destinatarios de los servicios tienen el derecho a obtener de forma clara e inequívoca, a través de la ventanilla única y por medios electrónicos información sobre el servicio (artículo 19 Ley 17/2009).

(101) Podrán constituir ventanillas únicas no sólo las autoridades administrativas competentes sino también las Cámaras de Comercio o de otros oficios, los Colegios profesionales, o los organismos privados a los que cada Estado pueda encomendar esta función (considerando 48 y artículo 6 DS)



Es un medio para simplificar los procedimientos administrativos que no altera el reparto competencial entre las distintas autoridades administrativas, tan sólo unifica el intercomunicador que utiliza el prestador con el conjunto de las Administraciones públicas implicadas en el ejercicio de la actividad de servicios, permitiendo la comunicación en un solo punto de contacto con la autoridad que sea necesario en cada momento. Evitando así que el reparto de competencias se convierta en un problema que obligue a dirigirse organismo por organismo para iniciar su actividad.

En España, la creación de la VUDS ha correspondido al Ministerio de la Presidencia a través de la Dirección General para el impulso de la Administración electrónica. El sistema se basa en los principios de corresponsabilidad y cooperación entre los tres niveles territoriales de Administración (estatal, autonómico y local) (102). De forma que los contenidos de la misma y su gestión son responsabilidad de todas las autoridades competentes, que deciden la forma de realizar los trámites de su competencia y eligen el modelo para integrar su información. Esta ventanilla proporciona a su vez contenidos y funcionalidad a disposición de las autoridades competentes para ser utilizados en sus ventanillas institucionales o empresariales (103). Tan sólo se excluyen de la ventanilla única aquellos trámites que, por su naturaleza, requieran una comprobación presencial.

Las dificultades que puedan surgir en tan idílico panorama tendrán mucho que ver con la carencia de medios electrónicos y la falta de rodaje que en este ámbito ha demostrado hasta ahora la gestión pública local (104).

De cualquier forma, el funcionamiento de la ventanilla única exige un extraordinario esfuerzo de coordinación administrativa, de la que dependerá su utilidad y eficacia. Tema que pasamos a estudiar.

---

(102) Para gestionar y compartir toda la documentación e información relativa a la VUDS generada por las autoridades competentes, se ha creado una plataforma denominada T-Room, accesible vía web, que permite poner en común toda la información de interés. La Administración interesada puede solicitar un usuario en la dirección [info.vuds@map.es](mailto:info.vuds@map.es), donde también podrá solicitar los accesos a la T-Room para los interlocutores que identifique.

(103) Las entidades locales han podido integrarse en la VUDS y decidir su conexión, una vez identificados los procedimientos y trámites afectados por la DS.

(104) Cuestión que no se improvisa de la noche a la mañana y requiere importantes partidas presupuestarias, difíciles de obtener en la situación económica actual en la que se ven sumidas nuestras entidades locales.

#### 4. Cooperación administrativa

Dado que, en la práctica, la regulación inicial del derecho de establecimiento y libre prestación de servicios en la UE resultó insuficiente para obligar a los Estados miembros a suprimir las barreras administrativas que impedían su disfrute, las instituciones comunitarias han decidido complementar y detallar esa regulación introduciendo en la DS un capítulo específico dedicado a la cooperación administrativa.

Cooperación que resulta esencial para el correcto funcionamiento del mercado interior de servicios. La falta de mecanismos de cooperación entre los Estados miembros multiplica las normas aplicables a los prestadores y conduce a controles duplicados de las actividades transfronterizas. En este sentido, la DS prohíbe la imposición de requisitos y, en el caso de que los haya, prohíbe también la duplicación de esta imposición (105).

Todas las autoridades administrativas situadas en el territorio de un Estado distinto de aquel del establecimiento del operador económico deben permitirle la libre prestación de sus servicios en sus respectivos territorios, sin imponerle requisitos adicionales. De esta forma, la resolución administrativa de cualquier autoridad nacional que permite el establecimiento de un operador en su territorio se convierte en un acto con efectos transnacionales, capaz de vincular a las demás autoridades nacionales y obligarles a un comportamiento específico: aceptación sin control previo de los servicios prestados por empresas con establecimiento en otro Estado miembro.

Para que los Estados miembros puedan cooperar eficazmente en el plano horizontal, la DS opta por un modelo de cooperación administrativa fuertemente integradora (106), imponiendo obligaciones claras y jurídicamente vinculantes de asistencia recíproca entre las Administraciones nacionales con objeto de garantizar la supervisión del servicio. Con carácter general, la DS prima la cooperación administrativa horizontal entre las Administraciones públicas de los

---

(105) Un ejemplo característico lo contiene el artículo 23.2 DS que prohíbe la exigencia de un segundo seguro de responsabilidad profesional si el prestador tiene contratado uno en el país de establecimiento. La prueba de esta circunstancia es, simplemente, la presentación del certificado de acreditación del seguro. Véanse SIMOU, S. y VELASCO CABALLERO, F. (2009): «Cooperación interadministrativa en la Directiva de Servicios», en *Revista de Estudios Locales*, nº 122, pp. 166-177; También SCHNEIDER, J. P. y VELASCO CABALLERO, F. (2008), *Unión administrativa europea*, Madrid, Marcial Pons.

(106) En este modelo cada Administración nacional se mueve por la legislación del Estado donde se presta el servicio y la legislación del Estado de establecimiento, debiendo estar, a la vez, muy atenta al principio de reconocimiento mutuo de las autorizaciones de establecimiento.

Estados miembros, quedando en un segundo plano la actividad administrativa de vigilancia de la Comisión (107).

La cooperación contemplada presenta las características propias de una Administración en red de autoridades entrelazadas por los distintos puntos nacionales de conexión. Los puntos de contacto son los encargados de realizar los controles sobre el cumplimiento de las exigencias jurídico-materiales para la admisión de una actividad de prestación de servicios y sobre las autorizaciones de tipo económico-administrativo. Es necesario por ello realizar una armonización previa del Derecho sustantivo de los Estados miembros antes de proceder a una armonización de los procedimientos administrativos (108). Por ello, la DS no sólo realiza una armonización del Derecho sustantivo de los Estados miembros sino que todo su texto está impregnado de una armonización procedimental.

La primera condición para que se produzca una eficaz cooperación es el apoyo de medios técnicos que permitan una comunicación directa entre las autoridades competentes de los diferentes Estados miembros. A este efecto, se ha constituido el Sistema de Información del Mercado Interior (IMI), como instrumento horizontal de apoyo capaz de promover la cooperación interadministrativa, permitiendo la fácil localización del interlocutor administrativo que debe proporcionar la información necesaria sobre el prestador del servicio (109)

Ello supone que cada país deberá responder a las solicitudes de información realizadas por cualquier Estado miembro y llevar a cabo comprobaciones e inspecciones en su territorio solicitadas por otro Estado miembro, siempre que estén debidamente motivadas. Para ello se ha constituido una «red europea de autoridades competentes» coordinadas a través de uno o más puntos de contacto designados por cada Estado miembro, y se ha creado un sistema

---

(107) Conforme al artículo 40 DS las labores de la Comisión son obligaciones generales de supervisión de la aplicación del Derecho comunitario que se agotan en el deber de los Estados de notificar las barreras nacionales a la Comisión, así como en la elaboración por parte de la Comisión de algunos informes periódicos sobre los avances de la armonización (artículo 39 DS).

(108) Aunque las normas sobre cooperación administrativa (DS y Ley 17/2009), no inciden directamente sobre la normativa local, sí obligan a las entidades locales a incorporar en sus pautas de organización, funcionamiento y actuación, determinadas reglas de comunicación e información.

(109) El Sistema de Información del Mercado Interior (IMI), pretende ser un instrumento que engarce toda la gama de actividades afectadas por la DS y la información sobre todos los prestadores transfronterizos. Aspira a ser una herramienta útil y determinante para todas las autoridades públicas (nacionales, regionales y locales) a la hora de resolver con transparencia, celeridad y seguridad jurídica las solicitudes de información o de otras medidas complementarias.

electrónico de intercambio de información por parte de la Comisión, en cooperación con los Estados miembros (110).

Como vemos la cooperación entre las Administraciones para llevar a cabo un control efectivo de los prestadores de servicios pivota sobre dos ejes:

- a) sobre la Comisión Europea que coordinará las actuaciones de los diversos Estados miembros.
- b) sobre los denominados «puntos de contacto de coordinación», que han de existir tanto en la Administración General del Estado como en las Comunidades Autónomas. En España, la Administración General del Estado será la que reciba las comunicaciones de otras instancias territoriales para ser trasladadas a la Comisión Europea.

Las entidades locales están obligadas a disponer de un sistema electrónico de intercambio de información con las demás Administraciones públicas españolas y con las de otros Estados miembros. Como acabamos de ver, el sistema adoptado ha sido el IMI (Sistema de Información del Mercado Interior), una aplicación accesible, vía web, concebida por la Comisión Europea que permite la localización de las autoridades competentes y el intercambio de consultas e información (111).

El deber genérico de cooperación inter-administrativa que impone tanto la DS como la Ley 17/2009 (112), se concreta en las siguientes medidas:

- a) Intercambio de información por parte de las Administraciones nacionales entre sí, con las autoridades de los demás Estados miembros, y con la Comisión Europea, colaborando en el control e inspección de las actividades de servicios;

---

(110) Esta red, materializada en el Sistema IMI (*Internal Market Information system*), constituye el soporte técnico que ayudará a desarrollar la cooperación administrativa en todas las áreas del mercado interior, al permitir la comunicación directa y rápida entre autoridades competentes de diferentes Estados miembros.

(111) La Coordinación Nacional del Sistema IMI (NIMIC) se lleva a cabo desde la Dirección General de Cooperación Autonómica del Ministerio de Política Territorial, que ofrece asistencia a los usuarios. Asimismo, se han designados coordinadores autonómicos, a cuyo listado se puede acceder a través de la dirección web del Ministerio.

(112) El Capítulo VI de la Ley 17/2009, regula la adopción de medidas para una adecuada cooperación administrativa con la finalidad de realizar un control efectivo de los prestadores, tanto en lo referente a la información del cambio de las condiciones que determinaron el otorgamiento de las autorizaciones, como de la supervisión de su actividad por parte de los Estados miembros, así como los mecanismos de alerta de conductas que puedan ocasionar perjuicios graves para la salud o la seguridad de las personas o el medio ambiente en cualquier parte del territorio de la Unión Europea. Véase CHOLBI CACHÁ, F. y MERINO MOLINS, V. (2010), «Comentario crítico sobre la Directiva de Servicios y de las Leyes 17 y 25/2009 en aplicación de la misma: especial incidencia en el ámbito de las licencias urbanísticas y de actividad», en *El Consultor de los Ayuntamientos* nº 7, pp. 1040 y ss.

- b) Posibilidad por parte de todas las autoridades, tanto españolas como comunitarias, de consultar los registros en los que están inscritos los prestadores de servicios;
- c) Formulación de solicitudes de información y de realización de controles, inspecciones e investigaciones sobre prestadores establecidos en otros Estado miembros. Dichas solicitudes estarán motivadas y se efectuarán a través del punto de contacto de coordinación de la Administración General del Estado (113).
- d) Deber de atender de forma inmediata las solicitudes de colaboración efectuadas por las autoridades competentes de otros Estados miembros (114).
- e) Obligación de las autoridades españolas de efectuar las actuaciones de comprobación, inspección e investigación que debidamente motivadas sean solicitadas por otros Estados sobre prestadores establecidos en España, así como de informar a las autoridades solicitantes de los resultados y de las medidas adoptadas (115).
- f) Si se tuviese conocimiento de riesgos que puedan ocasionar perjuicios graves para la salud o seguridad de las personas o del medio ambiente, como consecuencia de la realización de una actividad de prestación de servicios, en cualquier parte de la Unión Europea, se ha de informar de ello a los demás Estados miembros y a la Comisión Europea, a través del punto de contacto.

Para el seguimiento y persecución de las conductas que vulneren las obligaciones impuestas por la Ley 17/2009, llevadas a cabo por empresas que presten servicios en nuestro país, pero no estén establecidas en España o tengan domicilio social en otros países comunitarios, no contamos con un sistema preventivo y represivo eficaz. Esta carencia se pone de manifiesto en la remisión que la disposición adicional quinta de la Ley 17/2009 hace al

---

(113) En el caso de que las autoridades de otros Estados miembros no cumplan con el deber de cooperación, se informará de ello a la Comisión Europea a través del punto de contacto estatal.

(114) Si no se pudieran atender de forma inmediata sus solicitudes, a través del punto de contacto se comunicará a la autoridad solicitante.

(115) Si se solicitasen a las autoridades españolas medidas restrictivas de la libertad de los prestadores establecidos en España, como la suspensión de la actividad, limitaciones a la misma u otras medidas equivalentes adoptadas de conformidad con el artículo 14 de la Ley 17/2009, se comprobará si el prestador ejerce de forma legal las actividades y también los hechos que dieron lugar a la solicitud. De todas formas, las medidas deberán adoptarse en casos individuales, de forma motivada y por razones de seguridad. En estos casos las autoridades comunicarán de forma inmediata a través de su punto de contacto las medidas adoptadas o que se prevén adoptar, exponiendo, en su caso, los motivos por los que no se ha adoptado ninguna medida.

régimen de infracciones y sanciones previsto en Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (116). Esta remisión deja en manos de las Comunidades Autónomas —que con carácter general ejercen competencias sancionadoras en materia de consumo— el régimen sancionador por infracciones de toda la Ley 17/2009. Por otra parte, el ámbito de aplicación subjetivo de este régimen sancionador ha quedado limitado a las conductas que pueden afectar únicamente a los destinatarios que posean la condición de usuarios, dejando fuera a otros destinatarios que no posean tal condición y a otros prestadores de servicios afectados por conductas incumplidoras de las obligaciones dispuestas en la Ley 17/2009, a los que no se podrá aplicar el régimen sancionador establecido en la misma.

Esperemos que esta decisión del legislador español haya sido adoptada bajo la conveniencia de establecer un régimen de infracciones y sanciones en los distintos ámbitos sectoriales que serán los que especifiquen, concreten y desarrollen el contenido general de la Ley.

#### **IV. NECESIDADES SOCIALES A CUBRIR. JUSTIFICACIÓN DE LAS NUEVAS MEDIDAS Y OBJETIVOS PERSEGUIDOS**

No cabe duda que el sector servicios en España tiene una importancia estratégica en el conjunto de la economía, con un peso muy elevado sobre la producción y el empleo (117). No obstante, vivimos una época dominada por la racionalidad de tipo económico en la que es frecuente medir la eficiencia de las instituciones y actuaciones públicas exclusivamente por lo que son capaces de aportar al PIB. Hoy las herramientas adecuadas para enjuiciar o dictaminar una determinada situación no son los conceptos ni las reglas tradicionales de los juristas, sino las formulaciones propias del análisis económico del Derecho. Esta teoría afirma que la decisión a adoptar debe ser siempre la más «eficiente» en el sentido de maximización del beneficio colectivo. Este es el valor predominante al que debe servir la Justicia (como institución), reduciendo la función de la justicia como valor o virtud a un hipotético eslabón de la eficiencia cuando se refiere a una parcela específica de la actividad social. No resulta extraño defender que aunque determinada ley o decisión pueda repugnar nuestro ins-

---

(116) Los artículos 46 a 52 regulan la potestad sancionadora de las conductas tipificadas como infracciones en defensa de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir.

(117) La DS, pieza clave de la Estrategia de Lisboa, pretende otorgar mayor seguridad jurídica a los que deseen prestar un servicio, a través de un establecimiento permanente (libertad de establecimiento), o sin recurrir a dicho establecimiento (libertad de prestación de servicios).

tinto jurídico, es necesario examinar si tal medida lleva consigo un incremento de utilidad colectiva que compense ese sacrificio (118).

Cuando el legislador decide optar por una vía des-reguladora de un determinado sector, confía plenamente que el mercado sabrá encontrar de forma espontánea la respuesta óptima, lo que en la práctica no suele ser la mejor de las soluciones, en cuanto presupone la inexistencia de imperfecciones del mercado y de costes de transacción que, aunque difíciles de identificar y cuantificar, existen en la realidad.

Cabe preguntarse por ello si el buen sentido jurídico o el instinto de lo que es adecuado y justo, tan arraigado en la conciencia humana, debe ceder definitivamente el paso en el análisis de los fenómenos sociales a planteamientos representados por la teoría del análisis económico del Derecho. Cuyas fórmulas plantean el inconveniente de no disponer de las informaciones indispensables para aplicarlas y expresar en medidas de valor sus ventajas y desventajas, produciendo una importante reducción ideológica y finalística. Los nuevos conceptos jurídicos son admisibles únicamente en la medida que satisfacen el objetivo de la eficiencia de la práctica jurídica.

Sin excluir las aportaciones del análisis económico del Derecho al ámbito jurídico-público (119), es necesario y conveniente ponderar sus méritos y límites. No será objetiva, equilibrada y ecuaníme la adhesión incondicional del sometimiento del Derecho a la primacía absoluta de la Economía, lo que se traduciría en forjar una suerte de fundamentalismo con todas las secuelas y connotaciones que ello implica. Tampoco un rechazo *in limine* del factor económico en el análisis de los problemas jurídicos, lo que conllevaría una perspectiva incompleta y a veces errónea. Grave sería protocolizar como dogma lo que es una herramienta de trabajo e investigación.

La clave consistirá en encontrar una adecuada armonización entre la búsqueda intuitiva de lo adecuado y justo, atendiendo a lo propio de cada caso concreto, y la racionalización de las reglas jurídicas, mediante su adecuada sistematización. Los juristas romanos lo hicieron afirmando con «auctoritas» la solución que aconsejaba el buen sentido jurídico, sobre la horma de la filosofía y dialéctica griegas. La realidad, incluida la naturaleza humana, es bastante compleja y no resulta fácil prever todas las variables. Por lo que en muchas oca-

---

(118) A veces lo que resulta verdaderamente útil a una sociedad no es fácilmente trasladable a unidades monetarias, ni valorarse con arreglo a un criterio común de satisfacción de preferencias subjetivas. Véase TENA, R. (2010): «El instinto justicia frente al análisis económico», en *Revista El Notario del Siglo XXI* núm. 31, pp. 14-21.

(119) RUIZ OJEDA, A. (2010): «Villar Palasí, pionero del análisis económico del derecho público. (Sus artículos de los años 50 en la RAP)», en *Contribuciones a la Economía*. Trabajo disponible en [www.eumed.net/ce/](http://www.eumed.net/ce/) 2010.

siones la guía del buen sentido jurídico puede ser mucho más eficaz y, por ello más prudente. A veces la virtud cívica tiene más importancia que la eficiencia.

Con estas premisas hemos querido manifestar que quizás los objetivos perseguidos por la DS y la Ley 17/2009 puedan justificarse plenamente en el terreno económico, pero como señala PAREJO ALFONSO (2009: p. 39), el ritmo y características de implantación de las reformas pueden generar ciertos riesgos en el terreno jurídico, sobre todo, en el sistema jurídico-administrativo. Montado hasta ahora sobre medidas de policía administrativa preventiva, y carente por ello de las estructuras organizativas, medios personales, procedimientos y técnicas que requiere un sistema de policía administrativa de supervisión y control *ex post*.

## 1. Objetivos perseguidos por la reforma

Los objetivos perseguidos son:

- \* Impulsar el mercado interior de servicios incluyendo los elementos fundamentales que promuevan una reforma normativa y de funcionamiento de las Administraciones públicas, orientada a alcanzar un auténtico mercado único en el conjunto de la UE.

- \* Consolidar los principios regulatorios compatibles con las libertades básicas de establecimiento y libre prestación de servicios que permitan suprimir las barreras injustificadas en el acceso y ejercicio de actividades de servicios (120). Con la eliminación de estas trabas se intenta crear un entorno más favorable a la creación de empleo y a la puesta en marcha de nuevos proyectos emprendedores.

- \* Fomentar la modernización de la Administración pública para que respondan a los objetivos anteriormente señalados.

- \* Reducir el diferencial de inflación de las actividades de servicios y ampliar los mercados introduciendo mayor competencia y promoviendo incrementos de la productividad (121).

---

(120) Como hemos visto anteriormente, la DS elimina las autorizaciones administrativas que no estén justificadas por razones de interés general, o sean innecesarias para atender esos fines. Reduce también otro tipo de cargas administrativas como las inscripciones en registros, renovación de autorizaciones, duplicación de trámites para la apertura de nuevos establecimientos, exigencia de copias compulsadas, traducciones juradas, etc. Y suprime aquellos requisitos que resulten discriminatorios o desproporcionados en relación al fin que persiguen. Su objetivo es otorgar mayor seguridad jurídica a los que deseen prestar un servicio a través de un establecimiento permanente (libertad de establecimiento), o sin recurrir a dicho establecimiento (libertad de prestación de servicios).

(121) La introducción de mayor competencia en el mercado favorecerá una reducción de márgenes y una moderación de los precios que beneficiará a los consumidores y a las empresas



\* Promover la innovación en el sector servicios. Facilitando para ello la puesta en el mercado de servicios de calidad, y fomentando cambios en la organización de las empresas y en sus esquemas de colaboración que permitan ganancias de eficiencia.

\* Introducir mayor transparencia obligando a los prestadores de servicios a facilitar a los usuarios la información necesaria sobre el servicio y sus condiciones de prestación (122). Lo que redundará en una mejor protección de los derechos de los consumidores y usuarios que tendrán acceso a una gama más amplia de productos de mejor calidad.

## 2. Necesidades sociales a cubrir

Acabamos de ver que uno de los objetivos perseguidos por la reforma es dotar de mayor calidad al servicio. Para ello, la Ley 17/2009 aborda de forma pormenorizada determinadas cuestiones que afectan a los intereses de los destinatarios y consumidores y usuarios.

El artículo 20 de la Ley 17/2009 encomienda a las Administraciones públicas y demás autoridades competentes (123) el deber de fomentar un elevado nivel de calidad de los servicios, mediante las siguientes obligaciones: a) impulsar la elaboración de cartas de calidad propias y de cartas o etiquetas aprobadas por organizaciones empresariales o profesionales, y fomentar sistemas de evaluación o certificación emitidos por organismos independientes; b) aprobación de códigos de conducta a escala comunitaria destinados a facilitar la libre prestación de servicios o el establecimiento de un prestador de otro Estado miembro.; c) promover inspecciones administrativas y controles perió-

---

que utilizan los servicios como consumos intermedios en la producción de otros bienes y servicios. La asignación más eficiente de recursos derivada de una mayor transparencia del marco regulatorio promoverá también incrementos de la productividad. Asimismo, se abre una oportunidad para las empresas españolas exportadoras de servicios, especialmente para las PYME que tienen menor capacidad para adaptarse a los diferentes entornos regulatorios de los países de la UE.

(122) La DS garantiza que cualquier usuario tenga acceso a los servicios ofertados por cualquier prestador de la UE, en condiciones no discriminatorias. Y obliga a las Administraciones a facilitar información sobre las posibles reclamaciones que los usuarios puedan interponer ante las autoridades competentes en caso de conflicto con los prestadores de servicios, independientemente del país en que se ubiquen.

(123) La Ley 17/2009 ( apartado 12º del artículo 3) concreta el concepto de «autoridades competentes» como cualquier organismo o entidad que lleve a cabo la regulación, ordenación o control de las actividades de servicios, o cuya actuación afecte al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, y, en particular, las autoridades administrativas estatales, autonómicas o locales y los colegios profesionales y, en su caso, consejos generales y autonómicos de colegios profesionales.

dicos para verificar el cumplimiento de la legislación aplicable a los diversos servicios, diseñando y ejecutando planes de inspección (124).

En cuanto a la responsabilidad del prestador, el artículo 21 de la Ley 17/2009 introduce la posibilidad de que una norma con rango de Ley pueda imponer a los prestadores de servicios la obligación de contar con un seguro de responsabilidad civil —o garantía equivalente— en el caso de desarrollar actividades de riesgo (125). El riesgo cubierto por la garantía ha de ser directo y concreto, pudiendo afectar no sólo a la salud de los destinatarios de los servicios o de un tercero, sino también a la seguridad financiera del destinatario (126).

En relación a los deberes de información de los prestadores, el artículo 22 de la Ley 17/2009, distingue dos tipos de informaciones: a) información básica, la que el prestador del servicio debe proporcionar de forma clara e inequívoca al destinatario, lo solicite o no; b) información complementaria, la que debe ponerse a disposición de los destinatarios únicamente cuando sea solicitada. Obsérvese que los sujetos pasivos de estas obligaciones, esto es, las personas físicas o jurídicas que deben recibir o pueden exigir la información, no son propiamente los consumidores o usuarios, sino los «destinatarios» de los servicios. Condición más extensa que va referida a cualquier persona física o jurídica que utilice o desee utilizar el servicio (artículo 3.3 Ley 17/2009) (127).

La información básica que el prestador del servicio deberá proporcionar de forma fácilmente accesible a todo destinatario se refiere a los datos de identidad; datos registrales; cualificación profesional; condiciones y cláusulas generales del contrato; garantía posventa; precio completo del servicio; características principales del servicio; seguro o garantía equivalente; número

---

(124) Se trata de impulsar la labor inspectora de forma ordenada atendiendo a un diseño que necesariamente deberá contemplar diversos aspectos, como la naturaleza de los servicios, los destinatarios, la posibilidad inminente de generar riesgos, si la prestación afecta a servicios esenciales de la comunidad, si afecta a grupos especialmente protegidos, etc. Es muy saludable que la Ley 17/2009 haya vinculado directamente el control e inspección oficial con la calidad del servicio, toda vez que contribuirán de forma muy positiva a dotarlo de mayor eficacia, eliminando aquellos aspectos negativos que pueden incidir en su funcionamiento.

(125) La obligación de suscribir estas garantías no se impone directamente por la Ley 17/2009, sino que se supedita a que una Ley las establezca. En todo caso, las garantías han de ser proporcionadas a la naturaleza del riesgo, no pudiendo exigirse a un prestador que se establezca en España y que esté cubierto por otra garantía equivalente al riesgo asegurado.

(126) La expresión «seguridad financiera» es demasiado genérica y puede abarcar cualquier actividad con riesgos en este ámbito.

(127) Cabe precisar que dichos deberes de información son complementarios a los recogidos en la legislación en materia de defensa de los consumidores y usuarios. No los sustituye, sino que los complementa.

de identificación fiscal; lenguas en las que puede formalizarse el contrato; derecho a desistir, en su caso.

La información complementaria que los prestadores de servicios han de poner a disposición del destinatario, previa petición del mismo se refiere a facilitar un presupuesto suficientemente detallado; fecha de entrega, ejecución del contrato y duración; referencia a las normas de acceso; referencia a posibles conflictos de intereses; acceso a los códigos de conducta si el prestador estuviese sometido; información detallada sobre los medios extrajudiciales de resolución de los conflictos que pueden surgir.

Tanto la información básica como la complementaria pueden facilitarse en el propio lugar de prestación del servicio o de celebración del contrato; por vía electrónica, utilizando la dirección facilitada por el prestador; a través del documento informativo que el prestador facilite al destinatario presentando de forma detallada los servicios; a través de una página web.

En materia de reclamaciones, el artículo 23 de la Ley 17/2009, obliga a los prestadores de servicios a poner a disposición de los destinatarios, como mínimo, un número de teléfono, una dirección postal, un número de fax o dirección de correo electrónico. Efectuada la reclamación, ésta debe ser respondida en la misma lengua en que se hubiera efectuado el contrato y en el menor plazo posible, y, en todo caso, antes de un mes de su presentación.

Por último, el artículo 26 de la Ley 17/2009 contempla la acción de cesación frente a las conductas que infrinjan obligaciones legales y sean susceptibles de lesionar los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios. Remitiendo el ejercicio de dicha acción a lo previsto en el artículo 53 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (128).

El problema que puede surgir con la aplicación de la citada remisión es la disparidad de sujetos pasivos a los que se dirige: «destinatarios» en unos casos; «consumidores y usuarios» en otros. Con ello el legislador muestra cierta incoherencia, al ampliar por un lado el radio de acción de las políticas sobre calidad de los servicios a los destinatarios de los mismos, para posteriormente referirse exclusivamente a los consumidores y usuarios, reduciendo ese radio de

---

(128) Señala el artículo 53 del R. Decreto Legislativo 1/2007 que la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato. A efectos de lo dispuesto en este capítulo, también se considera conducta contraria a esta norma en materia de cláusulas abusivas la recomendación de utilización de cláusulas abusivas

acción De esta forma quedan fuera del ejercicio de la acción de cesación otros sujetos pasivos que pueden ver también lesionados sus derechos e intereses, ejemplo, otros empresarios.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARNÉS, J. (2006): *Innovación y reforma del Derecho Administrativo*, Sevilla, Derecho Global.
- BERMEJO VERA, J. (2000): *Derecho Administrativo Básico. Parte General*, Navarra, Thomson-Cívitas.
- BOCANEGRA SIERRA, R. y GARCÍA LUENGO, J. (2008): «Los actos administrativos transnacionales», en *Revista de Administración Pública* núm. 177.
- D'ALBERTI, M. (1992): *Diritto amministrativo comparado*, Bologna, Il Mulino.
- DE LA QUADRA SALCEDO, T. (2009): «La Directiva de servicios y la libertad de empresa», en *El Cronista del Estado social y democrático de derecho* nº 7.
- CASTILLO BLANCO, F. (1998): *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons.
- CASTILLO BLANCO, ZAFRA VIÍTOR y VILLALBA PÉREZ (2003): «El municipio en América Latina. Reflexiones y propuestas», en *Revista de Estudios de la Administración Local (REAL)* nº 291, pp. 251-282
- CERULLI IRELLI (1997): «La simplificación administrativa», en *Revista de Documentación Administrativa* núm. 248-249.
- CHOLBI CACHÁ, F. y MERINO MOLINS, V. (2010): «Comentario crítico sobre la Directiva de Servicios y de las Leyes 17 y 25/2009 en aplicación de la misma: especial incidencia en el ámbito de las licencias urbanísticas y de actividad», en *El Consultor de los Ayuntamientos* nº 7.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2007): «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», en *Revistas Española de Derecho Europeo*, nº 22, pp. 189-197.
- GALÁN VIOQUE, R. (2005): «El derecho a una buena administración», en *Revista de la Facultad de Derecho, Crónica Sevillana*, nº 1.
- GAMERO CASADO, E. (2009): «Los municipios y la ventanilla única de la Directiva de servicios», en *Revista de Estudios Locales* nº 122, pp. 138-165.
- LAGUNA DE PAZ, J. C. (2009): «Directiva de servicios: el estruendo del parto de los montes», en *El Cronista del Estado social y democrático de derecho* nº 6, pp. 42-51.

- LINDE PANIAGUA, E. (2008): «Notas sobre el objeto, ámbito y reglas de aplicación de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, 2008. Ejemplar dedicado a la Directiva de servicios.
- MANGAS MARTÍN, A. (2008): (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, obra colectiva que comenta artículo por artículo, Bilbao, Fundación BBVA.
- MARTÍN REBOLLO, L. (2009): *Leyes administrativas*, 15ª edición, Navarra, Thomson-Aranzadi.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2010): «Las regulaciones por silencio (cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)», *El Cronista del Estado social y democrático de derecho* nº 9.
- PALOMAR OLMEDA, A. (2010): «Directiva de servicios y Administración electrónica: dos nuevos retos para las Administraciones públicas y un cambio profundo en su régimen de actuación», en *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 789.
- PAREJO ALFONSO, L. (2009): «La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkenstein: la interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema», en *El Cronista del Estado social y democrático de derecho* nº 6, pp. 34-41.
- (2010): «Problemas actuales del Derecho Administrativo», en *El Gobierno local. Estudios en homenaje al profesor Luís Morell Ocaña*, Iustel y Cosital, Madrid.
- (1999): «El Estado como poder y el Derecho regulador de su actuación, hoy: algunas de las transformaciones en curso», en *Revista del CLAD* nº 17.
- (1991): *Crisis y renovación del derecho público*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- PARICIO RALLO, E. (2010): «la aplicación material de la Directiva de servicios», trabajo disponible en [www.gobiernolocal.com](http://www.gobiernolocal.com)
- PORTA PEGO, B. (2010): «Algunas consideraciones en torno al Fondo Estatal de Inversión Local», en *El Gobierno Local. Estudios homenaje al profesor Luís Morell Ocaña*, (Coordinador Ruiz Ojeda A.), Madrid, Iustel y Cosital.
- RODRÍGUEZ ARANA (2006): *El buen gobierno y la buena administración de las instituciones públicas*, Pamplona, Aranzadi.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2007): *La administración del Estado social*, Madrid, Marcial Pons.

- SAINZ MORENO, F. (2004): «Ética pública positiva» y «Secreto y transparencia» en *Estudios para la reforma de la Administración pública*, Madrid, INAP.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. (2008): «La Directiva de Servicios ¿una revolución?», Noticias Universidad de Navarra, [www.unav.es/noticias/opinion](http://www.unav.es/noticias/opinion).
- SÁNCHEZ BLANCO, A. (2009): «Resolución del Parlamento Europeo de 26 de marzo de 2009, sobre el impacto del urbanismo extensivo en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario», *REALA* nº 310.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1994), *Discrecionalidad administrativa y control jurisdiccional*, Madrid, Tecnos.
- SANDULLI, A. (1999): «La semplificazione», *RTDP* núm. 3.
- SCHMIDT ASSMANN (2006): «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos», en J. BARNÉS, *Innovación y reforma del Derecho Administrativo*, Sevilla, Editorial Derecho Global.
- (2003): *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción*, Madrid, Marcial Pons.
- SCHNEIDER, J. y VELASCO CABALLERO, F. (2008), *Unión administrativa europea*, Madrid, Marcial Pons.
- SIMOU, S. y VELASCO CABALLERO, F. (2009): «Cooperación interadministrativa en la Directiva de Servicios», en *Revista de Estudios Locales*, nº 122, pp. 166-176
- TENA, R. (2010): «El instinto justicia frente al análisis económico», en *Revista El Notario del Siglo XXI* núm. 31, pp. 14-21.
- TOMÁS MALLÉN, B. (2005): *El derecho fundamental a una buena administración*, Madrid, INAP.
- TORNOS MAS, J. y GALÁN, A. (2000): *La Comunicación pública*, Madrid, Marcial Pons.
- VANDELLI, L. y GARDINI, G. (1999): *La semplificazione amministrativa*, Quaderni Della SPISA, Bologna, Maggioli.
- VELASCO CABALLERO, F. (2008): «Organización y procedimientos de la Unión Administrativa Europea en materia de fronteras, asilo e inmigración», en *La unión administrativa europea*, Madrid, Marcial Pons.
- VESPERINI, G. (1998): «La semplificazione dei procedimenti amministrativi», *RTDP* núm. 3.

**SEGUNDA PARTE**  
**ASPECTOS GENERALES Y**  
**MEDIDAS HORIZONTALES**





# **EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA Y LOS SERVICIOS EXCLUIDOS: UNA PLASMACIÓN DE LAS MUTACIONES DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EUROPEA(\*)**

SUSANA DE LA SIERRA

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.– II. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EUROPEA Y LOS SERVICIOS: 1. La evolución de la Constitución Económica Europea: hacia una convergencia de las libertades de circulación y la libre competencia. 2. Las consecuencias de la convergencia en la Constitución Económica Europea para la noción de servicio.– III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS Y DE LA LEY 17/2009: 1. Libre circulación de servicios y libertad de establecimiento: ¿qué relación? 2. Una aproximación inicial y contextual al concepto de servicio.– IV. LA DEFINICIÓN DE SERVICIO EN NEGATIVO: LOS SERVICIOS EXCLUIDOS: 1. Consideraciones generales. 2. Los servicios de interés económico general. Monopolio de la definición y margen de apreciación: A) Una aproximación al concepto. B) Servicios de interés económico general, servicios públicos y funciones de autoridad. 3. Categorías de servicios excluidos: A) Los servicios no económicos de interés general. B) Algunos servicios de interés económico general. C) Funciones de autoridad o ejercicio de poder público. D) Cultura y pluralismo de los medios de comunicación.– V. CONCLUSIONES.– BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** La Directiva de Servicios y, con ella, la Ley 17/2009 han conmovido las bases del Derecho Administrativo español. En el presente artículo se parte de dos hipótesis de trabajo: en primer lugar, se acepta que los cambios producidos en el ordenamiento jurídico-administrativo español son de tal calado que justifican las opiniones de quienes aluden a un cambio de paradigma. En segundo lugar, este fenómeno revolucionario queda matizado por lo que constituye la segunda hipótesis, a saber: que la Directiva no es sino una plasmación de un proceso de mutación constitucional labrado durante varios años en el Derecho de la Unión Europea. Tanto las libertades de circulación entre sí como estas en relación con la libre competencia se están acercando en el Derecho positivo y, fundamentalmente, en la jurisprudencia del Tribunal de

---

(\*) Este trabajo se inserta en el Proyecto de Investigación dirigido por Julio V. González García que lleva por título «Directiva de servicios y ordenación de actividades económicas» [DER2009-14273-C02-02]. Agradezco a Juana Morcillo Moreno, Profesora Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha, y a Silvia Sueli Caballero Pina, del Centro de Estudios Europeos de dicha Universidad, su ayuda en el acceso a algunas fuentes bibliográficas.

Justicia. Alguna de las confusiones que en su momento generó la Directiva puede verse debida, precisamente, al hecho de que libertad de circulación de servicios y libertad de establecimiento se abordan como dos elementos de una misma realidad. Si bien es cierto que la norma incorpora algunas diferencias de régimen jurídico entre uno y otro ámbito, parece que las fronteras, en cualquier caso, se van desdibujando. A ello se une el argumento de que la Directiva condiciona el ejercicio y la interpretación de la libertad de empresa, abundando por lo tanto en cuestiones vinculadas a la libre competencia y no tanto a las libertades de circulación. La mutación constitucional ofrece aquí uno de sus frutos, en el que el régimen jurídico del acceso y la prestación de los servicios queda plasmado como una ponderación de principios constitucionales, de modo que a los operadores jurídicos nacionales les quedaría vedada la posibilidad de abrir de nuevo dichas ponderaciones. La existencia de un amplio elenco de servicios excluidos, además, prueba que se han realizado ponderaciones específicas para constelaciones jurídico-fácticas asimismo específicas. Ello determina, en fin, una reflexión sobre las características de esta ponderación y, en particular, sobre la necesidad de incorporar en la argumentación principios sociales y culturales, en línea con la evolución del Derecho de la Unión. Estos debates son los que sirven de contexto para ir desgranando el concepto de servicio que sirve de criterio para determinar la aplicación o no de la Directiva de Servicios.

*Palabras clave:* Constitución Económica Europea; mutación constitucional; libre circulación de servicios; libertad de establecimiento; libre competencia; ponderación; Europa Social

*ABSTRACT: The Services Directive and therefore also the Spanish Statute 17/2009, implementing it, have affected the foundations of Spanish Administrative Law. This article departs from two working hypotheses: firstly, it is accepted that the changes that have been produced in Spanish Administrative law are of such a dimension that they justify the opinions of those who point at a paradigm change. Secondly, this revolutionary phenomenon is nuanced by what constitutes the second hypothesis, namely: the fact that the Directive is just one example of a process of constitutional mutation forged along various years in European Union Law. All freedoms of movement and free competition are moving closer in written law and, more importantly, in the case-law of the Court of Justice. Some of the perplexities that the Directive once provoked can be attributed, precisely, to the fact that the freedom of movement of services and the freedom of establishment are but two elements of the same reality. The norm does include some differences in their corresponding legal regimes, but frontiers among them are fading away. There is still one argument that needs to be put forward: the Directive shapes the exercise and interpretation of the freedom to conduct a business, thus addressing questions linked to free competition. The constitutional mutation offers here one of its results, whereby the legal conditions for access to and provision of services are an expression of a balancing of constitutional principles, so that national legal operators would be impeded to open up that balance. Further, the existence of a wide array of services that have been excluded from the general regulation is also explained by the fact that particular balances have been reached in specific sectors. This leads finally to a reflection on the characteristics of such a balancing and, in particular, on the need to incorporate social and cultural*

*principles in the argumentation, in line with the evolution of Union Law. These are the debates that frame the theoretical context required to analyse the concept of service, i.e. the criterion that defines the scope of application of the Services Directive.*

*Key words: European Economic Constitution; constitutional mutation; free movement of services; freedom of establishment; free competition; balancing; Social Europe*

## I. INTRODUCCIÓN

*El fuego es dios de nada, dijo el poeta, es nada aunque a veces sople por las chimeneas un aire alemán* (1). La Directiva-fuego (2) ha sido acogida en la doctrina y la opinión pública, por un lado, con el ardor que caracteriza su condición de norma llamada — según algunos — a iniciar un viraje fundamental en el proyecto europeo (3). Así, conocida es la reacción de franceses y holandeses en el proceso de ratificación del fallido proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Dicha reacción fue de desapego hacia un texto comunitario que, entendían, conmovía las bases de un modelo social asentado en Europa y que se veía, así, puesto en peligro. Por otro lado se encuentran quienes sostienen que, en efecto, el fuego es dios de nada, que la aparición de la Directiva no es más que «el estruendo del parto de los montes» (4) y que, por lo tanto, ni las novedades son tantas ni han de llamar a escándalo.

Probablemente, ambas posturas son conciliables o, por expresarlo de otro modo, en ambas existen argumentos fundados que pueden coexistir sin desajustes. Lanzaré, por tanto, desde este momento dos hipótesis de trabajo. En primer lugar, entiendo que, en efecto, la Directiva *Bolkestein* (5) y, con ella,

---

(1) Blanca Andréu, *Elphistone*, Visor, Madrid, 1988, p. 36 [«Cinerario. II»].

(2) Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, DO L 376/36, de 27 de diciembre de 2006. En adelante, Directiva de Servicios (DS) o Directiva *Bolkestein*.

(3) Sin embargo, hay autores que han reprochado, con razón, la escasa atención que han dedicado a esta cuestión los medios de comunicación. Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2007: p. 190). Más adelante, la cobertura mediática aumentó con la tramitación parlamentaria de las normas españolas de transposición de la Directiva y, en concreto, con la popularmente conocida como «Ley Ómnibus», es decir, la que operaba las modificaciones correspondientes en las leyes afectadas (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). Algunos colectivos, como el de taxistas, se movilizaron con intensidad para tratar de evitar la introducción de la reforma.

(4) Cfr. LAGUNA DE PAZ (2009). En esta misma línea se pronuncian otros autores, como GONZÁLEZ GARCÍA (2009), que califica la Directiva de «disposición conservadora, poco innovativa [en muchos aspectos]» (p. 472).

(5) En general, sobre la gestación y las características generales de la Directiva, v. BARNARD (2008); FLOWER (2007); HATZOPOULOS (2008).

las normas españolas de transposición, han generado un cambio que no debe menospreciarse. Sin embargo, y en segundo lugar, habrá de verse, cuáles son las características reales de ese cambio, hasta qué punto se concilia con el contexto jurídico en el que se ha gestado y ha de plantearse, en fin, si resulta coherente con un proyecto europeo que de forma paulatina se ha pretendido más sensible a derechos e intereses distintos de los meramente económicos. (6) El modelo social europeo es, por tanto, un elemento necesario que ha de ser introducido en el debate.

En las líneas que siguen se profundiza en dichas hipótesis de trabajo, desde la perspectiva concreta del ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, o «Ley Paraguas». Se tomará como parámetro la Ley y la Directiva de la que trae causa, para analizar también hasta qué punto la norma española es respetuosa con el texto comunitario. En primer lugar, se realizará una aproximación general a la cuestión, contextualizando el criterio técnico de la definición de «servicio» en lo que puede considerarse un «cambio de paradigma» (7) o una «nueva cultura administrativa» (8). Con carácter previo se ubicará este debate en otro de contenido más general, sobre la dimensión constitucional de todo el proceso. A continuación, se abordará el concepto de servicio, así como el listado de servicios excluidos, abundando en las razones que han justificado su exclusión. Aquí se realizarán algunas consideraciones sobre la relación entre los servicios comprendidos en la nueva norma y otros conceptos, como los de servicio de interés económico general o servicio público. Adelanto ya que, en mi opinión, no es inadecuado rescatar algunas teorías establecidas hace largo tiempo y que resultan pertinentes para el análisis de los «nuevos» fenómenos. Ahora bien, entiendo que no se ha de perder de

---

(6) He tenido especial cuidado en utilizar expresiones que pongan de manifiesto que el impacto al que me refiero es un impacto jurídico, pero sobra decir que los especialistas de otras áreas, como es la Ciencia de la Administración, tienen ante sí idénticas preguntas de investigación a abordar desde otras perspectivas. Sus debates entiendo que no habrían de pasar desapercibidos entre los administrativistas, dado que la eficacia del Derecho no puede prescindir de su contexto y en este ámbito nos encontramos con un excelente banco de pruebas, toda vez que puede presumirse que la nueva regulación procede de una cultura (jurídica) distinta y que, por tanto, puede encontrar problemas en su exportación a otras coordenadas.

(7) Cfr. MUÑOZ MACHADO (2009: p. 3). Este autor incluso llega a utilizar la expresión de «revolución administrativa» (p. 1); PADRÓS REIG (2010: p. 42).

(8) En este sentido puede entenderse que se sitúa, entre otros, PAREJO ALFONSO, (2009a). Lamenta el autor que en la doctrina española no se haya «planteado, con todas sus consecuencias, la necesidad [...] de una verdadera reconstrucción del Derecho administrativo y la Administración pública como condición de la operatividad de la policía administrativa de supervisión o *ex post*, ajena esencialmente a nuestra cultura administrativa práctica» [pp. 441-442]. V. también PAREJO ALFONSO, (2009b).

vista el hecho de que es probable que con la nueva norma no se esté sino importando una determinada cultura de los servicios de interés general y que, por lo tanto, dichas teorías pueden ser aplicadas, pero sólo mediante una adecuada modulación. En fin, en el texto se abundará también en la cuestión del modelo social europeo, para valorar hasta qué punto el nuevo statu quo jurídico responde a las expectativas que había generado un modelo de desarrollo teóricamente más amable.

## II. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EUROPEA Y LOS SERVICIOS

### 1. La evolución de la Constitución Económica Europea: hacia una convergencia de las libertades de circulación y la libre competencia

Más allá de otras cuestiones concretas, entiendo que —en relación con la cita que iniciaba este artículo— la Directiva recoge el «aire alemán» que desde hace tiempo inspira la deriva del Derecho de la Unión Europea y, en concreto, de su modelo de Constitución Económica (9). Así, la Constitución Económica de la Unión ha modificado sus perfiles en la medida en que el concepto de mercado interior ha sufrido algunas mutaciones.

En primer lugar, dichas mutaciones se plasman en la plasticidad de las libertades de circulación, cuyas fronteras parece que desaparecen de forma paulatina, de modo que las convergencias entre las mismas van aumentando (10). Ello se aprecia, como se desarrollará por extenso en las páginas siguientes, en el tándem libre circulación de servicios y libre circulación de personas, en especial en la variante de libertad de establecimiento. El proceso de convergencia es todavía más ambicioso, dado que afecta también a la relación entre las normas del mercado interior y las normas de la libre competencia. En principio, y sintetizando, las normas del mercado interior, es decir, las relativas a las libertades de circulación, resultan de aplicación en las

---

(9) Cabe referirse a una obra pionera en este ámbito: POIARES MADURO (1998). En castellano me remito, por todos, a BAQUERO CRUZ (2002); DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2004) y DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2008).

(10) A ello se ha referido, entre otros, BAQUERO CRUZ (2002: pp. 161-168), quien debate la convergencia en la interpretación de las normas reguladoras de las cuatro libertades. El autor concluye su argumentación afirmando de modo rotundo que «[e]s indudable que el hecho de clasificar una situación bajo las libertades de mercancías, capitales, servicios o establecimiento es cada vez más irrelevante en cuanto a las consecuencias jurídicas, que serán casi idénticas» (p. 168). Es justo afirmar también que en estas páginas Baquero hace referencia —para justificar una opinión contraria— a quienes estiman que las diferencias perviven y que una lectura cuidadosa de la jurisprudencia pertinente así lo demuestra.

relaciones entre los poderes públicos y la ciudadanía. Por su parte, el régimen jurídico de la libre competencia es un régimen jurídico-público que persigue garantizar la posición jurídica de los particulares en el mercado y proteger las características de dicho mercado. Se aplica, en su versión primigenia, a las relaciones entre los particulares. Sin embargo, también desde hace unos años se aprecia un acercamiento entre los ámbitos de aplicación de las normas de mercado interior y de libre competencia (11).

En segundo lugar, las mutaciones del mercado interior obedecen también a la inclusión en el mismo de un contenido más social. Así, desde 1992, con el Tratado de Maastricht, se incluye en el Derecho comunitario un elenco de políticas que rebasan los límites estrictamente económicos y se introduce el concepto de ciudadanía, llamado a dotar de un nuevo enfoque al proyecto europeo y a las distintas esferas de actividad (12). De hecho, el propio concepto de ciudadanía se ha desarrollado de tal modo que a día de hoy puede encontrarse incluso adjetivado, para dar cuenta de su impronta en sectores concretos del ordenamiento. Es el caso, por ejemplo, de la noción de «ciudadanía sanitaria» (13). Así, la asistencia sanitaria es una prestación que en un primer momento se ubicaba en la normativa reguladora de la seguridad social. De forma paulatina también en este (delicado) sector se fue admitiendo la posibilidad de abordarlo desde el prisma de la libre prestación de servicios. Esto último ha tenido lugar, en esencia, a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quien ha admitido que las prestaciones sanitarias son servicios en el sentido del Tratado y que, por lo tanto, cabe aplicar las disposiciones sobre libre circulación. Ello ha tenido como consecuencia —como afirma CANTERO MARTÍNEZ (14)— la penetración de la noción de mercado también en este ámbito. Debido a las incoherencias que esta situación producía, así como a la dispersión jurídica existente, las instituciones europeas han lanzado una propuesta de Directiva relativa a los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza. (15) La historia resulta familiar. Más todavía cuando, como recuerda la autora citada, el objetivo de la Directiva es también reforzar los sistemas de cooperación entre los Estados, clave de bóveda para un adecuado funcionamiento del «mercado» y, en

---

(11) Esta es la tesis principal de BAQUERO CRUZ (2002).

(12) Cfr. FRAILE ORTIZ (2003). Véase, en concreto sobre el tema que nos ocupa, SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO (2007).

(13) Sobre este atractivo concepto véase CANTERO MARTÍNEZ (2011). He manejado el manuscrito original por cortesía de la autora.

(14) Op.cit.

(15) Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, COM (2008) 414 final, 2 de julio de 2008.

particular, para luchar contra los eventuales fraudes. Sin embargo, y pese a las coincidencias de planteamiento y contenidos, los servicios sanitarios no se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios, tal y como se desarrollará más adelante.

Por lo tanto, y recapitulando, la Constitución Económica de la Unión se ha modificado debido a varias dinámicas: a la sinergia paulatina de los elementos que la componen (libertades de circulación y libre competencia, así como las primeras entre sí) y a la inclusión de objetivos de contenido social que matizan el ideario económico del proyecto europeo. Ello no obstante, la finalidad esencial de todo el proceso sigue siendo la integración, aunque, como es lógico, la definición de dicha integración se ha visto modificada por los anteriores elementos. En la doctrina se alude, en este contexto, al fenómeno de integración negativa junto al de integración positiva (16). El primero implicaría la eliminación de aquellos obstáculos que impidan el desarrollo del mercado interno, mientras que el segundo perseguiría la adopción de medidas y de políticas comunes —siempre dentro de una lógica económica— para evitar cualquier tipo de discriminación (17). Resulta interesante comprobar que algunos autores proponen una distinción de rango normativo entre un tipo de integración y otro. Así, BAQUERO CRUZ entiende que la integración negativa es un elemento constitucional y que, por lo tanto, sus perfiles jurídicos se contienen en normas de ese rango. Las normas básicas de la integración negativa (donde las libertades de circulación desempeñan el papel esencial) constituirían el Derecho Constitucional Económico (18). Por su parte, las normas referidas a la integración positiva se encontrarían subordinadas a las anteriores y compondrían el Derecho Administrativo Económico de la Unión. Continúa el autor señalando que los procesos de desregulación (nacional) y consiguiente regulación comunitaria se observarían desde un prisma constitucional, mientras que el desarrollo legislativo y administrativo de dicha regulación dirigido a armonizar las normas relativas a los mercados se insertaría en la categoría de Derecho Administrativo Económico (19). En este sentido, entiendo que la Directiva de Servicios tendría cabida en este último compartimento, dado que vendría a concretar el ejercicio de una concreta libertad (de dos, en realidad) para, de este modo, afianzar el proceso de consolidación del mercado interior. No obstante, dada su impronta en la definición de las libertades que comprende, tal y como se expondrá, podría llegar a defenderse su carácter constitucional.

---

(16) Sobre los procesos de integración positiva y de integración negativa, que han sido objeto de abundante tratamiento en la doctrina especializada, con una dimensión más actual y vinculada al proceso político europeo, véase SCHARPF (1996).

(17) Cfr. BAQUERO CRUZ (2002: p. 124), que se remite en este aspecto a Bieber.

(18) Cfr. BAQUERO CRUZ (2002: p. 124).

(19) *Ibidem*, p. 125.

Es posible que los Tratados, tan genéricos y ambiguos en este aspecto como en otros, no contengan reparos a una operación de estas características. Sin embargo, entiendo que ello habría de dar pie a una discusión sobre el papel de la Constitución Europea en el momento actual, sobre los peligros de contar con una Constitución (Económica) material (20) y sobre el fraude que, en realidad, ello supone en todo el proceso. La Directiva de Servicios ha conllevado una transformación profunda de la cultura administrativa, como se ha puesto ya de manifiesto, pero esencialmente debido a que se ha producido un desarrollo constitucional de primera magnitud (21).

## 2. Las consecuencias de la convergencia en la Constitución Económica Europea para la noción de servicio

La Directiva de Servicios, por lo tanto, se situaría en la senda de una nueva visión constitucional de las libertades de circulación y de la libre competencia (22). Los problemas que abordan las Instituciones europeas en esta norma son variados y las respuestas a los mismos, en principio, se articulan desde distintas ópticas. Son muchas las dificultades que desde hace tiempo con-

---

(20) Sobre las características de la Constitución Económica europea, en el contexto de las reflexiones sobre la Europa Social, vid. ORTEGA ÁLVAREZ/ARROYO JIMÉNEZ (2007).

(21) En este sentido puede entenderse que se pronuncia también DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2007). Este autor, sin embargo, centra su argumentación en otros elementos, como son la incompetencia comunitaria para dictar una Directiva que es, en realidad, innovadora y no meramente armonizadora, o el sometimiento de determinadas regulaciones de los Estados sobre actividades relacionadas con el objeto de la Directiva al principio de proporcionalidad. La dimensión constitucional viene dada, también, por el papel tradicional que se ha otorgado a los jueces españoles en materias relacionadas con la Constitución Económica, debido a la neutralidad relativa atribuida a la misma (véase especialmente pp. 274-275, nota 64), una posición —la de los jueces— que se vería alterada por la necesidad de realizar un control basado en el principio de proporcionalidad, más exigente —a juicio de De la Quadra— que el de la razonabilidad. En general, sobre este tipo de controles me remito a ORTEGA/DE LA SIERRA (2009).

(22) En la doctrina se ha señalado que la Directiva no es sino «la continuación natural del mercado único, que en el caso de los servicios ya se había preconizado a mediados de los ochenta y se ha ido gestando desde entonces (...)». Cfr. VILLAREJO GALENDE, *Nota Preliminar* al volumen dirigido por ella misma «La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo», Comares, Granada, 2009, p. XIV. La autora continúa aludiendo al efecto codificador que, respecto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia tiene la Directiva y al hecho de que constituye «un paso más en la lógica de la integración europea» (p. XV). Insistiendo en que no se trata tanto de una liberalización cuanto de una desregulación y, pese al efecto codificador del texto, Villarejo sostiene —en línea por tanto con las hipótesis que se mantienen en este trabajo— que «[l]a regulación contenida en la DS pretende configurar un marco jurídico general [enfatizado en el original] que facilite la consecución de un mercado interior de los servicios, y en particular la efectividad de las libertades reconocidas en los arts. 43 y 45 TCCE». Se pretende, por tanto, «configurar» y no sólo «codificar» un marco jurídico general.



dicionan la identificación de criterios satisfactorios para abordar las nociones de servicio de interés general, servicio de interés económico general, servicio público, obligaciones de servicio público y otras como el ejercicio de funciones de autoridad (en tanto que criterio de exclusión para la realización de una determinada actividad en función de la nacionalidad). Dichas dificultades se entienden en este contexto de confusión constitucional, de aproximación lenta entre bases constitucionales diferentes, concebidas para constelaciones jurídico-fácticas asimismo diferentes.

Existen muchos (e ilustrativos) ensayos en la doctrina dirigidos a dotar de contenido a estas nociones (23). Las categorías clásicas entiendo que mantienen su utilidad, por cuanto conllevan un régimen jurídico labrado durante largo tiempo y que responde a preocupaciones casi idénticas (24), a saber: (1) qué hacer cuando determinados recursos son limitados; (2) cómo articular la prestación de un servicio para que todas las personas puedan acceder al mismo en igualdad de condiciones, por entender que ello responde a un mandato constitucional derivado, entre otros, de principios como los de igualdad o solidaridad (25); (3) cómo responder a los mandatos del Estado Social que de forma paulatina han ido encontrando cabida, también, en el Derecho de la Unión, bien mediante una plasmación expresa en los Tratados bien mediante el desarrollo jurisprudencial (26); o, entre otros, (4) cómo dotar de calidad a los servicios que se prestan (27).

Ello no obstante, e insistiendo pese a todo en la utilidad de no jubilar de forma prematura las categorías clásicas, es cierto que los conceptos tra-

---

(23) Especialmente interesante es el trabajo de MALARET I GARCÍA (1998), en el que la autora hace un repaso de la teoría y el concepto del servicio público en Francia, desentrañando algunos de los lugares comunes que no responden a la realidad de tan compleja institución. Con carácter más general, cabe remitirse al volumen MALARET I GARCÍA (coord.) (1996).

(24) Ello no puede llevar a perder de vista, evidentemente, que el debate carece de neutralidad ideológica. Cfr. BELTRÁN DE FELIPE (1999).

(25) Cfr. en este sentido, CANTERO MARTÍNEZ (2001). Cabría realizar el mismo planteamiento respecto de otros servicios, como el de la educación, sin perder de vista su naturaleza iusfundamental derivada del art. 27 de la Constitución. Desde esta última perspectiva iusfundamental me remito, por todos, a MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (2008). Sobre un tema no menor en relación con la política educativa, el régimen jurídico del personal docente, v. recientemente MEIX CERECEDA (2010).

(26) Sobre esta materia, véase el trabajo reciente de VAQUER CABALLERÍA (2010). Este autor afirma que el Derecho Público del siglo XX no se entiende sin los conceptos de Estado Social, servicio público y seguridad social en un sentido amplio (p. 3). En nota a pie de página (núm. 7) afirma que la doctrina moderna se ha desentendido del tercero de los elementos, el de la seguridad social, pero sin duda alguna, al menos en un sentido más estricto, continúa desempeñando una función importante en la evolución jurídica de algunos servicios, como son, notablemente, los sanitarios.

(27) Esta es, al menos en teoría, una de las preocupaciones esenciales de la Directiva de Servicios. V., entre otros, GONZÁLEZ IGLESIAS (2009); VIDA FERNÁNDEZ (2009: pp. 218-239).

dicionales llevan consigo unos contenidos y un bagaje cultural que conviene estudiar de forma crítica y no transportar de manera automática en otros contextos. De hecho, lejos de existir un consenso doctrinal sobre la noción de servicio público en el seno de los ordenamientos jurídicos nacionales, las posturas son variadas, así como variadas son también las interpretaciones sobre la adecuación de situar en planos paralelos teorías surgidas en distintos contextos jurídicos nacionales (28). Es el caso, por ejemplo, de la teoría del servicio público en Francia (si es que cabe referirse a una teoría del servicio público en ese país) o la teoría de la procura existencial elaborada por Ernst FORSTHOFF. Este autor parte, como es sabido, de la siguiente constatación: en un contexto histórico concreto, aquél en el que tienen lugar las profundas transformaciones políticas, económicas y sociales de la primera mitad del siglo XX, se produce un distanciamiento del ser humano respecto de los bienes que necesita para vivir. Ello genera una dependencia respecto de quienes producen y distribuyen dichos bienes y comporta un nuevo modelo social y económico caracterizado, precisamente, por la interdependencia y la no autonomía. En segundo lugar, el incremento poblacional impulsa una competencia por los recursos desconocida (en estas dimensiones) hasta dicha fecha. Además, en tercer lugar, los procesos de urbanización, la consolidación de la ciudad en el sentido moderno y, de nuevo, la dependencia que ello supone, sitúan a los ciudadanos en una delicada situación ignota hasta esa fecha. En fin, en cuarto lugar, el desarrollo tecnológico genera desamparo en todos aquellos que no pueden acceder a los beneficios del mismo y que serán perjudicados por el nuevo sistema en el ámbito laboral. Se produce, aquí, un desfase entre lo que FORSTHOFF denomina «espacio vital efectivo» (*effektiver Lebensraum*) y «espacio vital dominado» (*beherrschter Lebensraum*) (29).

Con todo lo anterior, cabe concluir que la Directiva de Servicios consolida una trayectoria constitucional que venía anunciándose desde hace tiempo. Esta dimensión constitucional se concreta en un régimen jurídico-administrativo que modifica el paradigma clásico de intervención administrativa en las actividades

---

(28) Cfr. un volumen colectivo que, a mi juicio, continúa teniendo actualidad: FREEDLAND/SCIARRA (1998).

(29) Cfr. MAGALDI (2007: fundamentalmente pp. 71-72). La dependencia que tiene esta teoría, como otras, del contexto histórico en el que surge, lleva a la autora a plantearse si resulta conveniente referirse a dos concepciones distintas de la noción de «procura existencial» en función de los dos periodos de la vida académica que el autor dedicó a esta materia. Sin embargo, Magaldi considera que es adecuado entender que la teoría es única y coherente, aun cuando la situación política, económica y social de cada momento haya de ser tenida en consideración (p. 71). Esta postura corroboraría la posición indicada por quien escribe en el texto principal, a saber: que las teorías clásicas, que pretenden responder a interrogantes o problemas que perviven hoy en día, pueden continuar siendo útiles en nuevos contextos —como el de la Unión Europea— siempre y cuando se actúe con la debida cautela en el trasvase de categorías.

económicas. El nuevo régimen jurídico-administrativo se reconduce a la sustitución de controles preventivos por un modelo general de control *ex post* (30), por una llamada a la simplificación administrativa y a la cooperación entre Administraciones Públicas (31). Cuestión distinta es cómo resulta, en la práctica, la aplicación de un sistema tal en las diversas culturas administrativas. En cualquier caso, el punto del partida es la definición de qué ha de entenderse por «servicio» a los efectos de la aplicación del nuevo régimen. Si bien el contexto constitucional que acaba de exponerse resulta, desde mi punto de vista, imprescindible para aprehender el sentido de la noción de «servicio» y de otras que la acompañan, a continuación se realizará un recorrido sistemático y más detallado por dicha noción.

### III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS Y DE LA LEY 17/2009

Una de las cuestiones clave en el análisis jurídico de la Directiva de Servicios y de la Ley 17/2009 es, naturalmente, la identificación de qué ha de considerarse «servicio» a efectos de aplicar el nuevo régimen (32). En principio, la Directiva y, con ella, la Ley parten de una definición amplia, en línea con la recogida en el texto del ahora Tratado de la Unión Europea, heredero en

---

(30) La traslación del momento de intervención pública desde un momento anterior a uno posterior es el proceso inverso al que ha constatado —críticamente— la doctrina en otros ámbitos del Derecho, como es el Derecho Penal. Cfr., dentro de una línea de pensamiento relativamente prolífica, SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ/ DEMETRIO CRESPO (2008), donde se adelantan las hipótesis principales que se desgranar en el libro coordinado por dichos autores SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ/DEMETRIO CRESPO (2010).

(31) Este aspecto es coherente con el nuevo marco jurídico, dado que el Tratado de Lisboa, en línea con la propuesta avanzada por el Tratado Constitucional, hace de la cooperación administrativa uno de sus baluartes. A ello me referí en DE LA SIERRA (2005).

(32) Es una cuestión, como trato de plasmar en todo el texto, que no es nueva, en la medida en que se consolida en una norma escrita una trayectoria jurídica que había ido labrándose en el diálogo entre jurisprudencia y doctrina, así como mediante diversos actos normativos y no normativos de otras Instituciones distintas del Tribunal de Justicia. Esta circunstancia puede justificar que el interés doctrinal por este debate haya sido menor en comparación con otros aspectos que se deducen del texto comunitario. De hecho, algunos autores consideran que la cuestión relativa a los servicios afectados por la Directiva de Servicios es la más sencilla. Cfr. GONZÁLEZ GARCÍA (2009: p. 483). Otros autores, como Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, recuerdan, sin embargo, que la distinción entre servicios de interés general y servicios de interés económico general, a efectos de su inclusión o exclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva, se situó en el centro del debate político durante la elaboración de la norma. Cfr. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2007: p. 239, nota 2). En general, sobre la incorporación al Derecho español de la Directiva de Servicios, v. JIMÉNEZ ASENSIO (2010). V. también CÍRCULO DE EMPRESARIOS (2009). Existe ya alguna recopilación normativa sobre la normativa de transposición de la Directiva, como es la preparada por Julio González García en Aranzadi, Pamplona, 2010. En fin, como elemento de Derecho Comparado, para conocer cuál ha sido el proceso de transposición en diversos Estados, v. KLAMERT (2010).

este y otros aspectos, de los Tratados que le precedieron (33). Así, la Directiva indica, en su art. 1, que el texto normativo se aplicará «a los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro», y define «servicio» en su art. 4 como «cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado». Se remite, por lo tanto, a la definición que, en similares términos, se encuentra hoy en el art. 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y que, como se ha señalado oportunamente, ni es un concepto únicamente económico, relacionado con el sector terciario, ni es un concepto que se pueda reconducir de forma directa al concepto de servicio público que se maneja en la doctrina administrativista (34).

Se acrecienta, por otro lado, el acercamiento entre los ámbitos de aplicación de la libertad de circulación de servicios y de la libertad de circulación de personas, en su variante de libertad de establecimiento. Ello confirma el ya mencionado fenómeno creciente de interrelación de las distintas libertades, un fenómeno que, insisto, no ha de sorprender, toda vez que el concepto integrador de mercado interior lleva a esa consecuencia de manera casi necesaria. Es cierto que, en principio, es importante deslindar el ámbito de aplicación de cada una de las libertades, dado que la base jurídica del Tratado para su desarrollo es diferente y puede incluir todavía algunas diferencias. En cualquier caso, en la medida en que el legislador europeo procede a conectar las esferas, parece que esas diferencias iniciales de base jurídica irán superándose.

Además de lo anterior, conviene señalar que hay quien considera, con argumentos convincentes, que la Directiva se excede en sus contenidos, por cuanto no sólo profundiza en la construcción del mercado interior a través de la eliminación de trabas para el adecuado funcionamiento de las libertades. Más allá de esto, la Directiva se adentraría en una cuestión, en principio reservada a la competencia de los Estados: la libertad de empresa (35). En efecto, el libre acceso a

---

(33) Sobre el ámbito de aplicación de la Directiva v. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2009a: en particular, pp. 102-120).

(34) Vid. al respecto VELASCO RETAMOSA (2011).

(35) En este sentido, vid. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2007), así como DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2009a: pp. 124-127 [«Libertad de empresa, libertad de prestación de servicios y libertad de establecimiento]). De este último cabe referirse también a *La Directiva de Servicios y la libertad de empresa*, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 7, 2009, pp. 46-61. Véase, además, SALVADOR ARMENDÁRIZ (2009); RIVERO ORTEGA (2010: en concreto, pp. 33-41, aun cuando se realizan otras referencias a lo largo de todo el texto). Puede entenderse que este autor comparte una visión algo diferente de las dos primeras citadas en esta nota, toda vez que asume como coincidentes las distintas dimensiones de las que se está dando cuenta [«*La libertad de comercio, en sus proyecciones de libertad de establecimiento y libertad de servicios (...)*», p. 33]. Ello se realiza amparándose, entre otros elementos argumentativos, en contribuciones doctrinales publicadas poco después de la adhesión de España a las Comunidades Europeas, donde ya se

los servicios se pretende garantizar con independencia del dato de la discriminación, y para ello se configuran los sistemas que garanticen la simplificación y coordinación administrativas, así como la calidad de los servicios. Ello implica, a juicio de algunos autores, una mutación constitucional en España —más allá del problema ya mencionado de la legitimidad de la Unión Europea para abordar esta cuestión—, en la medida en que queda condicionada la interpretación del art. 38 de la Constitución (36). Esta circunstancia se une al hecho de que la libertad de empresa, tal y como ha sido oportunamente subrayado en nuestra doctrina, puede concebirse como dos tipos distintos de normas, a saber: como una regla y como un principio (37). Así, la libertad de empresa contenida en el art. 38 de la Constitución sería también un principio, es decir, un tipo de norma que admite una gradualidad en su cumplimiento y que será sometido a un juicio de ponderación, caso de entrar en conflicto con otros principios. (38) Sin necesidad, de abundar en la teoría de la ponderación (39), sí conviene insistir en este aspecto, dado que las ponderaciones que cabría realizar con principios constitucionales de naturaleza económica y, fundamentalmente, social, van a quedar mediatizadas por la mutación constitucional a la que se ha hecho referencia, dado que los operadores jurídicos nacionales van a tener vedada la posibilidad de reabrir las ponderaciones. De hecho, puede considerarse que las categorías de «servicios excluidos» son fruto de ponderaciones más concretas todavía ya realizadas por el legislador entre la libertad de empresa —como elemento garantizador del mercado y, por lo tanto, de la libre competencia— y otros principios europeos (40), reduciendo por tanto el margen de apreciación de los Estados (41).

---

anticipaba el efecto liberalizador que tendrían las libertades de circulación respecto de la libertad de empresa en contextos estrictamente nacionales [Sebastián Martín-Retortillo Baquer, *Derecho Administrativo Económico*, La Ley, Madrid, 1988, p. 203]. Ahora bien, una cosa es que sea un «efecto» de las libertades y otra que sea una «imposición» de las Instituciones europeas.

(36) En este sentido, además de otros autores ya citados en este aparato de notas, TORNOS MAS (2010: pp. 34-35).

(37) Cfr. ARROYO JIMÉNEZ (2004) y ARROYO JIMÉNEZ (2010).

(38) *Ibidem*.

(39) Me remito a ORTEGA/DE LA SIERRA (2009). V., además, en relación con el discurso que se plantea en el texto principal, ALEX Y OTROS (2007).

(40) A juicio de Luciano Parejo, la Directiva asume la libre competencia como un «valor o bien capaz de imponerse, asimismo genéricamente en los términos del ‘marco jurídico general’ que se establece, en cualesquiera ponderaciones que pudieran demandar cualesquiera otros valores o bienes con presencia en los diversos subsectores de servicios». Cfr. PAREJO ALFONSO (2009a: p. 437, nota 7). Se trata de una afirmación que apunta al régimen general de la Directiva y no a sus excepciones. Sin embargo, entiendo —por los motivos que desgrano en el texto— que la misma lógica se aplica con matices en todos los ámbitos.

(41) El margen de apreciación pervive en la medida en que son los Estados quienes definen los servicios de interés económico general, aun cuando ello haya de realizarse en el marco del Derecho de la Unión.

## 1. Libre circulación de servicios y libertad de establecimiento: ¿qué relación?

La Ley 17/2009 conecta las libertades de circulación de servicios y de establecimiento de una manera más pronunciada (42). Así, la definición europea de servicio que se ha transcrito es una definición en el sentido estricto, sin conexión formal con la libertad de establecimiento. De hecho, la Directiva es cuidadosa en este aspecto y reenvía el bloque normativo correspondiente a esta última libertad al Capítulo III (arts. 9 a 15), relativo precisamente a la libertad de establecimiento de los prestadores. Sin embargo, la aproximación conciliadora (cuando no integradora) de ambas libertades se lleva a la propia descripción del objeto de la norma, toda vez que ya desde el art. 1 se indica que se pretende facilitar tanto la libertad de establecimiento de los prestadores (en primer lugar) como la libre prestación de servicios. Para ello se establece un régimen jurídico-administrativo del acceso y el ejercicio de los servicios que se sitúa en una línea ya existente de reforma de la concepción clásica del Derecho Administrativo.

La conexión puede entenderse que matiza el carácter subsidiario de la libre circulación de servicios que han consagrado los Tratados y que hoy permanece en el art. 57 TFUE (43). Así, si bien es cierto que se consideran los servicios como las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, ello es así *sólo en la medida* en que no se rijan por las dispo-

---

(42) Entiendo que esta es la aproximación, entre otros, de FORTES MARTÍN (2009). Así, este autor propone un epígrafe sobre «[l]a libertad de establecimiento y libre prestación de servicios: dos realidades próximas pero perfecta y necesariamente diferenciables», donde pasa revista de manera minuciosa a la evolución de ambas libertades en el Derecho comunitario y, en especial, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Si bien es cierto que, de manera estructural, dichas libertades permanecen diferenciadas (y podría admitirse, siguiendo al autor citado, que son «perfectamente diferenciables» en el plano teórico), me quedaría con la afirmación de Fortes, para quien «[c]iertamente y conforme a lo hasta aquí apuntado, derecho de establecimiento y libre prestación de servicios constituyen las dos caras de una misma moneda en la estrategia de desarrollo seguida en un momento dado por un prestador de servicios» (p. 135).

(43) Art. 57 TFUE: «Con arreglo a los Tratados, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas.

Los servicios comprenderán, en particular:

- a) actividades de carácter industrial;
- b) actividades de carácter mercantil;
- c) actividades artesanales;
- d) actividades propias de las profesiones liberales.

Sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento, el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado miembro donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales».

siciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas. Si una norma comunitaria conecta ambas categorías y ambas regulaciones (aunque se cuide de distinguir ambos aspectos en su texto), cabe pensar que la interacción entre los distintos ámbitos de aplicación de las libertades fundamentales se está viendo acentuada. Si se tiene en cuenta que este modelo de regulación del libre acceso a los servicios y de su ejercicio tiene como elemento necesario una intervención normativa también en la libertad de establecimiento, entonces parece claro que las fronteras se difuminan o, por expresarlo de un modo a mi juicio más correcto, continúan su proceso de difuminación. Desde mi punto de vista, además, y en otro plano, esta visión casi indistinta de ambas libertades y su inclusión en un programa político-económico (44) común es uno de los elementos que se encuentran en la base de la confusión que presidió el debate público en torno a la Directiva *Bolkestein* en sus inicios y que resultaron determinantes, a juzgar por los análisis que se realizaron, en el fallido proceso de ratificación del Tratado Constitucional (45). En cualquier caso, puede entenderse que esta conciliación de libertades aumenta las posibilidades interpretativas del Tratado en aspectos concretos, como, por ejemplo, el contenido en el último párrafo del art. 57 TFUE, donde se afirma de forma expresa que un prestador establecido en un concreto Estado Miembro podrá ejercer *temporalmente* su actividad en otro Estado Miembro, en el que se lleve a cabo una prestación concreta, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales. El mismo precepto remite a las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento. Con la reforma se reescribe la referencia a la temporalidad, dado que la Directiva no restringe el ámbito temporal de realización de las actividades que abarca.

---

(44) Se trataría de un programa político-económico más ambicioso que el inicialmente previsto para el funcionamiento de las libertades. Así, se ha sostenido que con este nuevo modelo se pretende instaurar la doctrina de acceso al mercado, para así preservar la libertad de comercio en general, mientras que las libertades de circulación habrían sido originalmente concebidas para evitar medidas de «simple» proteccionismo económico. Vid. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2007: pp. 248-249, si bien es una hipótesis que desarrolla a lo largo de todo el trabajo).

(45) Cfr. en este sentido, entre otros, un artículo aparecido en prensa durante el periodo abierto para la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: MEDINA/BARÓN (2005). En el texto los autores lamentan que el debate en torno a la directiva Bolkestein haya afectado negativamente el proceso de ratificación del Tratado Constitucional y afirman que «[l]a apertura de la discusión sobre la liberalización de los servicios no sólo no es mala para la consecución de los objetivos integradores de la Unión, sino que es esencial para este fin».

## 2. UNA APROXIMACIÓN INICIAL Y CONTEXTUAL AL CONCEPTO DE SERVICIO

La definición de «servicio» contenida en el art. 57 TFUE, a la que me he referido más arriba, es una definición clásica y genérica, al mismo tiempo que subsidiaria, toda vez —insisto— que la prestación se considerará «servicio», siempre y cuando no se rija por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas. El texto de la Directiva se remite directamente a este precepto (46) para la concreción del término «servicio» y la Ley española acoge esa definición, ampliándola, para incorporar esa perspectiva que interrelaciona las libertades fundamentales (47).

Se ha de recordar que el art. 57 TFUE, en su apartado segundo, remite a un conjunto de categorías que se encuentran comprendidas, en todo caso, en la definición de los servicios, a saber: las actividades de carácter industrial y mercantil (48), las actividades artesanales y las actividades propias de las profesiones liberales. La lista no representa un *numerus clausus*, en la medida en que el texto indica que «en particular» se comprenderán las mencionadas actividades, pero sí se ha de destacar que no incluye excepciones. Es relevante destacarlo porque la Directiva sí incorpora determinadas excepciones, fruto, en realidad, del desarrollo del Derecho comunitario y de las ponderaciones a que he hecho mención más arriba. De dichas excepciones se dará cuenta más adelante y parece que la aproximación al concepto de servicio habrá de realizarse de una manera negativa, por exclusión de los sectores no abarcados por la Directiva.

Esta curiosa fórmula de aprehensión del objeto esencial de la norma da buena cuenta de las dificultades de su gestación, caracterizadas por las tensiones existentes entre distintas culturas políticas y jurídicas, así como entre las diversas fuerzas sociales en Europa y los grupos políticos encargados de diseñar la Directiva. Buena prueba de ello es, por ejemplo, la referencia al elevado nivel de calidad de los servicios, una referencia que no se contenía en

---

(46) En su versión anterior, como ha quedado dicho, esto es, el art. 50 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE).

(47) Así, insiste el art. 2.1 de la Ley que la misma se aplica a los servicios ofrecidos o prestados «por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro». La Directiva se limita a aludir a los prestadores establecidos en un Estado miembro (asimismo, art. 2.1). El sentido es el mismo, pero la forma de expresarlo es significativa.

(48) Es el supuesto típico, en el que, además, la modificación del régimen administrativo está previsto que opere las transformaciones más relevantes. V. DESCALZO GONZÁLEZ (2010); PADRÓS REIG (2010). Desde una perspectiva medioambiental y referida a la Unión en su conjunto, v. también VERANNEMAN (2008).



la versión inicial (49). Como indica De la Quadra-Salcedo, el hecho de llevar la calidad al frontispicio de la Directiva (Art. 1.1) da cuenta de la voluntad de la Comunidad Europea para conciliar el mercado interior y la calidad de los servicios en igualdad de condiciones (50). Más aún, entiendo que podría sostenerse que el objetivo de la calidad implica que la misma es un elemento inescindible de la noción de servicio. Sería, así, un elemento jurídico, controlable por los medios oportunos, que habría de cohonestarse en su caso con las medidas adoptadas para «facilitar» (51), en expresión de la Directiva, el mercado interior. Curiosamente, la transposición española no se refiere a la necesidad de «mantener» un nivel elevado de calidad de los servicios (art. 1 de la Directiva), sino al «fomento» de dicho nivel. Parece que se consolida un mandato más exigente que podría servir de pauta interpretativa del texto en su conjunto.

El concepto de servicio en el contexto de la Directiva es, por tanto, un concepto confuso, dada la remisión al listado de excepciones, pero es en cualquier caso un concepto dotado de unas características cualitativas, debido a la remisión que se realiza a la calidad. Dadas las pretensiones liberalizadoras del texto comunitario, parece por tanto que se incluye una salvaguarda del contenido del servicio aun en ese contexto liberalizador, partiendo de una cierta premisa de calidad en los servicios cubiertos. En el siguiente apartado se desgranarán las distintas categorías de servicios excluidos. Llama la atención el hecho de que convivan categorías sumamente genéricas, como los servicios no económicos de interés general, con otras muy específicas, como los servicios de empresas de trabajo temporal. Además, se ha de tener en consideración que existen excepciones específicas al régimen general, previstas, eso sí, en el apartado correspondiente a las normas concretas relativas a la libre circulación de servicios, esto es, en aquellos supuestos en los que el prestador no se encuentra establecido en el Estado de referencia, esto es, en el Estado en el que se discute la posibilidad de prestar dicho servicio. Esta particularidad entiendo que no contradice el marco general que ha sido expuesto, según el cual libertad de establecimiento y libre circulación de servicios no son sino dos caras de la misma moneda. En mi opinión, el sentido de este artículo es introducir un requisito adicional a determinados servicios, respecto de los cuales es necesario que quien quiera prestar el servicio se encuentre establecido en el Estado en el que se ha de llevar a cabo la prestación. Como precisamente se trata de

---

(49) Cfr. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2009a: p. 90). La calidad desde otra óptica, la de la propia normativa reguladora del libre acceso a los servicios, ha sido abordada por PONCE SOLÉ (2009).

(50) *Ibidem*.

(51) Al carácter expresivo del término «facilitar» se refiere también DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2009a: p. 89).

una previsión excepcional respecto del régimen general, el propio legislador europeo lo ha regulado como tal. Así, la sección primera del Capítulo IV de la Directiva se titula «libre prestación de servicios y excepciones», indicando por tanto esta naturaleza extraordinaria que refería. Esa excepcionalidad, sin embargo, no ha sido reflejada en el título por el legislador español.

Por último, la Directiva señala que, en caso de conflicto con otras normas más especiales, prevalecerán éstas (52). No se trata más que de una positivación del principio general de especialidad que rige en los supuestos de conflictos normativos. No obstante, da buena cuenta de la disparidad de regímenes jurídicos que, en definitiva, existe en el ámbito de los servicios y que se pone de manifiesto, también, en la existencia de las categorías de servicios excluidos que se exponen a continuación.

#### **IV. LA DEFINICIÓN DE SERVICIO EN NEGATIVO: LOS SERVICIOS EXCLUIDOS**

##### **1. Consideraciones generales**

La definición de servicio que sustenta el régimen jurídico de la Directiva es, por tanto, una definición en negativo, en la medida en que depende del contenido de que se dote a las excepciones (53). Resulta, en cualquier caso, complejo referir la noción de servicio, aun centrándose en las expresiones en negativo, por cuanto las exclusiones que se realizan a la aplicación del régimen jurídico general lo son tanto de su objeto como de la finalidad que persigue la norma (54). De hecho, en algún supuesto coinciden ambos objetivos en un mismo enunciado. Es el caso, a título de ejemplo, del apartado 2 del art. 1, que, haciendo frente a las críticas sociales más extendidas, anuncia que la Directiva «no trata la liberalización de servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas o privadas ni la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios». Sin discutir ahora el acierto de

---

(52) Art. 3 de la Directiva, que regula esta cuestión por extenso, indicando a título de ejemplo algunas normas que prevalecen en todo caso. Vid. asimismo art. 2.4 de la Ley 17/2009.

(53) Enrique Linde también afirma que la definición de servicio en positivo puede considerarse residual. Cfr. LINDE PANIAGUA (2008: p. 38).

(54) Al respecto, en idéntico sentido, la referencia en nota anterior. Esta confusión ha sido puesta de manifiesto asimismo por Tomás de la Quadra-Salcedo, que ha estudiado con detenimiento las categorías de servicios a los que «no se aplica» la Directiva y los sectores o ámbitos del ordenamiento (finalidades, en definitiva) de los que «no trata» la norma o que «no se ven afectados» por la misma. En cualquier caso, el autor da cuenta de la imprecisión de todas estas expresiones, que se mezclan en el texto normativo y que no resultan siempre fácilmente deslindables. Cfr. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2009a).

esta afirmación (55), cabe señalar que la Directiva no sólo indica una finalidad, en negativo, sino que también apunta a una categoría de servicios que sí se encuentra contemplada con carácter general en el ámbito de aplicación de la misma.

Las razones que han justificado la elaboración de categorías de servicios excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva son político-constitucionales y varían en función de cada uno de los sectores afectados. Así, en algunos supuestos podría afirmarse que se concretan mandatos equivalentes a los contenidos en las cláusulas de Estado Social (56), como pudiera ser el caso de los servicios sanitarios. En otros supuestos, la dimensión cultural de la actividad justificaría la exclusión de determinados servicios del régimen general. Es el caso, por ejemplo, al menos en teoría, de los servicios audiovisuales. La cultura aparece en la Directiva dotada de un papel singular, como más adelante se explicará con detalle. A las líneas siguientes me remito, por tanto, para el estudio con más detenimiento de cada una de estas categorías de servicios excluidos.

Por último se ha de señalar que, dado que no existe un único régimen jurídico desde el punto de vista del prestador de los servicios, existe también una pluralidad de estatutos jurídicos de quien recibe dichos servicios. La definición mosaico del concepto de servicio, elaborada en negativo atendiendo a diversas categorías excepcionadas, comporta consecuencias para el Derecho del Consumo en el sentido señalado y cabría preguntarse, por lo tanto, hasta qué punto no resultaría también más conveniente desde esta óptica contar con un estatuto jurídico unitario, al menos respecto de unos principios comunes.

---

(55) Me remito a la abundante literatura —citada en este aparato de notas— que se ha ocupado de la naturaleza de la Directiva, esto es, si es una norma liberalizadora, desreguladora o meramente continuista.

(56) L. Ortega y L. Arroyo afirmaban en 2007 que «no sería correcto afirmar la vigencia del principio de Estado social en tanto nota definitoria de la Unión Europea», entre otras razones porque la Constitución Económica europea estaba caracterizada en aquel momento, a juicio de los autores, por la nota de la asimetría y la ausencia de una dimensión social suficiente. Cfr. ORTEGA ÁLVAREZ/ARROYO JIMÉNEZ (2007: pp. 349-350). Sin embargo, el (fracasado) Tratado Constitucional (cuyas cenizas rescata el vigente Tratado de Lisboa) habría dotado de vigor a la perspectiva social y ello habría implicado un giro en la deriva constitucional europea [p. 350]. Sobre la dimensión social del proyecto europeo y la Directiva de Servicios, v. NEERGARD/NIELSEN/ROSEBERRY (eds.) (2008).

## **2. Los servicios de interés económico general. Monopolio de la definición y margen de apreciación**

### **A) Una aproximación al concepto**

La categoría que, sin duda, presenta mayor interés en el análisis de la noción de servicio es la de servicio de interés general, en especial en tanto que el interés puede adjetivarse y referirse, por tanto, a un interés económico general. La doctrina ha puesto de manifiesto hace tiempo la confusión generada en el Derecho comunitario por la convivencia de dos expresiones, servicio económico de interés general y servicio de interés económico general, parecidas pero que presentan matices (57). La noción «económico» definiría el interés, es decir, el tipo de acción pública que se persigue, pero no el servicio, que es un instrumento para la consecución de dicho fin. Ello no obstante, las propias Instituciones europeas son imprecisas en el uso que realizan de estos términos y parece que el término «económico» suele acompañar al interés, cuando se utiliza la expresión en positivo [servicios de interés económico general] mientras que se sitúa junto al servicio cuando la expresión lo es en negativo [servicios no económicos de interés general] (58). De hecho, la Directiva de Servicios, en el art. 2.2, establece que la misma no se aplicará a los «servicios no económicos de interés general», idéntica expresión que empleará el legislador español en el art. 2.2 de la Ley 17/2009.

### **B) Servicios de interés económico general, servicios públicos y funciones de autoridad**

Los servicios de interés económico general —a diferencia de los servicios no económicos de interés general— son los abarcados con carácter general por la Directiva de Servicios (59). La relevancia que presenta esta categoría obedece —fundamentalmente— a sus vínculos con la noción clásica en los Estados Miembros de la órbita jurídica francesa de servicio público. Ello ha llevado a la doctrina a preguntarse desde los primeros momentos sobre la adecuación de reconducir la expresión «servicios de interés general» a la categoría de servicio público y, por tanto, la de «servicios de interés económico general» a algunas

---

(57) Cfr. VAQUER CABALLERÍA (2005).

(58) Cfr. VAQUER CABALLERÍA (2010: p. 8, nota 16).

(59) Así, como se ha indicado ya, el art. 2.2 a) establece que la Directiva no se aplicará a los servicios no económicos de interés general, entendiéndose que, a contrario, sí se encuentran afectados los servicios de interés económico general. Por su parte, el también citado art. 1.2 señala que la Directiva no trata la liberalización de los servicios de interés económico general, entendiéndose, también a contrario, que su objeto sí son dichos servicios, aun cuando no se persiga la finalidad enunciada en el precepto.

manifestaciones de este concepto clásico. Podría entenderse, sin pretensión conclusiva, que el concepto de servicio público es una construcción de honda raigambre francesa que el Derecho de la Unión ha sustituido por una terminología propia para referirse a *algunas*, sólo algunas, de sus manifestaciones. En cualquier caso, tampoco ha de olvidarse que, como recordaba MALARET en 1998, «estamos asistiendo a una nueva mutación de un concepto —el de servicio público— precisamente caracterizado por su plasticidad» (60).

No es aventurado concluir que el conjunto de derechos y obligaciones que derivan de la categoría nacional de «servicio público» se articula en Derecho de la Unión en muchas ocasiones en torno a la institución de los «servicios de interés económico general», institución que presenta unos perfiles un tanto diversos, por cuanto esta última categoría, en principio, sólo tiene en consideración las actividades de contenido económico, mientras que el servicio público admite referencias a otro tipo de actividades (61). En este sentido, «servicio público» sería la categoría general referida a las actividades prestacionales realizadas por una entidad pública que persigue un interés general, siendo el «servicio económico de interés general» una subcategoría dentro de la anterior. Así, los servicios públicos de relevancia económica (en el sentido de la jurisprudencia comunitaria) serían los mentados servicios económicos de interés general.

El concepto de servicio público continuaría teniendo relevancia, en la medida en que las Instituciones europeas lo usan, en especial en lo que respecta a determinados regímenes extraordinarios o exorbitantes del Derecho común. Así, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de realizar algunas precisiones al respecto en su análisis de las ayudas de Estado consideradas conformes con el Derecho comunitario. La jurisprudencia es ya amplia y, entre las sentencias pronunciadas, destaca una que ha terminado por convertirse en parámetro de control para los asuntos posteriores: la sentencia *Altmark Trans*, de 24 de julio de 2003 (62). Dicha sentencia, como es conocido, precisa los requisitos a considerar para admitir como conformes a Derecho las ayudas públicas dirigidas a cubrir los costes de los servicios públicos (63), línea interpretativa que ya se había abierto en una sentencia anterior, la sentencia *Ferring*, de 22 de noviembre de 2001 (64). La sentencia *Altmark* probablemente no

---

(60) MALARET I GARCÍA (1998: p. 53).

(61) Sobre esta cuestión véase, en detalle, PAREJO ALFONSO (2003: pp. 658 ss.).

(62) As. C-280/00.

(63) Se trata, como es sabido, de un análisis del concepto del servicio público más allá del estrecho margen de los «servicios de interés económico general». Aquí, el concepto de servicio público aparece en el marco de las ayudas de Estado, aquéllas concedidas, precisamente, para sufragar los gastos de gestión de dicho servicio. En cualquier caso, el Tribunal no define qué se considera servicio público, sino que se ofrece un margen de apreciación a los Estados.

(64) As. C-53/00.

ofrece todas las respuestas posibles a la cuestión que es objeto de estudio y el Tribunal habrá de precisar con posterioridad alguno de sus aspectos, pero sí contiene algunas pautas que han de ser tenidas en consideración. (65) El litigio se suscita a raíz de una concesión a la entidad *Nahverkehrsgesellschaft* de licencias de servicios regulares de transporte por autocar en el distrito (*Landkreis*) Stendal, de Alemania, así como de subvenciones públicas para la ejecución de dichos servicios.

El Tribunal, en su sentencia, se remitió a los requisitos que, con carácter general, permiten determinar que se trata o no de una ayuda de Estado y que son, de forma resumida, en línea con lo establecido por el antiguo art. 87.1 TCE [actual art. 107.1 TFUE], los siguientes:

- La existencia de una intervención del Estado o mediante fondos estatales.
- La posible afectación a los intercambios entre Estados Miembros.
- La existencia de una ventaja para un beneficiario.
- Y el falseamiento o la amenaza de falseamiento de la competencia.

En el asunto concreto se había de determinar si, en la medida en que se trataba de un servicio público de carácter local, podía considerarse que dicha ayuda afectaría a los intercambios entre Estados Miembros. El Tribunal de Justicia consideró que, en efecto, así era, dado que es posible que empresas procedentes de otros Estados Miembros tengan interés en prestar los servicios públicos afectados en el caso concreto. Por otro lado, el órgano jurisdiccional analizó si se producía o no una ventaja para la empresa beneficiaria en relación con otras empresas, tal y como venía exigido por el art. 87.1 del Tratado de la Comunidad Europea para considerar que concurre una ayuda de Estado. Con ese fin, también aquí estableció una serie de requisitos que se reproducen a continuación, por cuanto muestran el sentido que el Tribunal de Justicia ofrece del concepto de servicio público:

- a) La empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas.
- b) Los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras. Así, constituye una intervención financiera incluida en el concepto de ayuda de Estado en el sentido del artículo [87], apartado 1, del Tratado, la compen-

---

(65) Sobre esta sentencia véase el comentario de ACIERNO/BAQUERO CRUZ (2004).

sación por parte de un Estado miembro de las pérdidas sufridas por una empresa sin que se hayan establecido previamente los parámetros de tal compensación, cuando, a posteriori, se comprueba que la explotación de determinados servicios en el marco de la ejecución de obligaciones de servicio público no ha sido económicamente viable.

- c) La compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones. El cumplimiento de este requisito es indispensable para garantizar que no se otorga a la empresa beneficiaria ninguna ventaja que falsee o amenace falsear la competencia al reforzar su posición competitiva.
- d) Cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

En conclusión, «si las subvenciones públicas concedidas a empresas encargadas explícitamente de obligaciones de servicio público para compensar los costes ocasionados por la ejecución de estas obligaciones responden a los requisitos indicados en los apartados 89 a 93 de la presente sentencia, tales subvenciones no están sujetas al artículo [87], apartado 1, del Tratado. Por el contrario, la intervención estatal que no cumpla uno o varios de estos requisitos deberá considerarse una ayuda de Estado en el sentido de esta disposición» (66).

Algunas sentencias posteriores han completado la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Altmark*. Así, el Tribunal retomó la materia en la sentencia de 30 de marzo de 2006, *Calafiori* (67), sentencia en

---

(66) Sobre los problemas que se plantean en el ámbito local respecto de los servicios de interés económico general, como era el supuesto de la sentencia, véase CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, (2004); MALARET I GARCÍA (2003).

(67) As. C-451/03.

la que se debió pronunciar sobre la aplicación de las normas sobre competencia a determinadas prestaciones de asesoramiento y asistencia fiscal. En el caso de autos se ponía en cuestión la normativa italiana que atribuía en exclusiva a los denominados «Centros de Asesoramiento Fiscal» (CAF) el derecho a ejercer ciertas actividades de asesoramiento y asistencia en temas tributarios, entre ellas las actividades relativas a la declaración anual de la renta de los trabajadores por cuenta ajena y asimilados. Los CAF, en el momento en el que surge la controversia, ejercían su actividad con la autorización del Ministerio de Hacienda y para ello se habían de constituir en forma de sociedades anónimas. Solamente podían optar a dicha situación determinadas entidades que la ley precisaba (a título de ejemplo, las organizaciones sindicales), e incluso en algún apartado de la normativa reguladora se insistía en que determinadas entidades sólo podrían crear CAF si se encontraban domiciliadas en Italia. Por otro lado, los CAF designaban uno o más responsables del asesoramiento fiscal entre los miembros del colegio de auditores o del colegio de contables. Para todo ello, los CAF recibían una ayuda con cargo a los presupuestos generales del Estado.

El Tribunal analiza diversas cuestiones, si bien respecto de algunas de las enunciadas en la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de Milán, considera que no tiene elementos de juicio suficientes para pronunciarse (68). En la materia objeto de estudio en este momento, se ha de destacar que el órgano jurisdiccional considera que *«la atribución a los CAF de una competencia exclusiva de prestar determinados servicios de asesoramiento y asistencia en materia tributaria constituye una restricción a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, prohibida, en principio, por los artículos 43 CE y 49 CE»*. Las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios pueden ser justificadas, si se aplican a cualquier persona o empresa, independientemente de su nacionalidad, si concurren *«razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo»* (69). En el caso concreto, el Tribunal no aprecia que exista un interés general de las características mencionadas, toda vez que se trata de actividades que, por lo general, tienen *«un carácter*

---

(68) *«Debe señalarse que, con independencia de si la normativa nacional ha concedido tales derechos especiales o exclusivos a los CAF, ni la resolución de remisión ni las observaciones escritas aportan al Tribunal de Justicia los elementos de hecho y de Derecho que le permitan determinar si se cumplen los requisitos para la existencia de una posición dominante o de un comportamiento abusivo, en el sentido del artículo 82 CE»*. Véase el apart. 25 de la sentencia citada.

(69) Véase el párrafo 37 de la sentencia, que se remite a la de 17 de octubre de 2002, *Payroll y otros*, as. C-79/01.



*simple y no requieren cualificaciones profesionales específicas*». (70) Por ello, no es necesario recurrir a un tipo determinado de profesionales y, en cualquier caso, no se justifica que dichos profesionales (en este caso, los miembros del colegio de auditores o del colegio de contables) puedan únicamente prestar este tipo de servicios a través de las entidades mencionadas, no pudiendo hacerlo a título propio (71).

Dado que no se estima el argumento anterior, el Tribunal estudia si la normativa italiana puede justificarse atendiendo a los arts. 45.1 y 55 TCE (72). Para ello ha de analizar si las actividades afectadas constituyen ejercicio del poder público, análisis que, en consonancia con la propia jurisprudencia del Tribunal, ha de realizarse de forma estricta (73). Este dato presenta relevancia en el discurso relativo a la vigencia de conceptos «servicio público» o «ejercicio de poder público». Conviene reproducir, además, el apartado 47 del razonamiento del Tribunal donde se sostiene que *«la comprobación de la conformidad de los datos indicados en la declaración tributaria con su documentación anexa, aun cuando rara vez es cuestionada por la administración tributaria, no está relacionada directa y específicamente con el ejercicio del poder público sino que es una medida destinada a preparar o facilitar la realización de tareas que corresponden a la administración tributaria»*. Se parte de la base de que una «administración», la tributaria en este caso, tiene encomendado el ejercicio del poder público, aun cuando se admite que en dicho ejercicio puede ser ayudado por otro tipo de sujetos. En cualquier caso, de las líneas reproducidas se extrae también la conclusión de que la «administración» mantiene siempre un poder de control de ese ejercicio, por cuanto se menciona una determinada «comprobación». Dicha comprobación, se entiende *a contrario*, habría de implicar un control del ejercicio del poder, si dicho ejercicio hubiera estado realmente encomendado a las CAF. Tampoco son ejercicio de poder, en fin, *«la entrega al contribuyente de una copia de la declaración cumplimentada y de la liquidación del impuesto, así como la comunicación del resultado de las declaraciones tributarias a los empresarios obligados a practicar la retención*

---

(70) Vid. apart. 39.

(71) Aparts. 40 a 43.

(72) El art. 45.1 TCE (hoy, art. 51 TFUE), como se indicó *supra* en el texto, establece que las disposiciones sobre libertad de establecimiento no se aplicarán respecto de actividades que, en un concreto Estado Miembro, estén relacionadas, aunque sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público. El art. 55 TCE (hoy, art. 62 TFUE) extiende esta previsión a la libre prestación de servicios. Como es sabido, en el ámbito de la libre circulación de trabajadores se emplea un criterio orgánico para establecer esta excepción y, así, se indica que las disposiciones sobre dicha libertad no se aplican a «los empleos en la Administración Pública» (art. 45.4 TFUE).

(73) En este sentido, véanse las sentencias de 15 de marzo de 1988, *Comisión c. Grecia*, as. 147/86, apartado 7, y de 29 de octubre de 1998, *Comisión c. España*, C-114/97, apartado 34.

y el envío de las declaraciones a la administración tributaria» (74). Cabe concluir señalando que, como afirmación de principio, el Tribunal indica que «no puede excluirse que un Estado miembro pueda calificar de ‘servicio público’ los servicios de asesoramiento fiscal prestados por los CAF», dejando por tanto un margen de apreciación a los Estados. Este tipo de consideraciones presentan interés, porque el Tribunal está indicando qué es ejercicio del poder y qué no es ejercicio del poder, cuándo cabe emplear ciertas prerrogativas (excepción a las libertades de la Unión) y cuándo no, cuándo nos encontramos ante categorías clásicas del Derecho Administrativo y cuándo no. Servicio público y ejercicio del poder público aparecen aquí integrados en el Derecho de la Unión y determinan la aplicación de un concreto régimen jurídico.

La noción de servicios de interés económico general, por tanto, guarda relación, o puede hacerlo, con nociones que tradicionalmente se han vinculado en el seno de algunos Estados a la idea de servicio público. Sin embargo, las Instituciones en ocasiones utilizan esta expresión de forma autónoma y diferenciada. En fin, como también se ha señalado, el concepto de servicio público también se pone en conexión en ciertos supuestos con la clásica expresión de ejercicio del poder o función de autoridad, siendo aquí una visión más estricta de dicha construcción jurídica. La remisión a la pluralidad del régimen jurídico del servicio público en Francia y, en definitiva, a la pluralidad de nociones no creo que resulte impertinente aquí. De hecho, la dificultad de aprehender la noción *a priori* se pone de manifiesto en los considerandos de la Directiva. Así, en el núm. 34 se señala que «[c]on arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la evaluación de si determinadas actividades, en especial las que reciben financiación pública y las prestadas por entidades públicas, constituyen un «servicio» debe efectuarse caso por caso y a la vista de todas sus características, en particular la forma en que se prestan, organizan y financian en el Estado miembro de que se trate».

Se ha de recordar que la definición de qué haya de considerarse servicio de interés económico general compete a los Estados Miembros en el marco de las normas de la Unión. En especial, la organización y financiación de dichos servicios ha de respetar las normas sobre competencia y, concretamente, las referidas a las ayudas de Estado (75). Esta excepcionalidad justifica que existan algunas previsiones adicionales en la nueva normativa. Así, si bien la libertad de establecimiento no contiene este tipo de referencias, el bloque de preceptos dedicados de forma expresa a la libre circulación de servicios sí lo hace. El art. 13 de la Ley 17/2009, en línea con lo establecido en el art. 17 de la Directiva, indica que el régimen jurídico general de la libre prestación

---

(74) Cfr. apart. 48.

(75) Cfr. art. 1.3 de la Directiva.

de servicios no se aplicará a un listado de servicios que son, precisamente, de interés económico general (76): a) Los servicios de recogida, clasificación, transporte y distribución de los envíos postales en el ámbito del Servicio Postal; b) La generación, el transporte, la distribución y el suministro de electricidad; c) El transporte, la distribución, el suministro, el almacenamiento, la regasificación y el aprovisionamiento de gas natural; d) Los servicios de distribución y suministro de agua, y los servicios de aguas residuales; e) El tratamiento de residuos y la vigilancia y control de su traslado. Por último, el apartado segundo del art. 13, en línea también con lo establecido en el art. 17 de la Directiva, excluye la aplicación del régimen general de libertad a un conjunto de materias, reguladas de manera específica en sus propias Directivas. Estas excepciones al régimen general de libre prestación de servicios, en especial el primer bloque, son excepciones que —insisto— no se dan en la libertad de establecimiento. Por ello, podría sostenerse que son las que en realidad justifican que continúe distinguiéndose los ámbitos de aplicación.

### 3. Categorías de servicios excluidos

Dadas las incertidumbres que presenta el concepto de servicio, se ha indicado ya que los perfiles de su definición se comprenden mejor mediante una aproximación, en negativo, es decir, detallando las categorías de servicios excluidos. Puede realizarse un intento de clasificación neutral de dichas categorías, pero, como es lógico, a nadie se le escapa el contenido político del resultado plasmado en la norma, fruto de las correspondientes negociaciones y fruto también del tenso debate público que tuvo lugar en esta materia (77).

#### A) Los servicios no económicos de interés general

En primer lugar se encuentran los servicios no económicos de interés general, en expresión tanto de la Directiva como de la Ley 17/2009 (78). Dada la extensión dedicada a esta materia en líneas anteriores, no se añadirá mucho más ahora. Sin embargo, sí se ha subrayar el hecho de que algunos servicios

---

(76) El art. 17 de la Directiva señala, de forma expresa, que la regulación contenida en el artículo anterior, la referida a la libre prestación de servicios, no se aplicará a los servicios de interés económico general, «entre otros», los que a continuación enumera y que son los que recoge el art. 13 de la norma española, de una manera más sintética en algunos supuestos y más desarrollada en otros. Conviene recordar, en cualquier caso, que las excepciones que admite la Directiva son «entre otras» las allí expresadas, pero que, en principio, podría ampliarse el catálogo (algo que el legislador español no ha previsto de forma expresa).

(77) Véase al respecto, entre otros, FLOWER (2007).

(78) Letra a) del art. 2.2 de la Ley y de la Directiva.

que pudieran considerarse dentro de esta categoría, como los sanitarios, incluidos los servicios farmacéuticos, constituyen una categoría diferenciada (79). Todos estos servicios sanitarios se encuentran excluidos con independencia del tipo de establecimiento, organización, financiación y de su carácter público o privado (80). Se trata, en cualquier caso, de una excepción coherente con el tenor asimismo excepcional que recibe este tipo de actividades en el Tratado. Así, el hoy art. 53.2 TFUE, en el conjunto normativo referido a la libertad de establecimiento, establece que «[e]n cuanto a las profesiones médicas, paramédicas y farmacéuticas, la progresiva supresión de las restricciones quedará subordinada a la coordinación de las condiciones exigidas para su ejercicio en los diferentes Estados miembros». Podría pensarse que los servicios sanitarios encuentran difícil encaje en la Directiva, al menos en la vertiente estricta de libre prestación sin necesidad de establecerse en el Estado en el que se prestan los servicios. Sin embargo, la práctica de la telemedicina, ya regulada en algunos ordenamientos jurídicos (81), muestra una nueva deriva también en este ámbito.

Una lógica parecida a la de los servicios sanitarios (la de pertenecer a la categoría de los servicios no económicos de interés general), aunque con matices que la diferencian, es la que lleva a excluir del ámbito de aplicación de la Ley 17/2009 los servicios sociales relativos a la vivienda social (82), la atención a la infancia y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas provistos directamente por las Administraciones Públicas o por prestadores privados en la medida en que dichos servicios se presten en virtud de acuerdo, concierto o convenio con la referida Administración (83). Existen algunas desviaciones respecto del texto de la Directiva. Así, ésta alude al Estado, mientras que la norma española se refiere a las Administraciones Públicas, consciente también de que este tipo de políticas se prestan de manera preferente desde las Comunidades Autónomas. La norma española, por otra parte, circunscribe el elenco de prestadores del servicio de una manera que pudiera plantear dudas, toda vez que el texto de la

---

(79) Así, como señala Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, se trataba de una excepción previsible y por ello entiende justificado que se incluyan también las actividades privadas prestadas en este ámbito, toda vez que el modelo general se encuentra, en cualquier caso, dominado por lo público. Cfr. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2009a: pp. 109-110).

(80) Cfr. CANTERO MARTÍNEZ (2011).

(81) V. En Francia el reciente Decreto sobre Telemedicina: Decreto núm. 2010-1229, de 19 de octubre de 2010. En general, sobre la regulación de la telemedicina en este país, véase el dossier preparado en la página de Internet «Service public»: <http://www.service-public.fr/actualites/001824.html?xtor=EPR-140> (última entrada: 14 de enero de 2011).

(82) Vid. VAQUER CABALLERÍA (2010).

(83) Letra j) del art. 2.2 de la Ley y también de la Directiva.

Directiva es más general. Así, ésta señala que —para que la excepción sea aplicada— los servicios habrán de ser prestados o bien por el Estado —la norma española añade «directamente» [por las Administraciones Públicas]—, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado. La Ley española reduce estas dos últimas categorías a las actividades realizadas por prestadores privados «en la medida en que dichos servicios se presten en virtud de acuerdo, concierto o convenio con la referida Administración». La Directiva alude a asociaciones de beneficencia «reconocidas como tales», pero en ningún lugar indica que se haya debido utilizar un instrumento de los que exige la norma española. Más allá de esta apreciación y con carácter general, a juicio de la doctrina, lo que se ha pretendido en este apartado no es tanto excluir las actividades de sustento social realizadas por sujetos privados, sino garantizar que las personas destinatarias de esa prestación sean quienes de verdad lo necesitan (84). De ahí que la reformulación que opera la Ley española sea discutible en los términos ya expuestos.

## **B) Algunos servicios de interés económico general**

No es necesario abundar ya aquí en esta categoría. Reiteraré ahora que los Estados Miembros mantienen el monopolio de la definición de los servicios de interés económico general —dentro de los límites ya indicados— e incluso la propia Directiva prevé que un listado de categorías de servicios («entre otros») se encuentran directamente excluidos de uno de los subsectores abordados por la norma comunitaria, a saber: la libre prestación de servicios. Ahora se ha de señalar que el tratamiento de los servicios de interés económico general aumenta su complejidad por el hecho de que algunas categorías se encuentran directamente excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva. Se trata de los servicios y redes de comunicaciones electrónicas (85), los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los portuarios (86), y los servicios financie-

---

(84) Cfr. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2009a: p. 112).

(85) Letra c) del art. 2.2 de la Ley y de la Directiva.

(86) Letra d) del art. 2.2 de la Ley y de la Directiva. La Ley española es algo más precisa en este aspecto, dado que indica de forma expresa que, se incluirán en el concepto «servicios en el ámbito del transporte, los transportes urbanos, y de la navegación marítima y aérea, incluidos los portuarios y aeroportuarios necesarios para llevar a cabo la actividad de transporte, exceptuando la actividad de las plataformas logísticas de las empresas y de las actividades necesarias para su funcionamiento». De nuevo, cabe plantearse aquí si estas precisiones que realiza el legislador español son conformes con las previsiones generales de la Directiva. Una panorámica actualizada del Derecho de los transportes en Europa, puede verse en GARRIDO CUENCA (2010), en prensa [he manejado el original por cortesía de la autora].

ros (87). Estos tres grupos disponen de regulación específica en el Derecho de la Unión. La ponderación general a la que aludía más arriba se concreta en los regímenes jurídicos específicos de cada uno de estos sectores y cabe señalar que, al menos dos de ellos, los servicios financieros y los transportes, ya desde el Tratado se consideran excepcionales, debido a su carácter instrumental para la economía en general, para el ejercicio de las libertades fundamentales, así como por su conexión —precisamente— con el ejercicio de otras libertades. Es el caso de los servicios financieros, dado que, como señala el art. 58.2 TFUE, «[l]a liberalización de los servicios bancarios y de seguros vinculados a los movimientos de capitales se realizará en armonía con la liberalización de la circulación de capitales». Esta misma lógica, la de controlar los efectos sobre la libre circulación de capitales, entiendo es la subyacente a la exclusión de las actividades de juego, incluidas las loterías, que impliquen apuestas de valor monetario (88). En el caso de los transportes, con toda lógica, el mismo art. 58 TFUE, en su apartado primero, indica que «[l]a libre prestación de servicios, en materia de transportes, se regirá por las disposiciones del título relativo a los transportes». Los transportes son uno de los ámbitos principales de actuación de las competencias compartidas entre la Unión y los Estados Miembros (art. 4.2 g) TFUE) y el título del Tratado que recoge las disposiciones específicas en esta materia es hoy el Título VI.

### C) Funciones de autoridad o ejercicio de poder público

En este apartado he agrupado diversas subcategorías que pueden reconducirse a la rúbrica «funciones de autoridad o ejercicio de poder público», al menos en un sentido lato. Se trata, en primer lugar, de las actividades que supongan el ejercicio de la autoridad pública de conformidad con el actual art. 51 TFUE, así como los servicios prestados por notarios y agentes judiciales

---

(87) Letra b) del art. 2.2 de la Ley y de la Directiva. Por motivos de sistematización he incluido los servicios financieros en la categoría de servicios de interés económico general. No obstante, es evidente que los mismos no responden, al menos en todos sus extremos, a una comprensión común de qué haya de considerarse un servicio de interés económico general. Sin embargo, los deberes de supervisión de los mercados financieros que tienen encomendados los poderes públicos y la necesaria protección de los consumidores en estos mercados hacen que la reconducción de algunos de sus aspectos a la noción de servicio de interés económico general no resulte exagerada. V. al respecto, aun cuando no aborda esta cuestión de manera *directa*, la Comunicación de la Comisión Europea de 28 de octubre de 1998: «Servicios financieros. Establecimiento de un marco de actuación», COM (1999) 232 final.

(88) Letra h) del art. 2.2 de la Ley y de la Directiva. A diferencia de otras excepciones, aquí la Ley española ha resultado un poco más escueta que el original comunitario, que excluía «las actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, juego en los casinos y las apuestas».

designados mediante un acto oficial de la Administración. Estas dos categorías aparecen en dos apartados diferentes en la Directiva (89), mientras que el legislador español ha optado por contemplarlos de manera conjunta, añadiendo además las figuras de los registradores de la propiedad y mercantiles (90).

En esta categoría, a la que me he referido en sus rasgos generales más arriba, también se ubicaría —por sistematizar todas las categorías— los servicios de seguridad privada (91). Es posible que, en sentido estricto, los servicios de seguridad privada no sean susceptibles de ser reconducidos a las categorías de ejercicio de funciones públicas o poder público. Ello no obstante, el hecho de que en ocasiones resulte complicado deslindar cuándo nos encontramos en presencia de actividades de policía y cuándo es admisible abrir la puerta a la intervención privada (92) hace que su inclusión aquí no resulte extraña.

## **D) Cultura y pluralismo de los medios de comunicación**

Por último, se ha de hacer referencia a un concepto, la cultura, tan recurrido como poco preciso (93). Señala la Directiva en su art. 1.4 que la misma «no afecta a las medidas adoptadas a escala comunitaria o nacional, respetando el Derecho comunitario, para fomentar la diversidad cultural y lingüística y garantizar la defensa del pluralismo de los medios de comunicación». Además, más adelante, en el art. 4 [«Definiciones»], apartado 8, incorpora entre las «razones imperiosas de interés general» —que operan a modo de excepción en la aplicación de los principios generales relativos a la libertad de establecimiento— los «objetivos de la política social y cultural». La cultura, desde el Tratado de Maastricht, ha cobrado carta de naturaleza política y hoy cabría aludir a una Constitución Cultural en Europa (94) —al menos en un estadio incipiente— que condicionaría la puesta en práctica del resto de preceptos constitucionales.

Pese a estas referencias a la cultura y las políticas culturales, que se sitúan por tanto en un lugar privilegiado para realizar las oportunas ponderaciones de

---

(89) Letra i) del art. 2.2, referida a las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública, y letra l) del art. 2.2, sobre los servicios prestados por notarios y agentes judiciales «designados mediante un acto oficial de la Administración».

(90) Letra i) del art. 2.2 de la Ley.

(91) Letra k) del art. 2.2 de la Directiva y de la Ley.

(92) V. al respecto, por todos, GONZÁLEZ BOTUA (2002); IZQUIERDO CARRASCO (2004).

(93) A esta cuestión me he referido en publicaciones anteriores, a las que me remito para una contextualización de la materia. Vid. DE LA SIERRA (2010a), (2008), (2007) y (2002).

(94) Sobre este concepto, en relación con el audiovisual, me permito referirme también a otro trabajo de quien escribe: DE LA SIERRA (2010b), en prensa.

principios, los servicios culturales no aparecen como categoría independiente en la lista de servicios excluidos de la aplicación de la Directiva. Cabe pensar que, en principio, dependerá de cada actividad en concreto. Si bien es cierto que la dimensión económica de las industrias culturales —en especial si se tiene en cuenta el sustantivo «industrias»— apenas ofrece ya interrogantes, éstos sí se plantean respecto del tratamiento jurídico de estas actividades, debido precisamente a su dimensión singular, que las distingue de otras actividades industriales. Es posible que en un supuesto concreto la prestación se ubique en el ámbito de aplicación de la Directiva, mientras que en otro caso quepa reconducirla a la categoría de servicios no económicos de interés general (por ejemplo, la organización de un certamen de música tradicional).

En el contexto cultural cabe ubicar también el audiovisual, no porque se trate de una preferencia personal, sino porque así lo han estimado oportuno hasta la fecha las Instituciones europeas (95). La Ley española reproduce casi en sus términos exactos el dictado de la Directiva, añadiendo que se encuentran excluidas de la excepción las actividades de comercio al por menor de los productos audiovisuales.

En el tratamiento jurídico de los servicios culturales y audiovisuales, en fin, no puede obviarse la referencia a un texto, la Convención de la UNESCO sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, que fue ratificada por España, pero también por la Comunidad Europea (96), y que entró en vigor el 18 de marzo de 2007. La Directiva de Servicios de medios audiovisuales sin fronteras (97), que ha sido transpuesta recientemente en España mediante la Ley General de Comunicación Audiovisual (98), hace referencia a la Convención de la UNESCO en su quinto considerando. Así, en éste se menciona la Resolución del Parlamento Europeo de 27 de abril de 2006, en la que se pone de manifiesto el apoyo de esta Institución a la Convención. La Directiva de Servicios no menciona la Convención de la UNESCO, algo lógico, por otra parte, dado que en la fecha de adopción de

---

(95) Cfr. DE LA SIERRA (2010a) y (2010b),

(96) Decisión 2006/515/CE del Consejo, de 18 de mayo de 2006, relativa a la celebración de la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales.

(97) Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Más adelante, el Derecho vigente ha sido codificado en la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), DO L 95/1, de 15 de abril de 2010.

(98) Ley 7/2010, de 31 de marzo.



la Directiva la Convención todavía no había entrado en vigor. Sin embargo, el papel futuro de la Convención no se ha de desdeñar y, de hecho, el Tribunal de Justicia ya la ha utilizado en alguna ocasión para construir su argumentación jurídica (99).

Con esta categoría se da por concluido el recorrido de las excepciones que establece la Directiva respecto a su ámbito objetivo de aplicación. Queda por mencionar simplemente los servicios de las empresas de trabajo temporal (100), una excepción que se entiende mejor en la versión primigenia del texto comunitario y en el contexto del debate sobre la prestación de servicios en un determinado Estado sometida al Derecho del país de origen (101).

## V. CONCLUSIONES

La Directiva de Servicios y, con ella, la Ley 17/2009 han conmocionado las bases del Derecho Administrativo español. En el presente artículo se ha partido de dos hipótesis de trabajo: en primer lugar, se acepta que los cambios producidos en el ordenamiento jurídico-administrativo español son de tal calado que justifican las opiniones de quienes aluden a un cambio de paradigma. En segundo lugar, este fenómeno revolucionario queda matizado por lo que constituye la segunda hipótesis, a saber: que la Directiva no es sino una plasmación de un proceso de mutación constitucional labrado durante varios años en el Derecho de la Unión Europea. Tanto las libertades de circulación entre sí, como estas en relación con la libre competencia, se están acercando en el Derecho positivo y, fundamentalmente, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Alguna de las confusiones que en su momento generó la Directiva puede verse debida, precisamente, al hecho de que libertad de circulación de servicios y libertad de establecimiento se abordan como dos elementos de una misma realidad. Si bien es cierto que la norma incorpora algunas diferencias de régimen jurídico entre uno y otro ámbito, parece que las fronteras, en cualquier caso, se van desdibujando. A ello se une el argumento de que la Directiva condiciona el ejercicio y la interpretación de la libertad de empresa, abundando por lo tanto en cuestiones vinculadas a la libre competencia y no tanto a las libertades de circulación. La mutación constitucional ofrece aquí uno de sus frutos, en el que el régimen jurídico del acceso y la prestación de los servicios queda plasmado como una ponderación de principios constitucionales, de modo que a los operadores jurídicos nacionales les quedaría vedada

---

(99) V. Sentencia de 5 de marzo de 2009, C-222/07, *Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA) y Administración General del Estado*.

(100) Cfr. letra e) del art. 2.2 de la Ley y de la Directiva.

(101) Cfr. en este sentido DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2009a: p. 119).

la posibilidad de abrir de nuevo dichas ponderaciones. La existencia de un amplio elenco de servicios excluidos, además, indica que se han realizado ponderaciones específicas para constelaciones jurídico-fácticas asimismo específicas. Estos debates son los que han servido de contexto para ir desgranando el concepto de servicio que sirve de criterio para determinar la aplicación o no de la Directiva de Servicios.

El debate presenta relevancia también, tal y como se ha expuesto en las líneas precedentes, para la teorización y aplicación práctica de la Europa Social. Los objetivos del Derecho Constitucional europeo más allá de los estrictamente económicos (102), incluido el de igualdad entre mujeres y hombres (103), encontrarían también cabida aquí. Veremos qué ocurre cuando estos anhelos de la Directiva-fuego, inspirados por el aire alemán, toquen suelo.

---

(102) En este ámbito cabe remitir a los Dictámenes del Consejo Económico y Social 2/2008 [sobre el Anteproyecto de Ley sobre el Libre acceso y ejercicio de las actividades y servicios] y 2/2009 [sobre el Anteproyecto de Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio]. Estos documentos, que habrían de arrojar luz sobre las cuestiones enunciadas en el texto, no son más que mera reproducción de los preceptos afectados, o bien de las memorias que los acompañan. Cabe preguntarse, más allá del tema concreto objeto de este trabajo, cuál es el sentido de dedicar recursos públicos a este tipo de documentos.

(103) Como es sabido, la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, modificó los arts. 22.2 y 24.1b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Así, incorporó la necesidad de acompañar tanto los anteproyectos de ley como los reglamentos de un informe sobre el impacto por razón de género. En los primeros momentos se instauró una cómoda costumbre de emplear fórmulas rituales para indicar, de forma sistemática, que la norma en cuestión no presentaba ningún elemento que hubiera de enjuiciarse desde este punto de vista. De hecho, en alguna ocasión, normas importantes, como las de Presupuestos, hicieron caso omiso de este mandato legal. Fruto de esta omisión fue un recurso planteado frente al Proyecto de Ley de Presupuestos para el año 2008, aprobado por el Consejo de Ministros el 21 de septiembre de 2007. La Audiencia Nacional, en su sentencia de 28 de abril de 2010 (rec. 278/2008) no se adentró en el fondo del asunto por entender que el recurso era inadmisibile, toda vez que se trataba de un acto del Gobierno en tanto que participe del proceso legislativo. Esta proceso judicial que rescata la categoría de acto del Gobierno tuvo, sin embargo, consecuencias, toda vez que, desde que se supo de la interposición del recurso y en años sucesivos las Leyes de Presupuestos han venido acompañadas de (extensas) memorias de impacto por razón de género. El Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, establece que se unifiquen en un único texto todas las memorias que han de acompañar tanto los anteproyectos de ley como los reglamentos, sin plantearse si una norma de rango reglamentario puede modificar el mandato legislativo ya referido. En fin, y en lo que ahora respecta, la memoria presentada el 4 de junio de 2009, referida al Proyecto de Ley «Ómnibus», afirma que el nuevo régimen jurídico tendrá como «efecto principal» el de «coadyuvar a la mejora de la presencia laboral de las mujeres en el conjunto de la economía».

## BIBLIOGRAFÍA

- ACIERNO, Silvia/ BAQUERO Cruz, Julio (2004): *La sentencia Altmark sobre ayudas de Estado y servicios públicos*, REDE núm. 9, pp. 169-190.
- ALEXY, Robert y otros (2007): *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- ARROYO JIMÉNEZ, Luis (2004): *Libre empresa y títulos habilitantes*, CEPC, Madrid.
- (2010): *Sobre la estructura normativa de la libertad de empresa*, Comunicación presentada en el V Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en San Fernando (Cádiz) los días 5 y 6 de febrero de 2010.
- BAQUERO CRUZ, Julio (2002): *Entre Competencia y libre circulación. El Derecho Constitucional Económico de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid.
- BARNARD, Catherine (2008): *Unravelling the Services Directive*, Common Market Law Review, núm. 45/2, pp. 323-394.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel (1999): *Reflexiones sobre el estado actual de algunas políticas públicas y de las formas clásicas de intervención administrativa en la economía*, Esperia, Londres.
- CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, Manuel (2004): «Los servicios de interés económico general y las corporaciones locales (una aproximación a los problemas que en el ámbito local plantea la prestación de los servicios de interés económico general)», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 6, pp. 65-80.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (2011): «La asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea: Entre ciudadanía sanitaria y reglas de mercado», en Marina GASCÓN ABELLÁN/Josefa CANTERO MARTÍNEZ/Carmen GONZÁLEZ CARRASCO (coords.), *Cuestiones de Derecho Sanitario y Bioética*, Tirant lo blanch, Valencia, en prensa.
- CÍRCULO DE EMPRESARIOS (2009): Libro Marrón: *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Madrid [disponible en <http://www.circulodeempresarios.org/wp-content/uploads/2009/10/LIBRO-MARRON-2009.pdf>, última entrada: 14 de enero de 2011].
- DE LA CUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás (2009a): «Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios en el mercado interior», en Tomás DE LA CUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, pp. 83-127.
- (2009b): «La Directiva de Servicios y la libertad de empresa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7, pp. 46-61.

- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás (2004): *Unidad económica y descentralización política: Libre circulación de mercancías y control judicial en EEUU y en la Unión Europea*, Tirant lo blanch, Valencia.
- (2007): *¿Quo vadis, Bolkestein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?*, REDE, núm. 22, pp. 237-280.
- (2008): *Mercado nacional único y Constitución*, CEPC, Madrid.
- DE LA SIERRA, Susana (2002): «Estado Constitucional, Comunidad Cultural y Espacio Público en Europa. Una aproximación al ensayo de Peter Häberle, "Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?"», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, pp. 323-333.
- (2005): *The Constitutional Bases of European Administrative Law*, EUI Working Papers («What's New in European Administrative Law», dir. Jacques Ziller) 10/2005, pp. 29-41.
- (2007): «La adaptación de las instituciones culturales españolas a la globalización», en Carlos FERNÁNDEZ LIESA/Jesús PRIETO DE PEDRO (eds.), *Cultura y comercio en la Comunidad Internacional*, Escuela Diplomática, Madrid, pp. 479 ss.
- (2008): «Principios y objetivos relacionados con el reforzamiento de la identidad cultural de la Comunidad», en F. BALAGUER CALLEJÓN (ed.), *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, Tirant lo blanch/Instituto Andaluz de Administración Pública, Valencia, pp. 789-811.
- (2010a): *Derecho del Cine: Administración Cultural y Mercado*, Iustel, Madrid.
- (2010b): «Cinematografía y Audiovisual», en Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.), *La regulación del audiovisual*, en prensa.
- DESCALZO GONZÁLEZ, Antonio (2010): «La incidencia de la Directiva de servicios en el ámbito empresarial. En particular, sobre la actividad industrial», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 807, pp. 1-6.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (2007): *Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo*, REDE, núm. 22, pp. 189-197.
- FLOWER, Joanna (2007): «Negotiating European Legislation: The Services Directive», en *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, núm. 9, pp. 217-238.
- FORTES MARTÍN, Antonio (2009): «La libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en el mercado interior bajo el nuevo régimen de la Directiva 2006/123 de 12 de diciembre», en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, pp. 129-171.

- FRAILE ORTIZ, María (2003): *El significado de la ciudadanía europea*, CEPC, Madrid.
- FREEDLAND, Mark/SCIARRA, Silvana (1998): *Public Services and Citizenship in European Law – Public and Labour Law Perspectives*, Oxford University Press, Oxford.
- GARRIDO CUENCA, Nuria (2010): «Política común de transportes y redes transeuropeas. Orígenes y retos. Hacia un renovado modelo de la política de infraestructuras para la Europa del Tratado de Lisboa», en André SADDY (dir.), *Direito das infraestruturas: um estudo dos distintos mercados regulados*, lumen iuris, Brasil, en prensa.
- GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando (2002): *Distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas a la luz de los conceptos de seguridad pública y policía contenidos en el artículo 149.1.29 de la CE: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2001, de 13 de diciembre*, REDA núm. 114, pp. 275-304.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (2009): *La transposición de la Directiva de servicios: Aspectos normativos y organizativos en el Derecho español*, REDE núm. 32, pp. 469-506.
- GONZÁLEZ IGLESIAS, Miguel (2009): «Política de calidad de los servicios y derechos de los consumidores en la Directiva de Servicios», en Ricardo RIVERO ORTEGA (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, pp. 249-291.
- HATZOPOULOS, Vassilis (2008): «Assessing the Services Directive (2006/123/EC)», en *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, núm. 10/1, pp. 215-262.
- IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (2004): *La seguridad privada, régimen jurídico-administrativo*, Lex Nova, Valladolid.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (2010): *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho interno: Los primeros pasos de un largo proceso*, IVAP, Bilbao.
- KLAMERT, Marcus (2010): «On Empty Glasses and Double Burdens: Approaches to Regulating the Services Market à propos the Implementation of the Services Directive», en *Legal Issues of Economic Integration*, núm. 37/2, pp. 111-132.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2009): *Directiva de Servicios: El estruendo del parto de los montes*, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 6, pp. 42-52.

- LINDE PANIAGUA, Enrique (2008): «Notas sobre el objeto, ámbito y reglas de aplicación de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, pp. 35-46.
- MAGALDI, Nuria (2007): *Procura existencial, Estado de Derecho y Estado Social*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- MALARET I GARCÍA, Elisenda (2003), *Servicio público, actividad económica y competencia: ¿presenta especificidades la esfera local?*, REALA, núm. 291, pp. 567-608.
- (coord.) (1996): «Régimen jurídico de los servicios públicos», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 28.
- (1998): *Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto*, RAP núm. 145, pp. 49-88.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (2008): «Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos» (*Un estudio de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*), El Justicia de Aragón, Zaragoza.
- MEDINA, Manuel/BARÓN, Enrique (2005): «La "directiva Bolkestein" y la libre prestación de servicios en la UE», en *El País*, 4 de abril de 2005.
- MEIX CERECEDA, Pablo (2010): «Sobre la situación de los docentes y la disciplina en la escuela», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 12, pp. 66-73.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2009): *Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios*, RGDA núm. 21.
- NEERGARD, Ulla B./NIELSEN, Ruth/ROSEBERRY, Lynn (eds.) (2008): *The Services Directive: Consequences for the Welfare State and the European Social Model*, DJOEF Publishing, Copenague.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis/ARROYO JIMÉNEZ, Luis (2007): *Constitucionalismo europeo y Europa Social*, REDE, núm. 23, pp. 339-370.
- ORTEGA, Luis/DE LA SIERRA, Susana (2009): *Ponderación y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid.
- PADRÓS REIG, Carlos (2010): *La Directiva de Servicios en el Mercado Interior (DSMI) y la seguridad industrial*, RGDA núm. 24, p. 42.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2003): *Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona.
- (2009a): *La Directiva Bolkestein y la Ley paraguas: ¿Legítima el fin cualquiera medios para la reconversión del Estado «autoritativo»?*, REDE núm. 32, pp. 431-467.

- (2009b): «La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkenstein. La interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, pp. 34-41.
- POIARES MADURO, Miguel (1998): *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution: A critical reading of article 30 of the EC Treaty*, Hart, Oxford.
- PONCE SOLÉ, Juli (2009): *¿Mejores normas?: Directiva 2006/213/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial*, RAP núm. 180, pp. 201-243.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo (2010): *La libertad de comercio*, ponencia presentada en el V Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en San Fernando (Cádiz) los días 5 y 6 de febrero de 2010.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, M<sup>º</sup> Amparo (2009): «La Directiva de Servicios y su transposición: ¿Una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa?», en Ricardo RIVERO ORTEGA (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, pp. 89-149.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel (2007): «La ciudadanía europea: una nueva dimensión para la libertad de circulación de personas», en *Libre circulación de personas en el ámbito comunitario*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 132, pp. 15-39.
- SCHARPF, Fritz (1996): *Negative and Positive Integration in the Political Economy of European Welfare States*, en Gary Marks/Fritz W. Scharpf/Philippe C. Schmitter/Wolfgang Streeck, «Governance in the European Union», Sage, Londres, pp. 15-39.
- SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón/DEMETRIO CRESPO, Eduardo (2008): «Del Estado de Derecho al Estado preventivo», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 8, pp. 24-35.
- (2010): *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid.
- TORNOS MAS, Joaquín (2010): *El principio de libertad de comercio en el constitucionalismo español. De la Constitución de Cádiz a la de 1978*, ponencia presentada en el V Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en San Fernando (Cádiz) los días 5 y 6 de febrero de 2010.
- VaquER CABALLERÍA, Marcos (2005): *Los problemas de la contraposición entre económico y social en la doctrina europea de los servicios de interés general*, RGDA núm. 8.

- (2010): *De nuevo sobre la doctrina europea de los servicios de interés general: Los problemas para definir la familia de los «servicios sociales» y su aplicación en materia de vivienda*, RGDA núm. 25.
- VELASCO RETAMOSA, José Manuel (2011): «Libre circulación de servicios», en Luis ORTEGA/Susana DE LA SIERRA, *Estudios sobre la Unión Europea*, Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, en prensa.
- VERANNEMAN, Barbara (2008): «Environmental Services, Permits and the Bolkestein Directive», en *European Energy and Environmental Law Review*, núm. 17/3, pp. 156-164.
- VIDA FERNÁNDEZ, José (2009): «Estrategias para alcanzar un verdadero mercado interior de servicios», en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO (dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, pp. 201-249.
- VILLAREJO GALENDE, Helena (dir.) (2009): *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Comares, Granada.



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

ELISA MOREU CARBONELL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **II. CONDICIONES Y LÍMITES DE LOS RÉGIMENES DE AUTORIZACIÓN SUPERVIVIENTES**

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

### **1. Las autorizaciones en los servicios excluidos**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **B) Requisitos sustantivos: necesidad, proporcionalidad y no discriminación**

Cualquier norma que someta a autorización, certificación, homologación o licencia el derecho a prestar servicios o a establecerse como prestador de servicios, deberá superar el que se ha dado en llamar el «triple test» de la no discriminación, necesidad y proporcionalidad. La medida se ha recogido también en la LRJAP, cuyo nuevo artículo 39 bis dispone ahora que cuando las Administraciones públicas establezcan medidas que limiten o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, *«deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias»*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### **D) Procedimientos de autorización y silencio administrativo**

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*cumplimiento durante la vigencia de la actividad» (art. 3.9 de la Ley 17/2009) o «el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio» (art. 71bis.1 LRJAP).*

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

Por su parte, la comunicación previa se define exclusivamente en la LRJAP, como *«aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1» (art. 71bis.2 LRJAP).*

## **1. Las difusas fronteras entre ambas técnicas**

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

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

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

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

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

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

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

c) Ambas técnicas se definen legalmente como técnicas de control *a posteriori* (ex. art. 5 c) de la *Ley paraguas*), consecuencia inmediata de la liberalización del sector servicios y de la progresiva supresión de los regímenes autorizatorios. Por eso, la eficacia inmediata de la declaración responsable o de la comunicación previa se produce «*sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones públicas*» (art. 71 bis.3, *in fine* LRJAP). En relación con ello, la LRJAP dispone la eventualidad de que un control *a posteriori* de la Administración desemboque en «*la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar*» (art. 71 bis.4 LRJAP).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

## **2. Distintos grados de intervención administrativa neopolicial**

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

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

intuir que estamos ante una técnica de «autorregulación», que confía en el autocontrol del interesado, que tan sólo presenta un documento en el que declara «bajo su responsabilidad» que cumple con los requisitos exigidos y, sobre todo, que «se compromete a mantener su cumplimiento durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio» (art. 71 bis.1 LRJAP).



Si ordenásemos de mayor a menor el grado de intervención de la Administración, en la cúspide de la pirámide situaríamos a la autorización administrativa, y en el nivel más bajo a la declaración responsable.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



## V. CARACTERES PROPIOS DE LA DECLARACIÓN RESPONSABLE

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

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

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

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

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

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

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

### **1. Eventuales irregularidades concurrentes**

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

- A) Irregularidades relativas a los datos o documentos aportados (comunicaciones o declaraciones defectuosas)
- B) Falta de presentación o presentación tardía.
- C) Falta de inicio de la actividad en un determinado plazo.

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

#### **A) Comunicaciones o declaraciones defectuosas**

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

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

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

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

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

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

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

## **B) Falta de presentación (o presentación tardía)**

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

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

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

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

### **C) Falta de comienzo de la actividad en plazo**

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

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

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

## **2. ¿Posibilidad de subsanación?**

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

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

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

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

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

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

Haremos una sucinta descripción de cada uno de ellos.

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

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

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

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



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

## **B) Restablecimiento de la legalidad**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

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

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

- RODRÍGUEZ FONT, M. (2003): *Régimen de comunicación e intervención ambiental. Entre la simplificación administrativa y la autorregulación*, Atelier, Barcelona.
- (2009): «Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local», en *Anuario del Gobierno Local 2009*, Institut de Dret Public, pp. 261 a 300.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, A. (2009): «La Directiva de servicios y su transposición. ¿Una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa», en ob. col. R. RIVERO ORTEGA (dir.): *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, pp. 89 a 149.
- TORRES COBAS, F. (2009a): «Los desafíos de la Directiva Bolkestein para las entidades locales: el adiós a las licencias y el posible renacer de las ordenanzas locales», en *Revista Electrónica CEMCI n.º 4*, pp. 1 a 39, disponible en <http://www.cemci.org/revista/revista4/> (fecha de consulta: 4 octubre 2010).
- (2009b): «Premisas para una correcta transposición de la Directiva de Servicios al ordenamiento local», en *Anuario del Gobierno Local 2009*, Institut de Dret Public, pp. 213 a 260.
- VILLAREJO GALENDE, E. y SALVADOR ARMENDÁRIZ, A. (2009): «El complejo proceso de transposición de la Directiva de Servicios», en ob. col. *Informe Comunidades Autónomas 2008*, Aranzadi, pp. 81 a 122.

### **Documentación:**

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

JUNTA DE ANDALUCÍA: *Manual de simplificación administrativa y agilización de trámites de la Junta de Andalucía*, Aprobado por Orden de la Consejería de Justicia y Administración de Justicia por Orden de 22 febrero 2010, disponible en [ws024.juntadeandalucia.es/plutonDescargas/15\\_647\\_manual\\_de\\_simplificacion\\_administrativa.pdf](http://ws024.juntadeandalucia.es/plutonDescargas/15_647_manual_de_simplificacion_administrativa.pdf).

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





# **SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA Y DIRECTIVA DE SERVICIOS: OBJETIVOS, MEDIOS E INCIDENCIAS**

DOLORS CANALS AMETLLER

*SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.– II. POLÍTICAS EUROPEAS DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL MARCO DE LAS ESTRATEGÍAS DE MEJORA NORMATIVA.– III. OBJETIVOS Y MEDIOS DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA DIRECTIVA DE SERVICIOS. SU INCORPORACIÓN A LA LEGISLACIÓN BÁSICA: 1. Objetivos de simplificación administrativa. De la eliminación de procedimientos a la reducción de trámites. 2. Simplificación administrativa a través de la supresión de regímenes de autorización: la eliminación de obstáculos jurídicos. 3. Simplificación de trámites administrativos: la reducción de obstáculos jurídicos o la simplificación administrativa propiamente dicha. 4. Medios concretos de simplificación administrativa: armonización documental, ventanilla única y uso de medios electrónicos: A) Resoluciones administrativas con efectos transfronterizos y armonización de documentos para la acreditación del cumplimiento de requisitos normativos. B) La ventanilla única como interlocutor institucional único.– C) El uso de medios electrónicos en procedimientos y trámites administrativos.– D) Derecho de acceso a la información y asesoramiento.– IV. LA INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA ADMINISTRATIVA, REDUCCIÓN DE CARGAS ADMINISTRATIVAS Y EVALUACIÓN DEL IMPACTO NORMATIVO: 1. La llamada a la mejora de la regulación normativa en la Directiva de Servicios. 2. La simplificación a través de la reducción de cargas administrativas. 3. Simplificación administrativa y reforma regulatoria: la evaluación del impacto normativo como instrumento de garantía.– V. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO A LOS CONTRAPESOS DE LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA.*

*RESUMEN:* Este artículo describe los medios de simplificación administrativa que impone la Directiva de Servicios, en el marco de las políticas y estrategias europeas de mejora regulatoria, y cómo han sido incorporados a la legislación básica. Se analiza también la simplificación que conlleva la reducción de cargas administrativas. En este escenario, la evaluación del impacto normativo parece ser un instrumento idóneo para garantizar que la simplificación administrativa no incide negativamente en la esfera de derechos y garantías de terceros. Por último, se pone el acento en los contrapesos necesarios de la simplificación administrativa.

*Palabras clave:* Directiva de Servicios; mercado interior; actividad económica; simplificación administrativa; ventanilla única; cargas administrativas; mejora de la regulación normativa; evaluación del impacto normativo.

*ABSTRACT: This article describes the means of administrative simplification that the Services Directive imposes, in the framework of the European policies and strategies of better regulation, and how they have been incorporated into basic legislation in Spain. There is also an analysis of the simplification that reduction of administrative burdens brings. In this scenario, the regulatory impact assessment seems to be an ideal instrument to guarantee that the administrative simplification does not have negative effects on the sphere of rights and guarantees of third parties. Finally, it puts the accent on the necessary counterweights to administrative simplification.*

*Key words: Services Directive; internal market; economic activity; administrative simplification; points of single contact; administrative burdens; better regulation; regulatory impact assessment.*

## **I. CONSIDERACIONES PREVIAS**

La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante, la Directiva) establece las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de servicios (artículo 1.1). Con este fin, ordena la eliminación —o cuanto menos, la reducción— de las barreras u obstáculos jurídicos y administrativos que provienen de los sistemas normativos de los Estados miembros, ya sea la norma de ámbito nacional, regional o local, e, incluso, de los colegios profesionales o corporaciones similares.

El objetivo último de la Directiva es, en suma, alcanzar un mercado único de servicios que otorgue mayor seguridad jurídica a los operadores en el ejercicio de dichas libertades.

Los medios principales para conseguir tal objetivo son la eliminación de regímenes de autorización previa, la simplificación de procedimientos y trámites administrativos, y la reducción de cargas administrativas, además de la creación de ventanillas únicas y el recurso a las nuevas tecnologías. La aplicación de estos medios por las instancias nacionales conlleva de inmediato una modificación sustancial de los ordenamientos jurídicos internos, con el fin de armonizar los regímenes de intervención en la actividad de servicios. Se trata, en consecuencia y en gran medida, de una armonización jurídica sin precedentes.

Los efectos transversales de la Directiva la diferencian significativamente de otras Directivas que han obligado de igual forma a los Estados miembros a adecuar sus normas a lo que en ellas se establece. Aún así, podrían encontrarse ciertos paralelismos entre la armonización jurídica que persigue la Directiva y la armonización técnica que impuso el denominado «nuevo enfoque» y «enfoque global» en materia de productos, para el establecimiento de un sistema

comunitario de calidad y seguridad industriales en el mercado interior; una armonización en ese caso con el fin de superar las «barreras técnicas» contenidas en las reglamentaciones nacionales que también sufrieron importantes modificaciones.

La Directiva que nos ocupa destaca que los obstáculos ahora jurídicos «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 administrativo (...)» (considerando 3). Por ello, los obstáculos a salvar son de carácter normativo y administrativo, con lo que se impone a los Estados miembros el objetivo común de la simplificación administrativa (considerandos 43 y 46).

La simplificación administrativa que ordena la norma comunitaria se concreta en una supresión de obstáculos jurídicos, entendidos como procedimientos o trámites administrativos (1). Impone la eliminación, en algunos casos, y la simplificación, en la mayoría de ellos, de los procedimientos aplicables en el marco de cualquier régimen de intervención administrativa. Con ello, a su vez, obliga a llevar a cabo una simplificación del ordenamiento jurídico, orientada a depurar los distintos ámbitos normativos (estatal, autonómico y local).

A nadie escapa, sin embargo, que las decisiones de los Estados para regular un determinado sector obedecen a razones muy distintas y ciertamente complejas, con lo que la valoración de los procedimientos, trámites y requisitos a eliminar o simplificar no es —no está siendo en realidad— tarea fácil. Los entornos jurídicos son diversos como diversas son las categorías jurídicas propias de cada uno de ellos. De ahí también el complejo sistema de evaluaciones recíprocas entre Estados miembros que se han llevado a cabo a lo largo del año 2010 para analizar los resultados de la transposición (artículo 39 de la Directiva).

La tarea y el alcance de la eliminación o reducción de los obstáculos jurídicos y de la simplificación administrativa —el impacto normativo mismo de la transposición interna de la Directiva— están siendo ciertamente distintos por la heterogeneidad de los ordenamientos jurídicos y de los regímenes de intervención administrativa en cada Estado miembro respecto de la misma actividad económica de servicios. Esta realidad puede ofrecer una imagen errónea respecto de los grados de ambición en la transposición de la Directiva entre los distintos Estados.

---

(1) Para un mayor acercamiento a la simplificación administrativa y sus distintas modalidades, véase: DE LA MORENA Y DE LA MORENA (1981), MÁRQUEZ CRUZ (1997), y, sobre todo, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1998); TORNOS MAS (2000), RODRÍGUEZ FONT (2003) y CIERCO SIERA (2009).

Tampoco es desconocido que el ejercicio de las competencias en los distintos niveles de gobierno de un Estado descentralizado como el nuestro pueda estar introduciendo disparidades normativas, con las que se puede quebrar la deseada unidad del marco jurídico europeo de los servicios.

Por otra parte, cabe cuestionarse si la Directiva afronta la eliminación de obstáculos jurídicos a través de novedosos medios de simplificación administrativa o más bien, como se intuye, se trata de un nuevo empuje para la previsión normativa y aplicación práctica de medios de simplificación administrativa ya conocidos. De hecho, el objetivo último de la Directiva enlaza con las estrategias europeas de simplificación administrativa iniciadas casi veinte años atrás, con el fin de incentivar el desarrollo económico y la competitividad empresarial, las cuales en los últimos años han sufrido un nuevo impulso de la mano de las políticas públicas centradas en la reforma regulatoria. La transposición de la Directiva coadyuva, así, a la implementación de las políticas internacionales y europeas de mejora de la calidad de las normas.

Con todo, lo más seguro es que el desenlace de este episodio determinante de la construcción del mercado único europeo sea inesperado. Y ello porque la coyuntura económica en la que nos encontramos, está muy alejada de aquella que propició la elaboración y aprobación de la Directiva, en cuya exposición motivos se afirma que: «El Parlamento Europeo y el Consejo han puesto de relieve que la eliminación de los obstáculos jurídicos que impiden el establecimiento de un auténtico mercado interior es prioritaria para conseguir el objetivo fijado por el Consejo Europeo de Lisboa, de 23 y 24 de marzo de 2000, de mejorar el empleo y la cohesión social y alcanzar un crecimiento económico sostenible con el fin de hacer de la Unión Europea la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo de aquí al año 2010, con más y mejores empleos» (considerando 4).

## **II. POLÍTICAS EUROPEAS DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL MARCO DE LAS ESTRATEGÍAS DE MEJORA NORMATIVA**

El largo y complejo proceso de transposición de la Directiva parece haber suscitado un interés desconocido por el marco normativo de la actividad económica, si bien en el ámbito comunitario las políticas y estrategias para la mejora del entorno regulatorio de las empresas, en especial de las pequeñas y medianas empresas, vienen siendo una constante en los últimos lustros.

La Directiva alude de manera expresa a estas políticas: «Una de las principales dificultades a las que se enfrentan en especial las PYME en el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio reside en la complejidad, la extensión y la inseguridad jurídica de los procedimientos administrativos. Por este motivo,

y a semejanza de otras iniciativas de modernización y de buenas prácticas administrativas a nivel comunitario y nacional, procede establecer principios de simplificación administrativa (...)» (considerando 43).

Las políticas y estrategias contemporáneas de simplificación administrativa y de mejora regulatoria —conocidas estas últimas como *Better Regulation* (2) y, algunas más recientes, como *Smart Regulation* (3)— han de considerarse nuevos impulsos y enfoques de las políticas anteriores, las cuales no han alcanzado los objetivos inicialmente previstos.

Desde los pasados años noventa, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Comisión Europea vienen impulsando acciones continuadas dirigidas a implantar en los respectivos Estados miembros procesos de simplificación administrativa, orientados todos ellos a la mejora de la competitividad de las empresas (4).

Salvo error en la documentación manejada, la primera iniciativa europea para la simplificación administrativa data de 1988; en concreto, la Comunicación a la Comisión, de 5 de julio, *Simplifying administrative procedures within the Community, General considerations* («Simplificación de procedimientos administrativos dentro de la Comunidad. Consideraciones generales») (5). Poco tiempo después, en la Recomendación 90/246/CEE del Consejo, de 28 de mayo de 1990, relativa a la aplicación de una política de simplificación administrativa en los Estados miembros (6), se insiste en la realización de un mayor esfuerzo para evitar un aumento de la carga administrativa sobre las empresas y se aconseja, con tal fin, la introducción de la evaluación del impacto de los proyectos normativos.

Son de resaltar, con posterioridad, la Resolución del Consejo, de 3 de diciembre de 1993, relativa a la simplificación administrativa para las empresas, en especial para las pequeñas y medianas empresas (7); la Comunica-

---

(2) Esta política pública europea se inicia en el año 2002 con el Plan de acción «Simplificar y mejorar el marco legislador» COM (2002) 278 final. Sobre ello, *in totum*, PONCE SOLÉ (2009a) y BETANCOR (2009).

(3) Véase la Comunicación, de 8 de noviembre de 2010, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, «*Smart Regulation in the European Union*» [Com (2010) 543 final].

(4) Señala CIERCO SIERA (2005: p. 113) uno «de los rasgos característicos de este renovado proceso de simplificación administrativa viene dado por el protagonismo que en su desarrollo han adquirido y vienen adquiriendo ciertos organismos internacionales». Véase también CANALS AMETLLER (2010: pp. 44 a 47).

(5) COM (88) 404 final.

(6) DOCE núm. L 141 de 02/06/1990.

(7) DOCE núm. C 331 de 16/12/1992.

ción de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 8 de mayo de 1996, «Simplificación de la Legislación del Mercado Interior (SLIM): proyecto piloto» (8); la Resolución del Consejo, de 8 de julio de 1996, sobre la simplificación legislativa y administrativa en el ámbito del mercado interior (9); y, finalmente, la Recomendación 97/344/CE, de la Comisión, de 22 de abril de 1997, sobre la mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas (10).

En esta última Recomendación se afirma con rotundidad que «un entorno reglamentario difícil o complejo puede desalentar el espíritu empresarial y la creación de nuevas empresas. Más aún cuando una empresa decide desarrollar sus operaciones en otro Estado miembro donde no conocen tan bien la lengua, la cultura y el funcionamiento de la administración. Si nadie discute la necesidad de una reglamentación adecuada, el efecto acumulado de esa reglamentación, su complejidad y los costes de adaptación ocasionan problemas y pueden tener consecuencias desproporcionadas sobre las empresas en relación con el objetivo de la reglamentación. Al final, una reglamentación compleja y costosa es difícil de aplicar, provoca crisis y a menudo se elude» (considerando 4). En concreto, esta Recomendación de la Comisión fija el marco idóneo para las políticas de simplificación de los Estados miembros, en el aspecto organizativo (11) y en el entorno reglamentario a partir, en especial, de la evaluación de los efectos de la regulación en las empresas (12).

El mencionado proyecto piloto SLIM («Simplificación de la Legislación en el Mercado Interior») fue objeto de examen en el año 2000. La Comunicación

---

(8) COM (96) 204 final.

(9) DOCE núm. C 224 de 01/08/1996.

(10) DOCE núm. L 145 de 05/07/1997.

(11) Según el artículo 2 (*Marco para una política de simplificación*):

«Es necesaria una política coherente a largo plazo, para llevar a la práctica con éxito medidas de simplificación y garantizar una eficaz coordinación entre las administraciones públicas. A este fin, la Comisión recomienda que los Estados miembros y los poderes públicos a todos los niveles elaboren, en consulta con la comunidad empresarial, una política de simplificación, que se comprometen decididamente a aplicar y que comprenderá:

a) la creación de un departamento o unidad específica al nivel necesario para coordinar la política y medidas de simplificación;

b) la información y formación apropiadas de los funcionarios para desarrollar una actitud de servicio hacia las empresas, mejorando de esa forma la relación entre las administraciones públicas y las empresas».

(12) De acuerdo con el artículo 3.2 (*Entorno reglamentario*):

«2. Los Estados miembros deberán tomar en consideración la posibilidad de introducir un procedimiento de evaluación sistemático, para valorar los efectos de las propuestas de reglamentación sobre las empresas, a fin de garantizar un equilibrio apropiado entre los objetivos y los medios y una comprensión adecuada de los costes de adaptación y de las cargas administrativas».

de la Comisión al Consejo y al Parlamento, de 28 de febrero de 2000 (13), concluye que la legislación nacional en materia de empresa supera ampliamente la comunitaria, por lo que la importancia de simplificar las normas nacionales es capital para el plan de acción BEST. Este plan fue establecido por el «Grupo operativo para la simplificación del entorno empresarial», cuyo informe y recomendaciones son contestados en la Comunicación, de 30 de septiembre de 1998, de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social, y al Comité de las Regiones, «Promoción del espíritu empresarial y de la competitividad» (14).

Las estrategias de la Comisión Europea posteriores a estas fechas se dirigen en firme a la simplificación de los sistemas normativos de los Estados miembros, a través de la reducción de la carga administrativa, enlazando con las estrategias de mejora de la regulación de alcance claramente internacional.

Ya en 1995 la OCDE señaló la necesidad de abordar la reducción de barreras normativas y, con ello, la mejora de la regulación normativa, con el fin de incentivar el desarrollo económico (15). De acuerdo con las recomendaciones de esta organización internacional (16), una regulación normativa de calidad debe cumplir con los parámetros siguientes: a) servir a objetivos políticos claramente identificados y ser efectiva para conseguirlos; b) tener una base empírica y legal; c) producir beneficios que justifiquen los costes, considerando los efectos distributivos en la sociedad, y tener en cuenta los efectos económicos, ambientales y sociales; d) minimizar los costes y las distorsiones del mercado; e) promover la innovación, a través de incentivos de mercado y enfoques basados en objetivos; f) ser clara, simple y práctica para sus destinatarios; g) ser coherente con otras regulaciones y políticas; h) ser compatible, lo máximo posible, con la competencia, el comercio y facilitar la

---

(13) COM (2000) 104 final. A partir de 1996, en aplicación del «proyecto piloto», se analizan catorce sectores para simplificar la legislación comunitaria, en un esfuerzo importante para mejorar la calidad legislativa y reducir la carga que la legislación representa. Los resultados son sujetos a examen para apreciar la eficacia de SLIM como instrumento de simplificación legislativa y recomendar medidas de mejora de su eficacia.

(14) COM (1998) 550 final. La acción BEST se constituye bajo forma de grupo de empresarios, administraciones públicas y expertos universitarios, encargados de examinar las disposiciones jurídicas y administrativas vigentes y las nuevas a elaborar para mejorar la calidad de la legislación comunitaria y reducir la carga administrativa impuesta a las empresas europeas, en especial a las pequeñas y medianas empresas.

(15) Sobre ello, BETANCOR (2009: pp. 27 y ss.).

(16) *Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle, 1995; OECD Report on Regulatory Reform 1997; y, OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance, 2005.* Más información en: [http://www.oecd.org/topic/0,3373,en\\_2649\\_37421\\_1\\_1\\_1\\_1\\_37421,00.html](http://www.oecd.org/topic/0,3373,en_2649_37421_1_1_1_1_37421,00.html)

inversión nacional e internacional. A estos principios y parámetros se suma el principio de simplificación administrativa.

La Comisión Europea, comprometida en los últimos tiempos con la mejora del entorno normativo de las empresas, juega un papel primordial en esta política a partir, fundamentalmente, del conocido «Informe Mandelkern» del 2001 (17) y de la Estrategia de Lisboa, invitando a los Estados miembros, junto con sus propias instituciones reguladoras, a considerarla en sus agendas y a ponerla en práctica. La política pública de la mejora regulatoria tiene como principal objetivo reducir los impactos negativos de las normas en las empresas, esto es, reducir los costes empresariales que suponen determinadas reglamentaciones.

En concreto, la política de la Comisión Europea para la mejora normativa o *Better Regulation* se construye a partir de la aprobación, en el año 2002, del Plan de acción «Simplificar y mejorar el marco regulador» (18) y la puesta en marcha de una Estrategia global para incrementar la calidad del proceso legislativo en las instituciones europeas, mediante el programa «Legislar mejor» (19). Esta estrategia y programa han sido objeto de evaluación tres veces, en los años 2006, 2008 y 2009 (20), acentuándose la importancia de la mejora de la calidad normativa para garantizar un mercado justo y competitivo y, asimismo, el bienestar de los ciudadanos, la protección de la salud y del medio ambiente.

En este contexto y en el marco de la Estrategia Renovada de Lisboa, la Comisión pone en marcha en el año 2007 el Programa de Acción para la Reducción de las Cargas Administrativas en la Unión Europea (21), con el

---

(17) Informe sobre la mejora de la regulación, encargado por la Comisión Europea el año 2000 a partir del Consejo Europeo de Lisboa y la llamada «Estrategia de Lisboa» para la mejora de la competitividad de las empresas. Los principios que recoge el informe son, respecto de la norma, los siguientes: necesidad, proporcionalidad, coherencia, transparencia, accesibilidad y simplicidad.

(18) Comunicación de la Comisión: Plan de acción «Simplificar y mejorar el marco regulador», COM (2002) 278 final.

(19) Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: «Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea», COM (2005) 97 final.

(20) Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Análisis estratégico del programa «Legislar mejor» en la Unión Europea, COM (2006) 689 final; Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Segundo análisis estratégico del programa «Legislar mejor» en la Unión Europea, COM (2008) 32 final; Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Tercer examen estratégico del programa «Legislar mejor» en la Unión Europea, COM (2009) 15 final.

(21) Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM (2007) 23 final. Puede consultarse, también, el Programa de Acción para la Reducción de las Cargas Administrativas en la Unión Europea: Planes de Reducción sectoriales y acciones en 2009, COM (2009) 544.



objetivo global de reducción del 25% de las cargas administrativas innecesarias, a más tardar en 2012. Este es el objetivo común que deberán alcanzar conjuntamente la Unión Europea y los Estados miembros, los cuales se ven obligados a reducir de manera progresiva el volumen de cargas administrativas que sus respectivas normas imponen a las empresas (22). Se trata de identificar, medir y reducir las obligaciones de información obsoletas, redundantes o reiterativas, cuyo cumplimiento genera cargas administrativas innecesarias para las empresas, y que se situaban en el 2007 en torno al 3.5% del PIB de la Unión Europea (23).

En paralelo al programa de reducción de cargas administrativas, la Comisión, en su afán de revisar y mejorar la legislación vigente, elabora en el año 2005 la Estrategia de simplificación del marco regulador (24), con un ambicioso programa de actualización, modernización y simplificación del marco legislativo de la Unión Europea. En realidad, las tres estrategias y los respectivos programas están estrechamente relacionados: así, el tercer informe de evolución sobre la Estrategia de simplificación de 2009 (25) complementa el tercer análisis estratégico del Programa «Legislar mejor» y el documento de trabajo de la Comisión sobre la reducción de cargas administrativas.

Estas estrategias europeas para la mejora de la regulación normativa se establecen al mismo tiempo que se elabora y aprueba la Directiva de Servicios. Es incuestionable, pues, que la Directiva forma parte de la implementación de las políticas europeas tendentes a facilitar el crecimiento económico, mediante cambios sustanciales en la regulación normativa que incide de manera particu-

---

(22) El Plan de Acción aclara en la parte introductoria que «no es una iniciativa de desregulación. [...] Se trata más bien de un notable empeño con el que se pretende racionalizar y aligerar la forma en que se aplican los objetivos políticos —un indicador importante de la calidad de la reglamentación a todos los niveles—. Las cargas administrativas innecesarias y desproporcionadas pueden tener un impacto económico real. Además, son percibidas como una molestia y una pérdida de tiempo para las empresas y a menudo son señaladas como aspecto prioritario de las iniciativas de simplificación. La Comisión está decidida a contribuir a la supresión de estas cargas innecesarias a todos los niveles y destaca que esta responsabilidad incumbe conjuntamente a los Estados miembros y a las instituciones europeas» (pág. 2 de la Comunicación de la Comisión).

(23) Se establecen como ámbitos prioritarios en relación con la legislación comunitaria que debe abordarse los siguientes: derecho de sociedades; legislación farmacéutica; entorno de trabajo/ relaciones laborales; legislación fiscal (IVA); estadísticas; agricultura y subsidios agrícolas; seguridad alimentaria; transporte; pesca; servicios financieros; medio ambiente; política de cohesión y contratación pública.

(24) Aplicación del Programa comunitario sobre la Estrategia de Lisboa: Una estrategia para la simplificación del marco regulador, COM (2005) 535.

(25) Documento de trabajo de la Comisión: Tercer informe de evolución sobre la estrategia para la simplificación del marco regulador, COM (2009) 17 final.

lar en las pequeñas y medianas empresas. Como señala FORTES MARTÍN (2009: p. 160) la idea que la Comisión y el Consejo habían esgrimido con anterioridad en relación con la simplificación administrativa de trámites y procedimientos es ahora retomada por la Directiva de Servicios «con mayor amplitud de miras», «como una finalidad ineludible» si se quiere realmente garantizar en el mercado interior de servicios.

En esta línea de acciones internacionales se inscribe la Directiva, cuya transposición no sólo garantiza la libertad de prestación y de establecimiento de servicios. Tiene además como resultados la armonización del entorno de estas actividades en los distintos Estados miembros y la consecución de un marco jurídico de calidad, a través de las reformas legales y reglamentarias que sean necesarias.

Ahora bien. No cabe duda de que los objetivos y medios de simplificación administrativa que fija la Directiva y los resultados a los que se orientan, habrán de cumplirse y conseguirse por los Estados miembros también en sectores económicos distintos a los servicios si de lo que se trata es de la mejora de la competitividad de las pequeñas y medianas empresas en el mercado único europeo.

### **III. OBJETIVOS Y MEDIOS DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA DIRECTIVA DE SERVICIOS. SU INCORPORACIÓN A LA LEGISLACIÓN BÁSICA**

#### **1. Objetivos de simplificación administrativa. De la eliminación de procedimientos a la reducción de trámites administrativos**

La Directiva afirma de manera reiterada en su extensa exposición de motivos que una de las principales dificultades a las que se enfrentan las pequeñas y medianas empresas 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 y procede en consecuencia, establecer principios de simplificación administrativa.

Los objetivos de esta acción calificada «de modernización» por la Directiva son, por una parte, garantizar los requisitos de transparencia y actualización de los datos relativos a los operadores, y, por otra «eliminar los retrasos, costes y efectos disuasorios que ocasionan, por ejemplo, trámites innecesarios o excesivamente complejos y costosos, la duplicación de operaciones, las formalidades burocráticas en la presentación de documentos» (considerando 43); en otras palabras, suprimir o reducir cargas administrativas a los operadores de servicios.

Con todo, añade que el objetivo es así mismo eliminar «el poder arbitrario de las autoridades competentes, plazos indeterminados o excesivamente largos, autorizaciones concedidas con un periodo de vigencia limitado o gastos o sanciones desproporcionadas», pues «este tipo de prácticas tienen efectos disuasorios especialmente importantes para los prestadores que deseen desarrollar sus actividades en otros Estados miembros y requieren una modernización coordinada en un mercado interior ampliado a veinticinco Estados miembros» (considerando 43).

Ahora bien, más que principios la norma comunitaria fija mandatos específicos de simplificación administrativa y determina los medios concretos a través de los cuales alcanzar los resultados de la simplificación, entre ellos, la eliminación de obstáculos jurídicos al mercado interior de servicios, y, en especial, la supresión de regímenes y procedimientos de autorización. Sólo en aquellos supuestos en los cuales dichos regímenes estén justificados por alguna razón imperiosa de interés general han de ser aplicados los distintos medios de simplificación a los procedimientos y trámites administrativos correspondientes.

Más en concreto, en aquellos casos en los cuales el ordenamiento jurídico de un Estado miembro establezca como requisito de acceso y/o prestación algún tipo de régimen de autorización, en su sentido más amplio, regido en todo caso por los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, los medios de simplificación a seguir son: la simplificación de los procedimientos y trámites administrativos (artículo 5); el establecimiento de la ventanilla única (artículo 6); el derecho de información y asesoramiento (artículo 7); y la aplicación de procedimientos por vía electrónica (artículo 8).

Los artículos 5 a 8 de la Directiva se aplican a todos los procedimientos y trámites necesarios para el acceso y el ejercicio de una actividad de servicios incluida en el ámbito de aplicación de la norma comunitaria, independientemente de que tengan un origen central, autonómico o local, sin establecerse ninguna distinción entre prestadores nacionales y extranjeros (26).

---

(26) Aclara en este sentido la Comisión en el *Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios*, 2007, p. 21, que se aplican del mismo modo a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro y a los establecidos (o que deseen establecerse) en el territorio de su propio Estado miembro. Estos artículos se aplican, además, a todos los procedimientos, independientemente de que el prestador de servicios deba cumplirlos para establecerse en un Estado miembro o para acceder a su prestación transfronteriza (en la medida en que los procedimientos y trámites se apliquen a los prestadores establecidos en otros Estados miembros que presten sus servicios de manera transfronteriza).

## 2. Simplificación administrativa a través de la supresión de regímenes de autorización. La eliminación de obstáculos jurídicos

La más drástica medida de simplificación administrativa es la eliminación completa de un régimen de intervención pública. En lo que al acceso de una actividad económica de servicios se refiere, la supresión del procedimiento de autorización previa supone la eliminación de la mayor restricción a las libertades de establecimiento de los prestadores de servicios (artículo 9) y de circulación de servicios (artículo 16) (27).

Según la acepción amplia del término «autorización» que utiliza la Directiva, el obstáculo jurídico puede referirse a cualquier procedimiento mediante el cual se concedan «autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones, pero también la obligación, para poder ejercer una actividad, de estar inscrito en un colegio profesional o en un registro, en una lista oficial o en una base de datos, de estar concertado con un organismo o de obtener un carné profesional» (considerando 38). Incluso la eliminación del régimen de autorización alcanza a las decisiones implícitas derivadas del «silencio administrativo de la autoridad competente o del hecho de que el interesado debe esperar el acuse de recibo de una declaración para iniciar la actividad en cuestión o para ejercerla legalmente» (considerando 38).

En estos términos de máxima simplificación se impone pues la transposición de la Directiva que sólo admite regímenes de autorización cuando concurren razones imperiosas de interés general que los justifiquen, en cuyo caso han de ser no discriminatorios y proporcionados, en el sentido de que el objetivo perseguido no pueda conseguirse mediante una medida menos restrictiva, porque un control *a posteriori* podría resultar ineficaz (artículo 9). Dichos regímenes de autorización, además, han de «basarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que dicha facultad no se ejerza de forma arbitraria» (artículo 10) (28).

Sin embargo, la eliminación de obstáculos jurídicos que impone la Directiva se establece de forma escalonada y requiere en todo caso un proceso riguroso de evaluación de tres aspectos esenciales: primero, de la necesidad, proporcionalidad y no discriminación del régimen de autorización; segundo, de la complejidad del procedimiento administrativo a seguir para el otorgamiento de la autorización de acceso y de los sucesivos controles administrativos a lo

---

(27) MUÑOZ MACHADO (2009: p. 1). En palabras de TORNOS MAS (2000: p. 70), «la simplificación alcanza uno de sus máximos exponentes cuando se suprime la intervención administrativa».

(28) Véanse los criterios y condiciones de la concesión de la autorización en los distintos apartados del artículo 10, así como los artículos 11 a 13.

largo de tiempo de ejercicio de la actividad económica autorizada; y, tercero y último, de la forma de acreditar los requisitos establecidos normativamente.

Sólo si de la evaluación del primer aspecto resulta que el régimen de autorización no es contrario a tales principios y se encuentra justificado por una razón imperiosa de interés general, los dos aspectos restantes habrán de ser evaluados desde la óptica de la simplificación administrativa regulada en el capítulo II de la Directiva.

En este sentido, el artículo 5 (*Regímenes de autorización*) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, establece, en relación con la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios, que:

«1. La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurran las siguientes condiciones, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen:

- a) No discriminación: que el régimen de autorización no resulte discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o de que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente o, por lo que se refiere a sociedades, por razón del lugar de ubicación del domicilio social;
- b) Necesidad: que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general, y
- c) Proporcionalidad: que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existan otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el resultado, en particular cuando un control a posteriori se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz. Así, en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se ajustarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad».

Sólo una vez llevada a cabo la valoración de la concurrencia de dichas condiciones legales procede la aplicación de los medios de la simplificación de los procedimientos y trámites administrativos, y la consiguiente reducción de cargas administrativas que genera la formalización documental de los requisitos reglamentarios, en el marco de cualquier régimen de autorización.

### 3. La simplificación de trámites administrativos. La reducción de obstáculos jurídicos o la simplificación administrativa propiamente dicha

Se afirma en la Directiva que «con el fin de facilitar el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio en el mercado interior, procede establecer un objetivo común a todos los Estados miembros, de simplificación administrativa y establecer disposiciones relativas, en concreto, al derecho de información, los procedimientos por vía electrónica y la creación de un marco para los regímenes de autorización. A nivel nacional se pueden adoptar otras medidas para cumplir este objetivo, consistentes en reducir el número de procedimientos y trámites aplicables a las actividades de servicios y en asegurarse que dichos procedimientos y trámites son indispensables para conseguir un objetivo de interés general y de que no existen solapamientos entre ellos, tanto por el contenido como por la finalidad» (considerando 46).

Los conceptos de «procedimiento» y «trámite» que utiliza la norma europea comprenden toda medida administrativa que los prestadores de servicios estén obligados a adoptar, como la remisión de documentos, la presentación de declaraciones o el registro ante autoridades competentes. Abarca no sólo los procedimientos y trámites que constituyen una condición previa al ejercicio de una actividad de servicios, sino también los exigidos en una fase posterior, durante ese ejercicio o incluso tras su culminación (29).

En concreto, en el Capítulo II, relativo a la «*Simplificación administrativa*», la Directiva contiene un mandato genérico a los Estados miembros. Establece en el apartado 1 del artículo 5 (*Simplificación de procedimientos*) que «Los Estados miembros verificarán los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una actividad de servicios y su ejercicio. Cuando los procedimientos y formalidades estudiados de conformidad con este apartado no sean suficientemente simples, los Estados miembros los simplificarán».

Para ello, en términos prácticos, «para examinar la necesidad de simplificar procedimientos y trámites, los Estados miembros han de poder, en particular, tener en cuenta su necesidad, número, posible duplicación, costes, claridad y accesibilidad, así como las dificultades prácticas y retrasos que podrían generarse en relación con el prestador de que se trate» (considerando 45).

Ahora bien, como se ha señalado de forma acertada, «el mayor escollo para dar cumplimiento a esta obligación radica en la determinación del concepto jurídico indeterminado *lo suficientemente simples*» (30). Para determinar

(29) *Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios*, 2007, p. 22.

(30) VILLAREJO GALLENDÉ y SALVADOR ARMENDÁRIZ (2008: p. 97) y VILLAREJO GALLENDÉ (2008, p. 56). Por su parte, PADRÓS REIG (2010: p. 9) califica de «algo infantiles» algunas de las formulaciones de la

esa suficiencia, atendiendo a los intereses en juego y a los intereses generales a proteger si concurren, es necesaria en todo caso una tarea de evaluación de cada procedimiento y trámite administrativo que contemplen las disposiciones legales y reglamentarias vigentes de los Estados miembros o que se proyecten en el futuro.

Los términos de la transposición de estas medidas en la legislación básica son prácticamente idénticos. Según el artículo 17.1 (*Simplificación administrativa*) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre: «Las Administraciones públicas revisarán los procedimientos administrativos y trámites aplicables al establecimiento y prestación de servicios con el objeto de su simplificación». Y, en concreto, de acuerdo con el artículo 6 (*Procedimientos de autorización*) de la misma Ley:

«Los procedimientos y trámites para la obtención de las autorizaciones a que se refiere esta Ley deberán tener carácter reglado, ser claros e inequívocos, objetivos e imparciales, transparentes, proporcionados al objetivo de interés general y darse a conocer con antelación. En todo caso, deberán respetar las disposiciones recogidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como garantizar la aplicación general del silencio administrativo positivo y que los supuestos de silencio administrativo negativo constituyan excepciones previstas en una norma con rango de ley justificadas por razones imperiosas de interés general».

Se trata, pues, de establecer, y, por tanto, de regular de manera más simple, los procedimientos y trámites, una vez hayan sido verificados o, mejor dicho, identificados y valorados desde el prisma de la simplificación, para que sean accesibles desde las ventanillas únicas que han de centralizar y distribuir, principalmente a distancia y por medios electrónicos, la información relativa a esos trámites y procedimientos.

#### **4. Medios concretos de simplificación administrativa: armonización documental, ventanilla única y uso de medios electrónicos**

##### **A) Resoluciones administrativas con efectos transfronterizos y armonización de documentos administrativos para la acreditación del cumplimiento de requisitos normativos**

La Directiva, con el fin de garantizar la simplificación —o, hasta cierto punto, la simplicidad— de los trámites administrativos que imponen las nor-

---

Directiva, en concreto, la dicción del artículo 5.1: «no hay ningún elemento definitorio de lo que sea un procedimiento «suficientemente simple» ni de lo que deba suponer la simplificación administrativa, más allá de una acepción vulgar de la misma».

mas nacionales a los operadores de servicios, insta a los Estados miembros a «introducir, cuando proceda, formularios armonizados a escala comunitaria, establecidos por la Comisión, que puedan utilizarse como equivalentes a los certificados, justificantes o cualquier otra clase de documentos en relación con el establecimiento» (considerando 44). Para ello, «la Comisión podrá, de conformidad con el procedimiento mencionado en el artículo 40, apartado 2, establecer formularios armonizados a escala comunitaria referentes a certificados, acreditaciones u otros documentos requeridos para el establecimiento de un prestador» (artículo 5.2).

Esta tarea se antoja ciertamente compleja dada la diversidad de las actividades de servicios sujetas a la Directiva y, por ello, de los trámites administrativos a ellas vinculados. En realidad, los formularios armonizados habrán de adoptarse para determinados certificados cuando las divergencias entre los documentos nacionales diseñados para fines similares dificulten a las autoridades competentes la determinación de su contenido o significado y los prestadores de servicios hayan de cumplimentar un elevado número de formularios diferentes. En cualquier caso, la decisión de adoptar formularios armonizados es una decisión que sólo podrá adoptarse en una etapa posterior a la incorporación interna de las disposiciones de la Directiva y a partir de la experiencia adquirida en aplicación de las mismas (31).

Junto a la armonización de documentos administrativos, la Directiva impone el reconocimiento de efectos transfronterizos de los documentos y resoluciones administrativas. De acuerdo con el artículo 5.3:

«Cuando los Estados miembros soliciten a un prestador o a un destinatario que presente un certificado, justificante o cualquier otro documento que demuestre el cumplimiento de un requisito, aceptarán cualquier documento de otro Estado miembro que tenga una función equivalente o del que se desprenda que el requisito en cuestión está cumplido. En el caso de documentos de otro Estado miembro, no obligarán a presentar el original, una copia compulsada o una traducción compulsada, salvo en los casos previstos en otros instrumentos comunitarios o salvo excepción justificada por una razón imperiosa de interés general, incluido el orden público y la seguridad».

El párrafo primero no afectará al derecho de los Estados miembros a exigir traducciones no juradas de documentos en sus propias lenguas oficiales».

Lo dispuesto en este precepto y apartado no se aplica, sin embargo, a ciertos documentos previstos en la Directiva sobre cualificaciones profesionales,

---

(31) En este sentido se recoge en el *Manual sobre transposición de la Directiva de Servicios*, p. 23.



la Directiva sobre contratos públicos, la Directiva sobre establecimiento de abogados y algunas Directivas sobre Derecho de Sociedades (32).

Este medio de simplificación administrativa se ha recogido en la legislación básica de forma prácticamente idéntica a lo establecido en la norma comunitaria.

Dispone el artículo 17.2 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que «a los efectos de acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio, las autoridades competentes aceptarán los documentos procedentes de otro Estado miembro de los que se desprenda que se cumplen tales requisitos». El mismo artículo 17, en su apartado 3, establece además un claro mandato dirigido en este caso a los tramitadores e instructores de procedimientos administrativos: «En el caso de documentos emitidos por una autoridad competente ya sea en España o en otro Estado miembro, no se exigirá la presentación de documentos originales o copias compulsadas ni traducciones juradas, salvo en los casos previstos por la normativa comunitaria, o justificados por motivos de orden público y de seguridad pública. No obstante, la autoridad competente podrá recabar de otra autoridad competente la confirmación de la autenticidad del documento aportado».

Nos situamos, en este caso, ante una simplificación administrativa de carácter documental, de reducción de la carga documental que imponen los trámites en el marco de un régimen de intervención pública, pero también de ante un nuevo supuesto de reconocimiento mutuo que otorga validez y eficacia transfronteriza a los certificados, documentos y resoluciones administrativas internas. Señala FORTES MARTÍ (2009: p. 161) que «de este modo y en aras, por tanto de la simplificación administrativa propiamente dicha, la Directiva de Servicios mantiene una cierta preocupación por hacer efectivo el principio de reciprocidad y cooperación administrativa entre los Estados miembros. Por ello, el art. 5.3. de la Directiva proclama el efecto transfronterizo de documentos, certificados y otro tipo de justificantes».

---

(32) Más en concreto, según el artículo 5, apartado 4:

«El apartado 3 no se aplicará a los documentos contemplados en el artículo 7, apartado 2, y el artículo 50 de la Directiva 2005/36/CE; en el artículo 45, apartado 3, y los artículos 46, 49 y 50 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios; en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título; en la Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, y en la Undécima Directiva 89/666/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas por un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado».

Con la aplicación de este medio de supresión de cargas documentales se plantean acto seguido las cuestiones relativas a la certeza respecto del contenido y a los efectos jurídicos de los documentos expedidos por otros Estados miembros y que ostentan esa cualidad específica consistente en «desprender» una presunción del cumplimiento de unos requisitos establecidos, a su vez, por normas aprobadas por otro Estado miembro. Si bien ese reconocimiento en algunos sectores puede ser fácil (sector industrial o medioambiental, en los cuales las experiencias de reconocimiento mutuo europeo se encuentran ya consolidadas), en otros se imagina ciertamente difícil. La indeterminación de estos extremos afecta a la seguridad jurídica de los operadores y destinatarios de los servicios, cuando no a la seguridad jurídica de terceros afectados, póngase por caso, por un concreto establecimiento de servicios.

Como se ha dicho, en este caso el objetivo de simplificación administrativa no está en manos sólo de los reguladores nacionales. Los aplicadores de la norma, esto es, los funcionarios y personal al servicio de las administraciones públicas que tramitan procedimientos, son asimismo destinatarios de estas prescripciones. Luego, cabe preguntarse si no se les está exigiendo un excesivo conocimiento para discernir las equivalencias entre documentos certificadores de requisitos exigidos en otros Estados miembros (33).

Si bien es cierto que los mecanismos de cooperación interadministrativa —entre autoridades de los distintos Estados miembros— y de asistencia recíproca que la Directiva establece (artículos 28 y ss.) han de servir justamente para evitar problemas de aplicación práctica de esta medida (34), también lo es que en nuestro ordenamiento jurídico existen reglas relativas a la tramitación de los procedimientos administrativos que quizá desencajen con estos medios de simplificación.

Puede traerse a colación, por ejemplo, el artículo 76 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC, en lo sucesivo), relativo al cumplimiento de los trámites, en cuyo apartado 3 se establece que «cuando en cualquier momento se considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, la Administración lo pondrá en conocimiento

---

(33) Se aclara en el *Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios* que el artículo 5.3 «obliga a las Administraciones nacionales a hacer un esfuerzo para evaluar el fondo, no sólo la forma, de los documentos expedidos por otros Estados miembros» (p. 23).

(34) Según el citado *Manual*, «cabe señalar que la mera duda sobre la autenticidad de un documento dado, o sobre su contenido exacto, pueden resolverse mediante los contactos apropiados con las autoridades competentes (en particular, con la autoridad que haya expedido el documento en cuestión), en especial a través de la cooperación interadministrativa. Este ejercicio no debe resultar particularmente gravoso, puesto que el sistema de información del mercado interior (IMI) permitirá la descarga fácil de los documentos y su verificación a distancia» (pp. 22 y 23).

de su autor, concediéndole un plazo de diez días para cumplimentarlo». Y, también, el artículo 78.1 de la misma LRJPAC, en el que se determina que «los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución, se analizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos». Finalmente, la cuestión de la incidencia de estos medios de simplificación administrativa en el régimen de responsabilidad del personal funcionario no ha de ser tampoco obviada.

Por otra parte, habrá que valorar la necesidad de recoger estos medios de simplificación administrativa en la normativa sectorial, norma a norma, a modo de recordatorio de las determinaciones de la Directiva y de la legislación básica, en aras a evitar malas prácticas en el actuar administrativo y, principalmente, en garantía de los derechos e intereses de terceros que pueden verse afectados por los resultados de la aplicación de este medio simplificador.

Llegados a este punto, una crítica general a la transposición al ordenamiento jurídico español de estas disposiciones de la Directiva, orientadas a la consecución del objetivo común de simplificación administrativa, podría ser que el excesivo empeño en la reducción de los obstáculos jurídicos al acceso a la prestación de servicios más que en los trámites y cargas documentales que los regímenes de autorización no eliminados imponen al desarrollo de la actividad. Crítica mayor cuando los trámites administrativos relativos al ejercicio de la actividad a lo largo de la vida de una pequeña y mediana empresa generan importantes costes administrativos que han de ser asimismo eliminados cuando no se encuentren debidamente justificados.

## **B) La ventanilla única como interlocutor institucional único**

La Directiva sostiene que a los efectos de una mayor simplificación de los procedimientos administrativos conviene garantizar que todo prestador de servicios disponga de un interlocutor único —o ventanilla única— al que dirigirse para realizar los procedimientos y trámites preceptivos. La finalidad primordial de las ventanillas únicas es ayudar al prestador de servicios, «ya sea como autoridad directamente competente para expedir los documentos necesarios para acceder a una actividad de servicios, ya sea como intermediario entre el prestador y dichas autoridades directamente competentes» (considerando 48).

Antecedentes claros de las ventanillas únicas que establece la Directiva, y en el ámbito de la simplificación de las formalidades para la creación de empresas, son los llamados «puntos de contacto únicos», recogidos por primera vez en la ya mencionada Recomendación 97/344/CE, de la Comisión,

de 22 de abril de 1997, sobre la mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas (35). No obstante, la obligación de la Directiva es más amplia dado que comprende todo tipo de empresas y procedimientos relacionados con el establecimiento y prestación de servicios (36).

En este caso, la obligación de resultado que impone la Directiva a los Estados miembros consiste en garantizar que los prestadores de servicios puedan llevar a cabo los siguientes procedimientos y trámites a través de ventanillas únicas (artículo 6):

a) todos los procedimientos y trámites necesarios para acceder a sus actividades de servicios, en especial las declaraciones, notificaciones o solicitudes necesarias para la autorización por parte de las autoridades competentes, incluidas las solicitudes de inscripción en registros, listas oficiales, bases de datos o colegios o asociaciones profesionales.

b) las solicitudes de autorización necesarias para el ejercicio de sus actividades de servicios.

La creación de las ventanillas únicas o interlocutores únicos institucionales no ha de suponer en ningún caso una interferencia en el reparto de funciones o competencias entre las autoridades competentes dentro de los Estados miembros, dado que «el número de ventanillas únicas por Estado miembro puede variar según las competencias regionales o locales o según las actividades de que se trate. En efecto, la creación de ventanillas únicas no interfiere en el reparto de competencias entre autoridades competentes dentro de cada sistema nacional. Cuando varias autoridades tienen competencia a nivel regional o local, una de ellas puede hacerse cargo del papel de ventanilla única y de coordinador de las demás» (artículo 6.2).

Pese a esta aclaración de la Directiva, lo cierto es que el establecimiento y aplicación práctica de la ventanilla única en un Estado descentralizado como el nuestro no están faltos de complejidad y, por consiguiente, de dificultades, las cuales se acrecientan por la creación de puntos comunes de interlocución por parte de cámaras de comercio y colegios profesionales. De acuerdo con el artículo 18 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre:

«1. Los prestadores de servicios podrán acceder, electrónicamente y a distancia, a través de la ventanilla única, tanto a la información sobre los procedimientos

---

(35) De acuerdo con el considerando 12, «el “punto de comunicación único” para las empresas en fase de arranque puede desempeñar un papel aún más importante si se convierte en intermediario para todas las formalidades que deben cumplirse durante la existencia de las empresas».

(36) Señala el *Manual de transposición de la Directiva de Servicios* que los Estados miembros no tienen que establecer dos redes separadas de ventanillas únicas y que pueden servirse de las iniciativas existentes para cumplir la obligación legal contenida en la Directiva.

necesarios para el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio, como a la realización de los trámites preceptivos para ello, incluyendo las declaraciones, notificaciones o solicitudes necesarias para obtener una autorización, así como las solicitudes de inscripción en registros, listas oficiales, asociaciones, colegios profesionales y consejos generales y autonómicos de colegios profesionales.

2. Las Administraciones Públicas garantizarán que los prestadores de servicios puedan, a través de la ventanilla única:

a) Obtener toda la información y formularios necesarios para el acceso a su actividad y su ejercicio.

b) Presentar toda la documentación y solicitudes necesarias.

c) Conocer el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesado y recibir la correspondiente notificación de los actos de trámite preceptivos y la resolución de los mismos por el órgano administrativo competente.

3. Asimismo, las Administraciones Públicas adoptarán las medidas necesarias e incorporarán en sus respectivos ámbitos las tecnologías precisas para garantizar la interoperabilidad de los distintos sistemas».

También para los usuarios de los servicios la ventanilla única habrá de convertirse en el interlocutor o punto de información básico sobre los servicios y los prestadores, garantía de la calidad de los servicios que asimismo impone la Directiva (artículo 22).

### **C) Tramitación electrónica y a distancia. El uso de medios electrónicos en los procedimientos y trámites administrativos**

Si bien las determinaciones de la Directiva relativas al uso de medios electrónicos por las instancias administrativas en sus relaciones con los operadores de servicios es objeto de atención en otro estudio este monográfico, es obligado por mi parte hacer alguna mención al recurso a los medios electrónicos como mecanismo de simplificación administrativa, pues como tal se contempla por la norma comunitaria.

Es indiscutible que los objetivos de simplificación administrativa se cumplen también a través de la adaptación de la actuación administrativa a los medios electrónicos (37). Sin embargo, el uso de las nuevas tecnologías lleva ya algunos años afectando los aspectos formales de la actuación de las administraciones públicas, principalmente el procedimiento administrativo y los trámites que lo componen, por lo que las remisiones de la Directiva a este mecanismo

---

(37) Según TORNOS MAS (2000: p. 40), «las nuevas tecnologías de la información y comunicación ponen de manifiesto las nuevas oportunidades que se ofrecen a las Administraciones para mejorar sus relaciones con los ciudadanos y simplificar procedimientos de actuación».

para simplificar el actuar administrativo no han de ser consideradas, en rigor, como novedosas.

La simplificación administrativa por vía de medios electrónicos se impone en nuestro ordenamiento, a partir de la LRJPAC y, fundamentalmente, como principio de reconocimiento legal, a partir de la aprobación de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios públicos, que supone la primera transposición, aunque parcial, de la Directiva a nuestro ordenamiento jurídico (38).

Por una parte, la Ley 11/2007, de 22 de junio, reconoce como principio general al que ha de ajustarse la utilización de las tecnologías de la información el principio general de simplificación administrativa, «por el que se reduzcan de manera sustancial los tiempos y plazos de los procedimientos administrativos, logrando una mayor eficacia y eficiencia en la actividad administrativa» (artículo 4. i).

Por otra parte, entre las finalidades de la misma Ley se hallan «facilitar el acceso por medios electrónicos de los ciudadanos a la información y al procedimiento administrativo, con especial atención a la eliminación de las barreras que limiten dicho acceso» (artículo 3.2.), y, «simplificar los procedimientos administrativos y proporcionar oportunidades de participación y mayor transparencia, con las debidas garantías legales» (artículo 3.3).

En concreto, la Directiva ordena a los Estados miembros hacer «lo necesario para que todos los procedimientos y trámites relativos al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio se puedan realizar fácilmente a distancia y por vía electrónica, a través de la ventanilla única de que se trate y ante las autoridades competentes» (artículo 8.1) (39). Para ello, la Comisión debe adoptar normas de desarrollo para la aplicación, con el fin de facilitar la interoperabilidad de los sistemas de información y la utilización de los procedimientos electrónicos entre los Estados miembros, teniendo en cuenta las normas comunes desarrolladas a escala comunitaria (artículo 8.3).

---

(38) Se lee en el apartado IV del preámbulo de la Ley 11/2007, de 22 de junio, que «Esta Directiva establece, entre otras obligaciones para los Estados miembros, la de facilitar por medios electrónicos acceso a los trámites relacionados con las actividades de servicios y a la información de interés tanto para los prestadores de servicios como para los destinatarios de los mismos. / Por ello, y dada la analogía de esta finalidad con el objeto de la Ley, se realiza en la misma una referencia expresa a la información y trámites relacionados con las actividades de servicios, de forma que los artículos 6, 7 y 8 de la Directiva pueden considerarse traspuestos por esta Ley».

(39) «2. El apartado 1 no se aplicará a las inspecciones del lugar en que se presta el servicio o del equipo utilizado por el prestador ni al examen físico de la capacidad o de la integridad personal del prestador o del prestador responsable».

Estas previsiones son trasladadas a la legislación básica en el artículo 17 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, cuyo apartado 4 ordena que: «Todos los procedimientos y trámites que supeditan el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio se podrán realizar electrónicamente y a distancia salvo que se trate de la inspección del lugar o del equipo que se utiliza en la prestación del servicio».

En suma, la tramitación por medios electrónicos tiene como ventajas evitar el exceso de trámites, reducir la carga documental y el factor tiempo en los procedimientos administrativos (tanto para los interesados como para los órganos administrativos), así como la consiguiente racionalización administrativa (40), pero no es, en sentido estricto, un medio de simplificación administrativa sino más bien un mecanismo cuya aplicación práctica permite obtener esas ventajas.

En ocasiones, el uso de medios electrónicos por las instancias administrativas hace resurgir una relación no siempre amistosa entre la técnica y la norma jurídica, porque pueden darse casos en los cuales la simplificación que permiten los medios electrónicos no casa con la que establecen las normas en vigor.

Por ello, la adaptación de un procedimiento o trámite administrativo a los medios electrónicos ha de establecerse en la norma concreta que regula la intervención administrativa en la actividad de servicios, de acuerdo con el principio de legalidad que garantiza el mantenimiento de la integridad de las garantías jurídicas de los ciudadanos ante las administraciones públicas reconocido en la legislación básica de procedimiento administrativo (artículo 33.d. de la Ley 11/2007, de 22 de junio) (41).

## **D) Derecho de acceso a la información y asesoramiento**

A pesar de que la Directiva reconoce el derecho de acceso a la información en el artículo 7, vinculado directamente al contenido de las ventanillas

---

(40) Sobre ello, *in totum*, CIERCO SEIRA (2009).

(41) Es clara en este sentido la Directiva al establecer en el considerando 52 que: «La creación, en un plazo de tiempo razonablemente corto, de un sistema de procedimientos y trámites efectuados por vía electrónica es fundamental para lograr la simplificación administrativa en materia de actividades de servicios, en beneficio de prestadores, destinatarios y autoridades competentes. La observancia de este tipo de obligación puede requerir la adaptación de las legislaciones nacionales y de otras normas aplicables a los servicios. Esta obligación no debe impedir a los Estados miembros prever otros medios de respetar dichos procedimientos y trámites, además de los medios electrónicos. El hecho de que deba ser posible efectuar a distancia esos mismos procedimientos y trámites requiere, concretamente, que los Estados miembros se aseguren de que se pueden realizar a nivel transfronterizo. Esta obligación de resultado no afecta a los procedimientos o trámites que, por su propia naturaleza, no se pueden realizar a distancia. Además, ello no interfiere con la legislación de los Estados miembros sobre el uso de las lenguas».

únicas (artículo 8), este precepto de la norma comunitaria merece un tratamiento aparte por tratarse de un elemento sustancialmente distinto del resto de medios de simplificación administrativa. Y ello porque nos encontramos ante la configuración legal de un derecho de los prestadores pero también de los destinatarios de los servicios. De acuerdo con su artículo 7.1 de la Directiva:

«1. Los Estados miembros harán lo necesario para que los prestadores y los destinatarios puedan acceder fácilmente a la siguiente información por medio de ventanillas únicas:

a) los requisitos aplicables a los prestadores establecidos en su territorio, en especial los relativos a los procedimientos y trámites necesarios para acceder a las actividades de servicios y ejercerlas;

b) los datos de las autoridades competentes que permitan ponerse directamente en contacto con ellas, incluidas las autoridades competentes en materias relacionadas con el ejercicio de actividades de servicios;

c) los medios y las condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a los prestadores y a los servicios;

d) las vías de recurso generalmente disponibles en caso de litigio entre las autoridades competentes y el prestador o el destinatario, o entre un prestador y un destinatario, o entre prestadores;

e) los datos de las asociaciones u organizaciones distintas de las autoridades competentes a las que los prestadores o destinatarios puedan dirigirse para obtener ayuda práctica».

El derecho de acceso a la información administrativa (42) reconocido por la Directiva es un derecho de información un tanto singular porque solo puede ejercerse a través de las ventanillas únicas establecidas por los Estados miembros sean o no electrónicas. Sin embargo, todo indica que ha de evitarse la implementación de infraestructuras físicas a las que deban acudir presencialmente los prestadores de servicios (43).

El ejercicio del derecho de información se complementa con la obligación, a cargo de las autoridades competentes, de facilitar asistencia a los prestadores y a los consumidores de servicios. De acuerdo con el artículo 7.2 de la Directiva: « Los Estados miembros harán lo necesario para que los prestadores y los destinatarios puedan obtener, cuando así lo soliciten, ayuda de las autoridades competentes, que consistirá en dar información sobre la forma en que se interpretan y aplican generalmente los requisitos contemplados en el apartado 1, letra a). Cuando proceda, dicho asesoramiento incluirá una guía simple y detallada. La información se facilitará de manera clara e inteligible».

---

(42) Sobre el derecho a la información administrativa véase, entre otros, TORNOS MAS y GALÁN GALÁN (2000).

(43) En este sentido el *Manual de transposición de la Directiva de Servicios*, p. 26.



Ahora bien, este deber de asistencia no incluye el asesoramiento de carácter jurídico a los prestadores y destinatarios de servicios. Se refiere tan sólo a dar información general sobre la forma en que suelen interpretarse o aplicarse los requisitos administrativos (artículo 7.6).

Las características que impone la Directiva tanto respecto de la información administrativa que ha de constar en las ventanillas únicas como del asesoramiento son la claridad, la inteligibilidad, la seguridad y la actualización, así como la accesibilidad a distancia y por vía electrónica (artículo 7.3). Es más, los Estados miembros han de asegurar la rapidez en la resolución de toda solicitud de información o ayuda, tramitada a través de la ventanilla única y, ante una solicitud errónea o carente de fundamento, las autoridades competentes han de informar de ello al solicitante lo antes posible (artículo 7.4).

No cabe entender, con todo, que la Directiva otorgue facultades decisorias a los gestores de las ventanillas únicas. Cada uno de los Estados miembros puede determinar libremente que los interlocutores institucionales únicos sólo gestionen la información y los trámites, reservando la capacidad decisoria a las autoridades nacionales competentes en cada caso. Ahora bien, en este supuesto, habrán de articularse los mecanismos necesarios para organizar la comunicación entre las ventanillas y los órganos administrativos competentes para garantizar la rapidez y fiabilidad que exige la Directiva.

Por otra parte, ni la Directiva ni la legislación básica se pronuncian sobre la posibilidad de establecer tarifas por la utilización de las ventanillas únicas y, en especial, por la prestación de asistencia o asesoramiento que tienen encomendada (44).

Por último, la Directiva impone plenos respeto para las lenguas comunitarias en el deber de información a cargo de las autoridades competentes pero, sin duda y más importante si cabe, a favor de los prestadores y destinatarios de servicios en tanto que titulares del derecho a la información administrativa y asesoramiento que configura (45).

Este derecho ha sido incorporado como tal a la legislación básica en el artículo 19 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre:

---

(44) Sobre ello, NEVADO-BATALLA (2009: p. 180), quien afirma que en caso de establecerse tarifas, habrán de ser proporcionales o independientes de cualquier cobro que haya de satisfacerse en relación con el servicio.

(45) De acuerdo con el artículo 7.5 de la Directiva: «Los Estados miembros y la Comisión tomarán medidas complementarias para fomentar que en las ventanillas únicas pueda accederse a la información contemplada en el presente artículo en otras lenguas comunitarias. Esto no interferirá con la legislación de los Estados miembros sobre el uso de las lenguas.

«1. Los prestadores y los destinatarios tienen el derecho a obtener, a través de la ventanilla única y por medios electrónicos, la siguiente información, que deberá ser clara e inequívoca:

a) Los requisitos aplicables a los prestadores establecidos en territorio español, en especial los relativos a los trámites necesarios para acceder a las actividades de servicios y su ejercicio, así como los datos de las autoridades competentes que permitan ponerse en contacto directamente con ellas.

b) Los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a los prestadores y a los servicios.

c) Las vías de reclamación y los recursos que podrán interponerse en caso de litigio entre las autoridades competentes y el prestador o el destinatario, o entre el prestador y un destinatario, o entre prestadores.

d) Los datos de las asociaciones sectoriales de los prestadores de servicios y las organizaciones de consumidores que prestan asistencia a los prestadores y destinatarios de los servicios.

2. Las Administraciones Públicas adoptarán medidas para que en la ventanilla única pueda accederse a la información contemplada en este artículo en castellano, en las lenguas cooficiales del Estado y en alguna otra lengua de trabajo comunitaria.

3. Asimismo, se facilitará que los prestadores y los destinatarios puedan obtener por medios electrónicos y a distancia, en particular a través de las ventanillas únicas de otros Estado miembros, el acceso a:

a) Información general sobre los requisitos aplicables en los demás Estados miembros al acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y en especial, la información relacionada con la protección de los consumidores.

b) Información general sobre las vías de recurso disponibles en caso de litigio entre el prestador y el destinatario en otros Estados miembros.

c) Datos de las asociaciones u organizaciones de otros Estados miembros, incluidos los centros de la Red de centros europeos de consumidores, que pueden ofrecer a los prestadores o destinatarios asistencia práctica.

4. El derecho a la información contenido en este artículo no exige a las autoridades competentes que faciliten asesoramiento jurídico en casos particulares».

Si se examina el contenido de la información que la Directiva de Servicios y la legislación básica de transposición establecen ha de ser accesible desde las ventanillas únicas, puede encontrarse cierto paralelismo con algunos de los derechos de información administrativa que el artículo 35 de la LRJPAC regula a favor de los ciudadanos. Dichos derechos son, en concreto: el derecho a utilizar las lenguas oficiales en el territorio de su Comunidad Autónoma; el derecho a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las administraciones públicas bajo cuya responsabilidad se tramitan los procedimientos; y, el derecho a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes imponen a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar.

Por otra parte, las características de la información administrativa que ha de ser accesible en las ventanillas únicas y, en concreto, la relativa a «los requisitos aplicables a los prestadores establecidos en territorio español, en especial los relativos a los trámites necesarios para acceder a las actividades de servicios y su ejercicio» (artículo 19.1.a.), obligan a llevar a cabo con urgencia una tarea de simplificación normativa junto con la administrativa y, a la vez, apelan a una clara reforma normativa que garantice la claridad de los procedimientos y trámites administrativos a seguir.

No cabe duda de que para facilitar el ejercicio del derecho de acceso a la información administrativa la concreción normativa de los requisitos y de los procedimientos y trámites administrativos ha de ser clara y sencilla, en unos términos que permitan fácilmente su conversión en información disponible vía electrónica en las ventanillas únicas. Y ello porque como afirma bien FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2007: p. 191), la Directiva reclama «la puesta a punto de sistemas de información adecuados que aseguren el conocimiento de las normas aplicables por los operadores económicos, ya que el primero y más importante de todos los obstáculos a la libertad es la ignorancia y la dificultad para salir de ella».

En consecuencia, toda información suministrada debe comunicarse de manera clara e inequívoca y ha de referirse «a procedimientos y trámites, datos de contacto de las autoridades competentes, condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos e información sobre las vías de recurso disponibles y datos de contacto de las asociaciones y organizaciones que pueden proporcionar asistencia técnica a los prestadores o destinatarios. La obligación de las autoridades competentes de asistir a los prestadores o destinatarios no debe incluir la prestación de asesoramiento jurídico en casos individuales. No obstante, debe ofrecer información general sobre la forma en que suelen interpretarse o aplicarse los requisitos. Los Estados miembros deben determinar cuestiones como la responsabilidad en caso de que la información facilitada sea incorrecta o engañosa» (considerando 51).

El régimen de responsabilidad aplicable en caso de daños ocasionados por la información facilitada por medios electrónicos y, en concreto por ventanillas únicas, es, sin duda, uno de los aspectos que habrá de ser objeto de especial atención por la doctrina debido a la configuración legal de este derecho a la información administrativa y asesoramiento, que muy probablemente será ampliado a sectores distintos de la prestación de servicios.

#### **IV. LA INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN LA MEJORA DE LA REGULACIÓN. SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA, REDUCCIÓN DE CARGAS ADMINISTRATIVAS Y EVALUACIÓN DEL IMPACTO NORMATIVO**

##### **1. La llamada a la mejora de la regulación normativa en la Directiva de Servicios**

La Directiva de Servicios o, mejor dicho, el resultado de su transposición a los ordenamientos jurídicos nacionales, ha de comportar la creación de un entorno regulatorio más favorable para el desarrollo de la actividad de prestación de servicios en el ámbito comunitario, a partir de la eliminación y reducción de los obstáculos jurídicos que han venido impidiendo hasta el momento la consecución del mercado interior de servicios. «Este marco se basa en un enfoque dinámico y selectivo, consistente en suprimir de forma prioritaria las barreras que se puedan eliminar rápidamente y, en cuanto a las demás, iniciar un proceso de evaluación, consulta y armonización complementaria de cuestiones específicas para permitir modernizar de forma progresiva y coordinada los sistemas nacionales de regulación de las actividades de servicios» (considerando 7).

Para conseguir ese fin, junto a los objetivos —e, incluso, mandatos— y medios de simplificación administrativa ya aludidos, la Directiva establece también una serie de criterios a seguir para que los distintos Estados miembros reformen sus reglamentaciones. En este concreto punto, la Directiva enlaza con las estrategias de la Unión Europea para la mejora normativa o *Better Regulation*, a las que se ha hecho referencia en un inicio.

La consecución de un auténtico marco jurídico europeo pasa por la modernización de los sistemas nacionales de regulación, esto es, por una auténtica «reforma regulatoria» que conlleve un forma novedosa de regular a través de la evaluación del impacto de las normas, o, lo que es lo mismo, desde la valoración continua de la eficacia y eficiencia de las normas.

Es innegable que la incorporación a los sistemas jurídicos nacionales de los medios de simplificación administrativa que impone la Directiva implica una importante reforma de las normas reguladoras de los procedimientos y regímenes de intervención pública en la actividad económica de servicios. Entraña también una voluminosa reducción de costes administrativos y supone, en estos términos, una mejora de la calidad de las normas afectadas (46). Puede por ello afirmarse que la reforma regulatoria adquiere un relieve hasta el momento desconocido.

---

(46) Sobre ello, PONCE SOLÉ (2009a) (2009b).

Es clara la legislación básica en el reconocimiento expreso del proceso de reforma regulatoria que está incentivando la Directiva. Se afirma en el preámbulo de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que su incorporación al ordenamiento jurídico interno tiene por fin «impulsar la mejora de la regulación del sector servicios, reduciendo las trabas injustificadas o desproporcionadas al ejercicio de una actividad de servicios y proporcionando un entorno más favorable y transparente a los agentes económicos y que incentive la creación de empresas y genere ganancias en eficiencia, productividad y empleo en las actividades de servicios, además del incremento de la variedad y calidad de los servicios disponibles para empresas y ciudadanos», y, promover «un marco regulatorio transparente, predecible y favorable para la actividad económica».

La mejora del marco regulador de cualquier actividad o sector requiere de una rigurosa tarea de evaluación del impacto de la aplicación de la normativa concreta. Pero el análisis previo de las incidencias de los proyectos normativos es asimismo indispensable para esa mejora. Las previsiones legales y reglamentarias aprobadas recientemente relativas a los procedimientos de elaboración de disposiciones generales parecen ir en esa correcta dirección (47).

## **2. La simplificación a través de la reducción de cargas administrativas**

El elevado coste económico de las regulaciones sobre el acceso y ejercicio de actividades de servicios es uno de los principales elementos a tener en cuenta por los Estados miembros en la tarea de evaluación de cada uno de los procedimientos y trámites administrativos para su respectiva simplificación, y, el último término, cuando los procedimientos se han simplificado, para reducir las cargas administrativas innecesarias, injustificadas y obsoletas.

En los apartados anteriores se han sintetizado los objetivos y medios de simplificación administrativa, que concluyen con una fuerte llamada a la

---

(47) Véase el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria de análisis de impacto normativo, y, también el artículo 64 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña. Ambas normas introducen con carácter general la memoria de evaluación de impacto normativo.

Una clara muestra de la apuesta por la reforma regulatoria en el ámbito estatal es el Proyecto de Ley de Economía Sostenible, actualmente en tramitación parlamentaria, cuyo Título I (*Mejora del entorno económico*) contiene un Capítulo I sobre «Mejora de la calidad de la regulación» (artículos 4 a 7) que recoge los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas y los instrumentos para la mejora regulatoria, con especial atención a la transparencia y la evaluación previa y posterior de dichas iniciativas y la formalización de instrumentos a ese fin: los nuevos informes periódicos sobre las actuaciones de mejora regulatoria y el trabajo del Comité para la Mejora de la Regulación de las Actividades de Servicios» (apartado III del preámbulo).

reducción de la costosa carga documental que impone el cumplimiento de los trámites administrativos inherentes a cualquier régimen de intervención administrativa. Se trata, en consecuencia, de disminuir los costes económicos innecesarios derivados de las obligaciones de acreditación de los requisitos establecidos normativamente.

Para ello, de las normas del Derecho interno relativas a los procedimientos administrativos se han de «suprimir los regímenes de autorización, procedimientos y formalidades excesivamente onerosos que obstaculizan la libertad de establecimiento y la creación de nuevas empresas de servicios que esta comporta» (considerando 42). Ordena la Directiva que, en aras a la simplificación administrativa, «no deben imponerse de forma generalizada requisitos formales, como la presentación de documentos originales, copias compulsadas o una traducción compulsada, excepto en aquellos casos en que esté justificado objetivamente por una razón imperiosa de interés general, como, por ejemplo, la protección de los trabajadores, la salud pública, la protección del medio ambiente o la protección de los consumidores» (considerando 47).

Para descifrar qué procedimientos, trámites y formalidades «excesivamente onerosos» han de ser simplificados, es necesario en todo caso evaluar el impacto normativo, en términos de coste económico de cada una de las obligaciones información vinculadas al cumplimiento de los requisitos formales establecidos en las normas estatales, autonómicas y locales.

En este sentido, es indiscutible que la eliminación de obstáculos jurídicos a la prestación y establecimiento de actividades de servicios tiene como efecto inmediato la disminución de los costes de cumplimiento o coste de la regulación normativa que se adapta a la Directiva. Ahora bien, ello no significa que únicamente a través de la eliminación o simplificación de barreras jurídicas —autorizaciones, en el sentido más amplio del término—, y procedimientos adyacentes, se reduzcan cargas administrativas.

De hecho, nos situamos ante tres planos divergentes que convergen en un punto concreto, esto es, la reducción de costes normativos (CANALS AMETLLER, 2010). Un primer plano divergente se presenta porque la Directiva y la normativa de transposición no afectan a cualquier tipo de actividad económica —solo a la actividad de servicios—, si bien las políticas de simplificación y de reducción de cargas administrativas —el segundo plano— se implementan con independencia de la norma que se trate, siempre que tengan esa incidencia en una actividad económica, sea o no de prestación de servicios.

A estos dos planos se suma un tercero: la adaptación de la actuación administrativa a los medios electrónicos que, si bien a su vez reduce costes a los empresarios —y, por supuesto, a los ciudadanos— en sus relaciones con las administraciones públicas, responde a objetivos distintos, pese a ser una

medida indirecta de reducción de cargas administrativas y también de incorporación interna de la Directiva, como ya se han señalado.

Según las definiciones del Manual del Modelo de Costes Estándar, elaborado por la Red Internacional de la Metodología de Costes Estándar (*SCM Network*), y del Método de Costes Estándar, de la Unión Europea (MCE UE) (48), las cargas administrativas son parte de los denominados «costes de cumplimiento» de la regulación normativa, esto es, los costes que se derivan del cumplimiento de la reglamentación, con la excepción de los costes financieros directos y de las consecuencias estructurales a largo plazo. Según el Modelo de Costes Estándar, estos costes pueden clasificarse, a su vez, en «costes de cumplimiento sustantivos» y «costes administrativos» (49).

Se entiende por «costes administrativos» los costes sufragados por las empresas, el sector asociativo, los poderes públicos y los ciudadanos para cumplir las obligaciones legales de facilitar información sobre sus actividades o su producción, ya sea a las autoridades públicas, ya sea a entidades privadas (50). Más en concreto, las «cargas administrativas» son los costes administrativos asociados a obligaciones de facilitar información que no se cumplirían de no existir disposiciones normativas al efecto.

La reducción de cargas administrativas o, en otros términos, la reducción o eliminación de obligaciones de información cuyo cumplimiento genera costes económicos a las empresas, por la inversión de tiempo y trabajo en las tareas administrativas necesarias a dicho cumplimiento, es imposible sin una previa reforma normativa. Esta reforma normativa debe orientarse a la simplificación de procedimientos y trámites en el marco de los cuales se establecen las obligaciones de información que se concretan, la mayoría de las veces, en la presentación de documentos de contenido y finalidad diversos (51).

---

(48) Véase el mencionado Programa de Acción para la Reducción de las Cargas Administrativas en la Unión Europea, en concreto, pp. 5 y ss., y las definiciones que contiene.

(49) Sobre ello, CIERCO SEIRA (2002) y CANALS AMETLLER (2010).

(50) La información debe interpretarse en sentido amplio, es decir, con inclusión de los costes de etiquetado, declaración, seguimiento y evaluación necesarios para facilitar la información y proceder a registros. En ocasiones, la información debe transmitirse a las autoridades públicas o a entidades privadas. En otros casos, basta con que se mantenga disponible a efectos de inspección o que se facilite si así se solicita.

(51) Así, por ejemplo, la elaboración y presentación de la solicitud de un título administrativo habilitante para iniciar una actividad económica; adjuntar a la correspondiente solicitud un proyecto técnico visado por un colegio profesional, un documento acreditativo de estar al corriente de las obligaciones de la Seguridad Social, de las obligaciones tributarias o de haber contratado una póliza de responsabilidad civil; la llevanza de libros registro o la presentación periódica de certificados varios ante la administración pública competente. Estos son ejemplos de obligaciones de información que imponen habitualmente las normas y cuyo cumplimiento genera cuantiosos costes económicos para las pequeñas y medianas empresas.

La metodología de referencia para la medición de cargas administrativas en aquellos países más avanzados en la evaluación del impacto normativo, no sólo en la Unión Europea sino también en los países miembros de la OCDE, es justamente el Modelo de Costes Estándar (52). La Comisión Europea ha adoptado también esta metodología —la antes mencionada MCE UE— en el marco de las evaluaciones de impacto normativo que está llevando a cabo los últimos años.

Esto, sin embargo, en la Unión Europea y en los distintos Estados miembros ya inmersos en la tarea de reducción de costes administrativos, han surgido algunas dificultades en el uso de una acepción común de «cargas administrativas» —una dificultad salvable, por otra parte—, a raíz de la existencia de distintas metodologías de medición o de adaptaciones del SCM. La Comisión Europea es consciente de ello y en el Programa de Acción del año 2007 señala la dificultad de establecer comparaciones internacionales de los datos existentes, en particular de agregar resultados y determinar el origen de las obligaciones de información, por lo que se requerirá de un cierto grado de armonización técnica (53), para lograr, en el año 2012, el objetivo común europeo de reducción del 25% de las cargas administrativas innecesarias, injustificadas, desproporcionadas o, incluso, obsoletas.

Idéntico problema podría darse en el Estado español por la diversidad de planes de acción autonómicos para la reducción de cargas administrativas —para empresas, o para empresas y ciudadanos— que se suman a los programas estatales, y por la utilización de la expresión «carga administrativa» para referirse, en demasiadas ocasiones, a realidades administrativas distintas que nada o muy poco tienen que ver con el coste económico que generan las normas jurídicas.

Estas dificultades son una clara muestra de que la simplificación administrativa es una tarea ciertamente compleja. No sólo afecta a múltiples y variados procedimientos y trámites y a costosas obligaciones normativas. Puede afectar de lleno la esfera jurídica de los ciudadanos, los cuales en ningún caso han

---

(52) <http://www.administrative-burdens.com/>. La Red Internacional no ha elaborado, de momento, una metodología similar para la medición de las cargas administrativas que las normas imponen a los ciudadanos. Algunos países sí cuentan con ella, como es el caso de Holanda: *Standard Cost Model for citizens: User's guide for measuring administrative burden for citizens* (2008). La Guía es fruto de los trabajos realizados conjuntamente con la *European Public Administration Network (EUPAN)*.

(53) Véase el Anexo I del Programa de Acción para la Reducción de Cargas Administrativas en la Unión Europea. Es asimismo de interés la edición española, a cargo del INAP, del informe de la OCDE, *Cutting Red Tape. Comparing Administrative Burdens across Countries (Reducir el papeleo. Corporación Internacional de las cargas administrativas)*, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2009.



de verse privados de los derechos y garantías que la legislación administrativa vigente reconoce. En consecuencia, se hacen necesarios instrumentos de salvaguarda jurídica ante la creciente expansión de medios y medidas de simplificación administrativa. En este escenario, la evaluación del impacto normativo, instrumento central de la implementación de las políticas de mejora de la regulación en países de nuestro entorno más cercano, se presenta como garantía de la buena aplicación de las medidas de simplificación y, con ello, como instrumento de buen gobierno (54).

### **3. Simplificación administrativa y mejora de la regulación: la evaluación del impacto normativo como instrumento de garantía**

La simplificación administrativa tiene bondades pero no está exenta de riesgos (CIERCO SEIRA, 2005). También existen riesgos ante la aplicación de una regulación normativa deficiente. Con ello quiere significarse que no puede darse la conjunción de ambas realidades, sea cuál sea el régimen de intervención pública que se establezca en una norma, pues la seguridad jurídica de terceros puede resultar seriamente lesionada.

Los derechos y garantías que la legislación reconoce a los ciudadanos son sin duda alguna los mayores límites a la idea fuerza de la «simplificación administrativa» (55). Parafraseando a TORNOS MAS (2000: p. 75), hay que «hacer una llamada sobre la necesidad de diferenciar, en primer lugar, entre la supresión de lo inútil y la redefinición de lo necesario».

Para establecer nítidamente esa diferenciación, para decidir qué requisitos formales y qué trámites administrativos han de ser objeto de reducción o supresión, y, en su caso, previsión normativa, cumpliendo en todo caso con la simplificación administrativa, es indispensable llevar a cabo una tarea de valoración de cuáles son los intereses particulares en juego y cuáles los intereses generales a proteger mediante la regulación normativa concreta.

---

(54) Por todos, PONCE SOLÉ (2009: p. 204).

(55) La Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, regula, en el Capítulo III del Título II, relativo a la «Actuación administrativa», las llamadas «Medidas de simplificación administrativa», esto es, la declaración responsable y la comunicación previa. En relación con las garantías, el artículo 34 de la Ley establece que:

«1. La normativa reguladora de los procedimientos administrativos de las administraciones públicas de Cataluña puede sustituir un procedimiento o un trámite por alguna de las medidas de simplificación administrativa establecidas en la presente ley.

2. En ningún caso las medidas de simplificación administrativa pueden suponer limitación alguna de los derechos y garantías que la legislación vigente reconoce a los ciudadanos y terceras personas interesadas en cualquier procedimiento administrativo. A tal efecto, la legislación sectorial puede establecer mecanismos alternativos de resolución de conflictos de conformidad con el artículo 79».

Es más, como señala NOGUEIRA LÓPEZ (2009: p. 211), «la agilización de procedimientos que se deriva de estas dos medidas centrales del nuevo régimen de intervención [comunicación previa y declaración responsable] puede sumir en una inseguridad jurídica evidente a los prestadores, especialmente, en ámbitos en los que la complejidad normativa sea elevada»; y ello, porque «la interpretación que puede hacer el prestador del cumplimiento normativo no prejuzga que la Administración se reserve potestades de control sobre las actividades».

De manera sorprendente, pues, los propios beneficiarios de los objetivos y medios de simplificación administrativa pueden verse asimismo afectados si la reforma normativa es deficiente o insuficiente.

Con ello, la evaluación del impacto de las medidas de intervención administrativa establecidas normativamente se presenta como el instrumento idóneo para conseguir una mejora de la regulación en términos de costes administrativos para las empresas, pero a su vez como instrumento de garantía de los derechos de terceros, y ello porque «los intereses más fuertes, los vinculados al ejercicio de la iniciativa económica, que reclaman celeridad en un entorno competitivo, no deben ser los únicos a tener en cuenta (56)».

La tarea de simplificación administrativa, la aplicación sectorial de los medios de simplificación de procedimientos y trámites administrativos, y así mismo de reducción de cargas administrativas, entrañan una complejidad que requiere de una ponderación rigurosa de los intereses en juego pero también de los eventuales riesgos. Esta ponderación ha de ser mucho más intensa cuando de lo que se trata es de eliminar por completo un procedimiento administrativo, y con ello, las garantías inherentes a su tramitación, en especial para los terceros interesados (57). Sólo un ejercicio riguroso de evaluación del impacto que esa medida de simplificación administrativa tendrá en los beneficiarios de la misma, en los terceros y en los intereses generales concurrentes podrá legitimar plenamente el acierto de la simplificación y, con ello, el acierto y calidad de la regulación.

Por consiguiente, de la mano de la Directiva de Servicios y en el marco de las estrategias europeas de mejora de la calidad de las normas, la evaluación del impacto normativo está recibiendo un impulso sin igual en nuestro ordenamiento jurídico (58).

---

(56) TORNOS MAS, J. (2000: pp. 74-75).

(57) En este sentido, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1998: pp. 35 y ss), quien, siguiendo la doctrina italiana, afirma la progresiva y creciente complejidad de los propios mecanismos de simplificación administrativa, y, a su vez, la necesidad de adoptar medidas de simplificación atendiendo a las particularidades de los procedimientos administrativos y ponderando los intereses, públicos y privados, en juego.

(58) Son clara muestra de ello el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria de análisis de impacto normativo; y la anteriormente citada Ley catalana 26/2010, de

## V. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO A LOS CONTRAPESOS DE LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

Este último apartado tiene por objeto apuntar algunos de los contrapesos que a mi parecer requieren los amplios objetivos de simplificación administrativa que fija la Directiva, en aras a conseguir un equilibrio justo entre las bondades que sin duda aporta y los riesgos que eventualmente puede entrañar.

Mejorar la calidad de las normas mediante la introducción de nuevos instrumentos en el procedimiento de elaboración de disposiciones normativas, como la evaluación del impacto normativo, es el primer contrapeso de la simplificación administrativa, pero no ha de ser el único.

Cambiar el contenido regulatorio de nuestras normas es, sin duda, el segundo contrapeso. Es necesaria una mejor y más clara regulación normativa de los requisitos objetivos y subjetivos de los establecimientos de servicios y de los prestadores, así como de los aspectos a controlar e inspeccionar, ya sean requisitos ya sean documentos.

Pero a su vez es indispensable, en garantía de la seguridad jurídica, que los medios y medidas de simplificación administrativa y de sustitución de procedimientos administrativos, mediante la comunicación previa o la declaración responsable, sean adecuadamente regulados en las normas sectoriales. Cabe recordar que la legislación básica establece que estas categorías «producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente» (artículo 71 bis, apartado 3, de la LRJPAC) (59).

Se presenta a su vez como imprescindible la fijación normativa del reparto de responsabilidades entre las instancias administrativas y los beneficiarios de la simplificación administrativa. El proceso de transposición de la Directiva está conllevando la reubicación de la actuación de las instancias públicas, en un proceso paralelo de asunción de mayor responsabilidad de los sectores económicos

---

3 de agosto, cuyo artículo 64.3 regula el informe de impacto normativo, «en el que se evalúa la incidencia de las medidas propuestas por la disposición reglamentaria en términos de opciones de regulación, de simplificación administrativa y de reducción de cargas administrativas para los ciudadanos y las empresas». El informe de impacto normativo se introdujo en el ordenamiento jurídico catalán por el Decreto 106/2008, de 6 de mayo, de medidas para la eliminación de trámites y la simplificación de procedimientos para facilitar la actividad económica, cuyo artículo 4 establece la necesidad de que este informe se incorpore al expediente de tramitación de cualquier propuesta normativa.

Sobre la evaluación de impacto normativo, véase más extensamente, BASSOLS COMA (2008), MARCOS (2009) y PONCE SOLÉ (2009b).

(59) En modificación dada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

beneficiados por las reformas y cambios de hábitos en los quehaceres administrativos y en el reparto de responsabilidades de los operadores privados.

Es más. Habrá que tipificar legalmente las infracciones administrativas y las consiguientes sanciones ante la vulneración de las prescripciones reglamentarias, así como, la concreción de medidas cautelares, e, incluso, mecanismos alternativos a la resolución de conflictos (60).

Finalmente, la transposición de la Directiva de Servicios y la consecuente eliminación o supresión de aquellos títulos habilitantes y regímenes de intervención administrativa previa que no se encuentren justificados por razones imperiosas de interés general, obliga a la reubicación de la actuación administrativa. La Administración desplaza su actuación de un momento anterior, o previo, a un momento posterior, con lo que el acento se sitúa en las actuaciones y procedimientos de control e inspección administrativas de las actividades privadas que se hayan iniciado mediante la presentación de una comunicación previa, o, incluso, una declaración responsable.

En este contexto, el tercer y último contrapeso de la simplificación administrativa son las funciones de inspección y control del cumplimiento de la normativa sectorial aplicable en cada caso y, más en concreto, de los requisitos y documentos preceptivos que habrá de cumplir y disponer el prestador de servicios, pese a no haberlos acreditado documentalmente ante la administración o autoridad competente del Estado miembro correspondiente. Adquieren así una importancia sin igual las funciones de control e inspección administrativa y con ellas la colaboración de entidades privadas en el ejercicio de tales funciones.

La simplificación administrativa, la eliminación de obstáculos jurídicos y la reubicación de las administraciones públicas dibuja un nuevo escenario para la colaboración privada. La intervención de entidades privadas colaboradoras de la administración pública en el ejercicio de tales funciones públicas parece estar asegurado para cubrir, en cierto modo, la falta de medios materiales y personales de las administraciones competentes para controlar que se cumplan los requisitos normativos y, fundamentalmente, no se mermen las garantías de terceros (61).

---

(60) En este sentido, véase el artículo 34.2 de la ya citada Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, relativa a la *Simplificación administrativa*:

«2. En ningún caso las medidas de simplificación administrativa pueden suponer limitación alguna de los derechos y garantías que la legislación vigente reconoce a los ciudadanos y a terceras personas interesadas en cualquier procedimiento administrativo. A tal efecto, la legislación sectorial puede establecer mecanismos alternativos de resolución de conflictos de conformidad con el artículo 70».

(61) Véase, más extensamente, CANALS AMETLLER (2010a: pp. 36 y ss.). Puede verse, también, la regulación que de las entidades colaboradoras establece la mencionada Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, en concreto, el Título VII, relativo a las potestades de inspección y control (artículos 91 a 101).

**BIBLIOGRAFÍA**

- BASSOLS COMA, Marín (2008): «El control de la elaboración de los reglamentos: nuevas perspectivas desde la técnica normativa y de evaluación de la simplificación y calidad de las normas», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 33, pp. 43 a 60.
- BETANCOR, Andrés (2009): *Mejorar la regulación: una guía de razones y medios*, Madrid/Barcelona, Fundación Rafael del Pino/Marcial Pons, 373 pp.
- CANALS AMETLLER, Dolors (2010a): «El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración», en *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración* (Dir. A. GALÁN GALÁN y C. PRIETO Romero), Barcelona, Ed. Huygens pp. 21 a 52.
- (2010b): «Mejora normativa y reducción de cargas administrativas», en *Informe Comunidades Autónomas 2009*, Barcelona, Instituto de Derecho Público, pp. 43 a 67.
- CIERCO SEIRA, César (2002): «La reducción de la carga de presentación de documentos ante la Administración Pública (Reflexiones a propósito de la experiencia italiana)», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 48, pp. 389 a 435.
- (2005): «Simplificación administrativa y principio de precaución: ¿objetivos incompatibles? Reflexiones a propósito del asunto *Monsanto*, STJCE de 9 de septiembre de 2003», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 13, pp. 111-155.
- (2009): «Algunas reflexiones sobre la simplificación de los procedimientos administrativos a la luz de los avances de la administración electrónica», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 9, 22 pp.
- DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis (1981): «Un meritorio intento de simplificación administrativa a gran escala (cómo funcionan los servicios y qué factores inciden en su regulación)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 96, pp. 351 a 370.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2007): «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, pp. 189 a 197.
- FORTES MARTÍN, Antonio (2009): «La libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en el mercado interior bajo el nuevo régimen de la Directiva 2006/123 de 12 de diciembre», en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2009, pp. 129 a 171.

- MARCOS, Francisco (2009): «Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 179, pp. 333 a 365.
- MÁRQUEZ CRUZ, Guillermo (1997): «La simplificación administrativa en el proceso de modernización de la gestión pública», en *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 15, pp. 105 a 146.
- (2009b): «Evaluación de la calidad normativa. Posibilidades y límites», en *Legislar Mejor 2009*, Madrid, Ministerio de Justicia, pp. 203 a 251.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (1998): «De la simplificación de la Administración Pública», en *Revista de Administración Pública*, núm. 147, pp. 7 a 37.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2009): «Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 21, 15 pp.
- NEVADO-BATALLA, Pedro (2009): «Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimientos y trámites para facilitar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio», en *Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España* (Dir. RIVERO ORTEGA, Ricardo), Madrid, Civitas, pp. 165 a 187.
- NOGUEIRA LÓPEZ, Alba (2009): «Simplificación administrativa y régimen de control previo administrativo de las actividades de prestación de servicios. ¿Hay espacio para los derechos lingüísticos?», en *Revista de Lengua i Dret*, núm. 52, 2009, pp. 205-226.
- PADRÓS REIG, Carlos (2010): «La Directiva de Servicios en el Mercado Interior (DSMI) y la seguridad industrial», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 24, 44 pp.
- PONCE SOLÉ, Julio (2009a): «¿Mejores normas? Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial», en *Revista de Administración Pública*, núm. 180, pp. 201-243.
- RODRÍGUEZ FONT, Mariola (2003): *Régimen de comunicación e intervención ambiental. Entre la simplificación administrativa y la autorregulación*, Barcelona, Atelier, 274 pp.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo (2009a): «Reformas del Derecho administrativo para 2010: la difícil transposición de la Directiva de Servicios en España», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. ...., pp. 51-80.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo (2009b) (Dir.): *Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Madrid, Civitas, 359 pp.

- TORNOS MAS, Joaquín (2000): «La simplificación procedimental en el ordenamiento español», en *Revista de Administración Pública*, núm. 151, pp. 39 a 75.
- TORNOS MAS, Joaquín y GALÁN GALÁN, Alfredo (2000): *Comunicación pública (La información administrativa al ciudadano)*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 348 pp.
- VILLAREJO GALENDE, Helena (2008): «La simplificación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Sus repercusiones en la Administración electrónica y el desafío que plantea su transposición», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, pp. 47 a 82.
- VILLAREJO GALENDE, Helena y SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A. (2008): «El complejo proceso de transposición de la Directiva de Servicios», en *Informe Comunidades Autónomas 2008. El Estado de las autonomías en 2008*, Barcelona, Instituto de Derecho Público, pp. 81 a 122.





# ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA Y DIRECTIVA DE SERVICIOS

CÉSAR CIERCO SEIRA

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. EL IMPULSO DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA DESDE LA UNIÓN EUROPEA.– II. LA PLAZA CENTRAL RESERVADA A LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA EN EL PLAN SIMPLIFICADOR DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS. 1. LA PROFUNDA CONFIANZA DEL LEGISLADOR COMUNITARIO EN LAS BONDADES DEL TRÁNSITO A LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA ELECTRÓNICA.– III. LA TRANSFORMACIÓN ELECTRÓNICA DE LOS TRÁMITES Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS VINCULADOS A LAS ACTIVIDADES DE SERVICIOS.– IV. LA VENTANILLA ÚNICA DE SERVICIOS: 1. La ventanilla única virtual: una solución en boga para la complejidad provocada por la suma de procedimientos sobre un mismo servicio. 2. La funcionalidad plural de la ventanilla única de servicios y su proyección sobre el canal electrónico. 3. El principal obstáculo a remover para asegurar la operatividad de la ventanilla única virtual: la complicidad de todas las Administraciones involucradas y la llave maestra de la interoperabilidad.– V. LA RECEPCIÓN ESPAÑOLA DE LOS MANDATOS DE ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA IMPUESTOS POR LA DIRECTIVA DE SERVICIOS: 1. Los obstáculos que entorpecen el proceso de recepción de la DSer. 2. La elección de la norma de transposición: la ausencia de armonía entre la ley de servicios y la ley de Administración electrónica. 3. La falta de interiorización de la magnitud de las obligaciones impuestas por la DSer en lo que hace a la e-Administración. 4. El desigual grado de desarrollo electrónico entre las distintas Administraciones involucradas en la transposición de la DSer.– VI. BIBLIOGRAFÍA.*

*RESUMEN:* La Unión Europea constituye una firme defensora de la necesidad de ahondar en el despliegue de la Administración electrónica y la Directiva de Servicios representa en este sentido uno de sus hitos más destacados. En la Directiva hallamos un conjunto de mandatos dirigidos a los Estados a fin de que obren una profunda conversión electrónica del entorno burocrático que rodea a la intervención administrativa sobre las actividades de servicios. Todos los trámites y procedimientos deberán transformarse a fin de que su evacuación pueda realizarse telemáticamente. Además, para atajar el grave problema de la fusión de autorizaciones, se exige crear una ventanilla única de servicios desde la que poder obtener información y sustanciar a distancia los distintos pasos burocráticos; una ventanilla que, lógicamente, también ha acabado por tener una veste electrónica. Se trata, pues, de mandatos de mucho fuste cuyo cumplimiento requiere de los Estados un esfuerzo extraordinario en el que, más allá del liderazgo activo de una Administración, hace falta un interesamiento y una convergencia meditada de todas las Administraciones involucradas. Es aquí donde residen los principales problemas con

que la recepción de esta Directiva ha tropezado en España. Una recepción en la que el legislador español, si bien ha seguido al dictado las directrices comunitarias, ha hecho gala de una descoordinación chocante en el plano interno, incomunicando la Ley de Servicios y la Ley de cabecera en materia de Administración electrónica; al tiempo que ha abordado de una manera muy superficial el grave escollo de la brecha que separa a las distintas Administraciones territoriales, señaladamente las locales, en razón de su desigual estado de desarrollo electrónico.

*Palabras clave:* Administración electrónica; Directiva de Servicios; procedimiento administrativo electrónico; ventanilla única; firma electrónica; interoperabilidad.

*ABSTRACT: The European Union constitutes a firm defender of the need to go deeply into the deployment of the electronic Administration and the Services Directive represents in this way one of its more out-standing milestones. In the Directive we find a set of commands imposed on the States in order to make a deep electronic conversion of the bureaucratic environment around the administrative intervention on the services activities. All the formalities and procedures will have to change so that their fulfilment could be realized at distance. In addition, to stop the serious problem of the merger of authorizations, it is compulsory to create a point of single contact from which to be able to obtain information and to complete at distance the different bureaucratic formalities; a point of single contact that, obviously, has also ended up having an electronic performance. We are talking, then, about really important obligations, the fulfilment of which requires of an extraordinary effort from the States, where, far beyond from an active leadership by a single administration, an interest and a convergence of all the involved administration is required. Here lie all the problems that the implementation of this Directive has found in Spain. An implementation in which the Spanish legislator, despite applying thoroughly the European directives, has shown a shocking lack of coordination on an internal level, isolating the legislation of Services and the legislation of Electronic Administration; approaching, at the same time, in a very superficial way the serious handicap that divides the different regional Administrations, especially the local ones, because of their uneven electronic development.*

*Key words:* electronic government; Services Directive; electronic administrative procedure; Point of Single Contact; electronic signature; interoperability.

## **I. INTRODUCCIÓN. EL IMPULSO DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA DESDE LA UNIÓN EUROPEA**

La pujanza de la Administración electrónica como piedra de toque del actual movimiento de reforma administrativa tiene en la Unión Europea uno de sus principales valedores. Existe en Europa un firme y resuelto convencimiento en el desarrollo de la sociedad de la información como factor de crecimiento y competitividad económicos; y se tiene claro que ese despegue de la sociedad de la información exige, ineludiblemente, que la Administración tome las riendas y se sitúe en la vanguardia, apostando por una prestación de los servicios

públicos por vía electrónica y una relación telemática con las empresas y los ciudadanos. Sin la complicitad de la Administración, difícilmente la sociedad de la información devendrá el paradigma capaz de mejorar la competitividad del mercado y de la economía europeos. Que las tecnologías de la información y de la comunicación penetren en las entrañas del aparato burocrático, por muchos trabajos y esfuerzos que sean precisos, pasa por ser, en este sentido, la conquista estratégica de toda esta ardua empresa.

Este argumento se ha convertido a estas alturas en una savia que recorre todas las políticas desplegadas por la Unión Europea a través de sus diferentes instituciones y organismos. En todos ellos, bien que no siempre con el mismo empeño —descuella, como no podía ser de otro modo, la Comisión—, encontramos el rastro de un tránsito consciente e incontinente hacia el mundo electrónico.

Sin embargo, la Unión Europea no sólo ha decidido predicar con el ejemplo a fin de lograr la adhesión de los distintos Estados y de las Administraciones nacionales, sino que, sobre ello, ha tratado de impulsar la implantación de la Administración electrónica a escala nacional a través de un sinfín de iniciativas, programas y planes de acción (1). Todo ello respaldado en un notable ejercicio de reflexión que ha permitido forjar con el tiempo un discurso maduro y profundo plasmado en un rico cuerpo de documentos entre los que puede destacarse como estandarte la serie que conforman las Comunicaciones de la Comisión, donde, no en vano, hallamos perlas como la Comunicación sobre el papel de la administración electrónica en el futuro de Europa (2003) —de aquí se extrae la definición más célebre de e-Administración (2)—, o la también meritoria Comunicación sobre la aceleración de la administración electrónica en beneficio de todos (2006) (3).

---

(1) Con objetivos muy variopintos que van desde la simple promoción de la Administración electrónica a través de la difusión de los avances y buenas prácticas habidos en el campo de los servicios públicos a distancia hasta la creación de foros de encuentro de la Unión con los distintos Estados con vistas a lograr compromisos de colaboración, a facilitar el intercambio de experiencias y a conseguir la reutilización —y emulación— de los progresos alcanzados por cada país en su ámbito doméstico.

Para profundizar en la labor desplegada por la Unión Europea en este terreno puede consultarse CRIADO (2009: 139-184). Como expone con lucidez este autor, no obstante las limitaciones inherentes a esta forma de obrar, resulta evidente que gracias a este conjunto de programas e iniciativas patrocinados desde Europea se ha ido produciendo una cierta europeización de la e-Administración.

(2) Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa*, de 26 de septiembre de 2003, COM (2003) 567 final.

(3) Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Plan de acción sobre administración electrónica i2010: Acelerar la administración electrónica en Europa en beneficio de todos*, de 25 de abril de 2006, COM (2006) 173 final.

En este cuerpo de documentos —realmente prolijo en número— anida el ideario de la Unión en este terreno y a menudo constituyen auténticos semilleros de conceptos y esquemas básicos en el hacer de la e-Administración o, como también gusta decir desde una atalaya mayor, en la puesta en marcha del *e-government*. Su lectura revela, además, que el discurso principal que resuena no sólo pretende trazar el rumbo a seguir en la mudanza electrónica de lo público; ésa que ha de llevar a una Administración más ágil, transparente, simple e innovadora y que ha de servir para relanzar, en última instancia, la competitividad de la economía europea; de fondo, late también con fuerza una razón de orden más político que tiene que ver con la propia proyección de la Unión. Y es que el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación representa un puente de acercamiento entre los ciudadanos y una Administración, la comunitaria, que se tiene por lejana en muchos casos. El desarrollo de la e-Administración emerge así como una inestimable oportunidad de acercar a la ciudadanía unas instituciones, unas políticas y unas actuaciones que, de otro modo, se difuminan en la distancia. Y no sólo eso. No ha tardado la Unión Europea en caer en la cuenta de que los medios electrónicos atesoran una rara propiedad: la capacidad de hacer posible la vocación europea de los servicios públicos nacionales —su acceso a ciudadanos y empresas de otros países miembros. Es por ello que en el ideario de la Unión el impulso decidido de la e-Administración no se concibe únicamente como un asunto de política nacional que, de rebote, ha de repercutir favorablemente en el futuro de Europa, sino que figura ya con plaza propia en la agenda política europea como una de las claves para que la dimensión europea, transnacional, sea una realidad en los principales frentes de las políticas comunitarias y, de forma muy especial, en todo lo que concierne al mercado único y a las libertades de circulación.

El impacto de estos esfuerzos destinados a lograr el concurso de las autoridades estatales y su aplicación en la transformación electrónica de todas las Administraciones no puede desconocerse, como tampoco desmerecerse. Sin embargo, como es sabido, la «corteza» de los Estados es gruesa y su voluntad poco dispuesta a la persuasión foránea. De ahí que el ariete capaz de abrir las puertas de las Administraciones nacionales haya necesitado de un reforzamiento que no se encuentra en el terreno de lo programático. Ha hecho falta que el discurso pase a la norma, inspirando previsiones con habilitaciones y exigencias concretas en orden al uso de la informática y la telemática en la prestación de los servicios públicos.

En el recurso a la ley, la Unión Europea se ha mostrado, eso sí, muy prudente. Y en prueba de esta prudencia, las normas sobre Administración electrónica se han situado en sectores estratégicos de la actuación administrativa, confiando en su efecto dominó y en su propagación natural hacia otros ámbitos conexos.

El primero de estos sectores estratégicos en los que se ha dado el paso al impulso normativo, dejando atrás la pura persuasión y cooperación, ha sido el de la contratación pública (4). La contratación pública constituye, sin lugar a dudas, la punta de lanza de los esfuerzos de la Unión Europea por hacer que se instale con hondura y normalidad a la par el patrón electrónico en la labor básica de las Administraciones Públicas. Así, en la Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, suministro y servicios (2004) se abren muchas puertas a la utilización de medios electrónicos a lo largo de todo el *iter* de contratación, tanto en la preparación —ahí están las previsiones sobre la publicación virtual de diversos tipos de anuncios— como en la adjudicación —admitiendo, por ejemplo, el envío y la recepción de las ofertas por vías electrónicas o regulando la subasta electrónica (5). Ciertamente, la apertura se arbitra más como una posibilidad del poder adjudicador que como una exigencia. Con todo, esta apuesta del legislador comunitario por lo electrónico ha supuesto un despegue sin precedentes que, en el caso de España, ha dado pie a todo un torrente de medidas de e-Administración (perfil de contratante, subasta electrónica...) (6).

La senda de la contratación pública electrónica ya está abierta y es seguro que su contribución al afincamiento de la Administración electrónica será decisiva. Ahora bien, una golondrina no hace verano. De ahí que la Unión Europea no haya dejado pasar la oportunidad que le brindaba la revisión del mercado único de servicios para empujar en la misma línea sirviéndose de otro sector que también resulta un valioso referente por su decisiva importancia. Esta vez, además, la opción por el empleo de medios electrónicos en la actuación de la Administración se torna todavía más intensa. Y es que la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior (2006) no se limita a allanar la entrada de la e-Administración —disipando los recelos mediante el respaldo seguro de una norma europea—, sino que, directamente, introduce

---

(4) No es casual que la Unión Europea se haya servido de la contratación pública como buque insignia de la nueva Administración electrónica que viene de Europa. Basta pensar en la repercusión económica de este sector, que oscila nada menos que entre el 15 y el 20 por ciento del producto interior bruto. No hay duda de que el crecimiento de la contratación en línea arrastrará la demanda de instrumentos electrónicos como la firma electrónica o los registros electrónicos, sentando las bases para allanar la expansión hacia otros ámbitos.

(5) La penetración de los medios electrónicos en la contratación pública constituye uno de los factores de modernización que persigue facilitar la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

(6) Los trabajos dedicados a la contratación electrónica son ya entre nosotros muy abundantes. Para un análisis de las previsiones contenidas en la Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007, de 30 de octubre) acerca de la contratación electrónica, resulta muy completo y sistemático el libro de PUNZÓN MORALEDA y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ (2009).

mandatos a los Estados respecto a la transformación electrónica de sus trámites y procedimientos administrativos. Como se verá, la Directiva fía a los medios electrónicos una parte sustancial de la revisión y puesta a punto de la intervención administrativa sobre las actividades de servicios. Y no lo hace abriendo una alternativa más, sino estableciendo obligaciones de hondo calado que exigen formas electrónicas de actuación administrativa.

En definitiva, desde el punto de vista del impulso europeo a la e-Administración, no hay duda de que la Directiva de Servicios hace méritos para poder ser considerada un auténtico hito en razón no sólo de la trascendencia del sector al que afecta —que, por supuesto, también—, sino además por la intensidad de los compromisos que acumula en pro del desarrollo electrónico de las Administraciones nacionales.

## **II. LA PLAZA CENTRAL RESERVADA A LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA EN EL PLAN SIMPLIFICADOR DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS**

### **1. La profunda confianza del legislador comunitario en las bondades del tránsito a la gestión administrativa electrónica**

El propósito central de la DSer no es ni más ni menos que facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios —sin merma, eso sí, de su calidad—, removiendo los obstáculos que dificultan la plena realización del mercado interior de los servicios y que, a la postre, frenan el desarrollo a escala comunitaria de un sector estratégico para el progreso económico y la creación de empleo en Europa. Obstáculos entre los que se encuentra, y no como rémora menor, un entorno burocrático farragoso y pesado que desincentiva la expansión a países vecinos de muchas empresas de servicios.

A decir verdad, el escollo aludido había sido detectado por la Unión Europea desde hace ya bastante tiempo y figuraba así en documentos y estudios de todo tipo. Se era, pues, bien consciente en el escenario europeo de la necesidad y de la conveniencia de acometer una simplificación del modo en que la Administración ponía en práctica su función de control y vigilancia sobre la implantación, primero, y la posterior actividad, después, de las empresas de servicios. Sin embargo, a pesar de este convencimiento, lo cierto es que hasta la aprobación de la DSer —cuya gestación ha sido tortuosa como pocas (7)—

---

(7) Y el caso es que, a pesar del laborioso y discutido proceso de confección, todavía hay polémica a su alrededor. Ahí está la seria discusión sobre el sostén competencial invocado por el legislador comunitario para aprobar la DSer; un basamento que, a juicio de algunos autores, hace aguas. Véanse, entre otras, las críticas de DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2007) y PAREJO ALFONSO (2009).

no se había conseguido dar cuerpo a un mandato simplificador de carácter vinculante para los Estados miembros. No es de extrañar, por ello, que sin falta se haya destacado como uno de los contenidos sobresalientes de la DSer la faceta que atiende a la eliminación de las barreras administrativas.

El mandato simplificador que incorpora la DSer se estructura sobre la base de una revisión general en clave simplificadora del modelo administrativo imperante en el control de los servicios. No es éste el lugar para desgranar el rico contenido de todo el plan simplificador que dibuja la DSer —me remito al respecto al completo trabajo de CANALS I AMETLLER en este mismo número—, pero sí es menester reparar atentamente en el destacado papel que en dicho plan se ha reservado a la Administración electrónica. Un protagonismo que se traduce en dos líneas de actuación complementarias: por un lado, la transformación electrónica de los procedimientos (epígrafe III); por otro, la puesta en marcha de las ventanillas únicas de servicios (epígrafe IV).

Antes, no obstante, de adentrarnos en el estudio de estas dos líneas de actuación, resulta conveniente realizar algunas consideraciones sobre la concepción y el modelo de Administración electrónica que subyace en la DSer; consideraciones que, a mi modo de ver, ayudan a explicar el porqué de ciertas opciones plasmadas en su articulado y, al mismo tiempo, a comprender mejor el sentido de sus previsiones.

a) Difícilmente puede entenderse la atrevida apuesta por la e-Administración que luce en la DSer —en verdad arriesgada, como se verá— si no es teniendo presente la creencia tan arraigada que tiene la Unión Europea en las bondades del cambio a este nuevo paradigma. Como ya se apuntó, es inconcuso para las instancias comunitarias que la implantación de la Administración electrónica constituye la receta idónea a fin de que la Administración, sea cual sea el nivel —europeo, nacional, regional o local, lo mismo da—, devenga capaz de dar respuesta a las demandas de competitividad e innovación de los tiempos actuales. Y tal creencia no es fruto meramente del discurrir teórico. Tiene tras de sí un meritorio esfuerzo tendente a medir esos hipotéticos resultados favorables desde el punto de vista del ahorro de los recursos públicos y privados, traduciéndolos incluso en cifras concretas y en porcentajes de crecimiento económico. Quiere decirse con ello en definitiva que las consignas de Administración electrónica que da la DSer no han de ser vistas como si de un experimento se tratase, sino que representan la puesta de largo de un planteamiento meditado y, en cierta forma, reputado como «infalible».

b) Plenamente coherente con lo anterior es la invitación que veladamente se hace a los Estados en el sentido de ahondar en la vía abierta por la DSer, extendiendo el uso de la Administración electrónica más allá de los confines de la Directiva: cubriendo servicios excluidos, añadiendo trámites que que-

dan al margen de su influjo —como los del orden fiscal o de la seguridad social (8)— y, en general, transformando todo el entorno burocrático de las empresas en un renovado espacio de relaciones a distancia (9). Se pretende así pues lanzar un mensaje a los Estados: hacer de la necesidad virtud; acatar los mandatos de conversión electrónica como una oportunidad para profundizar en la implantación de la e-Administración. Mensaje que muchos Estados —entre ellos el nuestro— han captado y han decidido seguir —con más entusiasmo que serenidad, dicho sea de paso.

c) Una tercera consideración que juzgo importante conocer de antemano me lleva a significar el acento económico o empresarial que preside el impulso comunitario de la Administración electrónica. No puede desconocerse en este sentido que el interés de la Unión Europea en este tema ha venido marcado desde el principio por la búsqueda de una herramienta de simplificación y facilitación de las relaciones entre las empresas —sobre todo, las pequeñas y medianas— y las distintas Administraciones. Una nota inclinación que, si bien se ha moderado en los últimos años dando entrada también a una proyección más general del *e-government* y de la e-Administración al servicio de la ciudadanía en su conjunto, todavía se deja sentir, como veremos, en la DSer.

Tal vez se piense, por lo demás, que este peso del acento empresarial no tiene por qué traducirse en una concepción distinta de la Administración electrónica. Al fin y al cabo se trata del mismo paradigma, sean empresas o ciudadanos los destinatarios del servicio público. Lo cual es cierto. Sin embargo, en mi opinión, si no la esencia, sí el enfoque puede sufrir alguna alteración según cual sea el referente principal tomado como destinatario. Y es que no son pocas las decisiones relacionadas con la implantación de la Administración electrónica en las que el binomio empresa-ciudadano puede aconsejar soluciones distintas para una y otro. Así, no puede contemplarse del mismo modo el grave problema de la brecha digital, pues hay ostensibles diferencias en la distancia de la fractura en sendos casos. Tampoco parece que la gradualidad de las medidas sea asimilable: en contraste con lo que ocurre en el mundo empresarial, donde el ritmo de la economía no entiende de aplazamientos —el *adagio* es un movimiento desconocido en el mercado—, las medidas de Administración electrónica no se presentan para el común de los ciudadanos con la misma urgencia estratégica.

d) Por último, tocando ya un plano menos principal y más operativo, conviene llamar la atención sobre una cuestión puntual cuya relevancia es poco más

---

(8) Como indica el art. 2.3 de la DSer: «la presente Directiva no se aplicará a la fiscalidad». Y tampoco afecta a la legislación en materia de seguridad social (art. 1.6 *ibídem*).

(9) Esta invitación no figura formalmente en la DSer, pero sí se recalca una y otra vez en el *Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios* (2007: 19, 24 *et passim*).



que nominal pero que se trae a colación para evitar equívocos: en el contexto de la DSer la alusión a los medios electrónicos se realiza pensando fundamentalmente en la telemática. Se tiene en mente, pues, una Administración que se hace presente en Internet y que saca partido a las técnicas informáticas que permiten la relación computarizada a distancia (10). A un lado quedan, en cambio, otros medios igualmente electrónicos como el teléfono que, en contraste, sí forman parte de una concepción de Administración electrónica más amplia como la que, sin ir más lejos, acoge nuestra LAE (11); o como la que contempla la propia legislación comunitaria en el ámbito de la contratación pública (12).

### III. LA TRANSFORMACIÓN ELECTRÓNICA DE LOS TRÁMITES Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS VINCULADOS A LAS ACTIVIDADES DE SERVICIOS

La DSer impone a los Estados la obligación de aplicarse a fondo para que los distintos trámites y procedimientos administrativos relacionados con las actividades de servicios puedan realizarse por vía electrónica. Así de contundente se expresa el art. 8.1 de la DSer:

«Los Estados miembros harán lo necesario para que todos los procedimientos y trámites relativos al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio se puedan realizar fácilmente, a distancia y por vía electrónica, a través de la ventanilla única de que se trate y ante las autoridades competentes».

Se trata de un mandato que, de entrada, resulta chocante por la contundencia del tono y por su vocación omnímoda. Hacer todo lo necesario y hacerlo con respecto a todos los trámites y procedimientos del ramo de los servicios. No hace falta decir que una fórmula de este tenor sólo se explica por la presencia de fondo de un convencimiento férreo en las bondades de la tramitación electrónica.

Sin necesidad, pues, de adentrarnos más en las motivaciones, lo cierto es que la interpretación del art. 8.1 de la DSer pasa en lo esencial por la elucidación del alcance exacto de esa obligación de conversión electrónica

---

(10) Así se indica en el *Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios* (2007: 23).

(11) Para refrendarlo basta con acudir a la definición de «medio electrónico» que se recoge en el anexo de la LAE (letra p): «mecanismo, instalación, equipo o sistema que permite producir, almacenar o transmitir documentos, datos e informaciones; incluyendo cualesquiera redes de comunicación abiertas o restringidas como Internet, telefonía fija y móvil u otras».

(12) La regulación que de las comunicaciones efectúa el art. 42 de la Directiva 2004/18/CE separa con claridad la utilización de los medios electrónicos —identificados con la telemática— del uso de otros medios como el fax o el teléfono que también se admiten bajo ciertas condiciones.

que allí se consigna. ¿Hasta dónde quiere llegar exactamente el legislador comunitario cuando apela a la «realización» de un procedimiento administrativo por vía electrónica? Hete aquí el meollo del que va a depender el sentido último de esta previsión.

Por de pronto, el legislador comunitario se cuida de puntualizar que no todos los trámites resultan, en razón de su propia naturaleza, susceptibles de transformación. Así, quedan excluidas las actuaciones de orden inspector que requieren de una personación *in situ* —como es el caso de la visita del lugar y de la comprobación de los utensilios y maquinaria empleados en la prestación del servicio—; y, por idénticos motivos, se dejan aparte también las actuaciones tendentes a examinar personalmente al prestador a los efectos de valorar su capacidad o integridad personal (13).

Sentada esta puntualización —que en realidad cae por su propio peso—, sigue en pie el problema de precisar el nivel de transformación a que apunta la DSer. Y es que no hay que olvidar que existe una larga escala en la transformación electrónica de un procedimiento administrativo. Una escala que va desde el nivel más elemental, aquel en el que tan sólo se suministra al interesado información por vía electrónica acerca de cómo sustanciar un tal o cual procedimiento, hasta el nivel más avanzado en el que todos los trámites que componen la secuencia pueden evacuarse electrónicamente, incluyendo el pago de tasas y la interposición de recursos contra la resolución final, pasando por distintos niveles intermedios según se añadan pasos electrónicos en la tramitación del expediente. Claro está, por lo demás, que la progresión de nivel no es una mera cuestión de voluntad. Para ascender al siguiente estadio hace falta disponer del instrumental adecuado: sistemas de firma electrónica, registros electrónicos, comunicaciones electrónicas...

Pues bien, la interpretación más acorde con el espíritu del art. 8.1 de la DSer nos aproxima, a mi entender, a las cotas más altas. Abona esta conclusión, por de pronto, la interpretación literal del precepto y, en particular, el sintagma «todos los procedimientos y trámites» que parece querer comprender la totalidad del ciclo procedimental, sin más excepciones que las contempladas expresamente en el art. 8.2 *ibídem*. Milita en su favor, también, la interpretación «auténtica», por así decir. Según se indica en el manual que ha de guiar la transposición de esta Directiva, la posibilidad de usar medios electrónicos debe abarcar «todo el proceso administrativo, desde la solicitud inicial y la presentación de documentos hasta la recepción de la respuesta final, en su caso, de la autoridad competente» (14). Pero es que además, si bien se mira, la *ratio legis* apunta por fuerza a un modelo acabado y no superficial de conversión electrónica. Téngase

---

(13) Todas estas excepciones se recogen en el art. 8.2 de la DSer.

(14) *Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios* (2007: 24).

presente que lo que se busca en todo momento es facilitar la interacción entre la organización administrativa nacional y los prestadores de servicios, tanto patrios como de otros países miembros. Y a tal efecto, pensando sobre todo en estos últimos, resulta crucial que dicha interacción se presente en bloque y de una forma compacta. Si la gestión electrónica sólo atañe a una parte de los trámites del procedimiento, permaneciendo otros, en cambio, bajo el formato convencional, el avance simplificador quedará sensiblemente comprometido.

Se exige, así pues, a los Estados mucho más que una simple iniciación en el salto al entorno electrónico. No cumple «colgar» en Internet información y formularios sobre los distintos procedimientos a seguir y trámites a evacuar. Es necesario poner en manos del interesado diseños procedimentales susceptibles de ser recorridos en su totalidad a distancia.

#### **IV. LA VENTANILLA ÚNICA DE SERVICIOS**

##### **1. La ventanilla única virtual: una solución en boga para la complejidad provocada por la suma de procedimientos sobre un mismo servicio**

La grave complejidad que encierran algunos procedimientos administrativos no se desvela en su totalidad si se contemplan únicamente de manera aislada. Es preciso, además, contextualizarlos para observar cómo interactúan con otros procedimientos del entorno. Sólo entonces es dado descubrir el fenómeno de la suma de procedimientos, es decir, de la confluencia de procedimientos formalmente diferenciados pero que, desde ángulos diferentes, vienen a proyectarse de fondo sobre una misma *utilitas*, exigiendo del interesado que la pretenda pasar por la tramitación simultánea o sucesiva de los distintos expedientes hasta reunir todas las piezas. Este fenómeno resulta especialmente visible en el ramo de los servicios pues no es raro que para la puesta en práctica de una actividad de servicios se exija la obtención de varios permisos o licencias —de tipo urbanístico, ambiental, demanial, etcétera.

Ni que decir tiene que la suma de procedimientos constituye un factor relevante de complejidad administrativa y más aún cuando la agregación de estos procedimientos se presenta ayuna de elementos de coordinación —que es por desgracia la tónica (15)—, obligando al interesado a pasar

---

(15) A pesar de que esta suma de autorizaciones complica, como es lógico, la actuación del interesado, el legislador no suele prestar demasiada atención al problema. En ocasiones, ni siquiera lo tiene presente y buena prueba de ello es el hondo arraigo de esa célebre cláusula indicativa de que la obtención de una determinada autorización no exime a su titular de la obtención de cualesquiera otras que fuere menester, con la única preocupación puesta, pues, en la preservación del espacio

por anomalías tales como reiterar la presentación de la misma información o documentación ante instancias diversas, evacuar por partida doble trámites sustancialmente equivalentes o aguardar a que se resuelva un procedimiento para poder acceder a otro (16).

Con el fin de hacer frente a este grave problema, la ventanilla única ha sido una de las opciones que ha ganado más terreno en los últimos tiempos y la eclosión de las tecnologías de la información y de la comunicación no ha hecho más que apuntalar este ascenso. Muchos han sido los ensayos habidos al respecto, algunos, por cierto, referidos específicamente al mundo empresarial como es el caso señalado de la Ventanilla Única Empresarial, nacida para poner el emprendedor a cubierto de la maraña burocrática y auxiliarle en el proceso de creación de su empresa (17).

El caso es que la ventanilla única reúne una tríada de virtudes que han cautivado al legislador comunitario y que han sido determinantes para que la DSer la eleve a una posición protagonista en su plan simplificador. En primer lugar, la ventanilla única ofrece un mecanismo de fusión que soporta diferentes planteamientos en cuanto al alcance de la unificación deseada sin necesidad para ello de forzar ninguna intromisión en la distribución competencial interna de los Estados (A); crea, en segundo lugar, un instrumento que resulta inmediatamente visible para los ciudadanos (B); y, cómo no, se presta a adaptarse al signo de estos tiempos, es decir, que puede adoptar una forma electrónica (C) (18).

---

decisorio de cada Administración o de cada departamento. Y cuando sí lo tiene presente, tiende a adoptar mecanismos muy rudos de coordinación —como el establecimiento sin más de una escala de licencias— o, en el mejor de los casos, acude como fórmula de fusión a la utilización de una figura, la del informe, que arrastra complicaciones a la hora de afrontar una eventual demora en su emisión —me refiero en este último caso a la conversión de las autorizaciones conexas en informes habilitantes o vinculantes.

(16) En otro lugar (CIERCO SEIRA, 2003) estudié las graves consecuencias generadas por la habitual falta de acoplamiento entre los procedimientos administrativos conexos y las posibles fórmulas existentes para tratar de mitigarlas.

(17) Amplia información al respecto puede encontrarse en su página web: [www.ventanillaempresarial.org](http://www.ventanillaempresarial.org).

(18) De la regulación de estas ventanillas únicas se ocupan, en lo esencial, los arts. 6 y 7 de la DSer.

El listado y el enlace a las ventanillas únicas de servicios creadas por cada Estado pueden verse en la siguiente página web de la Unión Europea: [ec.europa.eu/internal\\_market/eu-go](http://ec.europa.eu/internal_market/eu-go). Desde allí puede accederse a la sede electrónica de la ventanilla española ([www.eugo.es](http://www.eugo.es)).

Si el lector pasa revista a los distintos portales nacionales no tardará en advertir que, a pesar de la labor de coordinación de la Comisión y de la intensa cooperación de los Estados, existen diferencias, lógicas por lo demás, en la configuración del modelo operativo de cada ventanilla única. Pero además, si se entretiene en explorar su contenido, apreciará también rápidamente las variaciones en cuanto a la profundidad de las prestaciones que se proporcionan al emprendedor.

**A.** La ventanilla única constituye una fórmula de fusión de procedimientos que en contraste con otras recetas más rígidas cuenta en su favor con una marcada elasticidad. Quiere ello decir que a través de la ventanilla pueden integrarse los procedimientos con una intensidad modelable. De esta suerte, en la DSer se ha situado el punto de partida en un estadio inferior, dando a la ventanilla un perfil de integración meramente aparente (a); pero, al mismo tiempo y de forma muy meditada, se ha dejado la puerta abierta para que los Estados puedan soldar en capas más profundas los procedimientos, atribuyendo paulatinamente a sus respectivas ventanillas funciones de carácter decisor (b).

a) El patrón de ventanilla única que recoge la DSer en su articulado retrata un centro donde se unifican los distintos trámites y procedimientos relativos a un servicio. Pero, eso sí, la unificación lo es sólo de puertas afuera, es decir, de cara al prestador que se dirige a la Administración. No afecta, sin embargo, a la división y al reparto internos de competencias de naturaleza decisoria entre los distintos órganos y Administraciones de cada Estado. Es ésta una cuestión que se deja al margen y, además, se insiste en ello, como tratando de sortear cualquier recelo por inmiscuirse en la organización doméstica de los países miembros: «la creación de ventanillas únicas no supone una interferencia en el reparto de funciones o competencias entre las autoridades competentes dentro de cada sistema nacional» (art. 6.2 de la DSer) (19).

Siendo esto así, registrada la iniciativa en la ventanilla única, ésta se fragmentará en tantas partes o solicitudes como licencias o trámites a sustanciar, siguiendo cada una la tramitación autónoma y separada que corresponda ante la Administración y el órgano competentes. La ventanilla, por su parte, servirá de contacto entre todas estas instancias y el prestador, pero restará, según el diseño comunitario, desprovista de la competencia para estimar o desestimar lo pedido.

b) Sabedor de que la ventanilla única admite un recorrido mucho mayor que el recién descrito, el legislador comunitario no cierra el paso a la posibilidad de que los Estados incrementen las responsabilidades de sus respectivas ventanillas, dotándolas de funciones de orden decisorio en sustitución de las autoridades competentes. La forma de efectuar este salto no aparece descrita, pero es llano que la integración se refuerza en proporción directa al poder con que se invista a la ventanilla de turno (20). En todo caso, ha de quedar claro que la ventanilla constituye un recipiente moldeable, capaz de albergar

---

(19) Insiste en ello de manera especial el legislador comunitario. Lo significa en el preámbulo (§§ 48 y 60) y, como hemos visto, lo expresa con tersura en el articulado.

(20) Muy gráficas resultan en este sentido las indicaciones que al respecto se realizan en el *Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios* (2007: 20).

diferentes compromisos, más o menos intensos, con la fusión de procedimientos. Que se avance o no en esta línea queda a discreción de cada Estado.

**B.** En la compleja reforma administrativa que impulsa la DSer, la ventanilla única constituye una pieza estratégica y lo es así, entre otras razones, por su visibilidad. No siempre las medidas de simplificación —incluidas las de Administración electrónica— logran tener un impacto visible para el ciudadano. La puesta en marcha de la ventanilla, sin embargo, permite hacer reconocibles los esfuerzos simplificadores en una obra, con todo lo que ello representa en términos de confianza para con un empeño, el de hacer más sencillas las relaciones administrativas, que, con razón, no goza de buena prensa entre el público. Estamos en este sentido ante un instrumento simplificador que conduce a un resultado tangible y no es éste un plus accesorio para el legislador comunitario, sino todo lo contrario.

**C.** Finalmente, la ventanilla única puede adaptarse perfectamente al escenario de Internet —otra cosa es la dificultad que ello entraña. Es de notar que en la DSer no se impone expresamente a los Estados la obligación de que la ventanilla única de servicios adquiera un formato electrónico. Se infiere, ciertamente, que ésta es la opción preferente a la hora de dar cuerpo a este instrumento, aunque, eso sí, sin abandonar por completo la posibilidad de articular como vía complementaria una cadena de oficinas o puntos de contacto físicos (21). Un planteamiento que, por otra parte, denota la voluntad de extender a todos los prestadores —también, pues, a los no familiarizados con la telemática— los beneficios de esta herramienta de simplificación que es la ventanilla única de servicios.

En cualquier caso, el formato electrónico no sólo parece la opción preferida por el legislador comunitario, sino que, en realidad, constituye su destino natural. Hay demasiados factores que empujan en esta dirección, comenzando por la militancia tan clara a favor de la e-Administración que inspira todo el conjunto de la DSer y acabando en la vocación transfronteriza de la ventanilla, destinada a facilitar la interacción con los prestadores extranjeros que, lógicamente, agradecen el uso de medios telemáticos.

---

(21) Algo que por cierto parece recomendarse en el *Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios* cuando se indica que «en todo caso, los Estados miembros deben considerar la posibilidad de apoyar el funcionamiento electrónico de estas ventanillas con una cierta infraestructura física, sobre todo si ésta facilita su utilización por los prestadores de servicios no necesariamente familiarizados con los medios electrónicos» (2007: 21).

## 2. La funcionalidad plural de la ventanilla única de servicios y su proyección sobre el canal electrónico

Expuesta la misión y la razón de ser última de la ventanilla única de servicios, toca ahora profundizar en las funciones concretas que está llamada a desempeñar.

La funcionalidad de la ventanilla única de servicios es marcadamente plural. Y lo es desde dos puntos de vista: de un lado, en atención a los destinatarios de su labor (A); y, de otro, en razón del variado contenido de las prestaciones que ha de ofrecer (B).

**A.** En lo que respecta a los destinatarios de su actividad, es indudable que se trata de un mecanismo diseñado fundamentalmente para facilitar las relaciones entre el prestador de servicios y la Administración en sentido lato. A él se dirigen, en efecto, el grueso de las potencialidades que atesora la ventanilla única de servicios. Sin embargo, el legislador comunitario —coherente, por lo demás, con uno de los retos que persigue la Directiva: fomentar la calidad de los servicios— ha querido que el funcionamiento de la ventanilla tenga en cuenta al propio tiempo a la otra parte en juego, los consumidores, haciendo de la ventanilla única de servicios un lugar de referencia también para ellos y exigiendo a tal efecto que entre la información que ha de facilitar se incluyan datos de interés para los destinatarios de los servicios como «los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a los prestadores y a los servicios» (art. 7.1.c de la DSer); «las vías de recurso generalmente disponibles en caso de litigio entre las autoridades competentes y el prestador o el destinatario, o entre un prestador y un destinatario» (art. 7.1.d *ibídem*); o las señas «de las asociaciones y organizaciones distintas de las autoridades competentes a las que los prestadores o destinatarios puedan dirigirse para obtener ayuda práctica» (art. 7.1.e *ibídem*) (22).

Sin salirnos de los destinatarios, importa traer a colación un rasgo que aunque ya ha sido apuntado en otros apartados no es ocioso resaltar aquí de nuevo. Me refiero a la vocación transnacional que informa la misión de esta ventanilla. Y es que su razón de ser no apunta tanto al tráfico nacional —que también—, sino, preferentemente, al tránsito europeo, esto es, a la circulación fluida de servicios y prestadores en todo el territorio de la Unión. Ello significa, ni más ni menos, que el diseño de la ventanilla ha de realizarse pensando antes que en otro en el prestador extranjero, lo que repercute, claro está, en numerosos aspectos. Algunos tan palpables como el idioma utilizado. Flaco favor se hará al prestador extranjero si la ventanilla no resulta accesible más que en las lenguas

---

(22) Exigencias informativas que han de ponerse en conexión con lo previsto en el art. 21 (*Asistencia a los destinatarios*) de la Directiva.

oficiales del país de turno; evidentemente hay que pensar en la apertura hacia otras lenguas, tal vez las más utilizadas en el mundo de los negocios —de ahí que no sea extraño que la mayor parte de las ventanillas, también la española, incorporen el inglés en su cartelera. Pero además del idioma, el enfoque transnacional debe dejarse sentir en cuestiones más de fondo como la propia estructura de los contenidos de la ventanilla y su sistemática.

**B.** Hecha la anterior precisión, lo cierto es que el cuerpo central de la ventanilla está construido pensando en la simplificación de la actuación burocrática del prestador de servicios en tres momentos distintos.

a) Para empezar, a la hora de dirigirse a la Administración. En vez de tener que «peregrinar» por distintas oficinas, en mayor o menor número según las autorizaciones a pedir, estas ventanillas han de ofrecer al interesado un punto común de encuentro y un único interlocutor de enlace. Se pretende, por tanto, crear una suerte de antesala en la que las distintas Administraciones de cada país aparezcan con un solo rostro virtual ante el prestador. La ventanilla, pues, como portal donde están representadas el conjunto de las Administraciones involucradas en el control de las actividades de servicios y como enlace único con todas ellas.

b) Asimismo, la ventanilla ha de servir como oficina de información y con este propósito la DSer exige que esté capacitada para suministrar al interesado un surtido de datos ciertamente extenso: desde la descripción de todos los requisitos necesarios para emprender una actividad, incluidos los trámites y procedimientos a observar, y las señas de las autoridades en cada caso competentes; hasta la indicación de las asociaciones u organizaciones distintas de las autoridades a las que poder dirigirse para obtener ayuda práctica; pasando incluso por el señalamiento de las vías de recurso disponibles en caso de litigio (23).

El cumplimiento cabal de esta tarea informativa amaga una dificultad notable. Y no tanto por la cantidad de información. Notorio es que el empleo de Internet permite facilitar información de forma prácticamente ilimitada y cómodamente accesible. No en vano los primeros pasos de la Administración electrónica no pretendieron otra cosa que explorar el uso del canal telemático para difundir información pública general. Y el caso es que su éxito ha sido tal que la consulta de este tipo de información se ha consolidado en la ciudadanía como una vía más simple que la convencional para tener una primera toma de contacto con las actividades realizadas y los servicios prestados por las distintas Administraciones.

---

(23) El listado detallado de la información que han de suministrar las ventanillas únicas se recoge en el art. 7.1 de la DSer.



El desafío no radica, así pues, en la cantidad de información que según la DSer ha de divulgarse desde las ventanillas únicas. El meollo estriba más bien en la calidad: *non multa sed multum* (24). Y es que, como el texto comunitario se cuida de precisar, la información suministrada deber ser clara, inequívoca y actual. De los tres atributos, el que se me antoja de más compleja satisfacción es el que atiende a la claridad, es decir, a su comprensibilidad por parte de los interesados —aunque no se me escapa que también la seguridad y la actualidad acarrearán dificultades significativas (25). Porque la información administrativa no se presta por lo general a la exposición breve y al resumen, salpicada como está de tecnicismos y de matices de todo tipo. Tampoco el lenguaje administrativo soporta bien la vulgarización. En suma, rigor, sencillez y comprensibilidad constituyen tres ingredientes poco solubles cuando de información administrativa se trata (26).

c) En íntima conexión con lo anterior, se reclama de las ventanillas una cierta labor de asistencia al prestador de servicios (27). Se pretende en este sentido que no se conviertan en un simple mar de datos donde el interesado sea enviado a navegar a su ventura y riesgo. Para mitigarlo, las ventanillas habrán de proporcionar, además de información, una orientación que guíe al prestador de turno sobre los pasos burocráticos a seguir en función del proyecto que tenga, teniendo en cuenta, a la hora de trazar esos pasos, que las previsiones normativas a menudo aparecen rodeadas en la práctica de interpretaciones y usos administrativos que, sin lugar a dudas, interesa mucho conocer al prestador. Asistencia, pues, más que simple información pasiva en un modo que no puede dejar de evocar en el caso español al derecho recono-

---

(24) En torno a la calidad de la información suministrada por la Administración en Internet véase el estudio de CERRILLO I MARTÍNEZ y GALÁN GALÁN (2007). Como bien explican estos autores, no existe acuerdo en la doctrina científica en cuanto al listado completo de los atributos que ha de reunir una información administrativa para ser de calidad, pero sí existen algunas propiedades que parecen irrenunciables en todo caso (2007: 30-39). Entre esas cualidades hallamos las tres que la DSer menciona expresamente: claridad, inequívocidad o seguridad y actualidad. Junto con ellas y siguiendo de nuevo a los referidos autores, bien podrían haberse mencionado otras igualmente esenciales como la objetividad, la utilidad o relevancia y la accesibilidad.

(25) La exigencia de que la información sea inequívoca parece apuntar derechamente a la fiabilidad de los datos facilitados y, por ende, a la completitud de los mismos, de forma tal que el prestador de servicios pueda emprender su plan de negocio con la seguridad de obrar siguiendo lo señalado por una información consistente y exacta.

La actualidad de la información requiere, por su parte, de una atención constante a los cambios que puedan advenir en el plano normativo, contando con que son muchos los frentes al tanto de los cuales ha de estarse: estatal, autonómico, local, corporativo...

(26) Por mucha síntesis que se haga, lo cierto es que explicar de forma breve y entendedora —sin merma del rigor— los pasos a seguir para instalar un servicio dista de ser una tarea sencilla.

(27) Esta faceta se desprende de lo establecido en el art. 7.2 de la DSer.

cido en el art. 35.g) de la LAP, a cuya virtud los ciudadanos podrán «obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar».

Ahora bien, se trata de una asistencia que reviste dos importantes limitaciones. La primera trae causa en parte del propio formato electrónico dado que la ausencia de una atención presencial y de un contacto personal con el interesado hace más difícil acomodar la ayuda prestada a las inquietudes y pretensiones de cada cual. Uno de los pocos extremos, si bien se mira, en que la fórmula convencional de la oficina presencial sale airosa del cotejo con la nueva horma electrónica.

La segunda limitación está explícita en el texto de la DSer: la asistencia no ha de llevar al extremo de ofrecer un «asesoramiento jurídico en casos particulares» (28). Por tanto, no hace falta que la ventanilla tutele, aconseje u oriente al prestador sobre la mejor manera de pergeñar su plan de negocio. Es suficiente con que sea capaz de indicarle el itinerario burocrático a seguir según lo previsto en la normativa —y, también, según la aplicación práctica que de esa normativa se venga haciendo. A tal efecto, la propia DSer alude a la posible edición de «guías» como solución óptima —que es la que, por cierto, se ha seguido en España.

d) Todas las funciones anteriores portan consigo dificultades notables de cara a su puesta en práctica. Sin embargo, por más que el esfuerzo reclamado sea significativo, dista mucho de ser comparable con el reto que supone encomendar a la ventanilla única la gestión electrónica de los procedimientos de servicios. El mandato al respecto es de largo alcance. Ni más ni menos, así reza el art. 6.1:

«Los Estados miembros garantizarán que los prestadores puedan llevar a cabo los siguientes procedimientos y trámites a través de ventanillas únicas:

a) todos los procedimientos y trámites necesarios para acceder a sus actividades de servicios (...).

b) las solicitudes de autorización necesarias para el ejercicio de sus actividades de servicios».

Esta previsión incorpora, a la vista está, una obligación de hondo calado, que comparte el tono y la ambición del art. 8.1 *ibídem*. No en vano, el art. 8.1 *in fine* pone en conexión la conversión electrónica de los procedimientos y el despliegue de la ventanilla única, estatuyendo la obligación de que los procedimientos transformados electrónicamente puedan tramitarse a distancia desde la ventanilla única.

---

(28) Tal es la expresión que utiliza como límite el art. 7.6 de la DSer.

La contundencia del mandato no precisa de indagaciones acerca de su carácter preceptivo. El problema, lo mismo que ya vimos en relación con el art. 8.1, se contrae a acotar el alcance: ¿hasta dónde ha de llegar la gestión electrónica que es reclamada a las ventanillas?

Pues bien, no parece que existan argumentos que justifiquen un apartamiento de la interpretación anteriormente postulada. Las expresiones empleadas por la Directiva dibujan una imagen de la ventanilla única como lugar desde el que podrá llevarse a cabo la evacuación electrónica completa de los trámites, todos ellos, que sean menester. Dicho en otras palabras, el prestador deberá estar en disposición, sin tener que salir del entorno virtual de la ventanilla, de dar todos los pasos para salir airoso del «laberinto burocrático».

Brindar esta posibilidad exige que la ventanilla esté capacitada, de entrada, para registrar la iniciativa del emprendedor; a continuación, para darle curso, disgregándola en tantas instancias como autorizaciones exija el ordenamiento jurídico a los efectos de establecerse o prestar el servicio y remitiendo cada instancia a la autoridad competente para su tramitación y resolución —si no es que se ha optado por otorgar a la ventanilla competencias de naturaleza tramitadora y decisoria—; y, finalmente, para comunicar el resultado de los distintos expedientes al prestador.

Si se repasa atentamente todo este ciclo y trata de rellenarse cada estadio con el instrumental electrónico adecuado, no tardará en advertirse que el nivel de desarrollo electrónico con que ha de contar la ventanilla única es ciertamente alto: necesita, cuando menos, que se articule en forma de sede electrónica y que ésta sirva de base para instalar un registro electrónico y un sistema de comunicaciones electrónicas seguras con los usuarios y con las Administraciones involucradas, amén de todos los apéndices y elementos auxiliares que vienen de suyo. ¡Las alforjas necesarias para este viaje no son precisamente pequeñas!

### **3. El principal obstáculo a remover para asegurar la operatividad de la ventanilla única virtual: la complicidad de todas las Administraciones involucradas y la llave maestra de la interoperabilidad**

Ya se han dado motivos para reconocer en la ventanilla única virtual de servicios una obra de factura compleja. Sin embargo, he omitido conscientemente la referencia al que con toda seguridad constituye el mayor obstáculo de cuantos han de sortearse y que, por eso mismo, bien merece una atención singular: su naturaleza reticular, esto es, su articulación como centro neurálgico de una red que conecta a un mosaico de puntos —tantos, de hecho, como Administraciones representadas.

No hay que olvidar que la construcción de la ventanilla única que nos ocupa no concierne únicamente a una sola Administración, sino que, por definición, involucra a todos los organismos e instituciones que ejercen algún tipo de control administrativo —en forma de autorización, registro...— sobre las actividades de servicios que son objeto de la Directiva. De manera que si de verdad se aspira a hacer de la ventanilla un lugar único de enlace en grado de cumplir todas las funciones encomendadas por el legislador comunitario, es claro que la implicación de todas las Administraciones con parte en el negocio pasa a ser una auténtica condición *sine qua non*. Basta con que alguna de esas Administraciones se desentienda o simplemente deje de transmitir la información relativa a los cambios habidos en su respectiva organización y normativa para que todo el edificio se resienta. Pero si la simple desatención puntual va más lejos y se convierte en una conducta persistente, incorregible y extendida entre ciertas Administraciones, se corre el riesgo entonces de que la ventanilla se erija en un testimonio más de la rancia y farragosa burocracia y no en un símbolo de la simplificación administrativa de hoy.

**A.** Cae por su propio peso, pues, que para que la ventanilla única de servicios devenga una herramienta útil es menester una dosis de cooperación y de colaboración interadministrativas absolutamente extraordinaria. Y a tal fin mucho me temo que no importan tanto los anclajes normativos —todo lo que cabría decir se resume desde hace tiempo en el art. 4 de la LAP— cuanto la disposición y el compromiso con esta trabajosa empresa. Como luego se verá, es justamente aquí donde anida el principal motivo de preocupación del legislador español. No en vano, rápidamente choca que la transposición española de la regulación comunitaria de la ventanilla única de servicios se haya rodeado de una serie de llamamientos y recordatorios expresos por parte del legislador estatal a las restantes Administraciones implicadas, autonómica, local y colegial, a fin de que tomen conciencia de su cuota de participación —y, por ende, de responsabilidad— en el éxito de esta herramienta y se empeñen con ahínco. Incluso se ha ideado una curiosa forma de «caución» con el objetivo de que la Administración estatal quede a cubierto para el caso de una hipotética sanción de la Unión por causa de la dejadez o falta de aplicación de alguna de estas Administraciones en el cumplimiento del Derecho comunitario.

Tirando el hilo del mismo discurso y de nuevo pensando en el caso español, no hay que dejar de tomar nota y hacer caso de la experiencia acumulada en nuestro país en otros proyectos de similar orientación que también pretendían agrupar bajo una misma ventanilla pública a distintas Administraciones territoriales. Al hacerlo, no tardaremos en identificar problemas que de seguro van a reproducirse con ocasión de la ventanilla única de servicios a no ser que se dispongan antes remedios. En particular, ya sabemos por experiencia

que para lograr la implicación resuelta de todas Administraciones es del todo necesario aclarar la responsabilidad de cada cual en el discurrir de la ventanilla y exteriorizar el esfuerzo individual a fin de que no se diluya todo en un artificio que sólo «pertenece» —en lo que a la ventura respecta— a la Administración territorial superior (29).

**B.** Las anteriores consideraciones muestran lo importante que es la colaboración y cooperación interadministrativas en la recta configuración de un instrumento de fusión como la ventanilla única —abocado por naturaleza a la dependencia recíproca entre las Administraciones concernidas. Pero si además el mecanismo ha de tener una proyección virtual (a) y una vocación transnacional (b), entonces, las exigencias de colaboración, de suyo ya notables, se disparan.

a) La proyección de una ventanilla única en Internet extiende la necesidad de cooperación al andamiaje, esto es, a la estructura desde la que se configura y a partir de la cual se organiza toda la construcción. A diferencia de la creación de una oficina de corte presencial, cuyos instrumentos y modos de trabajo, comenzando por el papel, ya están predefinidos y no precisan de una atención específica o particular, en el caso de las sedes electrónicas, la definición de las herramientas no sólo se erige en una decisión importante, sino que, además, obliga a escoger entre una diversidad de fórmulas. No es extraño así que en el panorama de la e-Administración se hayan adoptado opciones que nada o poco tienen que ver entre sí, dando como resultado una planta administrativa electrónica con un alto grado de incompatibilidad, donde, por puras razones técnicas, es difícil el intercambio de información —reconocible para un sistema pero ilegible para otro— y no digamos ya la realización de actuaciones conjuntas.

Si se tiene esto presente, se comprende a la perfección la conveniencia de que el andamiaje de la ventanilla única electrónica de servicios responda a un modelo capaz de desenvolverse sin estridencias operativas motivadas por la disparidad tecnológica de las Administraciones implicadas. Se trata, en la terminología propia de la e-Administración, de asegurar su interopera-

---

(29) De gran interés resulta, por ejemplo, el examen de las causas del fracaso de iniciativas tales como el portal «Cat365» que pretendía alcanzar un alto grado de integración de los procedimientos y gestiones administrativos de la Administración de la Generalitat y de los entes locales de Cataluña. Como explica al respecto BERNADÍ GIL (2008: 323): «la insistencia en hacer desaparecer, a los ojos de los ciudadanos, la complejidad del reparto competencial entre las diversas administraciones participantes se tradujo en una arquitectura que no únicamente diluía las responsabilidades de estas administraciones sino que, además, supuso una pérdida de visibilidad prácticamente total de unas de ellas (los ayuntamientos). Más allá de la intención realmente perseguida, y sin gozar de ninguna legitimidad para ello, los anónimos redactores del *software* habían logrado cambiar —en el ciberespacio— la distribución real de competencias. Del recelo municipal inicial se pasó a una franca oposición y de ésta a terminar definitivamente con el invento».

bilidad (30). Y para ello habrá que estar, por lo que respecta a España, a lo dispuesto en el Esquema Nacional de Interoperabilidad (2010), que es la norma que, con carácter básico y común, establece los criterios que habrán de seguirse por todas las Administraciones españolas en la implantación de los sistemas de información que dan soporte a la e-Administración (31).

b) La vocación transnacional de la ventanilla única de servicios no hace por su parte otra cosa que añadir una albarda en los lomos de la interoperabilidad, trayendo a escena la diversidad de los planteamientos e instrumentales de e-Administración que campean a lo largo y ancho de la Europa comunitaria. Naturalmente, la orientación de la ventanilla al servicio de los prestadores extranjeros no puede hacerse dejando a un lado los útiles de Administración electrónica empleados en su país y exigiéndoles sin ningún tipo de paliativo la adaptación a los nuestros. No, al menos, si la concepción de fondo se inspira en la simplificación del mercado europeo de servicios. Porque exigir al prestador que cambie de útiles electrónicos a su paso por cada país no redunda precisamente en la simplificación de la gestión burocrática (32). Y lo que es peor: una tal situación, más que unificar el mercado de servicios y acercarlo a todos los rincones de Europa, contribuye a su fragmentación por obra de un cantonalismo electrónico que es preciso evitar (33).

La Unión Europea es bien consciente del problema que asoma en estos cantones electrónicos y del grave paso atrás que pueden representar no solamente para el mercado interior y para las libertades de circulación, sino, en general, para el éxito de las distintas políticas de la Unión. Y en coherencia con ello ha venido impulsando la interoperabilidad trabajando desde diferentes plazas y con

---

(30) La trascendencia que para el éxito de la Administración electrónica tiene la interoperabilidad de los sistemas de información ha sido destacada por GAMERO CASADO (2009) en un reciente estudio. Tal es su papel protagonista que, en palabras del propio autor, la interoperabilidad es «el mayor paso adelante que se puede lograr en la gestión administrativa, ahorrando cantidades incalculables de tiempo y de dinero a las Administraciones públicas y a los ciudadanos» (pág. 293); y, en la misma línea, afirma que estamos ante «el desafío más importante que se plantea a la gestión administrativa en la primera mitad del siglo XXI» (pág. 294). Otros autores, como CERRILLO I MARTÍNEZ (2008), han venido insistiendo también en la interoperabilidad como uno de los pilares de la e-Administración.

(31) El Esquema Nacional de Interoperabilidad (ENI) aparece anunciado en el art. 42.1 de la LAE y ha tomado cuerpo con la aprobación del RD 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica.

Para conocer los antecedentes de esta norma y para situarla adecuadamente —en el lugar central que le corresponde— en el panorama de la e-Administración en España, véase GAMERO CASADO (2009: 317-332).

(32) En torno a esta idea giran algunas de las indicaciones del *Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios* (2007: 24-25).

(33) En definitiva: o se encara la disparidad tecnológica a escala europea o se comprometerá seriamente la virtualidad transnacional —si se prefiere, la virtualidad a secas— de la ventanilla única de servicios.

distintos enfoques aunque siempre, eso sí, con el norte puesto en la consecución de una convergencia electrónica, difícil pero cada vez más necesaria (34).

a) Como quiera que esta convergencia electrónica no es asunto exclusivo de la D<sup>Ser</sup>, sino que de ella depende el progreso de buena parte de las políticas de la Unión y de las actividades comunitarias, se está llevando a cabo una intensa labor en este terreno en el contexto que proporciona el programa de soluciones de interoperabilidad de las Administraciones Públicas europeas (ISA) (35). El programa ISA constituye el último eslabón de una línea de actuación que desde 1995 fomenta la adopción de respuestas comunes a partir de la estrecha colaboración entre la Unión y los Estados y de la interiorización de la conveniencia de alumbrar de consuno soluciones técnicas y esquemas de trabajo unívocos. Todo ello con vistas a que, aparte de potenciar la unidad y la eficiencia en el desarrollo de la e-Administración, se sienten las bases que hagan de veras posible la proyección europea de los servicios públicos electrónicos (36). Por más que esta senda basada en la colaboración —y asentada en el principio de subsidiariedad ex art. 5 del Tratado de la Unión Europea (37)— siempre presente limitaciones, es lo cierto que desde su nacimiento los logros cosechados no son menores. Entre ellos destaca la creación de una red que permite el intercambio de información entre la Unión y los Estados miembros en un entorno cerrado y seguro (TESTA: *Trans European*

---

(34) Un buen reflejo de esta toma de conciencia y, en particular, de la posición de la Comisión sobre el tema puede encontrarse, entre otros muchos documentos, en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento, *Interoperabilidad de los servicios paneuropeos de administración electrónica*, de 13 de febrero de 2006, COM (2006) 45 final.

(35) El programa ISA, que ha de desplegarse durante el quinquenio 2010-2015, aparece definido en la Decisión 922/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa a las soluciones de interoperabilidad para las administraciones públicas europeas (ISA). Este programa toma el testigo de los anteriores programas IDA I (1995-1998; Decisión 95/468/CE del Consejo de la Unión Europea, de 6 de noviembre de 1995, sobre la contribución comunitaria al intercambio telemático de datos entre las Administraciones en la Comunidad; IDA II (1999-2003; Decisión 1720/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 1999, por la que se aprueba un conjunto de acciones y medidas al objeto de garantizar la interoperabilidad de las redes telemáticas transeuropeas destinadas al intercambio electrónico de datos entre administraciones); e IDABC (2004-2009; Decisión 2004/387/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a la prestación interoperable de servicios paneuropeos de administración electrónica al sector público, las empresas y los ciudadanos).

(36) Amplia información sobre el programa ISA y el estado de su despliegue puede encontrarse en la página web [ec.europa.eu/isa](http://ec.europa.eu/isa).

(37) Recordemos que el principio de subsidiariedad exige que, en los ámbitos que no sean de competencia exclusiva de la Unión Europea, su intervención sólo tenga lugar cuando «los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión» (art. 5.3 del TUE). Situación que encaja perfectamente con el fenómeno de la interoperabilidad.

Services for Telematics between Administrations); y el alumbramiento del Marco Europeo de Interoperabilidad (EIF: *European Interoperability Framework*) (38). Un marco cuyos planteamientos, con buen criterio, han sido tenidos en cuenta al elaborar nuestro Esquema Nacional de Interoperabilidad (39).

b) Además de los avances en la línea recién descrita, la Comisión ha adoptado también medidas *ex professo*, que atienden específicamente a los objetivos de la DSer, aprovechando para ello la habilitación contenida en el art. 8.3 de la DSer. Se faculta allí a la Comisión para adoptar normas tendentes a «facilitar la interoperabilidad de los sistemas de información y la utilización de los procedimientos electrónicos entre los Estados miembros».

Sirviéndose de este conducto, la Comisión ha venido a establecer algunas pautas comunes sobre el uso y la aceptación de firmas electrónicas por parte de las ventanillas únicas (40). Aunque estas pautas poseen, ciertamente, un contenido prescriptivo tímido, no dejan de ser un claro intento por limitar y reconducir a un mismo cauce las estrategias estatales implantadas a la hora de identificar a los interesados y autenticar su voluntad en el entorno virtual de la ventanilla única. La Comisión, en este sentido, no ha llegado al extremo de elaborar un listado con las firmas electrónicas utilizables en cualquier ventanilla única de servicios, pero sí ha fijado al menos una serie de directrices en cuanto a la manera de introducir el uso de las firmas electrónicas avanzadas basadas en un certificado reconocido (41).

---

(38) Para adentrarse en el conocimiento de la red TESTA, así como del EIF, y todas sus evoluciones, nada mejor que comenzar consultando a fondo la página web del antiguo programa IDABC —predecesor del actual programa ISA— en [ec.europa.eu/idabc](http://ec.europa.eu/idabc).

(39) Así se indica en el preámbulo del ya mencionado RD 4/2010, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica (§ 2).

(40) Decisión de la Comisión 2009/767/CE, de 16 de octubre de 2009, por la que se adoptan medidas que facilitan el uso de procedimientos por vía electrónica a través de las «ventanillas únicas» con arreglo a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior.

(41) Valga una pequeña precisión al respecto. La firma electrónica avanzada constituye una especie dentro de la familia más amplia de las firmas electrónicas caracterizada, como su nombre indica, por un nivel de seguridad más avanzado. Tal y como se define en la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, por tal hay que entender aquella firma electrónica que cumpla los siguientes requisitos: «a) estar vinculada al firmante de manera única; b) permitir la identificación del firmante; c) haber sido creada utilizando medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control; d) estar vinculada a los datos a que se refiere de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectable» (art.2.2). En términos similares se expresa el art. 3.2 de la Ley de Firma Electrónica (Ley 59/2003, de 19 de diciembre).

En cuanto a la exigencia de que dicha firma cuente con un certificado reconocido, hay que estar a los requisitos establecidos para este tipo de certificados en los anexos I y III de la Directiva de firma electrónica.



De entrada, la Comisión no tiene empacho en explicitar su preferencia por un funcionamiento «sencillo» de las ventanillas únicas, trasladado también al asunto de la identificación y autenticación electrónicas. De esta forma, la exigencia al prestador de la posesión de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido adquiere un cierto aire de excepcionalidad. Sólo tendrá cabida para ciertos trámites, aquellos en los que, después de realizarse una evaluación de riesgos, se llegue a la conclusión de que es imprescindible, por razones de seguridad, exigir al interesado una firma electrónica con un nivel de certeza equivalente a la firma manuscrita (42). Apela, pues, la Comisión, a uno de los quicios fundamentales en la inteligencia de la Administración electrónica: la seguridad admite diferentes grados y no es preciso acudir sistemáticamente al más alto de todos ellos cuando la entidad de la gestión o del trámite no lo demanda —directriz que encaja a la perfección en la filosofía de nuestra LAE, partidaria de una implantación de la Administración electrónica a medida del riesgo o *secundum periculum* (43). De no hacerlo así se corre el riesgo de «agarrotar» la actuación electrónica de los interesados exigiendo niveles de seguridad desproporcionados.

Esto supuesto, hecha la evaluación, si el Estado identifica ciertos trámites para cuya evacuación va a exigirse al prestador disponer de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido deberá hacer lo posible para facilitar su empleo. A tal efecto, cada Estado publicará una «lista de confianza», indicando claramente los proveedores de servicios de certificación en grado de expedir certificados con el nivel de seguridad apropiado según su criterio (44).

Las pautas de la Comisión se cierran con una cláusula genérica que proscribe la introducción de requisitos añadidos al empleo de las firmas electrónicas avanzadas que aparezcan reconocidas como aptas en las aludidas listas de confianza.

---

(42) Acerca de los efectos jurídicos de la firma electrónica avanzada, véase lo dispuesto en el art. 5.1 de la Directiva de firma electrónica con respecto a su posible equivalencia con la firma manuscrita cuando se cumplan ciertas condiciones —certificado reconocido y dispositivo seguro de creación de firma. Por lo que se refiere a España, es de notar que, conforme al art. 3.4 de la Ley de firma electrónica, «la firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel».

(43) Una idea que en la LAE ha cristalizado en un auténtico principio básico en el uso de las TIC. Estoy refiriéndome al principio de proporcionalidad, en cuya virtud «sólo se exigirán las garantías y medidas de seguridad adecuadas a la naturaleza y circunstancias de los distintos trámites y actuaciones» (art. 4.g).

(44) En el caso de España, la lista de confianza ha sido elaborada por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Dicha lista puede consultarse en su sede electrónica: [sede.mityc.gob.es](http://sede.mityc.gob.es).

Está por ver si la Comisión no se verá obligada a utilizar de nuevo la habilitación contenida en el art. 8.3 de la DSer. Y es que, además de los sistemas de identificación y de autenticación electrónicos, hay muchos otros elementos cuya forma electrónica hará bien en unificarse en orden a un funcionamiento armónico de las ventanillas únicas. No puedo dejar de mentar en este sentido el papel crucial de los documentos electrónicos —que a menudo son apéndice esencial de las solicitudes presentadas. Sin una unidad, así sea de mínimos, en cuando a las condiciones de autenticidad, integridad y conservación de los documentos electrónicos difícilmente las ventanillas podrán hacer las veces de registro eficaz de las iniciativas de los prestadores.

Es cierto que la activación del art. 8.3 de la DSer se pensó como un remedio más bien excepcional en la medida en que se confiaba en los avances alcanzados a partir de las vías de actuación consensuada a las que antes hacía mención y, señaladamente, en la consolidación del Marco Europeo de Interoperabilidad. Sin perjuicio de esta apuesta por una convergencia electrónica a base de persuasión, la virtualidad de instrumentos tales como el Marco Europeo de Interoperabilidad para acicatear a los Estados tropieza con su carácter voluntario y con su inspiración flexible. Cabe temer, por eso mismo, que de no darse algún paso adelante en el reforzamiento de su fuerza de obligar y de la rigidez de sus contenidos su incidencia no resulte suficiente en el contexto de la Directiva de Servicios (45).

## **V. LA RECEPCIÓN ESPAÑOLA DE LOS MANDATOS DE ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA IMPUESTOS POR LA DIRECTIVA DE SERVICIOS**

### **1. Los obstáculos que entorpecen el proceso de recepción de la DSer**

El cumplimiento de las obligaciones en términos de Administración electrónica recogidas en la DSer resulta, por todo lo expuesto, difícil. Ello no obstante, la situación de partida de nuestro país, situado a la cabeza mundial en lo que a e-Administración y servicios públicos electrónicos hace, bien podría llevar a pensar que el mentado reto no ha de representar particulares dificultades en

---

(45) En su estudio sobre la interoperabilidad, GAMERO CASADO (2009:301) advierte que es posible apreciar, en términos generales, un giro en la evolución de los modelos de interoperabilidad que lleva a superar el modelo de corte voluntario y flexible para acoger un modelo vinculante y rígido, cuando menos en ciertos puntos estratégicos como la identidad digital. A diferencia del caso español, donde, como ya se ha dicho, el ENI posee carácter básico ex art. 149.1.18º de la CE, el *handicap* de la Unión Europea a la hora de efectuar este tránsito radica en la debilidad de los soportes competenciales en su haber para imponer con carácter vinculante un determinado patrón electrónico.

nuestro caso (46). Al fin y al cabo, más que de emprender un nuevo viaje, se trataría simplemente, teniendo en cuenta esta posición adelantada, de avanzar en uno ya iniciado y de hacerlo, además, con la confianza de estar familiarizado con el cuaderno de bitácora.

Tal suposición tiene, en efecto, una fundada razón de ser. España cuenta con una legislación vanguardista y atrevida en materia de Administración electrónica. Y no son pocas las organizaciones públicas que han transformado de forma ejemplar su actuación haciendo del canal electrónico no sólo una alternativa eficaz a la vía tradicional, sino incluso una alternativa con valor añadido, alumbrando, en definitiva, nuevos servicios públicos. Seguramente, no hay mejor exponente de lo anterior que el que representa la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Pero en muchos otros ámbitos encontramos destellos de esa implicación electrónica que trasciende el trasunto virtual de los cometidos tradicionales y que aporta un *quid aliud* fuera del alcance de los formatos convencionales.

Ahora bien, la existencia de indicadores punteros, capaces de inclinar la balanza del lado favorable cuando se otea desde lo alto el panorama de la e-Administración en España, no debe hacer olvidar que no es oro todo lo que reluce y que nuestro modelo de Administración electrónica arrastra también importantes deficiencias, algunas, además, de carácter estructural. Ahí está, señaladamente, la disparidad abismal que en este orden presentan las Administraciones estatal, autonómica y local.

Es un hecho cierto que el grado de desarrollo en la implantación de medidas de organización y de relación electrónicas con los ciudadanos difiere ostensiblemente en los tres niveles territoriales de Administración. Tan acentuada llega a ser la disparidad que, en última instancia, pone en jaque cualquier plan cuya consecución exija el concurso de todos los niveles territoriales de Administración. Para ser más precisos, la distancia que separa a las Administraciones autonómicas y locales —sobre todo a estas últimas— con respecto a los picos de «ejemplaridad» electrónica propios de algunos servicios y organizaciones dificulta la recepción armónica de propuestas de reforma electrónica que no

---

(46) La afirmación anterior se fundamenta en el ranking que recoge el informe periódico que confecciona la ONU para pulsar y efectuar un diagnóstico de la situación mundial del *e-government*. En el último de estos informes (*United Nations E-Government Survey 2010. Leveraging e-government at a time of financial and economic crisis*), dedicado a reflexionar —y concienciar— sobre la implantación de los servicios públicos electrónicos como herramienta para mitigar los efectos de la crisis económica, revitalizando el papel de la Administración, se coloca a España en los puestos de cabeza en el desarrollo del *e-government*, concretamente en la novena posición, destacando al mismo tiempo el salto experimentado desde el informe anterior (*United Nations E-Government Survey 2008. From E-Government to Connected Governance*), donde figuraba en la vigésima posición.

En mérito justamente de este progreso tan sobresaliente, España ha recibido en 2010 el galardón especial de la Encuesta sobre Gobierno Electrónico de Naciones Unidas.

persigan tan solo transformar una prestación puntual, domiciliada en una Administración aislada, sino que aspiren a modernizar en bloque un determinado sector de la actuación administrativa.

El programa de la DSer pertenece, por supuesto, a este último grupo. Y es por ello que la transposición de los mandatos de Administración electrónica contenidos en esta Directiva ha encontrado —y sigue encontrando— en el desequilibrio electrónico entre Administraciones la resistencia que más amenaza su suerte (epígrafe 4).

Junto con este obstáculo —el principal, a mi modo de ver—, la recepción de la savia electrónica de la DSer ha tropezado con otros dos inconvenientes, de envergadura menor, ciertamente, pero al cabo inconvenientes, que igualmente interesa conocer: uno es de índole formal y atañe a la elección de la concreta norma de transposición donde depositar y desarrollar los contenidos de la DSer sobre e-Administración (epígrafe 2); el otro es de orden material y tiene que ver con la comprensión cabal de las exigencias de fondo a que conduce perfeccionar la voluntad del legislador comunitario (epígrafe 3).

## **2. La elección de la norma de transposición: la ausencia de armonía entre la ley de servicios y la ley de Administración electrónica**

A la hora de transponer el contenido de la DSer relativo a la e-Administración dos eran las propuestas que, *a priori*, parecían ofrecer una salida adecuada: la primera abogaba por utilizar como norma de transposición la LAE. Qué mejor lugar, si pensamos en la faceta electrónica, que la ley de cabecera en materia de Administración electrónica para ubicar las obligaciones de transformación electrónica de los procedimientos en el ramo de los servicios, así como de creación de la ventanilla única virtual (A). La segunda opción, en cambio, apuntaba en una dirección distinta. Para evitar trocear los contenidos de la Directiva y conservar la unidad de su programa, se estimaba más procedente confeccionar un texto normativo *ad hoc* donde incorporar a nuestro Derecho de manera compacta y sin desmembraciones el contenido completo de la DSer, incluidas las previsiones sobre simplificación y modernización electrónica (B).

**A.** Inicialmente, fue la primera de las opciones la que se impuso. Y es que no hay que olvidar que pocos días antes de la aprobación de la DSer se iniciaría en España la andadura parlamentaria de la que acabaría siendo la actual LAE (2007), por lo que se servía en bandeja una oportunidad del todo propicia para satisfacer las exigencias del legislador comunitario (47).

---

(47) El Proyecto de Ley para el acceso electrónico de los ciudadanos a las Administraciones Públicas —ése era su título inicial— fue presentado el 7 de diciembre de 2006 en las Cortes

Fue así como la LAE vino a asumir el papel de norma de transposición de los mandatos de Administración electrónica contenidos en la DSer, anticipándose de este modo a la recepción del resto de la Directiva, que habría de producirse en otro lugar y momento. En concreto, según se indicaba en la exposición de motivos, el legislador había aceptado el encargo de incorporar a nuestro Derecho los arts. 6, 7 y 8 de la DSer; por tanto, aquéllos relacionados con la ventanilla única virtual de servicios, el derecho de información de los prestadores y usuarios por canales electrónicos y la conversión al nuevo formato de los trámites y procedimientos de servicios (48).

El resultado fue, no obstante, claramente insatisfactorio (49). El legislador hizo gala de una visión muy reducida y poco tamizada de las exigencias reales que dimanaban de los aludidos preceptos. En cierta forma, digamos que se daba por supuesto que todo lo necesario para colmar el compromiso comunitario se encontraba ya recogido sustancialmente en los principios y previsiones de la LAE, sólo necesitados a tal efecto de alguna que otra precisión. Nada había que añadir así a la tramitación electrónica de los procedimientos administrativos. Una pequeña referencia al derecho de información de los prestadores y destinatarios de los servicios por vía electrónica (art. 6.3) y otra a las ventanillas únicas de servicios dentro de la regulación de las redes integradas de atención al ciudadano (art. 44.2) se estimaban suficientes para dar cumplimiento a los mandatos de Europa.

Como era de esperar, no tardó en comprobarse que con puntualizaciones tan magras apenas sí se reflejaba el alcance de las obligaciones de la DSer; algo que resultaba especialmente visible en relación con la ventanilla única de servicios. Sobre ella, la LAE se limitaba a anunciar su creación de una forma muy vaga y a esbozar, también de forma imprecisa, sus funciones. Nada más. Ni rastro de los contornos de este instrumento ni del desarrollo de sus cometidos, siendo que representa, como ya se sabe, una de las perlas de la DSer. Lo mismo puede decirse de la conversión electrónica de los procedimientos y trámites de servicios, que no aparece impuesta como obligación específica en ningún pasaje de la LAE. Como tampoco se hace alusión al derecho de los prestadores a la realización —en la significación que tal expresión adquiere en la DSer: evacuación a distancia de todo el ciclo procedimental— electrónica de dichos procedimientos y trámites a través de la ventanilla única de servicios.

---

Generales. En él, no se hacía mención a la transposición de la Directiva de Servicios. Tal objetivo fue planteado durante su tramitación parlamentaria, concretamente a través de diversas enmiendas de adición formuladas en el Senado por el grupo parlamentario socialista (enmiendas núms. 121, 122 y 131, en BOCG, Senado, VIII Legislatura, Serie II, de 21 de mayo de 2007, núm. 97, págs. 66, 67 y 70).

(48) Así se indica expresamente en el § IV de la exposición de motivos.

(49) En este sentido me pronuncié ya en otro trabajo (CIERCO SEIRA, 2009: 20-22).

Hacía falta, en suma, mucho más que unas simples referencias genéricas para transponer el rico y exigente catálogo de obligaciones que porta consigo la DSer en el terreno de la Administración electrónica.

**B.** La superficialidad de la transposición operada por la LAE hizo bascular al legislador hacia la segunda opción, es decir, hacia la confección de un texto *ad hoc* en el que volcar de manera íntegra el programa normativo de la DSer.

Llegamos de este modo a la LSer (2009), diseñada, en efecto, como una ley horizontal de recepción global de la DSer y, al mismo tiempo, como la plataforma básica desde la que desarrollar las reformas normativas puntuales en los variopintos y muy numerosos sectores relacionados con las actividades de servicios —tanto más en un ordenamiento tan parcelado competencialmente como es el nuestro. En esta ley horizontal, «paraguas» de una catarata de reformas, han quedado depositados los mandatos relacionados con la e-Administración, ordenados por una sistemática que, por lo demás, recuerda mucho a la de la Directiva.

He de decir que, a mi juicio, esta alternativa cuenta en su favor con un elemento determinante. Y es que las obligaciones de Administración electrónica que se contienen en la DSer no pueden desmembrarse fácilmente, como si fuesen éstas encargos aislados y aun aislables. Antes al contrario, son parte de una estrategia mayor de simplificación administrativa que ha de trabajarse en conjunto y que cobra plena virtualidad dentro del proceso de revisión y simplificación del entorno burocrático del mercado de servicios y de las actividades terciarias que propone la DSer. Quiere ello decir, por ejemplo, que la transformación electrónica de los trámites y procedimientos no es, según el esquema y la filosofía de la Directiva, un fin en sí misma; constituye un estadio al que sólo ha de llegarse después de completar un ejercicio de evaluación en clave simplificadora de los modos y procedimientos de intervención administrativa que acaso puede llevar a otra forma de combatir la complejidad que ahorre la mudanza electrónica o que aconseje la adopción de medidas complementarias.

Supuesto lo anterior, es lo cierto que el fraccionamiento de la transposición de la DSer operado por la LAE no se compadecía bien con esta idea de integración en un plan mayor donde no sólo cabe lo electrónico en pos de la relación más simple y ágil con los emprendedores. Ahora bien, que la LSer represente un mejor recipiente que la LAE, en razón de su tratamiento integral de la simplificación, para incorporar a nuestro Derecho los mandatos de Administración electrónica de la DSer, no debe llevar a desconocer el destacado papel que, sin perjuicio de ello, está llamada a desempeñar la LAE. Porque, más pronto que tarde, habrá que acudir a ella, en tanto que

ley de cabecera en materia de Administración electrónica, para encontrar el instrumental adecuado con el que llevar a puro y debido efecto las distintas previsiones de la LSer. Así, si se quiere que todos los trámites y procedimientos puedan tramitarse telemáticamente, habrá que estar a lo allí previsto en relación con los registros electrónicos, las comunicaciones electrónicas o el expediente digital; si hay que crear y poner en marcha una ventanilla única virtual, no podremos olvidarnos de la interconexión e interoperabilidad según las pautas prescritas en la LAE.

Pues bien, hete aquí que al virar en la transposición hacia la LSer, el legislador ha olvidado los ineludibles lazos con la LAE, dando como resultado un escenario en el que ambas leyes, no obstante su evidente conexión, parecen darse la espalda.

En efecto, después de aprobar la LSer, el legislador decidió reformar la LAE en la línea de reforzar y hacer más patente su compromiso con las obligaciones dimanantes de la DSer. Para ello, se dio una nueva redacción al art. 6.3 de la LAE, describiendo con más detalle y hondura el derecho específico que en el entorno electrónico asiste a los prestadores de servicios: «en los procedimientos relativos al acceso a una actividad de servicios y su ejercicio, los ciudadanos tienen derecho a la realización de la tramitación a través de una ventanilla única, por vía electrónica y a distancia» (50). Ya no se habla, pues, únicamente de la obtención de información por vía telemática, sino que se va más allá: el derecho alcanza ahora a la «realización de la tramitación» que, como ya se ha explicado otras veces, abarca todo el ciclo procedimental.

Se graduó, así pues, el grado de exigencia impuesto por la DSer. Sin embargo, no se advirtió que la adecuada armonía entre ambas leyes, la LSer y la LAE, precisaba de otros ajustes mucho más importantes que éste. Me referiré a continuación a los dos que juzgo más significativos.

a) Resulta chocante, de entrada, la falta de sintonía en lo que respecta al ritmo de implantación de las medidas de Administración electrónica. La LSer, acatando lo así dispuesto por la DSer, fija un plazo cierto para la transformación electrónica que rodea al mundo de los servicios —a saber, el 28 de diciembre

---

(50) Tal es la nueva redacción del art. 6.3 de la LAE según la modificación operada por el art. 3 de la Ley ómnibus —por este nombre se conoce a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Por cierto, repárese en la ubicación sistemática: colocar este derecho en el art. 6 de la LAE no puede ser más que un lapsus, amén de la enésima muestra de descoordinación legislativa, si tenemos en cuenta lo previsto en la disposición final tercera ibídem, donde, como a continuación se dirá, se concede a las Administraciones autonómicas y locales una prórroga en la implantación de los derechos reconocidos en el art. 6 hasta que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias.

de 2009— y lo hace de una forma indiscriminada en el sentido de que no hace reservas en función de cuál sea la Administración involucrada (51). Este ritmo, sin embargo, no encaja con el planteamiento que preside la LAE, más receptiva con los problemas de desequilibrio tecnológico entre Administraciones. De ahí que establezca un tránsito a medida de las disponibilidades presupuestarias —*ad calendas graecas*, pues— para los niveles autonómico y local en relación con un punto central de la Administración electrónica como es el relativo a los derechos de los ciudadanos en este nuevo entorno (52).

La LSer y la LAE resultan, por tanto, normas de Administración electrónica con un horizonte temporal claramente discordante. Se dirá, y es cierto, que tal desajuste no genera una antinomia por afectar la primera a una materia concreta. Pero que en el plano teórico pueda recurrirse al argumento de la especialidad *ratione materiae* no quita que en la práctica se lance un mensaje confuso a las Administraciones autonómicas y, más aún, a las locales. Mientras que la LAE vino a tranquilizar el ánimo del grueso de los municipios españoles, incapaces de afrontar la satisfacción de un catálogo de derechos tan exigente como es el previsto en su art. 6, permitiendo un ingreso escalonado en el nuevo escenario electrónico, la LSer irrumpe exigiendo un tránsito inmediato que coge por sorpresa a esos municipios —también a no pocas Administraciones autonómicas— que dejaron para más adelante, al albur de la bonanza económica, la inversión en los servicios públicos electrónicos; un tránsito que ahora, en virtud de la LSer —en rigor, de la DSer—, deben culminar —si es que no empezar— apresuradamente, siquiera sea en un ámbito acotado como es el de las actividades terciarias. ¿Por qué la LAE, en 2007, sabedora del plazo establecido por el legislador comunitario, no allanó el camino, concienciando y preparando a las distintas Administraciones autonómicas y locales para afrontar con solvencia el cumplimiento de las exigencias comunitarias? Y siguiendo el mismo discurso: ¿por qué la LSer se desentiende ahora, sin ningún tipo de paliativo, de la adaptación escalonada amparada por la LAE?

b) Además de los calendarios discordantes, la escasa comunicación entre ambas leyes sale a relucir también cuando se analiza la dimensión europea de las medidas de Administración electrónica. Como ya es sabido, las herramientas contempladas por la DSer, especialmente la ventanilla única electrónica, tienen vocación transnacional y ello repercute en el tratamiento de muchas cuestiones, comenzando por la interoperabilidad. A pesar de ello, no hay rastro en la LAE —tampoco en la LSer— de una preocupación por la proyección europea de la e-Administración.

---

(51) Véase la disposición final sexta de la LSer (*Entrada en vigor*).

(52) Hago referencia a la célebre disposición final tercera de la LAE (*Adaptación de las Administraciones Públicas para el ejercicio de derechos*).



### **3. La falta de interiorización de la magnitud de las obligaciones impuestas por la DSer en lo que hace a la e-Administración**

Otro de los inconvenientes con que está tropezando la recepción de la savia de la DSer en lo que atañe a la e-Administración se encuentra en la falta de interiorización del largo alcance de los deberes mandados desde Europa. Y no me refiero sólo a la cuestión del desequilibrio tecnológico entre Administraciones y de las dificultades del grueso de la planta local española para hacer dichos deberes —que es rémora que siempre aflora. Tengo aquí en mente el duro compromiso que para cualquier Administración supone poner en marcha una tramitación electrónica completa de un expediente administrativo y acoplarla luego sin estridencias en el singular contexto de una ventanilla única virtual. Abultar, tal vez abulte poco este fardo, pero, desde luego, pesa mucho.

De haberse caído en la cuenta de la gravedad del encargo, probablemente habría sido prudente tratar de matizarlo dentro de lo posible, condensando la transformación electrónica en los momentos claves de la entrada de la solicitud y de la notificación de la resolución y reconociendo en relación con el resto del progreso secuencial el derecho del interesado a conocer, por vías electrónicas, el estado de la tramitación. En su lugar, sin embargo, la LSer se limita a repetir, utilizando casi siempre las mismas palabras, lo indicado en la DSer, sin ofrecer la más mínima pista de en qué consiste o cómo se viene a interpretar el derecho a la realización electrónica de los trámites y procedimientos. La LSer acusa en este sentido el uso excesivo de la simple transcripción como técnica de transposición; un rasgo que, con razón, vino ya a significar el Consejo de Estado en su dictamen sobre el anteproyecto de ley de servicios (53).

Ciertamente, la reproducción literal sirve para garantizar la fidelidad con los mandatos comunitarios. Sin embargo, la naturaleza misma de esos mandatos agradece muchas veces —cuando no necesita sencillamente— un plus de concreción y de acoplamiento con las categorías propias de cada país, especialmente si dicho país cuenta ya con una legislación vigente en la materia. En otro caso, de no darse ese carácter español a la sustancia de la norma de transposición, se corre el riesgo de que la transposición se quede en la forma, convirtiéndose el texto en poco más que un recordatorio publicado en el boletín oficial correspondiente o, lo que es peor, en una norma de difícil comprensión en clave interna española. Algo de esto ocurre precisamente en el asunto que nos ocupa. Porque no se aprecia en la LSer ese ejercicio de españolizar los mandatos de Administración electrónica a partir de las categorías que ya vino a moldear la LAE, a la que, como ya se indicó, no hace aquélla

---

(53) Dictamen del Consejo de Estado de 18 de marzo de 2009 (expediente núm. 99/2009), en particular § IV (*La Transposición al ordenamiento de la Directiva de Servicios*).

alusión ni remite en ningún punto. Se acentúa por eso mismo la impresión de que las previsiones sobre e-Administración que aparecen en la LSer presentan un cierto carácter programático y finalista que es propio de una directiva pero no casa bien con la factura de la ley.

**A.** En lo que atañe a la obligación de que todos los trámites y procedimientos circundantes a los servicios adquieran un formato electrónico, la LSer se limita a repetir, casi con las mismas palabras, el tenor del art. 8.1 de la DSer: «todos los procedimientos y trámites que supeditan el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio se podrán realizar electrónicamente y a distancia salvo que se trate de la inspección de lugar o del equipo que se utiliza en la prestación del servicio» (art. 17.4). Bien se ve —cotéjese con el texto antes transcrito del art. 8.1 de la DSer— que nada se añade a lo ya expresado por la norma comunitaria. Si acaso se incurre en alguna omisión como la relativa al examen físico de la capacidad personal del prestador o del personal responsable que constituye uno de los trámites exentos de conversión electrónica de conformidad con lo previsto en la Directiva, pero que, sin una justificación aparente, ha sido omitido por el legislador español.

**B.** No mejora mucho la aportación de la transposición operada en el tratamiento de la ventanilla única de servicios. Los arts. 18 y 19 de la LSer constituyen un calco —con alguna diferencia menor, si se quiere— de los arts. 6 y 7 de la Directiva. Choca, por eso mismo, que no se contengan precisiones añadidas sobre el modelo organizativo que va a seguirse en su articulación —Administración responsable, sistema de gestión...— y, en especial, sobre la forma de alcanzar cabalmente el complejo funcionamiento reticular que trae consigo este instrumento de simplificación. Sorprende igualmente que no se aborde la cuestión de la intensidad de la fusión, esto es, que no se prevea la posibilidad de que la ventanilla única pueda llegar a ser apoderada, en su caso, con competencias de naturaleza decisoria. En resumidas cuentas, todo parece dejarse, en lo que a la normación hace, en el mismo punto en el que lo dejó el legislador comunitario.

Silencios incomprensibles que sólo se rompen para abrir la posibilidad de que la ventanilla única permita la realización a distancia de otros trámites burocráticos más allá de los exigidos por la Directiva con la mirada puesta en los requisitos tributarios y de seguridad social —que, no en vano, en el caso español, están en manos de dos de las Administraciones electrónicas punteras (54).

---

(54) De conformidad con la disposición adicional segunda (*Inclusión de otros trámites en la ventanilla única*) de la LSer, la ventanilla única «podrá incorporar trámites no incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, entre ellos los que se realizan ante la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social, y aquellos otros que se consideren necesarios».

#### **4. El desigual grado de desarrollo electrónico entre las distintas Administraciones involucradas en la transposición de la DSer**

Al pasar revista al estado de «progreso electrónico» en los distintos niveles de Administración territorial de nuestro país no tardan en advertirse los desequilibrios tan acentuados que se suceden no ya sólo entre los distintos estratos —que, por supuesto, los hay—, sino también dentro cada nivel —entre las Administraciones autonómicas y, sobre todo, entre los Ayuntamientos— e incluso en el seno de cada Administración. No es éste el lugar para indagar en las explicaciones de este fenómeno —imaginables sin dificultad, por lo demás. Se trata simplemente de significar un punto de partida inconcuso que, como ya quedó indicado, compromete seriamente el éxito de la empresa impulsada por la DSer en el terreno de la e-Administración.

De la trascendencia de esta brecha es del todo sabedor el legislador español. Y es por ello que en la transposición de la DSer se ha cuidado de resaltar que las exigencias nacidas de Europa no sólo reclaman la reacción de la Administración estatal, sino que involucran a todas las Administraciones que ejercen funciones de policía administrativa en el ramo de los servicios. Para dejar este extremo bien sentado, el legislador español no ha vacilado en efectuar un llamamiento normativo rotundo, reclamando *expressis verbis* la movilización de ciertas Administraciones (a); y, al mismo tiempo, por si acaso, ha establecido un singular mecanismo de reparto interno de responsabilidades activable a raíz de una hipotética condena a España por incumplimiento del Derecho comunitario (b).

a) A fin de evitar que ciertas Administraciones hiciesen oídos sordos a la puesta en práctica de las medidas de Administración electrónica impuestas por la DSer, se ha estimado de recibo dar un aldabonazo en sus puertas a través de una aldaba tan firme como es el propio dictado de la ley. Para comenzar, el legislador estatal ha centrado su atención en las Administraciones locales, añadiendo un apartado específico en el art. 70 *bis* de LBRL (55), donde, después de reiterar una vez más —¿realmente hacía falta?— el derecho que asiste a los prestadores de servicios de cursar los trámites y procedimientos de este ramo por vía electrónica, se reclama con un tono enérgico el compromiso de los entes locales para con el correcto funcionamiento de la ventanilla única virtual de servicios: «las Entidades locales garantizarán, dentro del ámbito de sus competencias, que los prestadores de servicios puedan a través de la ventanilla única obtener la información y formularios necesarios para el acceso a una actividad y su ejercicio, y conocer las resoluciones y

---

(55) La adición es obra de la Ley ómnibus (art. 1.1).

resto de comunicaciones de las autoridades competentes en relación con sus solicitudes» (56). Así pues, deben proporcionar a través de la ventanilla la información pertinente sobre las licencias de su competencia y, a la par, deben poner a disposición de los prestadores los formularios electrónicos que permitan su tramitación a distancia y el seguimiento, también a distancia, de las vicisitudes del procedimiento.

Pero no sólo las entidades locales están en el punto de mira. Y es que tal y como se concibe el plan simplificador diseñado por la DSer la revisión y simplificación del modelo de intervención administrativa sobre las actividades de servicios alcanza al uso de la autorización entendida en un sentido laxo. Es decir, en el contexto de la DSer, el término autorización adquiere una inteligencia muy amplia, comprensiva de toda clase de control administrativo cuya superación esté estatuida por el ordenamiento jurídico como condición previa al ejercicio de una actividad de servicios (57). De ahí que, dentro de la autorización así concebida, tengan también cabida los actos de control de naturaleza corporativa, como es el caso de la colegiación o del visado colegial, que, aun inspirados en el buen gobierno de la profesión, condicionan la prestación de un gran número de los servicios liberales. No hay duda en este sentido de que, junto con las Administraciones territoriales, los Colegios Profesionales aparecen igualmente llamados a satisfacer en sus respectivos dominios las exigencias de mutación electrónica y de participación en la construcción y en el funcionamiento eficaz de la ventanilla única virtual de servicios.

Supuesto esto y habida cuenta de que la inmersión en el paradigma «oficial» de la Administración electrónica —no me refiero, pues, a la creación recurrente de páginas web al uso— tampoco ha figurado entre los objetivos prioritarios de la agenda reciente de los Colegios Profesionales —dicho sea en general (58)—, la preocupación del legislador estatal se ha traducido también

---

(56) Añade a ello el nuevo apartado cuarto *in fine* del art. 70 bis de la LBRL una invitación al mundo local para esforzarse en consensuar patrones comunes que simplifiquen la actuación de los prestadores desde la ventanilla única virtual. Así, dice el precepto, «las Entidades locales impulsarán la coordinación para la normalización de los formularios necesarios para el acceso a una actividad y su ejercicio».

(57) Al respecto véase la definición que se da en el art. 4.6 de la DSer y las indicaciones que se incluyen al respecto en el considerando § 39. La LSer, por su parte, retrata fielmente esta concepción como lo demuestran las definiciones que se recogen del término *autorización* («cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija, con carácter previo, para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio», art. 3.7) y de la locución *régimen de autorización* («cualquier sistema previsto en el ordenamiento jurídico o en las normas de los colegios profesionales que contenga el procedimiento, los requisitos y autorizaciones necesarios para el acceso o ejercicio de una actividad de servicios», art. 3.10).

(58) Téngase en cuenta que, a tenor del ámbito de aplicación descrito en el art. 2 de la LAE, es ésta una ley que no compromete a las Administraciones corporativas.

aquí en otro llamamiento inequívoco, plasmado esta vez en la Ley de Colegios Profesionales (59).

El llamamiento es también aquí contundente. Nada menos que un precepto *ex professo*, ubicado en el corazón mismo del régimen de funcionamiento de los Colegios Profesionales, se le dedica a esta cuestión. En él, el nuevo art. 10 de la LCP (*Ventanilla única*), se consignan los deberes específicos de las organizaciones colegiales en relación con la ventanilla única virtual de servicios. En concreto, se les exige que cuenten con una página web vinculada adecuadamente con la ventanilla única de servicios —como si de una franquicia de ésta se tratase— y configurada de cara al profesional como una suerte de centro de gestión colegial donde pueda aquél surtirse de toda la información precisa acerca del ejercicio de la profesión y desde donde pueda cursar, también, las gestiones más relevantes de la vida colegial, señaladamente la colegiación (60). Hay después otra faceta de esta ventanilla colegial virtual que conecta con la defensa de los usuarios y a cuya virtud los Colegios Profesionales quedan obligados a facilitar por esta vía una variada gama de información, incorporando, entre otros aspectos, el acceso al registro de colegiados (61).

b) ¿Cumplirán estos aldabonazos normativos su función? Tal vez sí, aunque no es de esperar que ello suceda simplemente (62). Por eso mismo, en un alarde de cautela —o simplemente de escepticismo—, el legislador estatal ha incorporado un mecanismo pensando en las consecuencias del incumplimiento

---

(59) Reformada de manera significativa por la Ley ómnibus (art. 5).

(60) Entre las profesiones que ya han cumplido el mandato se encuentra la abogacía. A tal efecto, el Consejo General de la Abogacía, en colaboración con los colegios de abogados, ha creado y puesto en marcha la ventanilla única de la abogacía: [www.ventanillaunicaabogados.org](http://www.ventanillaunicaabogados.org). Además de la abogacía, también se han hecho eco del llamamiento legal otras profesiones como la arquitectura ([www.cscae.com/vuds](http://www.cscae.com/vuds)), la arquitectura técnica ([www.vu-at.es](http://www.vu-at.es)), o la educación social ([www.ventanillaunicaeduso.net](http://www.ventanillaunicaeduso.net)).

La LCP no especifica cómo debe articularse la ventanilla única colegial en el seno de cada profesión en el sentido de que no aclara si debe existir una ventanilla por cada colegio territorial o si es preferible una única ventanilla por cada profesión a escala nacional. Por el momento, a la vista de las ventanillas ya en funcionamiento, se aprecia la existencia de distintos modelos: todos, es cierto, coinciden en la creación de un portal común a escala estatal; sin embargo, ese portal común a veces actúa como una oficina única —es el caso de la abogacía— y otras, en cambio, como una simple antesala de remisión a las ventanillas de cada colegio territorial —así sucede con la arquitectura.

(61) Además del registro de colegiados —donde deberán indicarse las señas de los colegiados, así como los títulos oficiales de los que estén en posesión, el número de colegiación y su situación colegial—, también se permitirá el acceso telemático al registro de sociedades profesionales y se facilitará información sobre las vías de reclamación y recurso, los datos de las asociaciones de consumidores y usuarios, y el contenido de los códigos deontológicos.

(62) Por el momento puede decirse que la reacción está siendo desigual, tanto en el mundo local como en el mundo colegial.

por parte de alguna Administración implicada distinta a la Administración General del Estado.

Pues bien, en previsión de esta contingencia y, lo que más parece importar, de que ésta desemboque en la imposición a España de una sanción por incumplimiento del Derecho comunitario, la LSer contempla un procedimiento de arreglo interno de culpas y de reparto consecuente de responsabilidades cuyo desenlace puede llevar a justificar una compensación de deudas con la Administración estatal materializada mediante una deducción sobre las transferencias (63). Dicho de otro modo, se habilita al Estado para que pueda repercutir la hipotética sanción europea detrayendo su importe de las transferencias de recursos pendientes que la Administración responsable perciba del Estado. No hace falta explicar que una tal compensación con cargo a las transferencias busca, desde luego, resguardar la posición del Estado, pero sería ingenuo no ver en ella una advertencia a las Administraciones más rezagadas y menos dispuestas al salto electrónico de las consecuencias reales de una falta de transposición o de una defectuosa transposición de la DSer (64).

\* \* \*

Dos reclamos importantes, en definitiva, para atraer la atención de todas las Administraciones implicadas en la recepción de la DSer. Con todo, el estado electrónico de no pocas de estas Administraciones es tan precario que está por ver si este estilete legal, aun afilado como está, será capaz de inducir o mover al cambio. Lo cierto es que, a pesar de los llamamientos y de las advertencias, hay demasiados indicios para alejar el escepticismo: resulta difícil vislumbrar

---

(63) La disposición final cuarta (*Compensación de deudas en caso de responsabilidad por incumplimiento*) de la LSer dice así:

«Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus competencias, incumplieran lo dispuesto en esta Ley o en el Derecho comunitario afectado, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. La Administración del Estado podrá compensar dicha deuda contraída por la administración responsable con la Hacienda Pública estatal con las cantidades que deba transferir a aquella, de acuerdo con el procedimiento regulado en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. En todo caso, en el procedimiento de imputación de responsabilidad que se tramite se garantizará, la audiencia de la Administración afectada».

(64) Acerca de este mecanismo de deducción sobre transferencias y de su instrumentación a cuenta de las sanciones europeas por incumplimiento del Derecho comunitario originadas por la desaplicación de una Administración distinta a la estatal, véanse las valiosas reflexiones del Consejo de Estado vertidas en su dictamen sobre el anteproyecto de la LSer (Dictamen del Consejo de Estado de 18 de marzo de 2009, expediente núm. 99/2009). Según el parecer de este alto cuerpo consultivo, la inclusión de previsiones de este tenor en las leyes de transposición no sólo es hacedera legalmente, sino aun conveniente en aras del compromiso solidario de todas las Administraciones y de los distintos gobiernos territoriales implicados.

en el horizonte cercano de los próximos años la nivelación de todo el aparato organizativo español a la altura exigida por la Directiva.

La realidad, por lo demás, se encarga de refrendar lo que no deja de ser una pura percepción personal. Si el lector dedica un poco de tiempo a explorar la funcionalidad de la ventanilla única de servicios española verá que el ideal normativo de la tramitación electrónica en bloque —todos los trámites de todas las autorizaciones— no ha cuajado todavía. El prestador de servicios no tiene hoy a su disposición la posibilidad real de evacuar a distancia todos los trámites que supeditan el establecimiento o el ejercicio de las distintas actividades de servicios. Algunos trámites, es cierto, se han integrado en la ventanilla —como los relacionados con la constitución de sociedades limitadas. Pero para el grueso de la intervención administrativa sobre los servicios la ventanilla hace las veces más bien de distribuidor; de puente, si se prefiere. El problema está en que no es claro que al otro lado se pueda llegar electrónicamente en la inteligencia de la Directiva de Servicios.

Aunque dulcificado el retrato, no muy distinta es la conclusión a la que se llega después de leer el Informe sobre la transposición de la Directiva de servicios que ha presentado el gobierno español en abril de 2010 (65). En él, se apela insistentemente a la corresponsabilidad de todas las Administraciones en el despliegue de la Directiva y, señaladamente, en el echar a rodar de la ventanilla única de servicios a fin de que este instrumento, capital según los designios de Europa, no aparezca ante los prestadores como una herramienta «inacabada», cercenada en su faceta informativa como consecuencia del desfase de sus indicaciones (66); y limitada fatalmente en su dimensión gestora por efecto de la falta de conexiones y enlaces con las sedes electrónicas de las Administraciones competentes en la concesión de las distintas licencias o, lo que viene a ser lo mismo, por causa de una inexistente teletramitación del procedimiento o trámite en cuestión (67).

---

(65) El texto completo de este informe puede encontrarse en la página web del Ministerio de Economía y Hacienda: [www.meh.es](http://www.meh.es).

(66) Es claro que sin la contribución de las Administraciones autonómicas y de los Ayuntamientos a duras penas podrá la ventanilla reflejar de manera actualizada las modificaciones normativas que advengan en relación con la regulación de la intervención administrativa sobre las actividades de servicios.

(67) En ausencia de las conexiones telemáticas precisas, la función gestora de la ventanilla única virtual de servicios se minimiza ostensiblemente. Si la Administración a la que ha de remitirse la solicitud que el prestador ha rellenado y presentado en la ventanilla carece de una sede electrónica o bien dispone de una muy rudimentaria, desprovista de la capacidad para registrarla y para dar cuenta por vía electrónica de los distintos actos de tramitación, una de dos: o se le remite al limbo o se le indica la carencia. Sea como fuere, se llevará al prestador fuera del entorno electrónico, debilitando en consecuencia la aportación que se pretende brindar con este instrumento.

De manera que, la situación española actual, si se mide con el tope puesto en la tramitación electrónica integral, no es del todo satisfactoria. Iniciarse la andadura, sí se ha iniciado, pero queda un trecho importante por recorrer. Una situación que, por otra parte, se repite —si es que no empeora— en la mayor parte de los restantes Estados miembros y así queda reflejado en los informes de seguimiento confeccionados por la Comisión, donde, al pasar revista al estado general de transposición de la Directiva, se vienen significando las carencias en la activación de las ventanillas únicas de servicios, así como las notables diferencias habidas al respecto entre los países (68). Así, a principios de 2010, la Comisión reveló que cinco Estados miembros todavía no habían acabado de perfilar esta herramienta; y de los veintidós restantes, sólo catorce ofrecían en sus ventanillas únicas la posibilidad de cursar trámites por vía electrónica —grupo en el que figura España—, limitándose su funcionalidad en los demás a la estrictamente informativa.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- BERNADÍ GIL, Xavier: «La cooperación interadministrativa y la interoperabilidad», en *Informe sobre la administración electrónica local*, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2008.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí: «Cooperación entre Administraciones Públicas para el impulso de la Administración Electrónica», en la obra colectiva *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí, y GALÁN GALÁN, Alfredo: *Qualitat i responsabilitat en la difusió d'informació pública a Internet*, EAPC, Barcelona, 2007.
- CIERCO SEIRA, César: «La tramitación integrada de los procedimientos administrativos conexos», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 65, 2003.
- «Algunas reflexiones sobre la simplificación de los procedimientos administrativos a la luz de los avances de la Administración electrónica», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 19, 2009.
- CRIADO, J. Ignacio: *Entre sueños utópicos y visiones pesimistas. Internet y las tecnologías de la información y la comunicación en la modernización de las administraciones públicas*, INAP, Madrid, 2009.

---

(68) Todos estos informes pueden consultarse en la siguiente dirección electrónica de la Unión Europea: [ec.europa.eu/internal\\_market/services/services-dir/implementation\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/implementation_en.htm).



- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», en *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007.
- FORTES MARTÍN, Antonio: «La libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en el mercado interior bajo el nuevo régimen de la Directiva 2006/123 de 12 de diciembre», en la obra colectiva *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.
- GAMERO CASADO, Eduardo: «Interoperabilidad y Administración electrónica: concéntense, por favor», en *RAP*, núm. 179, 2009.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.: «La transposición de la Directiva de servicios: aspectos normativos y organizativos en el Derecho español», en *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 32, 2009.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos: «Directiva de Servicios: el estruendo del parto de los montes», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, 2009.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén: *Administración pública electrónica*, Civitas, Cizur Menor, 2009.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: «Las regulaciones por silencio. Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, 2010.
- PAREJO ALFONSO, Luciano: «La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkenstein: la interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, 2009.
- «La Directiva Bolkenstein y la Ley paraguas: ¿Legítima el fin cualesquiera medios para la reconversión del Estado «autoritativo»?», en *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 32, 2009.
- PUNZÓN MORALEDA, Jesús, y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Francisco: *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de contratos del Sector Público*, La Ley, Las Rozas, 2009.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: «¿Quo Vadis, Bolkestein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?», en *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007.
- «La Directiva de Servicios y la libertad de empresa», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7, 2009.

- TORNOS MAS, Joaquín, y GALÁN GALÁN, Alfredo: *Comunicación pública: la información administrativa al ciudadano*, Madrid, Marcial Pons, 2000.
- VALERO TORRIJOS, Julián: «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por difusión de contenidos propios en Internet», en la obra colectiva *Responsabilidades de los proveedores de información en Internet*, Granada, Comares, 2007.
- *El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común*, Comares, Granada, 2007, 2ª ed.
- VILLAREJO GALENDE, Helena: «La simplificación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Sus repercusiones en la Administración electrónica y el desafío que plantea su transposición», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, 2008.

## ACTIVIDADES PROFESIONALES Y COLEGIOS PROFESIONALES

LUIS POMED SÁNCHEZ

*SUMARIO: I. UNA NUEVA REFORMA —PARCIAL— DEL RÉGIMEN DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES CON OCASIÓN DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS: 1. Las diversas previsiones de la Directiva de servicios. En especial, la amplitud del concepto de autorización para el ejercicio de actividades profesionales, la liberalización de las comunicaciones comerciales y la apertura de un amplio proceso de revisión del ordenamiento interno. 2. Los informes de la Comisión Nacional de la Competencia.— II. PRINCIPALES ASPECTOS DE LA REFORMA DEL RÉGIMEN COLEGIAL EN LA «LEY ÓMNIBUS»: 1. La colegiación obligatoria: A) Doctrina del Tribunal Constitucional. B) Confusión competencial y principio de colegiación única. 2. Definición de las funciones de los Colegios profesionales: A) La supresión de los baremos orientativos. B) El visado colegial. 3. Otros contenidos: publicidad de los servicios profesionales; principio de transparencia; ventanilla única y memoria anual.— NOTA BIBLIOGRÁFICA.*

*RESUMEN:* La transposición al Derecho interno de la Directiva de servicios ha sido la ocasión propicia para abordar una nueva reforma, parcial y fragmentaria, del régimen jurídico de los Colegios profesionales. El contenido de la «Ley omnibus» al respecto culmina el proceso de reformas iniciado hace tres lustros, pero deja abiertos muchos interrogantes, especialmente en materia de colegiación obligatoria, baremos profesionales o visado colegial de los proyectos técnicos.

*Palabras clave:* actividades profesionales; colegios profesionales; obligación de colegiarse; honorarios profesionales; visados colegiales.

*ABSTRACT:* The transposing of the Directive 2006/123, on Services in the internal market, into the Spanish law has given way to the reform of the regulatory framework of the professional associations. This reform has affected, not always with the best results, mainly to the duty of entering into a register or roll to exercise a professional activity, professional charges, or the technical control (actually, a purely formal control) of some projects exercised by professional associations of engineers or architects.

*Key words:* regulated professions; professional associations; entering a register as a condition to exercise a professional activity; charges; technical control of projects by professional associations.

La reforma del régimen jurídico de los colegios profesionales llevada a cabo por la que ha dado en llamarse «Ley ómnibus», la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, ha supuesto la definitiva culminación de la empresa iniciada con el *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones* emitido en 1992 por el Tribunal de Defensa de la Competencia (1). En efecto, por más que la Ley 25/2009 remita, incluso en su tortuoso título, a la Ley de transposición de la Directiva de servicios (Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio) y, por mediación de ésta, a la propia norma comunitaria (Directiva 2006/213/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior), lo cierto es que las disposiciones sobre los colegios profesionales que figuran en la «Ley ómnibus» responden más a las propuestas de reforma planteadas por las autoridades nacionales de la competencia que a la estricta necesidad de transposición de la Directiva comunitaria europea. Se reitera así, como ha destacado Matilde CARLÓN RUIZ «la pauta según la cual es un informe de las autoridades de la competencia el que impulsa una reforma del régimen de los colegios profesionales».

Con la sola excepción de la «reforma política» de la Ley de colegios profesionales (LCP) que se plasmó en la Ley 74/1978, de 26 de diciembre, esa pauta se ha seguido en las posteriores reformas, o procesos de reforma, de la legislación colegial: la «reforma económica» y la reforma de los servicios profesionales que ahora nos ocupa (2).

La «reforma económica» de los colegios profesionales fue propiciada, como ya se ha indicado, por el *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones* elaborado por el Tribunal de Defensa de la Competencia en 1992. Ese mismo año se presentó en el Congreso de los Diputados un Proyecto de ley con el que se trataba de convertir en normas jurídicas las principales propuestas del mencionado informe. Destacadamente, este Proyecto de ley sometía el ejercicio de las profesiones colegiadas al Derecho de competencia, establecía la colegiación única para todo el territorio nacional, suprimía por completo

---

(1) *Informe sobre el libre ejercicio de las competencias. Propuesta para adecuar la normativa sobre las profesiones colegiadas al régimen de libre competencia vigente en España*, ahora accesible en <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/Estudios/tabid/228/Default.aspx?pag=2>.

(2) Mediante la Ley 74/1978, de escasa calidad técnica, se adaptó la institución colegial al nuevo marco político democrático, lo que se tradujo, destacadamente, en la supresión de toda referencia al papel que anteriormente habían desempeñado los colegios profesionales en el seno de la llamada «democracia orgánica» [en su redacción original, el art. 5 a) LCP atribuía a éstos la función de «servir de vía de participación orgánica en las tareas de interés general, de acuerdo con las Leyes»].

los honorarios mínimos y reformaba el visado colegial (3). La disolución de las Cámaras parlamentarias con ocasión de la convocatoria de elecciones generales hizo decaer la iniciativa. Más allá de la suerte inmediata que el proyecto hubiera de correr, lo cierto es que su contenido anticipaba las futuras reformas del régimen jurídico de los colegios profesionales que habrían de suceder en los años posteriores.

La primera de ellas se materializó con la aprobación del Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales (4). Mediante esta norma de urgencia —luego convertida en la Ley 7/1997, de 14 de abril— se sometió el ejercicio de las profesiones colegiadas al Derecho de la competencia, se introdujo la colegiación única y la potestad colegial para el establecimiento de honorarios mínimos vinculantes dio paso a la aprobación únicamente de baremos orientativos.

Para la adecuada operatividad del principio de colegiación única, el criterio de incorporación al colegio territorial del «domicilio profesional único o principal», como requisito para el ejercicio de la profesión en todo el territorio nacional se completaba con la habilitación a las normas colegiales —Estatutos generales o autonómicos— para que pudieran «establecer la obligación de los profesionales, que ejerzan ocasionalmente en un territorio diferente al de colegiación, de comunicar, a través del Colegio al que pertenezcan, a los Colegios distintos al de su inscripción, las actuaciones que vayan a realizar en sus demarcaciones, a fin de quedar sujetos, con las condiciones económicas que en cada supuesto puedan establecerse, a las competencias de ordenación, visado, control deontológico y potestad disciplinaria.» (art. 3.3 LCP, en la redacción dada por la Ley 7/1997). Esta previsión, con la que se

---

(3) El texto del Proyecto de ley puede consultarse en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, IV Legislatura, Serie A, núm. 114-1 de 27 de noviembre de 1992.

(4) El Proyecto de ley de medidas fiscales, administrativas y de orden social —popularmente conocida como «Ley de acompañamiento»— para 1996 sirve de nexo de unión entre la iniciativa legislativa del penúltimo Gobierno socialista y la regulación de urgencia aprobada por el primer Gobierno del Partido Popular. Según se avanzaba en la exposición de motivos de este Proyecto de ley, «se modifica la regulación de los Colegios Profesionales, sujetando plenamente la actuación de los profesionales colegiados al principio de libre competencia, estableciendo que la pertenencia a un Colegio de ámbito inferior al nacional permita el ejercicio de la profesión en cualquier parte de España y se suprime el establecimiento de honorarios mínimos por los Colegios respecto de los servicios de aquellos profesionales no sometidos a tarifa o arancel.» (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, V Legislatura, Serie A, núm. 137-1, de 13 de octubre de 1995). Al menos en este último punto las iniciativas de los Gobiernos socialistas fueron más lejos en la senda liberalizadora que las auspiciadas por los Ejecutivos del Partido Popular. Ese mismo año de 1995 el Tribunal de Defensa de la Competencia volvió a dedicar su atención a la institución colegial en su estudio *La competencia en España: balance y nuevas propuestas*, cuyo texto puede consultar el lector interesado en la siguiente dirección electrónica: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/Estudios/tabid/228/Default.aspx?pag=2>.

perseguía el muy loable propósito de garantizar que no existieran actividades profesionales, desempeñadas en el ámbito territorial de los colegios, exentas del control colegial de la profesión, no tardaría en ser utilizada como un arma contra el principio de colegiación única, al hacerse de la comunicación un sucedáneo del alta colegial. Para evitarlo, el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en los mercados de bienes y servicios, se precisó que la incorporación al colegio del domicilio profesional único o principal permitía ejercer en todo el territorio nacional «sin que pueda exigirse por los Colegios en cuyo ámbito territorial no radique dicho domicilio habilitación alguna ni el pago de contraprestaciones económicas distintas de aquellas que exijan habitualmente a sus colegiados por la prestación de los servicios de los que sean beneficiarios y que no se encuentren cubiertos por la cuota colegial.» (art. 3.2 LCP).

Llegamos así a la «Ley ómnibus», con la que, finalmente, se ha realizado por entero el programa de reformas propuesto por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su informe de 1992. En el bien entendido que ello no significa que se haya completado el régimen jurídico de los colegios profesionales, pues para lograrlo es preciso superar la perspectiva unidimensional —ceñida a la satisfacción de los requerimientos del Derecho de la competencia— que ha dominado el tratamiento reciente de la institución colegial (5).

## **I. UNA NUEVA REFORMA —PARCIAL— DEL RÉGIMEN DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES CON OCASIÓN DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS**

Dos han sido los factores que han propiciado la reforma de los colegios profesionales recogida en la Ley 25/2009. Por una parte, el singular proceso de transposición al Derecho interno de una norma comunitaria europea, como es la Directiva de servicios, de por sí ambiciosa en la liberalización del régimen de las actividades profesionales. Por otra, la elaboración y difusión de nuevos informes de las autoridades nacionales de la competencia; en esta ocasión, la Comisión Nacional de la Competencia.

---

(5) Bien puede afirmarse que el propio legislador fue consciente de esta necesidad al establecer en la disposición transitoria primera de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común que «las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos y profesionales ajustarán su actuación a su legislación específica. *En tanto no se complete esta legislación* les será de aplicación las prescripciones de esta Ley en lo que proceda». Las cursivas representan una suerte de condición resolutoria, incorporada a una norma de indudable naturaleza jurídico-pública, que no se ha cumplido diecisiete años después de la aprobación de la Ley procedimental administrativa.

## **1. Las diversas previsiones de la Directiva de servicios. En especial, la amplitud del concepto de autorización para el ejercicio de actividades profesionales, la liberalización de las comunicaciones comerciales y la apertura de un amplio proceso de revisión del ordenamiento interno.**

Según se declara en su considerando 31, la Directiva de servicios «es coherente con la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, a la que no afecta». Hallamos aquí expresados dos principios cuyo alcance y contenido es preciso diferenciar. Por un lado, el principio de no afectación ha entenderse referido al objeto específico de la Directiva de 2005, esto es, al reconocimiento de cualificaciones que habilitan para el ejercicio de profesiones reguladas (6). Más allá de ese —relativamente limitado— objeto, las relaciones entre ambas Directivas se rigen por el principio de coherencia, máxime si reparamos en el hecho de que una y otra persiguen una mayor realización de la libertad de prestación de servicios [en la laxa definición de esta actividad que nos proporciona el art. 4 1) de la más reciente Directiva, conforme a la cual por *servicio* se entiende «cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado»]. En consecuencia, y por lo que ahora estrictamente interesa, las disposiciones de la Directiva de servicios han de entenderse compatibles con la exigencia de que quienes deseen desempeñar determinadas actividades profesionales deban acreditar previamente un cierto grado de pericia, de modo que, en principio, este tipo de barrera de acceso no es de suyo contraria al Derecho comunitario europeo (7).

Por lado, la Directiva se decanta claramente por un régimen de libre dedicación profesional, al establecer que «los Estados miembros harán lo necesario para que los prestadores [de servicios] no se vean sujetos a requisitos que les

---

(6) En palabras del art. 1 de la Directiva 2005/36/CE, «la presente Directiva establece las normas según las cuales un Estado miembro que subordina el acceso a una profesión regulada o su ejercicio, en su territorio, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales (...) reconocerá para el acceso a dicha profesión y su ejercicio las cualificaciones profesionales adquiridas en otro u otros Estados miembros (...) y que permitan al titular de las mencionadas cualificaciones ejercer en él la misma profesión.»

(7) De hecho, esa compatibilidad resulta de lo dispuesto en la propia Directiva 2005/36/CE, así como en las Directivas sectoriales, entre las que cabe citar ahora, a título de mero ejemplo, las relativas al ejercicio de la profesión de abogado (Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados, y Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título), que figura expresamente como una excepción a la libre prestación de servicios en el art. 17.4) de la Directiva de servicios.

obliguen a ejercer exclusivamente una actividad específica o que limiten el ejercicio conjunto o en asociación de distintas actividades» (apartado 1 del artículo 25, expresivamente rubricado «actividades multidisciplinares»). No obstante, ponderando los intereses en concurrencia, los Estados miembros pueden imponer un régimen de dedicación exclusiva a alguna actividad profesional «en la medida en que esté justificado para garantizar el cumplimiento de requisitos deontológicos distintos debidos al carácter específico de cada profesión, y sea necesario para garantizar su independencia e imparcialidad» [art. 25.1 a)].

Especial relevancia tiene la amplitud de la noción de autorización que se maneja en la Directiva de servicios y que comprende a las tradicionalmente denominadas «profesiones colegiadas». En efecto, según se declara en el considerando 39, «[e]l concepto de 'régimen de autorización' debe abarcar, entre otros, los procedimientos administrativos mediante los cuales se conceden autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones, pero también la obligación, para poder ejercer una actividad, de estar inscrito en un colegio profesional o en un registro, en una lista oficial o en una base de datos, de estar concertado con un organismo o de obtener un carné profesional.»

Pues bien, según se establece en el art. 9.1 de la Directiva, la licitud de un «régimen de autorización» vendrá determinada por su carácter no discriminatorio y porque supere un juicio de proporcionalidad. Concretamente, de acuerdo con el citado precepto,

«[l]os Estados miembros solo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones:

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

Aun cuando algunos de los términos empleados por la Directiva pudieran hacer pensar que se otorga a los Estados miembros un margen relativamente amplio de discrecionalidad a la hora de recurrir a los regímenes de autorización, ello no es así. Y no lo es, en primer lugar, porque expresiones abiertas, como la de «razón imperiosa de interés general» hallan una definición precisa en la misma Directiva, por referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (8).

---

(8) De acuerdo con el art. 4.8), por «razón imperiosa de interés general» debe entenderse una «razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio



Y, en segundo lugar, porque la propia norma comunitaria europea dirige un mandato a los Estados miembros para que eviten el recurso a potestades discrecionales en el diseño de los procedimientos de autorización (art. 10).

Lejos de considerarlos como un obstáculo para la consecución de sus objetivos, en la Directiva se contempla a los colegios profesionales y a las asociaciones profesionales equivalentes como aliados. Esta consideración parte del reconocimiento de su condición de «autoridad[es] competente[s]» para «el control o la regulación de las actividades de servicios» [art. 4.9)] y se plasma destacadamente en dos ámbitos: la implicación de los colegios en la realización efectiva de la libertad de prestación de servicios, donde merece una mención especial el régimen de ventanilla única del art. 6; y en la «política de calidad de los servicios» (art. 26) (9). Especial importancia revisten, en esa política de calidad de los servicios, los códigos de conducta a escala comunitaria (art. 37).

Estos códigos de conducta, a los que se hace referencia en los considerandos 114 y 115 de la Directiva, han de definir un nuevo marco de regulación de la publicidad de las actividades profesionales, cuyo punto de partida es el claro mandato dirigido a los Estados miembros por el art. 24.1 para que supriman «las prohibiciones totales de realizar comunicaciones comerciales en el caso de las profesiones reguladas». La ponderación del principio de libertad de información comercial y la protección de los consumidores y usuarios la relevancia que adquierien en este ámbito los códigos de conducta, puesto que, como se anticipa en el considerando 100, «por lo que se refiere al contenido y a las modalidades de las comunicaciones comerciales, procede animar a los profesionales a elaborar códigos de conducta a nivel comunitario que cumplan lo dispuesto en el Derecho comunitario». Dicho de otro modo, los códigos de conducta, en cuya elaboración han de intervenir los colegios profesionales, son las normas idóneas para hacer realidad la previsión del art. 24.2 de la Directiva:

«Los Estados miembros harán lo necesario para que las comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas se hagan cumpliendo las normas profesionales conformes al Derecho comunitario que tienen por objeto, concretamente,

---

financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.» En similares términos, considerando 40.

(9) A la «ventanilla única» como instrumento de simplificación de los procedimientos administrativos se refiere el considerando 48, donde se indica que «la finalidad de las ventanillas únicas es desempeñar un importante papel de ayuda al prestador».

la independencia, dignidad e integridad de la profesión, así como el secreto profesional, de manera coherente con el carácter específico de cada profesión. Las normas profesionales en materia de comunicaciones comerciales serán no discriminatorias, estarán justificadas por una razón imperiosa de interés general y serán proporcionadas».

Resta por señalar que el peculiar proceso de incorporación al Derecho interno de las disposiciones de la Directiva, peculiaridad que resulta de lo establecido en la propia norma comunitaria europea, propicia la revisión —prácticamente ilimitada— de las regulaciones nacionales sobre actividades profesionales. Amén de remitir al capítulo específico de esta obra dedicado a la exposición del proceso de transposición al Derecho de interno de la Directiva de servicios, cabe añadir ahora que la realización de la «evaluación recíproca» prevista en el art. 39, al imponer la exigencia de una autoevaluación, obliga a las autoridades nacionales a emprender un examen crítico de las normas de Derecho interno.

## **2. Los informes de la Comisión Nacional de la Competencia**

La Comisión Nacional de la Competencia ha tenido un destacado protagonismo en ese proceso de lectura crítica de la normativa española. Específicamente en materia de actividades profesionales, la Comisión ha elaborado dos textos cuyo contenido anticipa en gran medida las disposiciones incorporadas a la Ley

El primero de dichos textos, titulado *Recomendaciones a las Administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*, fue elaborado en 2008 y en él se analizaban, entre los que la propia Comisión denominaba «ejemplos de incumplimiento de los principios de la regulación eficiente desde el punto de vista de la competencia», la fijación de baremos orientativos por los colegios profesionales y las restricciones a la libertad de publicidad establecidas por los colegios profesionales (10).

Ese mismo año 2008 la Comisión Nacional de la Competencia emitió el *Informe sobre el sector de servicios profesionales y colegios profesionales*, cuyas propuestas se han incorporado, en lo sustancial, en el capítulo tercero del título

---

(10) La Comisión enunciaba hasta un total de *nueve recomendaciones para una regulación eficiente*, que iban desde la sugerencia, de estricta —y harto discutible— técnica legislativa de que «toda norma debe concretar claramente, como parte de su articulado, el objetivo que pretende», hasta el simple recordatorio de que «los proyectos de normas que incluyan medidas que puedan tener efectos sobre la competencia deberán contar con el directamente de la CNC previsto en el artículo 25 a) de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia».

primero de la «Ley ómnibus» (11). La Comisión se expresa en términos muy críticos sobre la experiencia atesorada por los colegios profesionales y hace un llamamiento a una reforma en profundidad de la institución colegial:

«La reforma del marco normativo de los servicios profesionales y la modernización de los Colegios Profesionales se deben acometer en el marco de una interpretación ambiciosa de la Directiva de Servicios, de tal forma que se sigan los principios de dicha Directiva no sólo en el diseño del nuevo marco normativo de los servicios profesionales sino también en la revisión de cualquier norma vigente en este ámbito».

A este respecto, la Comisión Nacional de la Competencia defiende, en particular, «la necesidad de romper con la asociación automática de profesión titulada con Colegio Profesional... Una cosa es restringir la entrada a un mercado (y otra limitar la competencia) alegando razones de interés público que obligan a que el profesional posea unos determinados conocimientos, y otra cosa es obligar a que, además de tener una titulación, el profesional esté inscrito en un Colegio Profesional» (12). El informe concluye defendido que «es preciso redefinir y acotar los fines y funciones de los Colegios Profesionales»:

«En primer lugar, la exigencia de colegiación se debe limitar a perseguir el objetivo de asegurar la calidad de los servicios prestados por los profesionales y ayudar a mantener ciertas conductas favorables a los clientes en el comportamiento de los profesionales, esto es, la regulación se debe enfocar desde el punto de vista de los consumidores y no de los profesionales. Consecuentemente, los fines colegiales se deben limitar a la ordenación de la profesión desde ese enfoque, no siendo obligatoria la colegiación para otros fines de defensa y representación de los profesionales para los que los profesionales pueden acudir a las asociaciones voluntarias.

En segundo lugar, en dicho fin de ordenación de la profesión es preciso que la Administración tenga un mayor papel, en particular, a través de la posibilidad de iniciar de oficio la revisión de los Estatutos Generales y a través del control previo de los Códigos internos colegiales.

En tercer lugar, existen múltiples regulaciones en la normativa vigente que no parecen justificadas por el objetivo de interés general o defensa de los consumidores, entre otras, la posibilidad de que los Colegios Profesionales establezcan

---

(11) Así lo reconoce expresamente la propia Comisión Nacional de la Competencia en el *Informe al Anteproyecto de Ley Ómnibus*, pag. 19. Este informe, así como las *Recomendaciones* y el *Informe sobre el sector de servicios profesionales* de 2008 pueden consultarse en la página web de la Comisión Nacional de la Competencia (<http://www.cncompetencia.es>).

(12) Como paso previo se proclama «la necesidad de romper con la unión automática de una profesión y un título», defendiendo la conveniencia de hablar de «actividades profesionales» y no de «profesiones»; este planteamiento se corresponde con las «actividades multidisciplinarias» de las que habla el art. 25 de la Directiva de servicios.

baremos de honorarios orientativos o la posibilidad de que introduzcan restricciones a la publicidad más allá de las contempladas en la Ley General de Publicidad, sobre las que este Consejo de la CNC ya ha realizado recientemente recomendaciones de supresión. Asimismo es necesario revisar otros aspectos como por ejemplo el objeto, contenido, obligatoriedad, responsabilidad colegial y precio de los visados».

Pese a que, como ya se ha avanzado, nada hay en la «Ley ómnibus» que contradiga las propuestas de la Comisión Nacional de la Competencia, ésta se ha expresado críticamente, al entender que la elaboración de dicha ley representaba una ocasión idónea para tratar conjuntamente la institución colegial y las titulaciones académicas, en el marco del denominado «proceso de Bolonia». Según indica la Comisión, en su informe al entonces Anteproyecto de la «ley ómnibus», «se corre el riesgo de que las nuevas titulaciones que se creen, incentivadas por el Proceso de Bolonia, se encuentren con mercados acotados y reservas de actividad para otras titulaciones» (13). En coherencia con lo reseñado, la Comisión Nacional de la Competencia recuerda al Gobierno que en su día anunció la elaboración de un proyecto de ley para la regulación de los servicios profesionales, instrumento que, siempre en opinión de la Comisión, resultaría más adecuado para una reforma global y coherente «sin limitarse a modificaciones parciales de la Ley de Colegios Profesionales».

## **II. PRINCIPALES ASPECTOS DE LA REFORMA DEL RÉGIMEN COLE-GIAL EN LA «LEY ÓMNIBUS»**

Las reformas del régimen jurídico de los colegios profesionales llevadas a cabo por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio —la «Ley ómnibus»—, figuran principalmente en el artículo 5 de este texto legal. De entre esas reformas interesa subrayar, por su relevancia, las previsiones relativas a la colegiación obligatoria, la supresión de los baremos orientativos de honorarios, o el tratamiento del visado colegial.

Además de estas novedades, la «Ley ómnibus» incorpora, como no podía ser de otro modo, el principio de libertad de dedicación a las actividades pro-

---

(13) Lo cual, añade, puede tener dos efectos: «El primero sería el retraimiento de las Universidades a la hora de proponer nuevas titulaciones, por considerar que éstas pudieran tener mayores problemas en el mercado laboral. El segundo efecto, más importante desde el punto de vista de la competencia, sería que las nuevas titulaciones buscaran su propia reserva de actividad y se fueran constituyendo así múltiples mercados acotados cada vez más reducidos, lo que afectaría negativamente a la competencia en los servicios profesionales.»

fesionales, plasmado en el art. 25.1 de la Directiva de servicios, mediante la incorporación de un nuevo apartado 5 en el artículo 2 de la Ley de colegios profesionales de acuerdo con el cual «los requisitos que obliguen a ejercer de forma exclusiva una profesión o que limiten el ejercicio conjunto de dos o más profesiones, serán sólo los que se establezcan por ley». Esta reserva formal a favor del legislador como única instancia —otra cosa es la falta de definición de cuál sea el legislador competente— que puede, previa ponderación de intereses, imponer un régimen de dedicación exclusiva, es plenamente coherente con la incidencia que una regla como ésta tiene en el derecho de libre elección de profesión u oficio (art. 35.1 CE) y descarta por completo que los colegios profesionales puedan imponer ese «régimen de dedicación exclusiva» con ocasión del desempeño de la función de «ordenación del ejercicio de las profesiones», que les atribuye, como uno de sus «finés esenciales», el nuevo art. 1.3 LCP.

## 1. La colegiación obligatoria

En materia de colegiación, el nuevo art. 3.2 LCP establece que «será requisito indispensable para el ejercicio de las profesionales hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente cuando así lo establezca una ley estatal». Esta regla se completa con el mandato, dirigido al Gobierno en la disposición transitoria cuarta para que «en el plazo de doce meses desde la entrada en vigor de esta Ley» y «previa consulta a las Comunidades Autónomas», remita a las Cámaras un proyecto de ley «que determine las profesiones para cuyo ejercicio es obligatoria la colegiación». Interesa destacar que en la «Ley ómnibus» se emplaza al Gobierno para que presente esa iniciativa legislativa en unos términos concretos, no sólo temporales, sino también —y lo que es más importante— sustantivos. Así, en esa misma disposición transitoria cuarta se añade:

«Dicho Proyecto deberá prever la continuidad de la obligación de colegiación en aquellos casos y supuestos de ejercicio en que se fundamente como instrumento eficiente de control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios y en aquellas actividades en que puedan verse afectadas, de manera grave y directa, materias de especial interés público, como pueden ser la protección de la salud y de la integridad física o de la seguridad personal o jurídica de las personas físicas».

El mandato no se ha cumplimentado en plazo, por lo que no nos es dado ofrecer una valoración de la interpretación que el Gobierno ha hecho de los términos con los cuales el legislador ha acotado la obligatoriedad de la colegiación: defensa de los usuarios y afección a materias de «especial interés

público» (14). Unos términos que, al menos *prima facie*, resultan conformes con la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional acerca de la compatibilidad con la libertad (negativa) de asociación de la adscripción obligatoria a las corporaciones de base asociativa.

## A) Doctrina del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional debió enfrentarse directamente con las dudas que suscita el régimen de colegiación obligatoria, para el ejercicio de determinadas actividades profesionales, con ocasión de la cuestión de inconstitucionalidad que, respecto del art. 3.2 LPC, planteaba en su momento la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por posible vulneración de la libertad de asociación proclamada en el art. 22 CE. Dicha cuestión de inconstitucionalidad fue desestimada en la STC 89/1989, de 11 de mayo.

En esta Sentencia el Tribunal Constitucional señala que la «constitucionalización» de los colegios profesionales contenida en el art. 36 CE no predetermina la naturaleza ni el régimen jurídico de estas corporaciones. De modo que es el legislador quien «dentro de los límites constitucionales y de la naturaleza y fines de los colegios» puede «optar por una configuración determinada [...], dado, además, que la reserva legal citada no es equiparable a la que se prevé en el art. 53.1 CE respecto de los derechos y libertades en cuanto al respecto de su contenido esencial, puesto que en los Colegios Profesionales —en la dicción del art. 36— no hay contenido esencial que preservar —STC 83/1984—, salvo la exigencia de estructura y funcionamiento democrático. Otra cosa es que el legislador, al hacer uso de la habilitación que le confiere el art. 36 CE, deberá hacerlo de forma tal que restrinja lo menos posible, y de modo justificado, tanto el derecho de asociación (art. 22) como el de libre elección profesional y de oficio (art. 35), y que al decidir, en cada caso concreto, la creación de un Colegio Profesional, en cuanto, tal, haya de tener en cuenta que el afectar la existencia de éste a los derechos fundamentales mencionados, sólo será constitucionalmente lícita cuando esté justificada por la necesidad de servir un interés público.» (FJ 5). A lo que se añade:

«El art. 22 C.E. no prohíbe, por tanto, la existencia de entes que, siempre con la común base personal, exijan un específico tratamiento, o bien un suplemento de requisitos postulados por los fines que se persiguen. Es lógico que una conjunción de fines privados y públicos —como es el caso de los Colegios— impliquen tam-

---

(14) A decir verdad, la caracterización de la disposición que nos ocupa como transitoria sólo se explica por su inciso final, donde se indica que, en tanto no entre en vigor la ley que precise las actividades profesionales para cuyo ejercicio es indispensable la incorporación a un colegio «se mantendrán las obligaciones de colegiación vigentes».

bién modalidades que no deben siempre verse como restricciones o limitaciones injustificadas de la libertad de asociación, sino justamente como garantía de que unos fines y otros puedan ser satisfechos.

...

Y es que al cumplirse por los Colegios Profesionales otros fines específicos, determinados por la profesión titulada, de indudable interés público (disciplina profesional, normas deontológicas, sanciones penales o administrativas, recursos procesales, etc.), ello justifica innegablemente la opción deferida al legislador para regular aquellos Colegios y para configurarlos como lo hace la Ley 2/1974 y las normas complementarias citadas, que en nada vulneran el contenido de la norma constitucional (art. 36) habilitante, ni tampoco el art. 22» (FJ 7).

De donde se concluye que «la colegiación obligatoria, como requisito exigido por la Ley para el ejercicio de la profesión, no constituye una vulneración del principio y derecho de libertad asociativa, activa o pasiva, ni tampoco un obstáculo para la elección profesional (art. 35 CE), dada la habilitación concedida al legislador por el art. 36» (FJ 8).

La doctrina establecida en la STC 89/1989, de 11 de mayo, se completará poco después en la STC 132/1989, de 18 de julio, que tuvo por objeto el régimen jurídico de otro tipo de Corporaciones de Derecho público: las cámaras profesionales agrarias. También en relación con éstas hubo el Tribunal Constitucional de resolver las dudas que suscitaba la conformidad de la adscripción obligatoria con el derecho fundamental de asociación.

A este respecto, apunta el Tribunal Constitucional que aunque el derecho de asociación represente una de las manifestaciones, aquí en el «ámbito de la formación de agrupaciones entre individuos», en que se plasma la libertad como valor superior del ordenamiento, ello no supone que deba excluirse «la intervención de los poderes públicos en este ámbito, para el cumplimiento de fines que se consideran de interés público» (FJ 6). Esa intervención, que como recuerda la propia STC 132/1989, se ha producido históricamente bien delegando a favor de entidades privadas el ejercicio de potestades públicas (como sucede en el caso de las federaciones deportivas), bien «estableciendo o creando específicamente agrupaciones de base asociativa para ejercer esas funciones, como sería el caso (con los matices propios), de los Colegios Profesionales, de las Cámaras Agrarias o de organizaciones de otro tipo» (ibidem), trastoca algunas de las características esenciales del fenómeno asociativo. Concretamente, el pacto asociativo entre iguales se sustituye por la decisión normativa del poder público:

«En estos últimos supuestos, nos hallamos ante entidades que no han sido fruto de la libre decisión u opción de los afectados, para la obtención de fines autónomamente elegidos, sino fundamentalmente (y sin excluir forzosamente este último aspecto), de una decisión de los poderes públicos, sin que exista por tanto un

*pactum associationis* original, que se ve sustituido por un acto de creación estatal; y tampoco habría una opción en favor de la persecución de fines o defensa de intereses libremente determinados, ya que el objeto de esas agrupaciones vendría definido por los intereses públicos para cuya defensa fueron creadas, y que son también fijados por el poder público. En el tipo de agrupaciones de que se trata —que han recibido la denominación genérica de Corporaciones públicas, con una mayor o menor amplitud— si bien cabe estimar la presencia de un cierto elemento o base asociativa (ya que sus integrantes no se encuentran sometidos a un régimen de tipo estatutario funcional, ni integrados en relaciones de jerarquía y subordinación, sino en posición de paridad), sólo en términos muy latos puede hablarse de que exista una asociación, en cuanto que ésta supone una agrupación libre para la obtención de fines, determinados, también libremente, por los miembros que la integran.» (FJ 6)

En esta misma Sentencia el Tribunal Constitucional define dos límites externos a la libertad de configuración del legislador en la materia; límites que tienen que ver, ambos, con la necesidad de salvaguardar, hasta donde sea posible, la efectividad de las diversas facultades integrantes del derecho fundamental de asociación (15). Así, el primero de dichos límites veda al legislador el establecimiento de una regulación de tal amplitud que monopolice las posibilidades asociativas de los miembros de esas Corporaciones:

«Los fines [...] a perseguir por las Entidades corporativas, y la actuación de éstas han de ser compatibles con la libre creación y actuación de asociaciones que persigan objetivos políticos, sociales, económicos o de otro tipo, dentro del marco de los derechos de asociación y de libre sindicación, sin que puedan suponer, por tanto, obstáculos o dificultades a esa libre creación y funcionamiento. Ello constituye, pues, un primer límite, que pudiéramos denominar externo, a la creación de entes de tipo corporativo, creación que resultará contraria a los mandatos constitucionales de los arts. 22 y 28 CE si en la práctica van a significar una indebida concurrencia con asociaciones fundadas en el principio de la autonomía de la voluntad, o si, con mayor motivo, van a impedir la creación o funcionamiento de este tipo de asociaciones» (FJ6).

El segundo límite trae causa de la excepcionalidad que este tipo de entes debe revestir en un ordenamiento jurídico fundado sobre la libertad de los individuos como valor superior:

---

(15) Según se recuerda en la STC 133/2006, de 27 de abril, sintetizando la doctrina constitucional en la materia, el Tribunal Constitucional «ha identificado cuatro facetas o dimensiones en las que se manifiesta el derecho el derecho fundamental de asociación, a saber: libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas [libertad positiva de asociación]; libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas [libertad negativa de asociación]; libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas y, como dimensión *inter privados*, garantía de un haz de facultades a los asociados individualmente considerados frente a las asociaciones a las que pertenecen o a las que pretendan incorporarse.» (FJ 3, las precisiones incluidas entre corchetes son mías).



«En términos de nuestra ya citada STC 67/1985 —cuyo tenor esencial se reitera en la reciente STC 89/1989—, referente a la adscripción obligatoria en Colegios Profesionales, las excepciones al principio general de libertad de asociación han de justificarse en cada caso porque respondan a medidas necesarias para la consecución de fines públicos, y con los límites precisos ‘para que ello no suponga una asunción (ni incidencia contraria a la Constitución), de los derechos fundamentales de los ciudadanos’ (fundamento jurídico 3). En consecuencia, tal limitación de la libertad del individuo afectado consistente en su integración forzosa en una agrupación de base (en términos amplios) ‘asociativa’, sólo será admisible cuando venga determinada tanto por la relevancia del fin público que se persigue, como por la imposibilidad, o al menos dificultad, de obtener tal fin, sin recurrir a la adscripción forzada a un ente corporativo» (FJ 7) (16).

De modo que la adscripción forzosa —aquí en su vertiente de colegiación obligatoria— debe estar justificada «por la naturaleza de los fines perseguidos, de forma que la integración forzosa resultase necesaria para el cumplimiento de fines relevantes de interés general» (ibídem). Resulta así una doctrina que ha afirmado la conformidad con el texto constitucional de dicha adscripción forzosa, bien que con carácter rigurosamente excepcional y siempre que no conlleve una exigencia de exclusividad, esto es, que no impida la libertad positiva de asociación. Esta misma doctrina fue reiterada poco después en la STC 139/1989, de 20 de julio, dictada en recurso de amparo, donde se insiste en que la pertenencia obligatoria a una corporación de Derecho público «sólo será admisible cuando venga determinada tanto por la relevancia del fin público que se persigue, como por la imposibilidad, o al menos dificultad, de obtener tal fin sin recurrir a la adscripción forzada a un ente corporativo» (FJ 2) (17).

Puede afirmarse que las finalidades identificadas por el legislador estatal en la disposición transitoria cuarta de la «Ley ómnibus» como causas justificativas de la imposición de la obligación de colegiación para el ejercicio de actividades profesionales («instrumento eficiente de control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios» y posible

---

(16) La STC 67/1985, de 24 de mayo, desestimó la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en relación con determinados preceptos de la Ley 13/1980, de 31 de marzo, general de la cultura física y el deporte, que atañen al régimen jurídico de las federaciones deportivas.

(17) En la STC 132/1989 se resuelve un recurso de amparo en relación con la obligada pertenencia a las cámaras agrarias. Esta misma doctrina fue reiterada en la STC 113/1994, de 14 de abril, donde se declaró que las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana no satisfacían los requisitos mencionados, o en la STC 194/1998, de 1 de octubre, a la que posteriormente se hará referencia, respecto de los colegios profesionales (también respecto de la organización colegial, ATC 70/1998, de 16 de marzo, que inadmite un recurso de amparo planteado tras un proceso suscitado por la reclamación de cuotas colegiales a un abogado).

afección «grave y directa» a «materias de especial interés público», entre las que se mencionan la protección de la salud e integridad física de los ciudadanos, así como la «seguridad personal o jurídica de las personas físicas») tienen la suficiente relevancia para servir de presupuesto, de conformidad con la doctrina constitucional ahora recordada, para la formulación por el legislador del correspondiente juicio de proporcionalidad. En el bien entendido que ese juicio de proporcionalidad ha de efectuarse respecto de actividades profesionales y no de profesiones y que el resultado de la ponderación entre derechos e intereses en presencia ha de ser acorde con el principio de concordancia práctica.

Respecto de lo primero hallamos dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que interesa reseñar: las SSTC 131/1989, de 19 de julio, y 194/1998, de 1 de octubre. En estas resoluciones el Tribunal Constitucional concluye que es perfectamente legítima la excepción del deber de colegiación para el caso de los profesionales «de cliente único», como son los funcionarios que sirven en exclusiva a la Administración pública; esto es, que no efectúan prestaciones directas a los ciudadanos:

«Como hemos señalado en la STC 131/1989, 'es perfectamente admisible que las exigencias establecidas con carácter general, como es el requisito de la colegiación obligatoria, cedan o no sean de aplicación en casos, como el que motiva el presente recurso, de que quienes ejerzan la profesión colegiada lo hagan únicamente como funcionarios o en el ámbito exclusivo de la Administración Pública, sin pretender ejercer privadamente, con lo cual viene a privarse de razón de ser al sometimiento a una organización colegial justificada en los demás casos (STC 69/1985, fundamento jurídico 2); en tal supuesto, la Administración asumiría directamente la tutela de los fines públicos concurrentes en el ejercicio de las profesiones colegiadas que, con carácter general, se encomiendan a los Colegios Profesionales. Corresponde, pues, al legislador y a la Administración Pública, determinar por razón de la relación funcional con carácter general, en qué supuestos y condiciones, al tratarse de un ejercicio profesional al servicio de la propia Administración e integrado en una organización administrativa y por tanto de carácter público, excepcionalmente dicho requisito, con el consiguiente sometimiento a la ordenación y disciplina colegiales, no haya de exigirse, por no ser la obligación que impone proporcionada al fin tutelado' (fundamento jurídico 4). Como venimos reiterando, la obligación de incorporación a un Colegio para el ejercicio de la profesión se justifica no en atención a los intereses de los profesionales, sino como garantía de los intereses de sus destinatarios. En el caso de quienes trabajan para centros públicos, esa garantía puede ser asumida por la Administración y, en consecuencia, la exención de colegiación aparece como una medida razonable, ajena a todo propósito discriminatorio contrario al art. 14 de la Constitución Española» (FJ 3).

A lo dicho debe añadirse que cuando el resultado de la ponderación entre intereses concurrentes determine la legítima imposición del deber de

colegiación, la libertad de asociación no ha de ceder —en aplicación del ya mencionado principio de concordancia práctica— más allá de lo estrictamente imprescindible para la realización del fin público perseguido. Dicho de otro modo, la privación de una de las facetas del derecho fundamental de asociación —la libertad negativa de asociación— no debe conllevar la de las restantes facetas y, en particular, la de la libertad positiva de asociación, aquí concretada en la incorporación a otras agrupaciones asociativas o, eventualmente, su creación (18).

## **B) Confusión competencial y principio de colegiación única**

Una vez afirmado que sólo el legislador puede imponer la colegiación obligatoria como requisito imprescindible para el ejercicio de una actividad profesional resta por identificar al legislador competente para adoptar esa decisión teniendo presente el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias en la materia. Se trata de una tarea singularmente difícil, o esa conclusión habremos de alcanzar a la vista de la confusión —por decir lo menos— que reina al respecto en la «Ley ómnibus».

En efecto, esa Ley introduce un nuevo art. 3.2 en la Ley de colegios profesionales que parece resolver las dudas que pudieran suscitarse al respecto a favor de la competencia del legislador estatal. Concretamente, ese nuevo art. 3.2 LCP dispone en su primera frase que «será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente *cuando así lo establezca una ley estatal*». Sin embargo, la indiscutible rotundidad de esta regla se torna pronto imprecisión al confundir el régimen de distribución de competencias entre los poderes territoriales con el principio de colegiación única. Así sucede que en el primer párrafo del nuevo art. 5.3 LCP leemos:

«Cuando una profesión se organice por colegios territoriales, bastará la incorporación a uno solo de ellos, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio español. A estos efectos, cuando en una profesión sólo existan colegios profesionales en algunas Comunidades Autónomas, los profesionales se regirán por la legislación del lugar donde tengan establecido su domicilio profesional único o principal, lo que bastará para ejercer en todo el territorio español.»

---

(18) Valga como ejemplo, en este sentido, la STC 123/1987, de 15 de julio, referida a las agrupaciones de abogados jóvenes, en donde señaló el Tribunal Constitucional que «la colegiación para quienes ejercen profesiones tituladas no impide que puedan sindicarse, participando en la fundación de organizaciones sindicales o afiliándose a las ya existentes, sin perjuicio de que, en cuanto titulado, sea miembro de una corporación profesional» (FJ 5).

De este modo, la inicial afirmación de la competencia exclusiva del legislador estatal para el establecimiento de la colegiación obligatoria parece tornarse en una competencia concurrente donde la única diferencia respecto del eventual ejercicio por dicho legislador o por los legisladores autonómicos sería la eficacia de la imposición de la obligación en cuestión; lo que, en rigor, no sería sino aplicación al caso del principio de territorialidad del Derecho autonómico (19). El panorama resultante pugnaría con la lógica inspiradora de la distribución de competencias en el Estado autonómico y, por lo demás, no se correspondería con la doctrina constitucional en la materia.

Esa doctrina se recoge esencialmente en las SSTC 76/1983, de 5 de agosto, que resuelve el recurso previo de inconstitucionalidad en relación con el proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico; 20/1988, de 18 de febrero, cuyo objeto coincide sustancialmente, en lo que ahora interesa, con la anterior resolución, al versar sobre lo dispuesto en el art. 15.2 de la Ley del proceso autonómico, y, finalmente, 31/2010, de 18 de junio, sobre el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña. Pues bien, en la STC 20/1988 hallamos la siguiente síntesis de la doctrina:

«[E]n la STC 76/1983, de agosto, este Tribunal declar[ó] que ‘corresponde a la legislación estatal fijar los principios y reglas básicas a que han de ajustar su organización y competencias las Corporaciones de Derecho público representativas de intereses profesionales’. Y aun cuando en tal declaración no se invocara explícitamente el art. 149.1 18 de la Constitución, y se dijera sólo que las remisiones estatutarias a los preceptos constitucionales allí citados ‘permite entender que la Ley a que se refiere el art. 36 ha de ser estatal en cuanto a la fijación de criterios básicos en materia de organización y competencia’ de las Corporaciones públicas profesionales, es del todo claro que el fundamento constitucional de esta legislación básica estatal no puede encontrarse sino en el mencionado art. 149.1 18 de la Constitución. No cabe olvidar, por lo demás, que en aquella Sentencia este Tribunal dijo de forma expresa, con referencia a las Corporaciones de Derecho público representativas de intereses económicos, cuya analogía con las Corporaciones profesionales no parece dudosa, que ‘aunque orientadas primordialmente a la consecución de fines privados, propios de los miembros que las integran, tales Corporaciones participan de la naturaleza de las Administraciones públicas y, en este sentido, la constitución de sus órganos, así como su actividad en los limitados aspectos en que realizan funciones administrativas han de entenderse sujetas a las bases que con respecto a dichas Corporaciones dicte el Estado en el ejercicio de las competencias que le reconoce el art. 149.1 18 de la Constitución.’ Esta doctrina resulta notoriamente aplicable también a las Corporaciones de Derecho

---

(19) Por lo demás bien pudiera suceder que la suma de eficacias territoriales parciales, esto es, autonómicas, cubriera la totalidad del territorio nacional. Supuesto en absoluto hipotético pues ya ha sucedido con los colegios de fisioterapeutas creados por las diecisiete Comunidades Autónomas.

público representativas de intereses profesionales, y no cabe ahora sino reiterarla en lo que concierne a los Colegios Profesionales» (FJ 49).

A esta misma doctrina se ha remitido el Tribunal Constitucional para dar respuesta a la impugnación del art. 125.1 del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, de acuerdo con el cual la Generalitat de Cataluña asume, entre otras, «la competencia exclusiva [...] respetando lo dispuesto en los artículos 36 y 139 de la Constitución» para regular, entre otros extremos, «el régimen de colegiación y adscripción». Pese a que la afirmación de la exclusividad de la competencia invitar a pensar que el legislador autonómico es el único habilitado para definir los supuestos de colegiación obligatoria, la STC 31/2010 ha apostado por una interpretación integradora del precepto estatutario que permite salvar su constitucionalidad a costa de reducir muy notablemente el alcance de la competencia estatal, que deviene *exclusiva* «en los términos de la legislación básica» y no sólo «en el respeto a lo dispuesto en los artículos 36 y 139 de la Constitución»:

«Los Diputados recurrentes oponen a tal asignación competencial que su exclusividad desplaza a las normas básicas que corresponde dictar al Estado en la materia (art. 149.1.18 CE). El reproche no puede prosperar en razón de las consideraciones generales realizadas en los fundamentos jurídicos 60 y 64 acerca de las competencias del Estado, de las potestades concretas que comprende la competencia autonómica y de las prescripciones que contiene el propio encabezamiento de la norma contenida en el apartado impugnado. Las atribuciones de competencias que efectúan las letras a) ('[l]a regulación de la organización interna, del funcionamiento y del régimen económico, presupuestario y contable, así como el régimen de colegiación y adscripción, de los derechos y deberes de sus miembros y del régimen disciplinario') y b) ('[l]a creación y la atribución de funciones') tienen un contenido, derivado de su propio tenor literal, que conlleva el sometimiento a la regulación básica estatal que disciplina la existencia misma de estas Corporaciones y los requisitos que han de satisfacer en el orden organizativo y financiero debiendo tenerse en cuenta, además, que el encabezamiento del propio art. 125.1 somete las competencias autonómicas al art. 36 CE, lo que ha de significar, necesariamente, a la ley estatal (STC 20/1988, FJ 3) de lo que se concluye que el art. 125.1 EAC no cierra el paso a las competencias legislativas estatales» (FJ 71).

Al margen de cualesquiera otras consideraciones parece lógico sostener que entre las determinaciones básicas del régimen jurídico de las corporaciones de Derecho público que corresponde establecer al legislador estatal al amparo de la competencia que le atribuye el art. 149.1.18 CE figura el régimen de colegiación, y muy singularmente la adscripción obligatoria. Dicho de otro modo, entre uno de los «criterios básicos en materia de organización y competencia» (SSTC 76/1983 y 20/1988), sino el principal, será el relativo a los miembros integrantes de estos entes de base asociativa. A mayor abundamiento, no debemos olvidar que la imposición del deber de colegiación

representa una privación de la libertad negativa de asociación (art. 22 CE) e incide sobre el ejercicio a la libre elección de profesión u oficio (art. 35.1 CE), consideraciones ambas que reconducirían asimismo la decisión a la esfera competencial del legislador estatal, si bien en este caso en su vertiente de legislador de las condiciones básicas del art. 149.1.1 CE.

Por lo expuesto, la reserva al legislador estatal de la competencia para establecer el deber de colegiación como «requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones» resulta plenamente coherente con el régimen constitucional de distribución de poderes en esta materia. También por ello mismo resulta especialmente desconcertante lo dispuesto en el nuevo art. 3.3 LCP, toda vez que, como ha destacado FERNÁNDEZ FARRERES, este precepto «da por supuesta la existencia de colegios profesionales autonómicos (también podría decirse, de profesiones colegiadas autonómicas) de adscripción o colegiación obligatoria», lo que es rigurosamente contradictorio con la exclusividad de la competencia estatal, en los términos de la doctrina constitucional ahora expuesta.

Es lo cierto, no obstante, que el propio art. 3.3 *in fine* LCP proporciona una pauta que permite salvar la antinomia que nos ocupa, al decantarse en este caso por la aplicación del fuero personal y no del territorial en garantía del principio de colegiación única. Cuando menos ello permite salvar el obstáculo que representa la aparente admisión de la existencia de profesiones colegiadas autonómicas.

Bien es cierto, por lo demás, que los legisladores autonómicos han sido generosos no tanto en el establecimiento de auténticas «profesiones colegiadas», esto es, de actividades profesionales para cuyo ejercicio es requisito indispensable la colegiación, cuanto en la transformación de asociaciones de profesionales en sedicentes «colegios profesionales», las más de las veces respondiendo a las peticiones de esos mismos profesionales, en cuyo favor se reserva el ejercicio de determinadas actividades. Analizada desde la perspectiva de la coherencia lógica de las instituciones, se trata de una mala práctica legislativa que resulta perturbadora al equiparar profesiones tituladas con profesiones «con colegio profesional», que no auténticas «profesiones colegiadas». Una práctica que, por lo demás, no es nueva ni privativa de los legisladores autonómicos y cuyos orígenes se remontan prácticamente al momento de entrada en vigor de la Ley de colegios profesionales de 1974 (20).

---

(20) Baste recordar, a este respecto, que el primer colegio profesional nacido vigente la Ley de colegios profesionales de 1974 fue el Colegio Oficial de Físicos, creado por la Ley 34/1976, de 4 de diciembre, que, de acuerdo con lo previsto en su art. 1 *in fine*, «agrupará a los licenciados y doctores en ciencias físicas que *deseen colegiarse* en el mismo». Quedaba así claramente afirmado el carácter voluntario de un colegio profesional que no era sino una novación, en cuanto a su forma jurídica, de la Asociación Nacional de Físicos de España.

Una práctica que, además, ocasiona una indeseable inflación de la organización colegial, que alcanza a actividades en las que difícilmente concurren los intereses generales legitimadores de la creación de un colegio profesional de adscripción obligatoria, en los términos establecidos en la disposición transitoria cuarta de la «Ley ómnibus» (21).

En otro orden de cosas cabe resaltar que, en relación con el principio de colegiación única, la «Ley ómnibus» profundiza en la liberalización iniciada por la Ley 7/1997 y el Real Decreto-ley 6/2000, llegándose incluso a la supresión del requisito de la comunicación previa al ejercicio de actividades profesionales en el territorio de un colegio profesional distinto de aquel en el cual radique el domicilio profesional único o principal (22). No se comprende muy bien el por qué de esta decisión, pues una cosa es combatir cualquier intento de equiparar, fundamentalmente a los efectos de cobrar la correspondiente cuota de inscripción, la comunicación con el alta colegial, y otra bien distinta suprimir una información que facilita el ejercicio de las potestades públicas atribuidas a los colegios profesionales para la defensa de los intereses de los usuarios de los servicios. El legislador confía, pudiéramos pensar que en un alarde de ingenuidad, en la suficiencia de «los oportunos mecanismos de comunicación y los sistemas de cooperación administrativa entre autoridades competentes previstos en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio» (párrafo tercero del nuevo art. 3.3 LCP) (23).

---

(21) Concretamente, la adscripción obligatoria al Colegio de Decoradores, establecida en su día por el art. 2 del Decreto 893/1972, de 24 de marzo, de creación del Colegio Nacional Sindical de Decoradores, sólo respondía a una concepción corporativa de la organización de las relaciones profesionales, sin que resulte fácil atisbar el fin constitucionalmente legítimo que pueda justificar el mantenimiento de esa obligación. Con idénticas dificultades nos encontramos a la hora de tratar de explicar la obligación de pertenecer al Colegio Oficial de Guías Turísticas de las Illes Balears como requisito para el ejercicio de la profesión en esa Comunidad Autónoma (art. 4 de la Ley de las Illes Balears 5/2004, de 20 de diciembre, de creación del citado Colegio Oficial), o de incorporarse al Colegio Profesional de Ortopédicos de Aragón para el ejercicio de esta profesión (art. 4 de la Ley de las Cortes de Aragón 6/2007, de 17 de diciembre, de creación de este Colegio Profesional).

(22) De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del nuevo art. 3.3 LCP, «los Colegios no podrán exigir a los profesionales que ejerzan en un territorio diferente al de colegiación comunicación ni habilitación alguna ni el pago de contraprestaciones económicas distintas de aquellas que exijan habitualmente a sus colegiados por la prestación de los servicios de los que sean beneficiarios y que no se encuentren cubiertos por la cuota colegial.»

(23) La remisión ha de entenderse hecha a lo dispuesto en el capítulo VI de la Ley 17/2009, rubricado «cooperación administrativa para el control efectivo de los prestadores», dándose la circunstancia de que los preceptos que integran este capítulo contemplan esencialmente, como bien se apunta en el preámbulo de la propia Ley, la cooperación con otros Estados miembros de la Unión Europea y no la cooperación entre Administraciones públicas, o entes corporativos que ejercen potestades públicas, nacionales.

## 2. Definición de las funciones de los Colegios profesionales

En línea con lo apuntado por la Comisión Nacional de la Competencia, la «Ley ómnibus» da una nueva redacción al art. 1.3 LCP, identificando como «finés esenciales» de los colegios «la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados, todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcional». Como bien puede apreciarse, el precepto distingue claramente la representación «de la profesión», función atribuida en exclusiva a los colegios de adscripción obligatoria, y la representación «de los colegiados», ámbito en el que la efectividad de la libertad positiva de asociación impide la atribución de monopolio alguno a los colegios profesionales. Por otro lado, la referencia a la Administración pública en el inciso final ha de entenderse hecha a la exención del deber de colegiación para el personal que preste servicios exclusivamente a la propia Administración y no a los ciudadanos.

Además de esta nueva definición de los fines de la institución colegial, la reforma de la LCP llevada a cabo por la «Ley ómnibus» ha supuesto, destacadamente, la supresión de los baremos de honorarios orientativos y la definición de un nuevo régimen del visado colegial.

### A) La supresión de los baremos orientativos

La «Ley ómnibus» suprime la letra ñ) del art. 5 LCP, que facultaba a los colegios profesionales para «establecer baremos de honorarios, que tendrán carácter meramente orientativo». Además, se añade un nuevo art. 14 LCP, que lleva el contundente título de «prohibición de recomendaciones sobre honorarios». Según se dispone en este último precepto, «los Colegios Profesionales y sus organizaciones colegiales no podrán establecer baremos orientativos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales, salvo lo establecido en la Disposición adicional cuarta».

Desde el famoso informe del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1992, la autoridad nacional competente en este sector —ahora, Comisión Nacional de la Competencia— ha venido propugnando sistemáticamente la supresión no sólo de los honorarios mínimos sino también de los baremos orientativos, al entender que «la fijación de tarifas orientativas es lo que en términos de derecho de la competencia se entiende por *prácticas conscientemente paralelas*, con efectos finales similares a la fijación de precios [pues no]



se llega a establecer un cártel, pero los partícipes se comportan todos de la misma forma, porque pueden razonablemente anticipar cuál va a ser el comportamiento de sus competidores. En efecto, las recomendaciones de precios no sólo presentan ventajas extremadamente dudosas, sino que son susceptibles de reforzar las posibilidades de coordinación de precios entre las empresas instaladas en el mercado» (24).

La supresión de esta facultad no deja de resultar un tanto sorprendente en la medida en que puede entenderse que sirve a la defensa de los usuarios de los servicios profesionales, a quienes se proporciona una información que en otro caso sería harto difícil de obtener dada la opacidad y fragmentación de muchos mercados de servicios. En todo caso, dicha supresión debiera haberse acompañado con la inclusión de otras obligaciones de información sobre el coste de los servicios profesionales, como pudiera ser la necesaria presentación de presupuestos previos.

Por lo demás, la supresión de los baremos orientativos no se compeadece muy bien con el mantenimiento de los criterios orientativos «para la tasación de costas» a los que hace referencia la nueva disposición adicional cuarta LCP. Téngase presente que no se trata, en este caso, de que los colegios profesionales informen sobre el carácter pretendidamente indebido o excesivo de los honorarios que debe abonar la contraparte procesal, sino de la elaboración de «criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados». No se trata, por consiguiente, de la protección de quien no perfeccionó contrato alguno en ejercicio de su autonomía comercial sino de la definición *ex ante* de unos criterios orientativos. Cabe intuir que, al menos en el ámbito de actuación de los colegios de las profesiones que intervienen en los procesos judiciales, estos criterios orientativos operarán como hasta ahora hicieran los baremos orientativos.

## **B) El visado colegial**

La «Ley ómnibus» introduce un nuevo art. 13 LCP, dedicado a la figura del visado colegial. En este precepto legal se define, en primer término, los supuestos en los cuales procederá el visado de los trabajos profesionales. Así, de acuerdo con lo dispuesto en su apartado primero:

«Los Colegios de profesiones técnicas visarán los trabajos profesionales en su ámbito de competencia únicamente cuando se solicite por petición expresa de

---

(24) *Informe sobre el sector de servicios profesionales y colegios profesionales*, p. 42; en parecidos términos, *Recomendaciones a las Administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*, p. 45.

los clientes, incluidas las Administraciones Públicas cuando actúen como tales, o cuando así lo establezca el Gobierno mediante Real Decreto, previa consulta a los colegiados afectados, de acuerdo con los siguientes criterios:

- a) Que sea necesario por existir una relación de causalidad directa entre el trabajo profesional y la afectación a la integridad física y seguridad de las personas.
- b) Que se acredite que el visado es el medio de control más proporcionado.

En ningún caso, los Colegios, por sí mismos o a través de sus previsiones estatutarias, podrán imponer la obligación de visar los trabajos profesionales».

Queda meridianamente claro, por tanto, que el visado colegial no es, como hasta ahora sucediera, un supuesto entregado a la ordenación autónoma de las profesiones por los colegios sino un ámbito de regulación heterónoma. Esta regulación, en lo que específicamente se refiere a los supuestos de solicitud obligatoria del visado (importa insistir en este punto, pues la voluntariedad hace referencia a la solicitud del visado, no a la expedición del mismo, que deviene obligatoria desde el momento en que lo soliciten «los clientes»), se recoge en el Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial, en cuyo art. 2 se enumeran los trabajos profesionales para los cuales es preciso obtener el visado colegial (25).

De acuerdo con el art. 13.2 LCP, el objeto del visado es «comprobar, al menos» la «identidad y habilitación profesional del autor del trabajo», así como «la corrección e integridad formal de la documentación del trabajo profesional de acuerdo con la normativa aplicable al trabajo del que se trate». En todo caso, se añade, «el visado expresará claramente cuál es su objeto, detallando qué extremos son sometidos a control e informará sobre la responsabilidad que, de acuerdo con lo previsto en el apartado siguiente, asume el Colegio. En ningún caso comprenderá los honorarios ni las demás condiciones contractuales, cuya determinación queda sujeta al libre acuerdo entre las partes, ni tampoco comprenderá el control técnico de los elementos facultativos del trabajo profesional.»

Y es que en el art. 13.3 LCP se define, en unos términos harto imprecisos, el régimen de responsabilidad colegial derivada del visado de los trabajos profesionales:

---

(25) A saber: proyecto de ejecución de edificación; certificado final de obra de edificación; proyecto de ejecución de edificación y certificado final de obra; proyecto de demolición de edificación sin uso de explosivos; proyecto de voladuras especiales; proyectos técnicos de establecimiento, traslado y modificación sustancial de fábricas de explosivos; proyectos de instalación y modificación sustancial de depósitos comerciales y de consumo de materias explosivas; proyectos de establecimientos de cartuchería y pirotecnia, y proyectos de aprovechamientos de recursos mineros de las secciones C) y D).

«En caso de daños derivados de un trabajo profesional que haya visado el Colegio, en el que resulte responsable el autor del mismo, el Colegio responderá subsidiariamente de los daños que tengan su origen en defectos que hubieran debido ser puestos de manifiesto por el Colegio al visar el trabajo profesional, y que guarden relación directa con los elementos que se han visado en ese trabajo concreto».

La imprecisión a la que se ha hecho referencia es doble. En primer, se establece un régimen de responsabilidad subsidiaria por los daños ocasionados por los defectos que «hubieran debido ser puestos de manifiesto» en el visado. Sucede, sin embargo, que, como ya se ha indicado, en el nuevo art. 13.2 LCP, el contenido mínimo de los visados tiene un carácter eminentemente formal, limitado a la «identidad y habilitación profesional del autor del trabajo» y a la verificación de «la corrección e integridad formal de la documentación del trabajo profesional de acuerdo con la normativa aplicable al trabajo del que se trate». De modo que no se verifica la idoneidad de las soluciones técnicas propuestas en el trabajo que se vise. O eso pudiera pensarse porque, según reza el art. 13.2 LCP, esas comprobaciones tienen el carácter de *mínimos*, de modo que la responsabilidad subsidiaria colegial derivara no sólo de la comprobación de esos aspectos formales sino de todos aquellos otros elementos «que [efectivamente] se han visado en ese trabajo concreto» (art. 13.3 *in fine* LCP). Lo cual supondría una ampliación de la responsabilidad colegial derivada, sorprendentemente, del exceso de celo en el ejercicio de la función de visado de los trabajos profesionales.

### **3. Otros contenidos: publicidad de los servicios profesionales; principio de transparencia; ventanilla única y memoria anual**

La publicidad («comunicaciones comerciales» en la terminología de la Directiva de servicios) de las profesiones colegiadas es objeto de atención en el nuevo art. 2.5:

«Los Estatutos de los Colegios, o los códigos deontológicos que en su caso aprueben los Colegios, podrán contemplar previsiones expresas dirigidas a exigir a los profesionales colegiados que su conducta en materia de comunicaciones comerciales sea ajustada a lo dispuesto en la ley, con la finalidad de salvaguardar la independencia e integridad de la profesión, así como, en su caso, el secreto profesional»

Como es sabido, la Directiva de servicios únicamente impone a los Estados miembros el deber de suprimir «las prohibiciones totales de realizar comunicaciones comerciales en el caso de las profesiones reguladas» (art. 24.1), de modo que lo dispuesto por el legislador estatal responde no sólo al deseo de cumplir satisfactoriamente con la «revisión» del propio ordenamiento para

adaptarlo a las exigencias dimanantes de la libertad de prestación de servicios, sin también al impulso de las autoridades nacionales de la competencia. Si bien es verdad que el legislador no ha acogido plenamente las propuestas de la Comisión Nacional de la Competencia, que en sus *Recomendaciones* de 2008 propugnaba «la supresión de todas las restricciones colegiales a la libertad de publicidad y la sujeción explícita de la actividad publicitaria de los profesionales de estos servicios a los límites generales establecidos en la Ley 34/1998, General de Publicidad» (26). Frente a la heteronomía postulada por la Comisión Nacional de la Competencia la «Ley ómnibus» sigue decantándose por dejar un espacio a la regulación autónoma de los colegios profesionales, lo que parece más coherente con la atribución a éstos de una función esencial de ordenación del ejercicio de las profesiones (27).

Especial interés revisten algunas previsiones relacionadas con el principio de transparencia de la organización colegial.

Es el caso, en primer lugar, de la «ventanilla única», a la que se hace referencia en el nuevo art. 10 LCP. Una ventanilla única telemática que no sólo ha de prestar servicios a los profesionales colegiados o que deseen incorporarse a la organización colegial, ámbito contemplado en el apartado primero de este precepto legal, sino también al conjunto de ciudadanos en su calidad de potenciales usuarios de los servicios profesionales. Así, en el nuevo art. 10.2 LCP se establece:

«A través de la referida ventanilla única, para la mejor defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, las organizaciones colegiales ofrecerán la siguiente información, que deberá ser clara, inequívoca y gratuita:

- a) El acceso al Registro de colegiados, que estará permanentemente actualizado y en el que constarán, al menos, los siguientes datos: nombre y apellidos de los profesionales colegiados, número de colegiación, títulos oficiales de los que estén en posesión, domicilio profesional y situación de habilitación profesional.
- b) El acceso al registro de sociedades profesionales, que tendrá el contenido descrito en el artículo 8 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.
- c) Las vías de reclamación y los recursos que podrán interponerse en caso de conflicto entre el consumidor o usuario y un colegiado o el colegio profesional.

---

(26) Comisión Nacional de la Competencia, *Recomendaciones a las Administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*, p. 47.

(27) Debe hacerse notar que el proyecto de ley remitido por el Gobierno era más acorde, en este punto, con la posición mantenida por la Comisión Nacional de la Competencia, incurriendo en un evidente exceso, como ya advirtiera en su momento FERNÁNDEZ FARRERES, al establecer una rígida reserva de ley para cualquier restricción de la publicidad profesional.

- d) Los datos de las asociaciones u organizaciones de consumidores y usuarios a las que los destinatarios de los servicios profesionales pueden dirigirse para obtener asistencia.
- e) El contenido de los códigos deontológicos».

Directamente conectada con ese mismo principio de transparencia se encuentra la regulación de la «Memoria anual» que las organizaciones colegiales deben elaborar de acuerdo con lo previsto en el nuevo art. 11 LCP. A su vez, el servicio colegial de atención a los colegiados y a los consumidores y usuarios creado por el nuevo art. 12 LCP responde al principio de responsabilidad en la gestión colegial (en cuanto hace a los profesionales) y al de efectividad de la protección de los usuarios de los servicios profesionales (en lo que atañe a los consumidores y usuarios).

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

La cita de Matilde CARLÓN RUIZ lo es a su trabajo «El impacto de la transposición de la Directiva de servicios en el régimen de los colegios profesionales», en *Revista de Administración Pública*, núm. 183 (2010), pp. 99 y ss.; en tanto que las menciones a las opiniones sostenidas por Germán FERNÁNDEZ FARRERES lo son a su estudio «La llamada Ley ómnibus y la reforma del marco regulatorio de los colegios profesionales», trabajo al que he tenido acceso gracias a la amabilidad de su autor.

En torno a las reformas «política» y «económica» de la Ley de colegios profesionales, Luis CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, Unión Profesional-Civitas, Madrid, 1998, pp. 204 y ss. En relación con la «reforma económica» resulta pertinente, asimismo, la cita del estudio de Javier GÁLVEZ, «Las medidas liberalizadoras del Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, en materia de colegios profesionales», en J. VELARDE FUERTES *et al.*, *Reforma y liberalización económica. Los Decretos-leyes de junio 1996*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 91 y ss.

Acerca de la institución colegial en España, además de la monografía de Luis CLAVO SÁNCHEZ ya mencionada, cabe mencionar dos libros colegios, el primero de ellos —siguiendo un criterio estrictamente cronológico— coordinado por Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Unión Profesional-Civitas, Madrid, 1996, y el segundo por José Luis REQUERO IBÁÑEZ, *Los colegios profesionales. Administración corporativa*, Cuadernos de Derecho Judicial I-2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.



**TERCERA PARTE**  
**ANÁLISIS DE ALGUNOS**  
**SECTORES REPRESENTATIVOS**





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

JOSÉ M<sup>a</sup> GIMENO FELLÜ

*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; GONZÁLEZ 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; *ibidem*, 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, *ibidem*, «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, *ibidem*, *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-MUÑOZ, «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 acogéndose 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 preveer 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 ÓMNIUS»

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 transposición 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 administrativa. 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, 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 CONCRETOEFECTO 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](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<sup>º</sup> 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<sup>º</sup> 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 bastateo 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 —ímidamente— 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](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 Decimoocatva 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](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. Continúa 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 transposición de la Directiva servicios en España*, Civitas, Cizur menor, 2009, p. 219

(67) Vid. GIMENO FELIÙ, *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 salvaguardar 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 las 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.



# REPERCUSIONES ECONÓMICAS DE LA REFORMA DEL SECTOR SERVICIOS. EN ESPECIAL, SU IMPACTO EN EL SECTOR DEL COMERCIO

RICARDO RIVERO ORTEGA

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.– II. BENEFICIOS ESPERABLES DE LA LIBERALIZACIÓN COMERCIAL: OBJETIVOS EUROPEOS Y DIAGNÓSTICOS ESPAÑOLES.– III. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DS EN EL SECTOR COMERCIAL ESPAÑOL: 1. La modificación de la Ley de comercio estatal. 2. Las nuevas leyes comerciales autonómicas: A) Andalucía. B) Aragón. C) Baleares. D) Canarias. E) Cantabria. F) Castilla y León. G) Castilla-La Mancha. H) Cataluña. I) Comunidad Valenciana. J) Galicia. K) La Rioja. L) Madrid. M) Murcia. N) Navarra. Ñ) País Vasco. 3. Los cambios en las ordenanzas locales.– IV. LA PIEDRA DE TOQUE DEL DERECHO EUROPEO: ¿SUPERARÁN EL TEST DE PROPORCIONALIDAD LAS NUEVAS REGULACIONES COMERCIALES?– V. ¿GANADORES Y PERDEDORES DE LA REFORMA DEL SECTOR COMERCIAL? IMPACTO SOBRE LAS EMPRESAS, LOS CONSUMIDORES Y LOS TRABAJADORES DEL SECTOR: 1. Repercusiones del nuevo marco regulador sobre las empresas. 2. Repercusiones sobre la protección de los consumidores. 3. Consecuencias para los trabajadores del sector.– BIBLIOGRAFÍA CITADA.

**RESUMEN:** Se analizan en este artículo las probables repercusiones de la transposición de la Directiva 2006/123, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, sobre el sector comercial en España. Tras la exposición de las reformas efectuadas en los niveles estatal, autonómico y local, se expresa una opinión sobre el grado de cumplimiento de las exigencias europeas y las eventuales consecuencias de la opción adoptada por la mayoría de los poderes legislativos y administrativos españoles.

**Palabras clave:** Mercado interior; comercio; legislación comercial; Directiva de Servicios.

**ABSTRACT:** This paper analyzes the main repercussions of the Services Directive over Commerce in Spain. The commercial reforms in the different administrative levels are valued to conclude if they satisfy the exigences of the European Law or not, and who are the winners and losers of these reforms.

**Key words:** internal Market, commerce, commercial regulation, Services Directive.

## I. INTRODUCCIÓN

La transposición en España de la Directiva 2006/123, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante, DS), ha determinado la modificación de un gran número de normas comerciales estatales, autonómicas y locales. Tales reformas pretenden favorecer el incremento de la actividad económica y, por tanto, hacer crecer el número de puestos de trabajo en el comercio, pero es preciso analizar críticamente si están en condiciones de lograrlo. Porque es bien sabido que «los buenos deseos no son realidades, el hambre no es el pan» (1).

¿En qué medida los buenos deseos de la DS se van a transformar en realidades? En este trabajo, debo analizar las repercusiones económicas de la reforma del sector servicios en el ámbito del comercio. Mi cometido es pues calibrar si las nuevas regulaciones españolas del sector son coherentes con los propósitos del Derecho europeo, teóricamente orientados en la línea de mejorar su rendimiento. Para ello, claro está, debo valorar en último término si las decisiones adoptadas suponen un cambio suficiente y positivo para los distintos intereses afectados: los de las empresas, los consumidores y los trabajadores del sector (2).

Para juzgar si las reformas comerciales en España cumplen los objetivos del Derecho europeo, contaré con los contenidos de la DS y las muy recientes conclusiones del Abogado General del Tribunal de Justicia en el caso de Cataluña, que propone la condena a nuestro país por algunos elementos de la normativa comercial catalana anterior a la última reforma. Proyectar estas conclusiones sobre las diversas opciones adoptadas por los distintos legisladores autonómicos puede ofrecernos un primer diagnóstico jurídico-formal en torno al grado de adaptación real de nuestro Derecho, presupuesto del análisis de consecuencias económicas (3).

Intentaré también calibrar cuáles puedan ser las repercusiones de la reforma del sector servicios sobre las empresas comerciales, sus formatos y dimensiones: ¿Con estas reformas, ganan los grandes, los pequeños o los medianos? Si las modificaciones conllevaran cambios de estrategia en cuanto a la tendencia española a frenar la multiplicación de las grandes superficies, predominante en una mayoría de Comunidades Autónomas, podrían plantearse consecuencias económicas relevantes. Si efectivamente la adaptación de la DS pudiera favorecer la libertad de establecimiento, cabría prever un impacto en términos de competencia y por tanto también sobre los precios.

---

(1) BENTHAM, Jeremy (1843).

(2) RIVERO ORTEGA, Ricardo (2010 a).

(3) Vid. VILLAREJO GALENDE, Helena (2009a).

El grado de realización de la libertad de establecimiento que se pueda derivar de las nuevas regulaciones comerciales también producirá naturalmente repercusiones sobre los intereses y derechos de los consumidores. En primer lugar, la entrada de nuevos operadores podría dar lugar a un abaratamiento de los precios, o una mejora de calidad derivada del incremento de la competencia. Pero además de los precios y las calidades, también es preciso detenerse en las consecuencias sobre el grado mayor o menor de protección de los consumidores, que puede variar con un nuevo esquema de controles, reflejado en las normas comerciales y en las leyes de protección de los usuarios y consumidores.

Por supuesto, escribir hoy sobre repercusiones económicas de la reforma del sector servicios exige también una valoración de la reforma en sus consecuencias concretas en términos de creación puestos de trabajo y eventual mejora de las condiciones laborales. Porque como veremos era uno de los resultados esperados de la transposición de la DS y porque hoy es uno objetivo prioritario de todos los poderes públicos en España favorecer, mediante reformas estructurales de la economía, la paulatina solución al gravísimo problema de desempleo que presenta nuestro país.

Para llegar hasta las conclusiones, comenzaré recordando los beneficios que se pronosticaban antes de la transposición de la DS; luego analizaré las principales medidas arbitradas en España para la adaptación del sector comercial, en los tres niveles territoriales administrativos (Estado, comunidades autónomas, municipios); y terminaré valorando si esta panoplia de reformas pueden efectivamente realizar los objetivos pretendidos, no sólo en el plano formal de cumplir con lo que el Derecho europeo pide, sino en el material de incrementar la competitividad, aumentar el número de puestos de trabajo en el sector comercio y mejorar la calidad de vida de los consumidores y las personas en general.

## **II. BENEFICIOS ESPERABLES DE LA LIBERALIZACIÓN COMERCIAL: OBJETIVOS EUROPEOS Y DIAGNÓSTICOS ESPAÑOLES**

Las instituciones europeas han mostrado su interés recurrente por el sector comercial a lo largo de los últimos veinte años. Desde el Libro Blanco sobre la realización del Mercado interior y los impulsos de la Comisión Delors puede observarse el ánimo de favorecer el aprovechamiento de las ventajas de un territorio con millones de consumidores y cientos de miles de empresas. Todos los pronunciamientos sobre esta materia coinciden en el pronóstico de las mejoras económicas y de crecimiento del empleo asociadas a la realización del mercado interior, particularmente en el sector comercial.

Remontándonos quince años atrás, nos encontramos con las declaraciones del Libro Verde del Comercio de 1996, en un escenario radicalmente diferente al actual tanto por la ausencia de una moneda única —el gran avance del euro— como por las aún sólo incipientes novedades del comercio electrónico y el impacto social de las tecnologías de la información. Pero ya entonces se señalaba el déficit de competitividad al que se enfrentaba el comercio europeo por la falta de realización plena del mercado interior y la creciente competencia que traía consigo la globalización (4).

Tres años más tarde, el 27 de enero de 1999 se aprobó la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones con el Libro Blanco del Comercio, documento que volvía a destacar la consideración del comercio como uno de los sectores más importantes en Europa: ocupaba entonces a 22 millones de personas (16% del empleo), y representaba el 13% del PIB de la Unión Europea a mediados de los años noventa. Y volvía a apuntar la necesidad de cambios estructurales para favorecer la mayor calidad con precios más bajos. Se reconocía la necesidad de incrementar la competitividad, en suma (5).

En concreto, el Libro Blanco se marcaba cuatro objetivos prioritarios: mejorar el recurso a los instrumentos políticos de ayuda al comercio; mejorar el entorno administrativo, legislativo y financiero; reforzar la competitividad y promover el espíritu empresarial; y fomentar la europeización y la internacionalización. Para realizar estos objetivos se programaban toda una serie de medidas con un calendario entre los años 1999 y 2003.

Justo al terminar este período es cuando comienza a gestarse la DS, que termina siendo el resultado de un largo proceso de reflexión y debate sobre las reformas estructurales necesarias para incrementar la competitividad de la economía europea. De una propuesta profundamente liberalizadora se evolucionó hacia soluciones de compromiso que descartaron los contenidos más neoliberales de la iniciativa BOLKSTEIN, como el principio del país de origen o las repercusiones sobre los derechos de los trabajadores desplazados. Pero el fin de realizar el mercado interior, eliminando barreras y favoreciendo una mayor competencia, persiste en el texto final (6).

De sus considerandos podemos destilar las intenciones de las autoridades europeas con el dictado de esta norma, en la misma línea de los documentos anteriormente citados. Para mejorar la economía y crear puestos de trabajo es

---

(4) Vid. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1996).

(5) Vid. COMISIÓN EUROPEA (1999).

(6) Vid. VILLAREJO GALENDE, Helena (2009b).



necesario mejorar las regulaciones, eliminar trabas innecesarias, favorecer la competencia y la calidad en el sector servicios, incluyendo el comercio aunque en la versión española del texto de la DS no aparezca el sector mencionado expresamente (sí hay referencias al comercio electrónico, a los acuerdos internacionales y a las cámaras, pero no al comercio en sí). Hay que fijarse en cambio en las referencias a la «distribución».

A pesar de los debates sobre la DS en su gestación y después cuando llegó la hora implementarla, el resultado de los procesos seguidos en los distintos Estados miembros no parece mostrar una resistencia frontal a sus objetivos. Al contrario, las instituciones europeas parecen tener clara la necesidad de perseverar en estos objetivos, como muestran los pronunciamientos que encontramos en la Estrategia 2020, que sustituye a la Estrategia de Lisboa para la próxima década y continúa enfatizando en la necesidad de un mercado único para el siglo XXI (7).

Hasta aquí la exposición de los objetivos europeos que dan lugar a las medidas de la DS con repercusiones sobre el sector comercial. Las instituciones europeas están convencidas de que la política de realización del mercado interior, traducida en medidas como la simplificación administrativa, la eliminación de barreras y la realización plena de las libertades de establecimiento y prestación favorecerán la salida de la crisis y un crecimiento económico que garantice nuestra posición en un mundo globalizado. Cientos de miles de puestos de trabajo e incrementos significativos del PIB serían los beneficios matemáticos para Europa. ¿Y para España?

En nuestro país, antes de la transposición podemos destacar el informe titulado «Análisis del desempeño del comercio e impacto de la política comercial en España», editado por la Secretaría de Estado de Turismo y Comercio del Ministerio de Industria. En sus conclusiones, este informe agrupa las Comunidades Autónomas en tres categorías por su grado de intervención sobre el sector (mayor grado, grado intermedio y grado bajo), destacando las repercusiones que el intervencionismo autonómico produce sobre todo en los formatos del comercio (minorista, supermercado, hipermercado). A juicio de este informe, las restricciones administrativas no han frenado, pero sí contenido el crecimiento de la distribución organizada (8).

También antes de la transposición de la DS, debe recordarse el informe editado por el Ministerio de Economía y dirigido por Tomás MANCHA NAVARRO, Catedrático de la Universidad de Alcalá, que destaca los valores de signo positivo unánimes en todos los estudios europeos previos sobre los efectos de

---

(7) Vid. COMISIÓN EUROPEA (2010).

(8) Vid. SÁNCHEZ PÉREZ, Manuel (2008).

la norma europea (incremento de la competencia, mejora del PIB, crecimiento del empleo y el consumo, beneficios para las PYMES). En el desglose de efectos macroeconómicos se apunta hacia un crecimiento del 1'2% del empleo en el sector comercio, un crecimiento del 0'1 en el consumo y una rebaja de precios del -1'5. Beneficios muy significativos, siempre y cuando se realicen las previsiones de la DS (9).

¿Se han realizado sus exigencias? Para saberlo, tenemos que repasar las medidas de transposición en el nivel del Estado, las comunidades autónomas y los municipios. No podré detenerme en todos los aspectos de la nueva regulación, por lo que escogeré algunos que creo particularmente relevantes, como el mantenimiento (o no) de las licencias de apertura de las grandes superficies comerciales y la simplificación y agilización de los procedimientos mediante la reducción de sus plazos y la habilitación de su tramitación telemática.

A continuación, veremos en qué medida se han eliminado autorizaciones comerciales, los procedimientos se tramitarán en plazos más breves o podrán utilizarse las nuevas tecnologías, porque si efectivamente estos aspectos de la intervención administrativa han cambiado, será más factible alcanzar los objetivos pretendidos por la DS y hacer efectivos los resultados diagnosticados para el caso español. Pero si no encontramos cambios en realidad, o apenas se han producido, los efectos serán cabalmente mucho menores.

### **III. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DS EN EL SECTOR COMERCIAL ESPAÑOL**

#### **1. La modificación de la Ley de comercio estatal**

Es bien sabido que la transposición de la DS en España se realiza legislativamente, en el nivel estatal, mediante la aprobación de dos textos principales: en primer lugar, la Ley 17/2009, de Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio (llamada Ley paraguas u horizontal); y en segundo lugar, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre (llamada Ómnibus) que modifica casi medio centenar de leyes, pero no precisamente la comercial del Estado, porque en este sector se optó deliberadamente por una estrategia distinta, de reforma separada (10).

La Ley 1/2010, de 1 de marzo, reformó más tarde la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista, invocando en su Exposición de Motivos la DS como razón fundamental de su dictado, aunque sin

---

(9) Vid. MANCHA NAVARRO (2008).

(10) Vid. RIVERO ORTEGA (2009).

olvidar finalmente las nuevas necesidades de los consumidores (a los que no se hacía apenas referencia en el Proyecto). Esta norma pretende pues realizar las exigencias del Derecho europeo, pero deja en gran medida las últimas decisiones en manos de los legisladores autonómicos, que pueden actuar y de hecho han actuado con criterio diverso.

Así sucede cabalmente con la proclamación de que con carácter general, la implantación de establecimientos comerciales no debe estar sujeta a regímenes de autorización, después corregida por la invocación de una apócrifa doctrina científica que justificaría la exigencia de licencia por encima de los 2500 metros cuadrados, cifra a partir de la cual se apreciaría el impacto ambiental y territorial de los establecimientos. Aunque se suprimen las pruebas económicas y otros requisitos abiertamente contrarios al Derecho europeo, la opción por invitar al mantenimiento de las autorizaciones puede explicar en parte casi todos los posteriores desarrollos autonómicos.

A la reforma de la Ley de comercio hay que sumarle, en el nivel del Estado, la aprobación de reglamentos sobre la materia, destacando entre ellos el Real Decreto 199/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria.

## **2. Las nuevas leyes comerciales autonómicas**

### **A) Andalucía**

Tras el anticipo de un Decreto-Ley, Andalucía aprueba la Ley 3/2010, de 21 de mayor, por la que se modifican diversas leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior. Esta norma modifica, entre otras muchas, las leyes andaluzas 9/1988, de 25 de noviembre, del Comercio Ambulante, la 3/1992, de 22 de octubre, de Ferias Comerciales Oficiales de Andalucía, y la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Comercio Interior de Andalucía.

Las modificaciones siguen claramente la línea planteada por el Derecho europeo, positivamente incluso en el punto de los procedimientos autorizatorios, cabalmente sustituidos por un informe comercial que debe pronunciarse sobre la adecuación o no del instrumento de planificación urbanística al Plan de Establecimientos Comerciales que debe aprobar la Comunidad Autónoma. Este informe tendrá informe vinculante en los casos en los que no se hubiera contemplado o se hubiera descartado la ubicación de superficies comerciales mayores a los 5000 metros. Otros aspectos de su régimen, como el plazo para la emisión del informe (dos meses o un mes) demuestran una voluntad decidida de adaptarse a los requerimientos de la DS.

En general, debo concluir con una valoración positiva el sucinto análisis de las opciones adoptadas por Andalucía, que se reafirman en otros textos posteriores, como la Ley de Autonomía Local recientemente aprobada, muy influenciada por los principios de la DS.

## **B) Aragón**

Aragón también anticipó la transposición de algunos aspectos de la Directiva con un Decreto-Ley y varios decretos en 2009. Luego aprobó el Decreto-Ley 1/2010, de 27 de abril, de modificación de diversas leyes de la Comunidad Autónoma de Aragón para la transposición de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Este Decreto-Ley modifica en el Capítulo II de su Título II tanto la Ley 9/1989, de 5 de octubre, de Ordenación de la Actividad Comercial de Aragón, como la Ley 1/2007, de 27 de febrero, de Actividades FERIALES Oficiales de Aragón.

En el artículo dedicado a las grandes superficies comerciales, se recurre una vez más al criterio cuantitativo de los 2500 metros cuadrados, aunque dejando lugar a una flexibilización por vía reglamentaria, previa audiencia pública y a los municipios afectados, tanto para ampliar como para reducir el número de metros. Con estas opciones de ampliar o reducir, se exige la licencia autonómica para las grandes superficies, licencia posterior en todo caso a las municipales de obras y actividades clasificadas. El plazo para la tramitación de esta licencia puede variar entre tres y cuatro meses, entendiéndose concedida por silencio positivo si transcurren estos tiempos. También se contempla la posibilidad de concesión condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos, lo que de nuevo pone de manifiesto la mayor flexibilidad de las soluciones normativas aragonesas en este caso.

También queda clara la voluntad de agilizar los procedimientos administrativos, que no encontramos en todas las regulaciones autonómicas (por ejemplo, falta en Castilla y León), patente en la norma aragonesa cuando contempla un procedimiento abreviado para superficies inferiores a los 10.000 metros cuadrados, procedimiento cuyo plazo es de un mes y prevé un silencio administrativo positivo.

Otra peculiaridad distintiva de la norma aragonesa es su detenimiento en la regulación vía ordenanza de la venta ambulante, especificando los contenidos posibles de estas normas municipales, así como los aspectos básicos del régimen de las autorizaciones correspondientes.

### **C) Baleares**

Baleares aprobó la Ley 8/2009, de reforma de la Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Islas Baleares para la transposición de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Su curiosa y atípica Exposición de Motivos cita literalmente el Dictamen del Consejo de Estado sobre la Ley estatal, así como jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de delimitar la libertad de empresa constitucionalmente reconocida. También se cita el Dictamen del Consejo Económico y Social de las Islas Baleares sobre el Proyecto de Ley, hasta un punto que impide atisbar las palabras propias del legislador balear, pues la Exposición de Motivos se asemeja más a un informe con retales ajenos que a una justificación del sentido de la reforma.

Las principales modificaciones sí se explican sin embargo en este extravagante Preámbulo, afectando a los puntos siguientes: la prohibición de localizar establecimientos comerciales fuera de suelos que no tengan el carácter de urbano consolidado; la composición del Consejo Asesor de Comercio; la definición de los establecimientos comerciales (individuales o colectivos); o el concepto de gran establecimiento comercial, que varía en función de las islas hasta alcanzar minimalistas en las pitiusas.

Se mantiene un plazo de seis meses para la resolución de los procedimientos autorizatorios, contemplando después un silencio positivo en caso de ausencia de resolución expresa. Este plazo de seis meses puede verse superado por una suspensión de tres meses cuando la complejidad del procedimiento así lo justifique. No encontramos en cambio referencias sobre la tramitación electrónica del procedimiento, en la línea exigida por la DS.

### **D) Canarias**

Canarias aprobó la Ley 12/2009, de 16 de diciembre, reguladora de la licencia comercial, una norma que presenta el rasgo atípico de incluir una lista de principios en los que se basa su régimen. Relacionados en el artículo 2, expresan la patente voluntad del poder autonómico de ordenar el desarrollo de la actividad comercial, llegando a explicitar entre sus objetivos el fomento de los sectores productivos canarios, principio que presenta un tinte proteccionista difícil de obviar.

Hay que decir que ya desde la Exposición de Motivos, la Ley canaria se posiciona en el sentido de defender una «aplicación atenuada o matizada», invocando el carácter de región ultraperiférica y sus consecuencias en la proyección del Derecho europeo. Las particulares características de los mercados

insulares, especialmente sensibles a las concentraciones del lado de la oferta, con menos movilidad de los demandantes, reclamarían esos matices en la interpretación de la DS.

Ahora bien, ¿qué regulación comercial matizada requieren tales situaciones? ¿Una proteccionista, u otra favorecedora de la mayor competencia? El legislador canario no parece optar por el incremento de la oferta cuando mantiene la exigencia de autorización para las superficies comerciales de dimensiones reducidas, en función de las islas en las que piensen establecerse. En Gran Canaria y Tenerife, 2500 metros, 1650 en Lanzarote, 1250 en Fuerteventura, 1000 metros en la Isla de la Palma y 500 en la Gomera y el Hierro.

A pesar de los llamamientos a la simplificación administrativa, que sí se traducen en las previsiones sobre tramitación telemática, el plazo previsto para la resolución de estos procedimientos autorizatorios sigue siendo el de seis meses, que puede reducirse a cuatro meses para las ampliaciones discontinuas previstas en el artículo 4.2, pero también puede prorrogarse por una sola vez, llegando al indeseable resultado de la duración de un año para pronunciarse sobre iniciativas empresariales asociadas a la creación de empleo.

Aunque se prevea el silencio positivo caso de cumplirse el plazo, la Ley canaria se preocupa de explicitar los motivos de revocación de las licencias, precisando la ausencia de derecho a recibir indemnización alguna en estos casos, con lo cual se corre el riesgo de generar incertidumbre y trasladar responsabilidades por incumplimientos de las normas a los inversores, con un criterio poco favorable al buen funcionamiento de la economía de mercado.

## **E) Cantabria**

Cantabria aprobó la Ley 2/2010, de 4 de mayo, para la modificación de la Ley 1/2002, de 26 de febrero, del Comercio de Cantabria, y de otras normas complementarias para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Esta norma mantiene el mismo criterio definitorio de los grandes establecimientos comerciales, a partir de los 2500 metros cuadrados, pero sustituye la autorización anterior por un informe de la Consejería competente en materia de comercio.

Es muy significativo en mi opinión el hecho de que estos informes, como casi todas las autorizaciones reguladas en las normas autonómicas, se emitan desde las consejerías competentes en materia de comercio. Con ello se apunta la preponderancia de los criterios comerciales sobre los urbanísticos o ambientales, más acordes con los principios de la Directiva. Por otro lado,

son pocas las diferencias entre el informe y la licencia una vez se puntualiza que el informe tendrá carácter vinculante para el Ayuntamiento cuando tenga carácter negativo.

Se atribuye pues a la Comunidad Autónoma un auténtico poder de veto sobre las licencias para la apertura de grandes establecimientos concedidas por los municipios. Desde la instancia comercial se puede arrumbar el ejercicio de competencias en principio pensadas para proteger el medio ambiente urbano a través de la legalidad urbanística, lo cual no deja de ser paradójico desde mi punto de vista. Llama mucho más a la atención esta paradoja cuando se leen algunos de los criterios a tener en cuenta en el informe, como es por ejemplo la relación con la trama urbana.

Otros criterios predominantes en el informe difícilmente pueden justificarse en mi opinión como predominantes a la hora de reconocer o no la libertad de establecimiento. A saber: ¿pueden exigirse como condición para establecerse a las empresas particulares compromisos de conciliación de la vida familiar y laboral? Esta política, con la que por supuesto simpatizo, habría de imponerse con carácter general a todas las empresas una vez establecidas, pero no exigirse un particular compromiso como condición previa al establecimiento.

Varios de los criterios de la normativa cántabra asemejan una suerte de «cláusulas sociales». Por ejemplo, la programación de actividades dirigidas a promover el comercio justo, o la implantación de equipamientos deportivos. Cómo no compartir tan loables objetivos, pero no quizás a la hora de decidir quién puede establecerse o no, sino mediante otras herramientas jurídico-administrativas más apropiadas y menos discutibles desde el punto de vista de los riesgos por incremento de la discrecionalidad administrativa en la valoración de las distintas solicitudes de ejercicio de la libertad de establecimiento.

El plazo de emisión del informe en Cantabria puede variar de tres a cinco meses dependiendo de la solicitud o no de otro a la Comisión Nacional de la Competencia o el órgano autonómico correspondiente, cuando se crea que la autorización puede tener un efecto negativo sobre la competencia. Caso de no emitirse el informe en el plazo establecido, se entenderá que el informe es favorable. De nuevo pues un curioso supuesto de silencio positivo que pone en cuestión la necesidad misma de este trámite, pues si puede dejar de emitirse, entonces es que en ocasiones sobra.

## **F) Castilla y León**

Castilla y León aprobó el Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de medidas de impulso de las actividades de servicios en Castilla y León, cuyo título segundo está dedicado a los servicios comerciales, modificando tanto la

Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León como la Ley 6/1997, de 22 de mayo, de Ferias Comerciales (11).

La regulación de las grandes superficies comerciales parte del criterio de superficie superior a los 2500 metros —un lugar común, como hemos podido comprobar— con la excepción de ciertos establecimientos que por su propia naturaleza requieren más espacio (materiales de construcción, maquinaria industrial, viveros, etc) a los que se aplica un índice corrector de 0,30. Por encima de estas superficies se exige la licencia autonómica, cuyo plazo de tramitación es de seis meses, sin contemplarse en principio la tramitación telemática.

Aunque en principio se establezca con carácter general un silencio positivo para el caso de que transcurra el plazo máximo sin resolución expresa, tal regla se altera en los casos en los que no se hubiera solicitado alguno de los informes preceptivos o su pronunciamiento fuera contrario a la concesión de la licencia. En estos casos, se presume la concurrencia de razones imperiosas de interés general (protección del medio ambiente y el entorno urbano, ordenación del territorio y conservación del patrimonio histórico-artístico, o protección de los derechos de los consumidores y usuarios) justificadoras del sentido negativo del silencio.

## **G) Castilla-La Mancha**

Castilla-La Mancha aprobó la Ley 2/2010, de 13 de mayo, de Comercio de Castilla-La Mancha. Esta norma opta también por establecer una intervención autonómica para las superficies superiores a 2500 metros, pero no en forma de autorización, sino de informe preceptivo y vinculante. La Exposición de Motivos del texto justifica la medida diciendo que «...desde un punto de vista científico a partir de dicho umbral estos establecimientos comerciales tienen un efecto supramunicipal y generan impacto ambiental y territorial que debe ser objeto de evaluación por la Consejería competente en materia de comercio». De nuevo surge la misma pregunta: ¿Si el impacto es ambiental y territorial, por qué se ha de pronunciar la autoridad comercial, y no la urbanística o ambiental?

Inmediatamente contesta esta duda elemental la Ley castellanomanchega, pues crea un órgano en el que se encuentran representadas varias consejerías, y no sólo la de comercio: La Comisión de grandes establecimientos comerciales, integrada por las direcciones generales competentes en materia de comercio, urbanismo, ordenación del territorio, vías pecuarias, patrimonio histórico-artístico y sostenibilidad ambiental. El principal protagonismo en la

---

(11) Vid. DÁMASO VICENTE, Javier/RIVERO ORTEGA, Ricardo (Dir.), (2010).



misma corresponde sin embargo a la Dirección General de Comercio, que la preside y también asume la secretaría a través en uno de sus funcionarios.

El plazo de emisión del informe parece razonable en principio, pues se fija en dos meses, ampliable por otro más cuando su complejidad lo aconseje y no se perjudiquen derechos de terceros, fórmula esta última que denota una particular sensibilidad con el cumplimiento de los plazos y su necesaria agilización, pero después se ve contrariado por la previsión de no haber recurso alguno contra el acuerdo de ampliación, con lo cual resulta muy difícil garantizar que la extensión del plazo respeta efectivamente los derechos de terceros. Caso de no emitirse el informe, se considerará positivo.

## **H) Cataluña**

Cataluña aprobó el Decreto-Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales de Cataluña, otra norma más que mantiene el criterio de los 2500 metros para la exigencia de la licencia comercial. Para el otorgamiento de la licencia se contempla un plazo de cuatro meses (que puede ser suspendido en los supuestos previstos en la normativa de procedimiento administrativo) y un silencio positivo.

Un rasgo destacable de la nueva regulación catalana es el recurso al concepto de trama urbana consolidada y la preferencia objetiva de localización de pequeños establecimientos en la misma de municipios de menos de 5000 habitantes. La utilización de la ordenación urbanística con tales objetivos ya se encontraba en anteriores regímenes. Y como después mostraré ha sido puesta en duda por las instancias europeas que deben valorar su compatibilidad con el Derecho comunitario.

## **I) Comunidad Valenciana**

Valencia aprobó su Ley 12/2009, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión administrativa y financiera, y de Organización de la Generalitat, cuyo Capítulo V modifica la Ley 8/1986, de 29 de diciembre, de Ordenación del Comercio y Superficies comerciales de la Comunitat Valenciana. En la misma línea de tantas otras legislaciones autonómicas antes analizadas, esta reforma mantiene la exigencia de autorización desde los 2500 metros, basando la exigencia de tal licencia en razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial, pero basadas en la protección de intereses de carácter urbanístico, histórico-artístico o ambiental.

La competencia para resolver sobre estas autorizaciones se atribuye a la Consejería competente en materia de comercio, remitiéndose al futuro desarrollo

reglamentario la regulación de la documentación a presentar y los informes a solicitar, cuestiones que en otras muchas normas autónomas son directamente reguladas por la Ley, en línea más compatible con la DS, en mi opinión, pues el retraso regulatorio dificulta el conocimiento previo de las condiciones de ejercicio de las actividades.

El plazo previsto para la tramitación y resolución de la solicitud de autorización se mantiene en seis meses, contemplándose también un silencio positivo para el caso de ausencia de resolución positiva. En tanto la Consejería competente en materia de comercio no comunique al Ayuntamiento su resolución de esta licencia, no podrán concederse las municipales de obra o actividad. Curiosamente, otra vez, la autoridad con competencias comerciales puede condicionar la decisión de quien aplica en primer lugar la normativa urbanística, que debiera ser la municipal.

## **J) Galicia**

Galicia aprobó su Ley 13/2010, de 17 de diciembre, de ordenación del comercio interior. También esta norma recurre a los 2500 metros como cifra clave para la exigencia de la licencia comercial autonómica. Casi todos los criterios de concesión de estas licencias tienen vinculación con intereses territoriales o urbanísticos, pero también aparece la exigencia de medidas de conciliación de la vida familiar o laboral, tales como la creación de ludotecas, guarderías o salas de lactancia.

En la norma gallega, el plazo de tramitación de este procedimiento es de seis meses, plazo cuya extensión no atenúa el hecho de integrarse en el mismo procedimiento de obtención de la licencia municipal de actividad.

## **K) La Rioja**

La Rioja aprobó la Ley 6/2009, de 15 de diciembre, de medidas, modificando entre otras su Ley de comercio interior en el Capítulo IX. A la hora de definir las grandes superficies comerciales, el legislador riojano opta como el aragonés por discriminar en función de las dimensiones de los municipios, estableciendo una suerte de escala. También matiza la aplicación de su régimen a distintos tipos de establecimientos que, por su propia naturaleza, merecen un tratamiento distinto.

Para las grandes superficies, se mantiene la exigencia de autorización atribuida a la Consejería competente en materia de comercio, dejando a expensas del reglamento aspectos del régimen y procedimiento de tal licencia, con el inconveniente de retrasar el conocimiento con anterioridad de los presu-

puestos y criterios de la concesión o denegación. Se despejan, sin embargo, los intereses generales a tener en cuenta a la hora de resolver las solicitudes: urbanísticos, ambientales, y también socioeconómicos (calidad del empleo, incorporación de nuevas tecnologías).

Esta normativa, como la cántabra, plantea la duda sobre la posible utilización de una suerte de cláusulas sociales a la hora de conceder o denegar licencias, criterio que podría ser discriminatorio al proyectarse sólo sobre los empresarios que pretenden establecerse, y no igual sobre los ya establecidos, a los que también habría de exigirse calidad en el empleo. El riesgo de abusos en la discrecionalidad es también patente, una vez se multiplican los criterios invocables para conceder o denegar la autorización correspondiente.

Un aspecto positivo de la legislación riojana es que contempla la tramitación electrónica del procedimiento. También resulta muy respetuosa con la autonomía local la previsión de un informe municipal, vinculante caso de ser desfavorable, pero deja abierta la cuestión de si este informe no es otra autorización camuflada, que puede denegarse en función de una lista muy abierta de criterios, incluso indeterminados (entre otros, cualquier efecto del proyecto que se considere de interés). Recordemos que la DS exige la predeterminación de los criterios condicionantes de la libertad de establecimiento.

El procedimiento contempla la emisión de varios informes: de la autoridad de competencia, de la autoridad sobre urbanismo y medio ambiente, de la autoridad sobre patrimonio histórico-artístico. También se contempla la apertura de un trámite de información pública. Todo ello debe realizarse en un plazo de seis meses (la opción por el plazo más largo, pues) que además puede ser suspendido. Se contempla además un silencio positivo, pero explicitando lo que está implícito en el resto de regulaciones del silencio, pero aquí se evidencia: «En ningún caso podrá entenderse adquirida por silencio positivo licencia comercial si el proyecto de establecimiento incurriese en infracción de la normativa de ordenación de los recursos naturales, territorial, urbanística o sectorial aplicable, en cuyo caso no se entenderán adquiridas las facultades para las que habilita la licencia comercial».

## **L) Madrid**

En la Comunidad de Madrid se suceden primero la Ley 1/2008, de 26 de junio, de Modernización del Comercio de la Comunidad de Madrid, y la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de medidas liberalizadoras y de apoyo a la empresa madrileña. Su Título primero está dedicado a las medidas liberalizadoras de la economía madrileña, reformando entre otras la Ley 16/1999, de 29 de abril, de Comercio Interior de la Comunidad de Madrid.

Hay que reconocer que la Ley madrileña ha sido la que más lejos ha llevado la exigencia de valorar la necesidad y proporcionalidad de los procedimientos autorizatorios en el sector comercio. Su opción de suprimir por completo la licencia autonómica para las grandes superficies comerciales debe ser tenida muy en cuenta, puesto que marca una diferencia cuyos resultados habrán de ser medidos en el futuro para valorar el éxito o fracaso de las distintas políticas.

Esta eliminación del procedimiento autorizatorio, junto a otras medidas decididas en la línea exigida por la DS, como la agilización de los procedimientos, no supone en modo alguno renunciar a la defensa de los intereses generales potencialmente afectados por los nuevos establecimientos comerciales. Así, antes de solicitar la licencia comercial, el Ayuntamiento ha de solicitar a los órganos competentes de la Comunidad de Madrid en materia de ordenación del territorio, protección del medio ambiente y infraestructuras viarias sobre la adecuación de la actividad proyectada con la normativa vigente, informes que deben ser emitidos en un plazo de dos meses.

Sinceramente, considero que un régimen como el madrileño permite evitar los riesgos de agresión a intereses generales sin entremezclar estos intereses con el afán de planificar y ordenar la actividad económica con otros fines. La intervención de la autoridad comercial de la Comunidad de Madrid se reduce a una simple exigencia de comunicación previa con fines informativos, que por supuesto puede exigir ejerciendo competencias de coordinación, promoción, fomento y desarrollo del sector comercial, pero sin limitar más allá de lo legítimo la libertad de establecimiento.

Lamentablemente, como hemos visto hasta ahora y seguiremos viendo en el muestrario completo del Derecho autonómico de referencia, la opción madrileña es insólita en el panorama comparado. El resto de Comunidades Autónomas han preferido mantener su extraordinario protagonismo aun a costa de no beneficiarse de las potenciales ventajas de la transposición plena de la DS.

## **M) Murcia**

En Murcia, La Ley 12/2009, de 11 de diciembre, por la que se modifican diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Esta ley sustituye el concepto de grandes superficies comerciales por el de «Establecimientos comerciales con impacto supramunicipal».

Los 2500 metros, combinados con otras cifras para los colectivos o dedicados a bienes ocasionales, son otra vez el criterio para la definición de lo

supramunicipal. En estos casos, se requiere una licencia comercial específica cuyo objeto es proteger toda una serie de intereses públicos que van desde la protección de la salud a la garantía de accesibilidad y reducción de los niveles de emisión de CO<sub>2</sub>. La licencia se solicita ante la Consejería competente en materia de comercio, que dispone de un plazo de seis meses (con silencio positivo) para su tramitación y resolución.

## **N) Navarra**

La Ley Foral 6/2010, de 6 de abril, de modificación de diversas leyes forales para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Entre las modificadas, las leyes 13/1989, de 3 de julio, de comercio no sedentario de Navarra, y la 17/2001, de 12 de julio, reguladora del comercio de Navarra.

También la normativa navarra parte de la consideración de gran establecimiento comercial a partir de los 2500 metros, vinculando estrechamente la planificación urbanística y la ubicación de estos establecimientos, lo cual parece perfectamente coherente con la DS. Así, por ejemplo, se parte de la regla de que podrán instalarse grandes establecimientos comerciales exclusivamente en suelos urbanos o urbanizables con un suelo residencial dominante, con la excepción de zonas industriales recuperadas y que formen parte de la ciudad o su continuo.

El establecimiento se condiciona coherentemente a la tramitación de un Plan Sectorial de Incidencia Supramunicipal, que se tramita ante el Departamento competente en materia de ordenación del territorio o urbanismo, a través de una solicitud que puede tramitarse por medios telemáticos. En general, se observa en la adaptación navarra un escrupuloso cuidado en el cumplimiento de los requerimientos de la DS, buscando la satisfacción de sus principios y conectando las imperiosas razones de interés general al medio ambiente urbano, y no a la política comercial (12).

## **Ñ) País Vasco**

En el País Vasco se aprobó tempranamente una adaptación de la ley comercial a la DS, mediante la Ley 7/2008, de 25 de junio, de segunda modificación de la Ley de la actividad comercial. Esta norma resulta peculiar también —además de por su temprana aprobación— por la atípica concepción

---

(12) Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, Marian/VILLAREJO GALENDE, Helena (2007).

que presenta de las grandes superficies comerciales, considerando tales los establecimientos por encima de los 700 metros cuadrados.

Para la implantación de este tipo de establecimientos, la norma se remite al Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales de la Comunidad del País Vasco, que constituye el documento de referencia a la hora de emitir el informe que se debe solicitar al órgano competente en materia de comercio con carácter previo a la concesión de la licencia municipal. Esto sin perjuicio de las determinaciones que, en línea con lo establecido en el Plan Territorial, puedan hacer los municipios a través de sus planes.

### **3. Los cambios en las ordenanzas locales**

La reforma del Derecho estatal y autonómico no agota las necesidades de modificación normativa, pues también en el nivel municipal encontramos regulaciones de la actividad comercial, algunas de ellas verdaderamente significativas, como las relativas a la venta ambulante.

Habría que plantearse el reparto de papeles entre Comunidades Autónomas y Ayuntamientos, puesto que las autorizaciones a la instalación ya no pueden basarse predominantemente en razones comerciales, como hasta ahora, sino en las urbanísticas, y ello debiera producir la consecuencia de un mayor protagonismo municipal.

En todo caso, las ordenanzas locales deben ser modificadas para ser adaptadas a las exigencias sobre nuevos tipos de controles, simplificándose también los procedimientos y adecuando al principio de proporcionalidad cualquier intervención administrativa sobre el sector servicios, en la línea exigida por las nuevas redacciones de la Ley de Bases de Régimen Local y la Ley de Procedimiento Administrativo.

### **IV. LA PIEDRA DE TOQUE DEL DERECHO EUROPEO: ¿SUPERARÁN EL TEST DE PROPORCIONALIDAD LAS NUEVAS REGULACIONES COMERCIALES?**

Las recientes conclusiones del Abogado General en el Asunto 400-08, Comisión Europea contra Reino de España, promovida contra las limitaciones a la libertad de establecimiento que resultarían de la aplicación conjunta de la Ley 7/1996, del Estado, y la Ley Catalana 18/2005, complementada por los Decretos autonómicos 378/2006 y 379/2006, avanzan las posibles líneas rojas que no podrían traspasar las regulaciones comerciales sin vulnerar el Derecho europeo.

En este pronunciamiento se concluye la incompatibilidad de la regulación catalana (antes de la reforma) en varios puntos: la prohibición de implantación de grandes superficies comerciales fuera de la trama urbana consolidada de un número limitado de municipios; las limitaciones de cuota de mercado a la autorización de nuevos hipermercados; el régimen de silencio negativo; y la composición de la comisión de equipamientos comerciales (por el peso excesivo de los intereses del comercio establecido, en detrimento de los grupos de interés ambiental y consumidores).

Los razonamientos sobre las limitaciones fundadas en razones urbanísticas o de protección del medio ambiente son trascendentales, desde mi punto de vista, porque apuntan un reproche que podría hacerse a muchas de las normativas autonómicas aprobadas para la transposición de la DS. Por ello creo conveniente reproducirlos:

90. España alega que, al limitar la ubicación de los grandes establecimientos comerciales a los centros de población (urbanos), donde la demanda es mayor, y al limitar el tamaño de los establecimientos en las áreas menos pobladas, la normativa catalana pretende evitar los desplazamientos en automóvil contaminantes, contrarrestar el deterioro de las zonas urbanas, preservar un modelo de ciudad integrado en el medio ambiente, evitar la construcción de nuevas carreteras y garantizar el acceso a los establecimientos mediante transporte público. Los estudios realizados demuestran —afirma— que las emisiones de CO<sub>2</sub> se reducen drásticamente cuando los establecimientos comerciales se implantan en los centros urbanos y no en zonas más alejadas de la trama urbana. Por otra parte, si tales consideraciones han de tenerse en cuenta, necesariamente debe ser a través de un procedimiento de autorización previa, y no mediante verificaciones y controles posteriores.

91. Este razonamiento general —y, en particular, el énfasis puesto en la necesidad de medidas *preventivas*, y, por consiguiente, previas, en el marco de la protección del medio ambiente— me resulta convincente y no ha sido en absoluto rebatido por la Comisión en sus escritos. En la vista, ésta se limitó a afirmar que las medidas no eran apropiadas para lograr los objetivos de protección del medio ambiente descritos. Por lo tanto, admito plenamente que las restricciones relativas a la ubicación y al tamaño de los establecimientos son medios apropiados para alcanzar los objetivos concretos de protección del medio ambiente invocados por España.

92. Sin embargo, es evidente que las limitaciones concretas impuestas por las medidas impugnadas son rigurosas y tienen una repercusión significativa en las oportunidades de implantar nuevos establecimientos comerciales grandes, en particular hipermercados, en Cataluña. No es suficiente que España demuestre que limitaciones de esta naturaleza son apropiadas para garantizar la consecución de objetivos de protección del medio ambiente. Debe asimismo demostrar que las restricciones efectivamente impuestas no van más allá de lo necesario; por ejemplo, esbozando medidas alternativas (menos restrictivas) y explicando por qué no alcanzarían satisfactoriamente el objetivo. No encuentro prueba ni

argumento alguno en ese sentido (que no sean meras afirmaciones) en los escritos del Gobierno español y dicho Gobierno tampoco ha presentado tales pruebas o argumentos en la vista.

93. Resulta por lo tanto imposible, a mi juicio, que el Tribunal de Justicia llegue a una conclusión acerca del carácter proporcionado o no de las restricciones en cuanto a tamaño y ubicación contenidas en las disposiciones citadas por la Comisión. Como quiera que la existencia de la restricción ha quedado probada y que, con arreglo a la jurisprudencia corresponde al Estado miembro que invoca una excepción demostrar que una restricción de una libertad reconocida en el Tratado no sólo es apropiada, sino también proporcionada para alcanzar un objetivo legítimo, debo concluir que la pretensión de la Comisión en orden a obtener la declaración que solicita es, en este aspecto concreto, fundada.

Pues bien, la mayoría de las regulaciones autonómicas que hemos comentado no realizan este esfuerzo de explicación empírica de por qué sus limitaciones son las menos restrictivas posibles para cumplir los objetivos que pretenden alcanzar. No superarían entonces la prueba de proporcionalidad tal y como se apunta en estos fundamentos.

Sobre el silencio negativo, admite el Abogado General que un régimen de silencio positivo es menos restrictivo, y se ajusta por tanto mejor el principio de proporcionalidad:

119. Por lo que se refiere a la proporcionalidad, la Comisión alega que un régimen de silencio positivo (en el que la solicitud se tenga por estimada de no adoptarse una resolución denegatoria dentro de un plazo determinado) sería igualmente efectivo pero menos restrictivo de la libertad de establecimiento. También afirma que una resolución negativa tácita no permite a los solicitantes conocer los motivos en que se basa la denegación ni, en consecuencia, impugnarlos.

120. En cuanto al primer punto, me parece que la Comisión está necesariamente en lo cierto, y el Gobierno español no ha formulado ninguna alegación para rebatirla. Debo observar, en efecto, que el artículo 33, apartado 5, del Decreto 378/2006 (que la Comisión reprueba por otros motivos) (49) establece un régimen de silencio positivo en lo que respecta a la emisión del informe sobre el grado de implantación, demostrando así que este enfoque es perfectamente viable.

121. En cuanto al segundo punto, sin embargo, España ha afirmado, sin ser desmentida, que el régimen de silencio negativo no exime a las autoridades de aportar una motivación, sino que establece una fecha determinada a partir de la cual puede interponerse un recurso. Observo, además, que en la propia normativa interna de la Unión Europea, los artículos 90 y 91 del Estatuto de los Funcionarios aplican el mismo principio de silencio negativo a las peticiones y reclamaciones formuladas por funcionarios, sin privar a dichos funcionarios del derecho a recurrir ante los órganos jurisdiccionales de la Unión.

122. Por lo tanto, admito el fundamento de la alegación de la Comisión a este respecto, pero únicamente en la medida en que un régimen de silencio positivo sería igualmente efectivo pero menos restrictivo que un régimen de silencio negativo.



En cuanto al plazo del procedimiento (seis meses), se considera razonable, sorprendentemente en mi opinión, aunque después se descarta la posibilidad de exigir uno de los informes que motiva esta duración. Tal supuesta proporcionalidad se pone en evidencia sin embargo al conocer el dato del tiempo de tramitación de procedimientos idénticos en otros Estados miembros, que lo han reducido a treinta días.

## **V. ¿GANADORES Y PERDEDORES DE LA REFORMA DEL SECTOR COMERCIAL? IMPACTO SOBRE LAS EMPRESAS, LOS CONSUMIDORES Y LOS TRABAJADORES DEL SECTOR**

### **1. Repercusiones del nuevo marco regulador en las empresas**

¿Cómo repercutirá la transposición de la DS sobre las estructuras comerciales? Esta es una cuestión sobre la que cabe por supuesto hacer pronósticos, pero no ofrecer aún resultados concretos, por dos razones: primera, las reformas de las leyes comerciales son demasiado recientes para valorar a estas alturas sus repercusiones con recorrido suficiente; segunda, como he mostrado, no es claro que muchas modificaciones autonómicas hayan traducido correctamente en el nivel interno las exigencias europeas.

En mi opinión, más que incidir sobre el reparto del mercado entre grandes empresas y Pymes, las repercusiones de la transposición de la DS afectarán al equilibrio entre las ya establecidas y las de nueva implantación. Al mantenerse las barreras al acceso de nuevas empresas de grandes dimensiones, es difícil de prever un incremento considerable de la competencia entre los grandes. Para los medianos y pequeños establecimientos, en cambio, sí podrían plantearse tales efectos, si el escenario económico realmente lo permitiera.

La crisis económica, sin embargo, disuade la apertura de muchos nuevos negocios. Y en el sector comercial hay que tener en cuenta asimismo el creciente impacto del comercio electrónico, que rompe muchos de los lugares comunes sobre este sector y obliga a acometer estrategias nuevas, que no pueden basarse en las barreras administrativas tradicionales, en mi opinión.

En suma, no creo que el nuevo marco regulador pueda cambiar sustancialmente, en las actuales circunstancias, la estructura o las estrategias empresariales hasta ahora dominantes.

### **2. Repercusiones sobre la protección de los consumidores**

Resulta llamativa la falta de atención mayor a los intereses de los consumidores en los textos de las leyes comerciales. Antes he recordado que el

Proyecto de Ley de modificación del régimen del comercio minorista apenas se les mencionaba, aunque el texto final sí lo hace. En las Comunidades Autónomas, tampoco abundan referencias o conexiones entre los derechos de los consumidores y usuarios y la regulación comercial. Ello a pesar de que cuando la Constitución reclama la legislación de comercio interior, lo hace en el artículo 51, dedicado a los consumidores.

Las muy escasas menciones se traducen en la cita entre las razones imperiosas de interés general para el condicionamiento de la apertura de nuevos establecimientos el que las empresas se adhieran a sistemas de arbitraje de consumo. Ciertamente, la DS contempla medidas específicas de protección de los consumidores, entre las cuales podríamos incluir éstas, pero habría que pensar en que medida se puede exigir un nivel más elevado de compromiso con los derechos de los consumidores a quien se establece hoy frente a los ya establecidos, que también han de cumplir los requerimientos del Derecho europeo al efecto.

También hay que detenerse en las reformas de las leyes de protección de los consumidores para comprobar la incidencia de la transposición de la DS sobre sus intereses, que pueden resultar claramente afectados, y potencialmente perjudicados, por la retirada de controles previos al inicio de actividades económicas, controles que han de ser sustituidos, conforme reclama la DS, por otros posteriores igualmente efectivos, pero menos restrictivos de la iniciativa privada.

En la Ley de Comercio del Estado se introduce un nuevo régimen de infracciones y sanciones, que sumado a las referencias de la Ley Paraguas sobre las potestades de inspección y control demostrarían la deliberada voluntad de mejorar la repuesta *ex post* a los posibles comportamientos ilegales de los comerciantes. Pero esta modificación de las potestades inspectoras y sancionadoras no recibe igual traducción en todas las normativas autonómicas analizadas.

Creo en cualquier caso que el impacto de este nuevo marco liberalizador en los consumidores puede ser negativo, teniendo en cuenta sobre todo la ausencia de refuerzos efectivos sobre los medios de la inspección, más allá de las reformas normativas concretas.

### **3. Consecuencias para los trabajadores del sector.**

Uno de los beneficios esperables y esperados de la transposición de la DS se refería al mercado de trabajo, pero hoy cabe dudar de la obtención de estos resultados a la vista de la evolución del empleo. La grave crisis económica que ha sufrido y en buena medida sigue sufriendo nuestro país dificulta

sobremanera la creación de puestos de trabajo, incluso en el sector servicios, que si no fue en un primer momento el más afectado por nuestra propia versión de la recesión, sí ha sufrido sobremanera la retracción del consumo.

Algunas medidas incorporadas a las leyes de transposición de la DS se refieren directamente a las condiciones laborales de los trabajadores del sector: ¿Son aceptables previsiones como las de la normativa cántabra? Recuerdo que su Ley 2/2010 contemplaba entre los criterios del informe autonómico para el establecimiento de grandes superficies comerciales se incluía la previsión de particulares medidas de conciliación de la vida familiar y laboral de sus trabajadores. También la ley riojana 6/2009 incorporaba «la incidencia de la explotación del proyecto en la calidad del empleo, con valoración positiva de la contratación indefinida, de las condiciones de trabajo y la incorporación al mercado laboral de colectivos con dificultades de inserción».

Personalmente, me he pronunciado a favor de que en las regulaciones comerciales se tenga presente el objetivo de favorecer la creación de puestos de trabajo, pero no estoy seguro de que este criterio pueda proyectarse directamente sobre la concesión o denegación de licencias, menos aún cuando entra en el detalle del tipo de contratos o incluso las personas que puedan o deban ser contratadas. Llevar las cláusulas sociales hasta ese extremo puede comportar un incremento de la discrecionalidad que ya ha sido comentado en el caso de las adjudicaciones de los encargos públicos, pero que en este tipo de decisiones resulta aún más delicada por proyectarse sobre la libertad de establecimiento.

¿Crearé la transposición de la DS en el futuro puestos de trabajo? Es pronto para saberlo, pero no parece que tantos cambios puedan ser en balde, o que la progresiva realización del mercado interior europeo no presente ventaja económica alguna. El crecimiento económico de nuestro país también pasa por una industria competitiva, por supuesto, pero es claro que el protagonismo del sector servicios es una tendencia cada vez más acusada, y reducir los costes administrativos de este sector debería producir un efecto positivo sobre el mercado de trabajo.

Pero esta creación de empleo dependerá de que efectivamente la DS se cumpla hasta sus últimas consecuencias. Si no se sustituyen los procedimientos autorizatorios por otros controles menos gravosos, no habrá resultado alguno; tampoco lo habrá si se aplican las declaraciones responsables o comunicaciones previas como solicitudes de autorizaciones administrativas; o si los plazos de respuesta de la Administración son los mismos de antes. Un escenario en el que abrir un gran establecimiento sigue requiriendo seis meses para lograr una autorización, sin tramitación telemática, no es muy distinto al que existía en España antes de la tan esforzada transposición de la DS.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BENTHAM, Jeremy (1843): *Anarchial falacies*, Edimburgo.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1996): *Libro Verde del Comercio*, Bruselas.
- (1999): *Libro Blanco del Comercio*, Bruselas.
- COMISIÓN EUROPEA (2010): *Europa2020. Una Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, Bruselas.
- DÁMASO VICENTE, Javier/RIVERO ORTEGA, Ricardo (Dir.): *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Valladolid, 2010.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás (2010): «Claves de la evolución del urbanismo comercial. La implantación de grandes establecimientos comerciales en Castilla y León», en *Revista Jurídica de Castilla y León*.
- MANCHA NAVARRO, Tomás (Dir.) (2008): *El sector servicios y la transposición de la Directiva europea al caso español*, Universidad de Alcalá.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo (2009): «Reformas del Derecho administrativo para 2010: La difícil transposición de la Directiva de Servicios en España», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*,
- RIVERO ORTEGA, Ricardo (2009): «La transposición de la Directiva de Servicios en España», en *Mercado europeo y reformas administrativas*, Cívitas, Madrid, 2009.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo (2010): «La libertad de comercio», en *Actas del V Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, Marian/VILLAREJO GALENDE, Helena (2007): «La Directiva de Servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 44.
- SÁNCHEZ PÉREZ, Manuel (2008): *Análisis del desempeño del comercio e impacto de la política comercial en España*, Ministerio de Industria.
- VILLAREJO GALENDE, Helena (2009a (Dir.): *La Directiva de Servicios y su impacto en el comercio europeo*, Comares, Granada, 2009.
- (2009b): «La Directiva de Servicios en el mercado interior: una perspectiva general», en RIVERO ORTEGA, Ricardo (Dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Cívitas, Madrid.

# DIRECTIVA DE SERVICIOS Y TRANSPORTES TERRESTRES(\*)

ELOÍSA CARBONELL PORRAS

*SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN.— II. LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE TERRESTRE Y EL DERECHO COMUNITARIO: 1. Las obligaciones de «servicio público» en el Tratado de Roma, origen de las especialidades del sector. 2. La exclusión de los transportes del ámbito de aplicación de la Directiva y, en consecuencia, de la Ley 17/2009.— III. LAS MODIFICACIONES EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL SOBRE TRANSPORTES TERRESTRES CON OCASIÓN DE LA LEY 25/2009: 1. Planteamiento general. 2. Las reglas comunes y generales en la ordenación de los transportes: A) Las tarifas de los servicios y actividades de transporte por carretera. B) Las restricciones en el acceso al mercado de transportes en general. C) Las autorizaciones para los transportes discrecionales. 3. Las actividades auxiliares y complementarias del transporte por carretera. A) Las agencias de transporte. B) Los centros de información y distribución de carga. C) Las estaciones de transporte. D) El arrendamiento de vehículos. 4. Los servicios adicionales, complementarios y auxiliares en el transporte ferroviario*

*RESUMEN:* El Tratado de Roma utilizó la expresión «servicio público» para referirse a los transportes terrestres y, en su desarrollo, los servicios de transporte terrestre se sujeta a una regulación propia, quedando excluidos del ámbito de aplicación de Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior. Así lo establece también la Ley española 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, de trasposición de la Directiva. No obstante, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, ha modificado algunos preceptos de las Leyes estatales relativas al transporte por carretera y por ferrocarril que es el objeto de estudio.

*Palabras clave:* Directiva de servicios; servicios públicos; transportes terrestres.

---

(\*) Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D+i del Plan Nacional titulado *Servicios públicos e infraestructuras en la nueva ordenación territorial del Estado* —Ref. DER2009-13764 (Subprograma JURI)—, integrado en el Grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid 931089 sobre *Las transformaciones del Estado y la autonomía local: organización institucional, servicios públicos y democracia participativa*.

**ABSTRACT:** *The Treaty of Rome used the term «public service» to refer to land transport and in its development, land transport services are subject to its own proper regulation, being excluded from the scope of Directive 2006/123/EC of European Parliament and Council of 12 December on services in the interior market. The Spanish law 17/2009 of 23 November, on free access to service activities and its exercising, which transposes the cited Directive, adopts the same approach and therefore, excludes land transport services from its scope. However, the aim of this study will be the analysis of Law 25/2009, of December 22, which amends various laws in order to adapt them to the Law on free access to service activities and its exercising, introducing changes in certain provisions of other state laws relating to transport by land and rail.*

*Key words:* Directive of Services; public services; land transports.

## I. INTRODUCCIÓN

La aprobación y consiguiente trasposición a los Derecho nacionales de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior supone un cambio significativo en los criterios y reglas que presiden la intervención de las autoridades públicas en las actividades económicas. La Directiva de Servicios, también conocida como Directiva *Bolkestein*, en alusión a su impulsor Frits Bolkenstein, Comisario de Mercado Interior y Servicios entre 1999 y 2004, persigue eliminar las barreras y obstáculos que impiden o dificultan las libertades comunitarias de establecimiento y de prestación de servicios, sin perjuicio del mantenimiento de aquellos exigidos por razones de interés general (1). Sin

---

(1) Para un análisis general del proceso de gestación y del contenido de la Directiva, puede verse, entre otros, R. JIMÉNEZ ASENSIO, *La incorporación de la directiva de servicios al derecho interno: primeros pasos de un largo proceso*, Oñati, IVAP, 2010; las obras colectivas *El mercado interior de servicios en la Unión Europea: estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, dir. T. DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Madrid, Marcial Pons, 2009; *Mercado europeo y reformas administrativas: la transposición de la Directiva de servicios en España*, dir. R. RIVERO ORTEGA, Navarra, Thomson, 2009; la *Revista de Derecho de la Unión Europea* núm. 14, 2008, monográfico dedicado a «La directiva relativa a los servicios en el mercado interior (la Directiva Bolkestein)»; así como S. MUÑOZ MACHADO, «Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios», en *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 21, 2009, [www.iustel.com](http://www.iustel.com); L. PAREJO ALFONSO, «La desregulación de los servicios con motivo de la directiva Bolkestein: la interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema», y J. C. LAGUNA DE PAZ «Directiva de servicios: el estruendo del parto de los montes», ambos en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 6, 2009, pp. 34-41 y 42-51, respectivamente; R. RIVERO ORTEGA, «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, pp. 51-80; T. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ, «La Directiva de servicios y la libertad de empresa» en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 7, 2009, pp. 46-61; T. DE LA QUADRA-

embargo, la Directiva no afecta a todos los servicios. Quedan al margen los servicios de interés general, y ciertos servicios económicos de interés general. Recordemos que, según el Libro Blanco de la Comisión titulado *Sobre los servicios de interés general*, de 12 de mayo de 2004, la expresión «servicios económicos de interés general» pretende identificar aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general. A esta idea se ha añadido una perspectiva más amplia con los llamados «servicios de interés general», que comprenden los servicios, sometidos o no a la disciplina de mercado, que las autoridades públicas consideran de interés general y están sujetos a obligaciones específicas de servicio público. La clave de estas construcciones es la noción de obligaciones de servicio público, que son aquellas que imponen los poderes públicos al proveedor del servicio con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público. En ese contexto, los servicios prestados por las grandes industrias de redes como las telecomunicaciones, los servicios postales, la electricidad, el gas o el transporte se califican como servicios económicos de interés general (2). Este documento rechaza la expresión «servicio público» que, no obstante, sí resulta aplicable a los transportes terrestres y explica que este sector quede al margen de la Directiva de servicios como se verá (3).

---

SALCEDO JANINI, «Quo Vadis, Bolkestein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?», en *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 22, 2007, pp. 237-280; y M. M. MARTÍN MARTÍNEZ, «Construyendo la Europa social: claroscuros de la Directiva Bolkestein», en *Revista General de Derecho Europeo* núm. 15, enero 2008, [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

(2) El Libro Blanco —COM (2004) 374 final— recoge las conclusiones derivadas del debate suscitado con ocasión del Libro verde presentado por la Comisión el 21 de mayo de 2003 —COM (2003) 270 final— que son, salvo error, los últimos documentos comunitarios al respecto. Vid. L. MÍGUEZ MACHO, «Los servicios de interés general en la Unión Europea: perspectivas de evolución. Comentario al Libro Blanco de la Comisión sobre los servicios de interés general», en *Revista General de Derecho Europeo* núm. 8, 2005. Sobre la expresión «servicios de interés económico general», que se recoge en los arts. 16 y 86. 2 del TCE, y sus similitudes y diferencias con la idea clásica de servicio público, vid, por todos, S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*. Vol. I Los Fundamentos, Madrid, Civitas, 1998, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. I. La formación de las Instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, Madrid, Iustel, 2ª ed, 2006, y sintéticamente, «Servicios públicos y competencia», en *Derecho Administrativo IV. Bienes, servicios y actividades reguladas*, Madrid, Iustel, 2001.

(3) Al respecto, el Libro Blanco de 2004 subraya: «los términos “servicios de interés general” y “servicios de interés económico general” no deben confundirse con la expresión “servicio público”, un término más ambiguo que puede tener diversos significados y, por tanto, inducir a confusión. Con esta expresión se alude a veces al hecho de que un determinado servicio se ofrece al público en general, mientras que otras veces lo que se quiere resaltar es que se ha asignado a un servicio una misión específica de interés público o se hace referencia al régimen de propiedad o al estatuto de la entidad que presta el servicio. Por esta razón, dicha expresión no se utiliza en el presente documento» (p. 24).

En España, la trasposición de la Directiva 2006/123/CE en las materias de competencia estatal se ha producido, como es sabido, mediante dos Leyes. Primera, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que incorpora sus principios y reglas generales, transcribiendo casi literalmente la Directiva. Segunda, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Esta última persigue, según su Preámbulo, un doble objetivo, pues, por un lado, se adaptan las leyes estatales al régimen general de las actividades de servicios; y, por otro lado, se llevan a cabo distintas modificaciones en servicios que quedan excluidos de la regulación general con la finalidad «de dinamizar en mayor medida el sector servicios y de alcanzar ganancias de competitividad en relación con nuestros socios europeos, extiende los principios de buena regulación a sectores no afectados por la Directiva, siguiendo un enfoque ambicioso que permitirá contribuir de manera notable a la mejora del entorno regulatorio del sector servicios y a la supresión efectiva de requisitos o trabas no justificados o desproporcionados». En principio, a este segundo fin deberían responder las modificaciones que se llevan a cabo en la legislación estatal de transportes terrestres, en concreto la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante, LOTT) y la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (en adelante, LSF).

Aunque estas modificaciones constituyen objeto de análisis en las líneas siguientes debe advertirse que los cambios no son tan significativos como en otros sectores del ordenamiento jurídico. En algún supuesto sí se ha producido una innovación de la legislación de transportes pero, en la mayoría de las ocasiones, la reforma se limita a adecuar el texto de las normas a la realidad normativa preexistente, como se comprobaba. En todo caso, el punto de partida debe ser la política comunitaria sobre los transportes terrestres que, desde el inicio de la construcción europea, ha respondido a unas reglas y criterios propios, diferentes de los que rigen la acción común en otros sectores económicos (4). Esto, además, explica que las leyes que las Comunidades Autónomas han aprobado para adaptar la normativa de su competencia a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, no afecten a las Leyes autonómicas sobre transportes terrestres (5).

---

(4) Vid. E. CARBONELL PORRAS, *Régimen jurídico-administrativo del transporte interurbano por carretera*, Madrid, UCM-UCO, 1993, pp. 111-145 y, más reciente, «Transporte urbano y movilidad» en la obra colectiva *Tratado de Derecho Municipal*, 3ª ed. dir. S. MUÑOZ MACHADO, Madrid, Iustel, 2010, I, pp. 416-419.

(5) Como muestra de esta afirmación puede traerse a colación la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2010, de 26 marzo, de Bases de delegación en el Gobierno de la potestad legislativa para



## II. LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE TERRESTRE Y EL DERECHO COMUNITARIO

### 1. Las obligaciones de «servicio público» en el Tratado de Roma, origen de las especialidades del sector

El artículo 77 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (artículo 73 de la versión consolidada) establece que «serán compatibles con el presente Tratado las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de *servicio público*». De este modo, el transporte se convierte en el único sector para el que el Tratado de Roma consagró explícitamente el concepto de servicio público y, desde entonces, así lo reflejan los documentos comunitarios relativos a los transportes (6).

El régimen jurídico de la prestación de los servicios de transporte se establece inicialmente en el Reglamento (CEE) n° 1191/69, del Consejo, de 26 de junio de 1969, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable, y en el Reglamento (CEE) N° 1107/70, del Consejo de 4 de junio de 1979, relativo a las ayudas concedidas en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable. El planteamiento esencial de estas normas era articular la prestación de servicios de transportes por los empresarios habilitados para ello mediante la celebración de un «contrato de servicio público» en el que se recogieran con claridad las «obligaciones de servicio público» que deberían asumir así como el reembolso por las autoridades públicas que pudiera proceder por los costes derivados del cumplimiento de dichas obligaciones (7). Estos Reglamentos han sido derogados expresamente por el Reglamento (CE) n° 1370/2007, de 23

---

la adecuación de normas con rango de ley a la Directiva 2006/123/CE y que relaciona las trece leyes que deben ser reformadas, sin incluir las relativas a los transportes terrestres autonómicos.

(6) Vid. por todos, el Libro Blanco *La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad*, de 12 de septiembre de 2001 —COM (2001) 370 final—.

(7) Al respecto resulta de interés la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 7 de mayo de 2009, asunto C504/07, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por diversas empresas de transporte interurbano en relación con las compensaciones otorgadas a las empresas de transportes urbanos de Oporto y Lisboa. El Tribunal de Justicia señala que el Reglamento 1191/69 autoriza que los Estados miembros impongan obligaciones de servicio público a una empresa pública encargada del transporte público de pasajeros en un municipio y que se compensen las cargas derivadas de esas obligaciones. Sin embargo, dicho Reglamento «se opone a la concesión de indemnizaciones compensatorias, como las controvertidas en el litigio principal, cuando no es posible determinar el importe de los costes imputables a la actividad que las empresas de que se trate desarrollen en el marco de la ejecución de sus obligaciones de servicio público».

de octubre, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, que ha entrado en vigor el 3 de diciembre de 2009.

El Reglamento (CE) n° 1370/2007 no ha afectado a los postulados iniciales, manteniéndose en lo esencial la definición del contrato de servicio público, como instrumento para canalizar la imposición —y la compensación— de las obligaciones de servicio público. El «contrato de servicio público» es un acto jurídicamente vinculante en el que se plasma el «acuerdo entre una autoridad competente y un operador de servicio público determinado de confiar a este último la gestión y la explotación de los servicios públicos de transporte de viajeros sometidos a las obligaciones de servicio público». Estas obligaciones hacen referencia a las exigencias impuestas por «una autoridad competente a fin de garantizar los servicios públicos de transporte de viajeros de interés general que un operador, si considerase exclusivamente su propio interés comercial, no asumiría o no asumiría en la misma medida o en las mismas condiciones sin retribución» (art. 2 del Reglamento). Para la concreción de estas obligaciones, se celebra el contrato de servicio público de transporte de viajeros cuyo contenido debe especificar según el artículo 4 del Reglamento lo siguiente:

«a) definir claramente las obligaciones de servicio público que el operador deservicio público debe ejecutar, y los territorios correspondientes;

b) establecer por anticipado, de modo objetivo y transparente:

i) los parámetros sobre cuya base ha de calcularse la compensación, si procede, y

ii) la naturaleza y el alcance de cualesquiera derechos exclusivos,

de manera tal que se evite una compensación excesiva. En el caso de los contratos de servicio público adjudicados con arreglo al artículo 5, apartados 2, 4, 5 y 6, esos parámetros se determinarán de forma que ninguna compensación pueda exceder en caso alguno del importe necesario para cubrir la incidencia financiera neta en los costes e ingresos derivados de la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes conservados por el operador de servicio público y la existencia de unos beneficios razonables;

c) definir las modalidades de distribución de los costes derivados de la prestación de los servicios. Estos costes podrán incluir en particular los de personal, energía, gastos de infraestructura, mantenimiento y reparación de los vehículos de transporte público, del material rodante y de las instalaciones necesarias para el funcionamiento de los servicios de transporte de viajeros, y los costes fijos y una remuneración apropiada de los capitales propios».

Este contrato tiene una duración limitada —de 10 años para los servicios de autobús y de 15 para los servicios de transporte por ferrocarril como regla general— lo que persigue una cierta periodicidad en la licitación del contrato. Como novedades más relevantes hay que destacar, en primer lugar, la plena aplicación del Reglamento a los transportes urbano; y, en segundo, lugar, se contempla la adjudicación de ese contrato, que se realizará con arreglo a un

procedimiento de licitación equitativo conforme a los principios de transparencia y no discriminación (8).

También es relevante la regulación de los supuestos en los que el Reglamento permite prescindir de la licitación. Con esa finalidad, su artículo 5. 2 dispone que «salvo que lo prohíba el Derecho nacional, cualquier autoridad local competente (independientemente de que sea una autoridad individual o una agrupación de autoridades que presten servicios públicos integrados de transporte de viajeros) podrá optar por prestar ella misma servicios públicos de transporte de viajeros o por adjudicar directamente contratos de servicio público a una entidad jurídicamente independiente sobre la que la autoridad local competente (o, en el caso de una agrupación de autoridades, al menos una autoridad local competente) ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios» (9). Cabe deducir que el Derecho comunitario permite que las

---

(8) El contrato de servicio público de transportes se incluyó en el Reglamento (CEE) n° 1191/69 por el Reglamento (CEE) n° 1893/91, del Consejo, de 20 de junio, aunque no se fijaron reglas comunes para su licitación y adjudicación. Precisamente el establecimiento de estos criterios comunes explican las dificultades para la aprobación del Reglamento (CE) n° 1370/2007, que ha durado más de siete años. Las sucesivas propuestas formuladas se analiza con detalle por G. FERNÁNDEZ FARRERES —«Los transportes por carretera y competencia», en la obra que él mismo dirige *Transporte y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la competencia*, Madrid, Civitas-Fundación Wellington, 2004, págs. 503 y ss—.

(9) Si la autoridad local decide recurrir a la gestión directa debe estarse a lo previsto en el art. 5. 2 del Reglamento que establece lo siguiente:

«a) para determinar la existencia de ese control por la autoridad local competente, habrán de tenerse en cuenta factores como el nivel de presencia en los órganos de administración, dirección o supervisión, las especificaciones correspondientes en los estatutos, la propiedad, la influencia y control efectivos de las decisiones estratégicas y las decisiones aisladas de gestión. De conformidad con la legislación comunitaria, la propiedad del 100 % por parte de la autoridad pública competente, en particular en el caso de colaboraciones público-privadas, no constituye un requisito obligatorio para determinar que existe un control en el sentido del presente apartado, siempre que exista un influencia pública dominante y que pueda determinarse el control sobre la base de otros criterios;

b) la condición para aplicar el presente apartado será que el operador interno y cualquier entidad sobre la cual este operador ejerza una influencia, por mínima que sea, realicen sus actividades de transporte público de viajeros dentro del territorio de la autoridad local competente, no obstante las líneas salientes u otros elementos auxiliares de dicha actividad que entren en el territorio de autoridades locales competentes vecinas, y no participen en licitaciones relativas a la prestación de servicios públicos de transporte de viajeros organizadas fuera del territorio de la autoridad local competente;

c) no obstante lo dispuesto en la letra b), un operador interno podrá participar en una licitación equitativa a partir de dos años antes de la conclusión de su contrato de servicio público adjudicado directamente, con la condición de que se haya adoptado una decisión definitiva de licitar equitativamente los servicios públicos de transporte de viajeros que abarque el contrato del operador interno y este no haya celebrado ningún otro contrato de servicio público adjudicado directamente;

d) de no existir una autoridad local competente, las letras a), b) y c) se aplicarán a una autoridad nacional en beneficio de una zona geográfica que no sea nacional, siempre que el operador interno

legislaciones nacionales contemplen la gestión directa de los servicios públicos de transportes, siempre que se respeten determinadas reglas y, en tal caso, no hay que celebrar un contrato de gestión de servicios públicos de transporte de viajeros. Con carácter general, este contrato es el mecanismo que permite la imposición de obligaciones de servicio público y su compensación de acuerdo con los criterios de transparencia y no discriminación. Desde esta perspectiva la opción que en 1987 consagró la LOTT a favor de la gestión de los servicios públicos de transporte de viajeros por carretera mediante la concesión continua siendo plenamente compatible con la regulación comunitaria (10).

Sin perjuicio de lo anterior y respecto de los transportes ferroviarios, debe tenerse en cuenta el Reglamento (CE) núm. 1371/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros por ferrocarril. Este reglamento, a diferencia del anterior, sí ha previsto la posible exclusión de los servicios ferroviarios de cercanías y de carácter regional. En ejercicio de esta facultad el Consejo de Ministros, en su reunión de 5 de marzo de 2010, ha acordado la no aplicación de ciertos preceptos del Reglamento 1371/2007 a los servicios de transporte de viajeros por ferrocarril, regionales, que son los «dirigidos a la satisfacción de las movilidades intermedias, conectando ciudades de tamaño medio entre sí y con las capitales de su Comunidad Autónoma, o de otra u otras limítrofes, o entre esas ciudades y las pequeñas poblaciones de su área de influencia, normalmente fuera del ámbito de las áreas metropolitanas, cuando éstas existen»; y de cercanías, que «está dirigido a la satisfacción de las movilidades intensivas y recurrentes, siendo su objeto la conexión tanto en el interior de las áreas metropolitanas, como la de las grandes ciudades con sus áreas de influencia, caracterizándose por una elevada concentración horaria de la demanda como consecuencia de la movilidad productiva» (11).

---

no participe en licitaciones relativas a la prestación de servicios públicos de transporte de viajeros organizados fuera de la zona para la cual se ha adjudicado el contrato de servicio público;

e) si se está considerando subcontratar de conformidad con el art. 4, apartado 7, el operador interno estará obligado a prestar por sí mismo la mayor parte del servicio público de transporte de viajeros».

(10) Así tuve la oportunidad de señalarlo en mi monografía *Régimen jurídico-administrativo...*, cit. pp. 285-290, en particular.

(11) Resolución de 22 de marzo de 2010, de la Dirección General de Transporte Terrestre, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 5 de marzo de 2010, por el que se adapta a la situación actual del transporte ferroviario el Reglamento (CE) n.º 1371/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros por ferrocarril (BOE de 1 de mayo de 2010).

## **2. La exclusión de los transportes del ámbito de aplicación de la Directiva y, en consecuencia, de la Ley 17/2009**

La regulación específica de los servicios de transporte que acabamos de sintetizar explica que la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, los excluya expresamente de su ámbito de aplicación. Y ello a pesar de que, como reconoce su preámbulo, el concepto de servicio económico de interés general comprende, sin duda, los transportes —Considerando (17)—. En consecuencia, entre las actividades a las que no resulta aplicable la Directiva el artículo 2.2 d) incluye «los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los servicios portuarios, que entren dentro del ámbito de aplicación del título V del Tratado».

En principio, por tanto, resulta claro que aquellos servicios de transporte a los que se refiere el Título V del Tratado quedan fuera de lo previsto en la Directiva. Según el artículo 80 del Tratado (antiguo artículo 84), el Título V resulta aplicable a los transportes por ferrocarril, carretera o vías navegables. El preámbulo de la Directiva aclara que esta exclusión comprende los servicios de transporte de carácter urbano, los taxis y las ambulancias —Considerando (21)— aunque no otras actividades relacionadas con los desplazamientos como son las dedicadas al alquiler de vehículos y la agencia de viajes —Considerando (33)—. Quedan, sin embargo, sujetos a la Directiva actividades y servicios que no son propiamente de transporte, como los prestados por autoescuelas, empresas de mudanzas, de alquiler de automóviles, funerarias o de fotografía aérea, o las actividades comerciales en puertos o aeropuertos, como las de tiendas y restaurantes. Estos servicios quedan, en consecuencia, sujetos a la Directiva y deben ser objeto de transposición (12).

En esta línea, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio se limita a recoger en los mismos términos que la Directiva, la exclusión de su ámbito de aplicación de «los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los transportes urbanos, y de la navegación marítima y aérea, incluidos los servicios portuarios y aeroportuarios necesarios para llevar a cabo la actividad de transporte, exceptuando la actividad de las plataformas logísticas de las empresas y de las actividades necesarias para su funcionamiento» —art. 2.2 d) de la Ley 17/2009—.

---

(12) Vid. el *Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios*, elaborado por los servicios de la Dirección General de Mercado Interior y Servicios y disponible en la página web del Sistema de información del mercado interior de la Comisión Europea, Luxemburgo, 2007, p. 12.

### **III. LAS MODIFICACIONES EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL SOBRE TRANSPORTES TERRESTRES CON OCASIÓN DE LA LEY 25/2009**

#### **1. Planteamiento general**

Los transportes terrestres se rigen por su propia normativa que contempla actividades y servicios de diverso signo y algunos de ellos se han visto profundamente alterados. Al respecto, debe estarse a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. El Capítulo I del Título IV, relativo a los servicios de transporte, en concreto los artículos 21 y 24 están dedicados a modificar la LOTT y la LSF, respectivamente (13).

Según el Preámbulo de la Ley 25/2009 se «elimina la intervención administrativa en materia de precios en el sector de los transportes, suprime la autorización administrativa específica para la instalación de estaciones de transporte y de centros de información y distribución de cargas, así como para el acceso y ejercicio de las actividades de arrendamiento de vehículos, que se declara libre». No todas estas afirmaciones son exactamente ciertas, como seguidamente se comprobará.

Además deben tenerse presente los Reales Decretos 100/2010, de 5 de febrero y 919/2010, de 16 julio, que han modificado los Reales Decretos 2387/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Sector Ferroviario (en adelante, RSF), y 1211/1990 de 28 septiembre, que aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres (ROTT), para adaptarlos a las modificaciones introducidas en las respectivas leyes por la Ley 25/2009. Al análisis de estas modificaciones en el régimen jurídico de los transportes terrestres dedicamos las líneas siguientes. Sin embargo, debe notarse que en gran medida los cambios introducidos no responden realmente a una necesaria adaptación a la Directiva de Servicios pues no se traducen en novedades sustantivas de interés, y en realidad, el legislador estatal ha

---

(13) Este Capítulo también afecta a la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, modificando su artículo 151 relativo a las autorizaciones de actividades aéreas (artículo 20 de la Ley 25/2009); a los artículos 5 y 60 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, relativos a las competencias del Ministerio del Interior y a los centros de formación para la conducción, respectivamente (artículo 22 de la Ley); a la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, respecto del ejercicio de la profesión de Capitán (artículo 23 de la Ley); y a la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General, en relación con las solicitudes para la resolución de la Autoridad Portuario relativas a la autorización de prestación de servicio o actividad y a la ocupación del dominio público portuario (artículo 25 de la Ley 25/2009).

aprovechado la aprobación de la Ley conocida como ómnibus para incluir las leyes de transporte junto a otras diversas que sí debían de adaptarse a los nuevos postulados.

## **2. Las reglas comunes y generales en la ordenación de los transportes**

En la LOTT se fija un marco normativo general de los transportes por carretera centrado en los aspectos comunes a todas las actividades y servicios, que resulta compatible con las peculiaridades que se establecen para cada tipo de actividad y de modalidad de servicio. La Ley 25/2009 ha incidido en alguna de estas reglas, si bien, como seguidamente se intenta mostrar, siempre son novedades relevantes ni vinculadas con los fines y objetivos de la Directiva de servicios. En concreto, se trata de las modificaciones relativas, por un lado, al régimen del precio del transporte que contempla el artículo 18 de la LOTT; por otro lado, se han suprimido los artículos 49 y 50, relativos al acceso al mercado de transportes en general, y el artículo 91 en relación con los servicios de carácter discrecional en particular.

### **A) Las tarifas de los servicios y actividades de transporte por carretera**

En relación con el precio de los servicios y actividades de transporte, la LOTT sienta un principio de general aplicación a todas las tarifas de los transportes públicos y de las actividades auxiliares y complementarias para garantizar que cubran la totalidad de los costes reales en condiciones normales de productividad y organización, y permitan una adecuada armonización y un razonable beneficio empresarial. Dentro de estos criterios, la Administración podría fijar tarifas de referencia o obligatorias si existían «razones de ordenación del transporte vinculadas a la necesidad de las mismas para proteger la posición de los usuarios y/o de los transportistas, para asegurar el mantenimiento y continuidad de los servicios o actividades de transporte o para la realización de los mismos en condiciones adecuadas». También reconocía la coexistencia de la intervención en el precio del transporte por razones de política económica general según prescribía inicialmente el artículo 18 de la LOTT. La Ley 25/2009 ha modificado la redacción de este precepto que ahora establece:

«El precio de los transportes discrecionales de viajeros y mercancías y el de las actividades auxiliares y complementarias de transporte, será libremente fijado por las partes contratantes.

No obstante, cuando una Comunidad Autónoma haya establecido tarifas de obligado cumplimiento para los transportes interurbanos de viajeros en vehículos

de turismo que se desarrollen íntegramente en su territorio, éstas serán también de aplicación a cuantos servicios de esta clase se inicien en el mismo, sea cual fuere el lugar en que finalicen.

Tampoco estarán sometidos a tarifas aprobadas por la Administración los transportes regulares de viajeros temporales o de uso especial».

Sin embargo, debe notarse que, aunque el nuevo texto del precepto es ciertamente distinto del original, los cambios en la práctica no son tales. Centrándonos, en primer lugar, en las actividades auxiliares y complementarias y en los servicios de transporte discrecional de mercancías y de vehículos en autobuses, hay que advertir que ningún cambio relevante se ha producido pues no existían tarifas obligatorias impuestas por la Administración del Estado. Así lo establecía con claridad el ROTT desde 1997 (14). Quedaba a salvo, no obstante, la posibilidad de que las Comunidades Autónomas las fijaran en los términos previstos en la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de Delegación de facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en materia de transportes por carretera y por cable. Aunque nada se dice en la nueva redacción del artículo 28 del ROTT, continúa vigente el artículo 5 de la Ley Orgánica que, respecto de los servicios de transporte público discrecional de viajeros, mercancías o mixtos, prestados al amparo de autorizaciones cuyo ámbito territorial exceda del de una Comunidad Autónoma, delegaba en la Comunidad que procediera —la del lugar de residencia del vehículo o de sede de la empresa según la modalidad de autorización de transporte discrecional— el «establecimiento en su caso de tarifas de referencia, así como de tarifas obligatorias de carácter máximo en cuanto a los tráficos de corto recorrido que se efectúen íntegramente dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma».

En segundo lugar, se excluye la libertad de precios en los transportes discretionales de viajeros en vehículos turismo, es decir, los taxis. El precio del taxi se rige, como es sabido, por las tarifas municipales de carácter obligatorio

---

(14) El artículo 28 del ROTT, que ahora también se ha modificado, disponía, desde el Real Decreto 1136/1997, de 11 de julio, que los transportes discretionales de mercancías y de viajeros en autobuses no estaban sujetos a tarifas obligatorias. Respecto del precio, el Estado se ha limitado a establecer cláusulas de actualización automática de precios de los transportes públicos discretionales —Orden FOM/2180/2008, de 22 julio y Orden FOM/2184/2008, de 23 julio, para los de viajeros en autobús y de mercancías, respectivamente— aplicables en defecto de acuerdo de las partes del contrato. La revisión del precio en el transporte de mercancías por la variación del precio del gasóleo se contempla expresamente en el artículo 38 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías. Tampoco existían tarifas estatales obligatorias para las actividades auxiliares y complementarias del transporte, si bien el Reglamento admitía que quién fuera competente para autorizar el establecimiento fijará tarifas obligatorias en las estaciones de transporte de viajeros y de mercancías, los centros de información y distribución de cargas y el arrendamiento con conductor.



respecto de los servicios de naturaleza urbana. En relación con los recorridos interurbanos tanto autonómicos como supra-autonómicos, deberá estarse a las tarifas que haya fijado cada Comunidad Autónoma —en ejercicio de sus propias competencias en el primer caso, o de la competencia estatal delegada en la referida Ley Orgánica, en el segundo supuesto—. En ausencia de regulación autonómica, resulta aplicable la Orden FOM/207/2009, de 26 de enero, por la que se regula el régimen tarifario de los servicios interurbanos de transporte público discrecional de viajeros en vehículos de turismo (15)

En tercer lugar, el artículo 18 de la LOTT se refiere a los transportes regulares de viajeros y precisa que los temporales y los de uso especial no están sometidos a tarifas aprobadas por la Administración. Debe notarse, por un lado, que los servicios de transporte regulares permanentes y de uso general, que son los servicios públicos en sentido estricto, continúan sujetos a las tarifas obligatorias que fija la Administración en la correspondiente concesión administrativa de servicio público o autorización especial. Así lo proclama expresamente el artículo 28 del ROTT según la redacción dada por el Real Decreto 919/2010 que, además, recuerda que las tarifas obligatorias deben estar expuestas al público. El Reglamento también prevé que el Ministro de Fomento pueda extender la obligatoriedad de exponer al público otros precios que apliquen las empresas de transporte o de actividades auxiliares y complementarias, aunque no sean tarifas obligatorias fijadas por la Administración. Este supuesto no implica una intervención en el precio de transporte sino el necesario conocimiento previo por el usuario del precio que deberá abonar por la utilización de los servicios. Por otro lado, aunque tampoco constituye una manifestación de la potestad tarifaria en sentido estricto, debe tenerse presente que unos de los instrumentos que la legislación vigente contempla para la protección de los servicios públicos de transporte y a su gestor es la posibilidad de exigir un precio superior al de estos en aquellos transportes de viajeros que podrían incidir negativamente en la prestación de los servicios públicos. Así está previsto, por ejemplo, para los transportes turísticos pues, si tienen carácter periódico y se prestan con reiteración de horario en coincidencia con un servicio público de transportes, tendrán, según el artículo 129 del ROTT, un precio superior a la tarifa del servicio público en, al menos, un treinta por ciento.

---

(15) El art. 6 de la referida Orden dispone: «Las Comunidades Autónomas en las que resulte de aplicación el régimen de delegaciones previsto en la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de delegación de facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en relación con los transportes por carretera y por cable, podrán fijar libremente el régimen tarifario de los servicios a que se refiere esta orden, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.d), segundo párrafo, de dicha ley orgánica, aplicándose este régimen a cuantos servicios se inicien en la correspondiente comunidad autónoma, cualquiera que sea el lugar en el que aquéllos finalicen».

Por último, también debe advertirse que la eliminación en el artículo 18 de la LOTT de cualquier referencia a la política general de precios no altera lo previsto al respecto en la normativa reguladora de esta intervención. Y según lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, de Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica son precios autorizados de ámbito nacional los transportes públicos y las tarifas de RENFE (Anexo 1) y de ámbito autonómico los transportes urbanos de viajeros y las compañías ferroviarias de ámbito autonómico (Anexo 2) (16).

## **B) Las restricciones en el acceso al mercado de transportes en general**

La Ley 25/2009 ha suprimido los artículos 49 y 50 de la LOTT dedicados, respectivamente, a establecer los supuestos en los que la Administración podía adoptar medidas de restricción y condicionamiento del acceso al mercado del transporte y de las actividades auxiliares y complementarias, y a fijar las diversas medidas limitativas de acceso al mercado del transporte y modalidades de su establecimiento (17). Dichos preceptos sentaban las pautas generales que presidían las posibles medidas limitativas del acceso al mercado de transportes y que el Reglamento concretaba respecto de las diversas modalidades de servicios y prestaciones de transportes, sobretudo de carácter discrecional. Pero debe tenerse presente que no existían límites cuantitativos en las autorizaciones de ámbito nacional. En efecto, aunque en 1990, el ROTT había mantenido los tradicionales cupos máximos en el otorgamiento de las autorizaciones de ámbito nacional para los transportes discrecionales en vehículos pesados y de viajeros en autobuses, se eliminaron con el Real Decreto 1136/1997, de 11 de julio. Así lo confirma la actual redacción del artículo 114 del ROTT que procede del Real Decreto 1225/2006, de 27 de octubre, y dispone: «No existirán límites cuantitativos al otorgamiento de autorizaciones para realizar transportes públicos discrecionales de mercancías ni de viajeros en autobús».

Aunque la posible adopción de medidas restrictivas en el acceso al mercado de transportes se haya suprimido con carácter general y respecto de

---

(16) Dentro de los transportes urbanos de viajeros se incluirían tanto los colectivos como los servicios de taxis. Así lo aclara, por ejemplo, el Decreto 365/2009, de 3 de noviembre, por el que se regulan los procedimientos administrativos en materia de precios autorizados de ámbito local en la Comunidad Autónoma de Andalucía se refieren expresamente a los servicios de taxis y a los transportes urbanos colectivos de viajeros como previos autorizados de ámbito local. En todo caso, la intervención autonómica sobre el precio no puede ignorar la potestad tarifaria municipal como he señalado en distintas ocasiones.

(17) Un análisis detenido de estos preceptos puede verse en mi monografía *Régimen jurídico-administrativo...*, cit. pp. 360-368.

los transportes de competencia estatal, no hay que olvidar que las leyes autonómicas mantienen preceptos similares a los artículos suprimidos de la LOTT, susceptibles de aplicarse en los mercados autonómicos de transportes si concurren las circunstancias legalmente previstas (18). De hecho, subsisten límites cuantitativos en el acceso al mercado de transportes en relación con los taxis, ya que los cambios en la normativa estatal no han afectado a los límites cuantitativos de las licencias municipales de taxis que, en atención a la población de los Ayuntamientos, prevén las normativas autonómicas en vigor (19).

### **C) Las autorizaciones para los transportes discrecionales**

El artículo 91 de la LOTT contemplaba las autorizaciones para la realización de transportes públicos discrecionales, diferenciando las de ámbito nacional y las de radio de acción limitado. Estas últimas, que se regulaban en el ROTT, se suprimen por el Real Decreto 1225/2006, de 27 de octubre, luego en la normativa estatal todas las autorizaciones de transporte público discrecional previstas en la normativa estatal eran de ámbito nacional (20). Con ocasión de la aprobación de la Ley 25/2009 se ha adecuado la Ley a la nueva realidad y con tal fin el artículo 91 de la LOTT ahora establece que «las autorizaciones de transporte público discrecional habilitarán para realizar servicios en todo el territorio nacional, sin limitación alguna por razón del origen o destino del servicio».

---

(18) Por ejemplo, el artículo 30 de la Ley 13/2007, de 17 mayo, de ordenación del transporte por carretera de las Islas Canarias; o el artículo 15 de la Ley 8/2006, de 18 octubre, de Transporte Interurbano por Carretera de La Rioja.

(19) Sirva como muestra el artículo 9. 3 de la Ley 20/1998, de 27 noviembre, de Ordenación y Coordinación de Transportes Urbanos de la Comunidad de Madrid pues prevé la fijación de reglas que determinen el número máximo de licencias municipales «en función de su volumen de población u otros parámetros objetivos, cuando así se considere necesario para garantizar el adecuado funcionamiento del sistema general de transporte». En su desarrollo, el artículo 8. 1 del Decreto 74/2005, de 28 julio, que aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Público Urbano en Automóviles de Turismo, establece el número máximo de licencias a otorgar por cada municipio en atención a la población: Municipios de hasta 100.000 habitantes de derecho: 1 licencia por cada 2.000 habitantes; Municipios de 100.001 a 500.000 habitantes de derecho: 1 licencia por cada 1.500 habitantes; y, Municipios de más de 500.000 habitantes de derecho: 2 licencias por cada 1000 habitantes.

(20) Inicialmente el artículo 111 del ROTT diferenciaba las autorizaciones de ámbito local que sólo permitían prestar servicios un radio de 100 kilómetros de la localidad en que la autorización esté domiciliada. El Real Decreto 1225/2006 modifica el ROTT para adaptarlo a las reformas introducidas en la LOTT por la Ley 29/2003, de 8 de octubre, sobre mejora de las condiciones de competencia y seguridad en el mercado del transporte por carretera. Aunque entre los artículos modificados no se incluyó el artículo 91 de la LOTT se eliminó la distinción territorial en las autorizaciones, de modo que desde 2006, el artículo 111 dispone que «Las autorizaciones de transporte público discrecional de mercancías y de viajeros habilitarán para realizar servicios en todo el territorio nacional».

Por otro lado, se ha incorporado al texto del precepto el régimen peculiar de los servicios de taxis y, con esta intención, se especifica que «de lo anterior quedarán exceptuadas las autorizaciones de transporte interurbano de viajeros en vehículos de turismo que deberán respetar las condiciones que, en su caso, se determinen reglamentariamente en relación con el origen o destino de los servicios». Hay que recordar que los servicios de taxis deben comenzar en el término municipal en que se encuentre domiciliada la licencia sin perjuicio de lo previsto para las Áreas de Prestación Conjunta y para centros con demandas específicas como aeropuertos o estaciones de transporte terrestre (21)

### **3. Las actividades auxiliares y complementarias del transporte por carretera**

La adaptación de la legislación de transportes por carretera a la nueva regulación de los servicios afecta a las funciones que intervienen en las distintas fases anteriores o posteriores al desplazamiento en sí mismo, y que genéricamente se conocen como las actividades auxiliares y complementarias del transporte por carretera y se regulan en los Títulos IV de la LOTT y V del ROTT. Las modificaciones incorporadas a la legislación de transportes terrestres formalmente para la efectiva trasposición de la Directiva de servicios altera el régimen de las agencias de transporte, de los centros de información y distribución de cargas, de las estaciones de transporte y del arrendamiento de vehículos (22). Los cambios normativos tienen, sin embargo, diferente alcance práctico.

#### **A) Las agencias de transporte**

Las agencias de transporte ejercen las actividades de mediación en la contratación del transporte de viajeros y de mercancías actuando como organizaciones auxiliares interpuestas entre los usuarios y los transportistas en relación, además, con todos los modos de transporte. El ejercicio de la actividad de mediación por las agencias está sujeto a autorización administrativa, si

---

(21) Sobre el taxi puede verse en general, J. BOTELLA CARRETERA, *El régimen jurídico del servicio de auto-taxis*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, y M. TARRÉS VIVES, *La regulación del taxi (legislación autonómica y experiencias de Derecho Comparado)*, Barcelona, Atelier, 2006, in totum.

(22) No ha resultado afectado el régimen jurídico de las funciones de almacenamiento y distribución, así como las de transitario. Los almacenistas y distribuidores reciben en depósito en sus almacenes o locales mercancías o bienes ajenos que realizan respecto a ellos las funciones de almacenaje, ruptura de carga u otras operaciones complementarias que resulten necesarias y gestionan la distribución de mercancías de acuerdo con las instrucciones del depositante. Por su parte, los transitarios realizan las actividades auxiliares y complementarias en el transporte internacional.

bien la regulación y régimen jurídico difiere según actúen en el transporte de mercancías o de viajeros.

— Las agencias de transporte de mercancías deben cumplir los requisitos generales que la legislación de transporte ha previsto para obtener el título habilitante exigido para el desempeño de la actividad, es decir, una autorización administrativa previa. Los cambios al respecto no se han producido en la LOTT sino en 2010 y la modificación del ROTT. Con este alcance se ha modificado el artículo 161. 2 del ROTT para asegurar que el otorgamiento de las autorizaciones no está sujeto a limitaciones cuantitativas, debiéndose, en consecuencia, conceder a todas las empresas que lo soliciten y cumplan los requisitos exigibles (23). Este cambio normativo resulta coherente con la supresión de los artículos 49 y 50 de la LOTT que, como hemos visto, habilitaban a adoptar medidas restrictivas del acceso al mercado de transportes en determinadas circunstancias al que expresamente remitía, respecto de las agencias de transporte de mercancías, el precepto reglamentario ahora modificado (24).

— Las agencias de transporte de viajeros son las agencias de viajes, y realizan la actividad de mediación entre el transportista y el usuario del servicio, como la organización y contratación de transportes turísticos y transportes discrecionales de ámbito nacional o internacional, o la reserva y venta de billetes de transporte. El régimen jurídico de las agencias se remite en el artículo 123 de la LOTT a la legislación de turismo. La Ley 25/2009 ha modificado este precepto legal para suprimir el informe favorable de la Administración de transportes que se exigía para obtener la autorización de agencia de viaje.

Debe notarse, no obstante, que el régimen jurídico de las agencias de viaje es una competencia autonómica y, en consecuencia, se regula por las normas autonómicas. En alguna Comunidad Autónoma invocando precisamente

---

(23) Estos requisitos son los previstos en el artículo 48 de la LOTT para la obtención con carácter general de cualquier título administrativo habilitante para la prestación de servicios de transporte público o la realización de actividades auxiliares o complementarias del mismo, completados por la Orden de 21 de julio de 2000, que los desarrolla en relación con las agencias de transporte de mercancías, transitarios y almacenistas distribuidores.

(24) De hecho el cambio normativo no tiene particular relevancia pues no se habían fijado cupos en el número de las autorizaciones de agencia de transporte de mercancías que la LOTT de 1987 había legitimado, pues con anterioridad no había cobertura legal para estas medidas restrictivas. Para solucionar esta cuestión la redacción inicial de ROTT, ahora modificada, disponía que «salvo que el Gobierno, por las causas previstas en el artículo 49 de la LOTT, a propuesta del Ministro de Transportes, Turismo y Comunicaciones, previo informe del Consejo Nacional de Transportes Terrestres y del Comité Nacional del Transporte por Carretera, y oída la Conferencia Nacional de Transportes o, por delegación de ésta, la Comisión de Directores generales de Transporte del Estado y de las Comunidades Autónomas, establezca un régimen diferente, el otorgamiento de autorizaciones de agencia de transporte no estará sujeto a limitaciones cuantitativas, debiendo realizarse el mismo en favor de todas las Empresas que lo soliciten y que cumplan los requisitos exigibles».

la Directiva —por ejemplo, la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa Madrileña, entre otras— se ha modificado la legislación sobre turismo para sustituir la hasta ahora necesaria autorización administrativa previa por el régimen de declaración responsable (25). Además, el Real Decreto 39/2010, de 15 de enero ha derogado diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio en aplicación de la Directiva de servicios, e incluye, entre las normas derogadas, el Real Decreto 271/1988, de 25 de marzo, relativo a ejercicio de las actividades propias de las agencias de viajes.

## **B) Los centros de información y distribución de carga**

Los centros de información y distribución de cargas persiguen un mejor ajuste de la oferta y la demanda del transporte cuando las circunstancias del mercado en una zona lo aconseje, actuando como puntos de encuentro entre oferentes y demandantes de transporte, canalizando ofertas y demandas y prestando servicios encaminados a propiciar las fases preparatorias del contrato de transporte de mercancías. La regulación estatal sobre estos centros ha sido eliminada pues la Ley 25/2009, suprime el 124 de la LOTT que los regulaba, y el Real Decreto 919/2010 los artículos 188 a 192 del ROTT que lo desarrollaban.

No obstante debe tenerse en cuenta que la competencia en relación con estos centros era de las Comunidades Autónomas y, por tanto, la normativa ahora suprimida era de aplicación supletoria a la autonómica (26). Por lo tanto, sería erróneo concluir que se ha suprimido esta actividad auxiliar del transporte de mercancías con carácter general, pues lo que ha desaparecido es una regulación estatal susceptible de ser aplicada por vía supletoria en aquellas Comunidades Autónomas que carecen de regulación propia en el transporte de mercancías (27).

---

(25) En relación con las agencias de viaje, la actividad de mediación en el turismo y la sustitución del régimen autorizador por el de la declaración responsable puede verse. C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo del turismo*, 5ª ed, Madrid, Marcial Pons, 2010 pp. 230-235

(26) Así lo declaró el Tribunal Constitucional en sentencia 184/1981, de 16 de noviembre y lo estableció inicialmente el legislador estatal. No obstante, la STC 117/1996, de 27 de junio, que anuló los preceptos de la LOTT que se declararon supletorios no anuló los relativos a los Centros de Distribución de Cargas, que fueron declarados inaplicables en Cataluña (Vid. E. CARBONELL PORRAS, «La supletoriedad del Derecho estatal en la reciente jurisprudencia constitucional», en *RAP* núm. 143, 1997, pp. 189 ss). Recordemos que la STC 184/ 1981, de 16 de noviembre reconoce que la competencia al respecto corresponde a las Comunidades Autónomas que han asumido las competencias en relación con los transportes autonómicos, por lo que esta regulación, igual que en el transporte urbano, también es supletoria para todas, como había reconocido el legislador estatal.

(27) Las Comunidades Autónomas han aprobado leyes regulando los transportes de viajeros, y son excepcionales las relativas al transporte de mercancías. Al respecto destacan la Ley 3/1981,

### C) Las estaciones de transporte

Las estaciones de transporte son los centros en los que se concentran las salidas y llegadas a una población de autobuses y camiones según se dediquen al transporte de viajeros o de mercancías. La regulación estatal sobre las estaciones también se ha visto significativamente afectada por los recientes cambios en la normativa estatal de transportes. La LOTT actualmente vigente las define (artículo 127) y remite su establecimiento a los previsto en la legislación urbanística, fiscal, social y laboral o de seguridad ciudadana o vial (artículo 128), pues la Ley 25/2009 ha suprimido los artículos 129 a 132. Subsisten, no obstante, los preceptos del ROTT dedicados a definir las características de las estaciones de transporte de viajeros y de mercancías, aunque han sido modificados por el Real Decreto 919/2009. De este modo, los preceptos eliminados de la legislación estatal se centraban en el procedimiento para determinar la ubicación y el establecimiento de las estaciones, que tenía en cuenta las competencias autonómicas y municipales al respecto (28).

### D) El arrendamiento de vehículos

La legislación de transportes regulaba el arrendamiento de vehículos como una más de las actividades complementarias y auxiliares del transporte. Su régimen jurídico presenta sustanciales diferencias según se trate de arrendamiento del vehículo únicamente o incluyendo a su conductor, y así lo reflejan las sucesivas modificaciones normativas, la más reciente —y profunda— con la Ley 25/2009 y el Real Decreto 919/2010.

—. El arrendamiento de vehículos sin conductor se consideraba una actividad complementaria y auxiliar de los transportes y, en consecuencia, se sujetaba al régimen jurídico común de la LOTT para dichas actividades. Este planteamiento cambia sustancialmente con la Ley 25/2009 y se muestra más coherente con el objeto material de la actividad que no está necesariamente vinculado con actividades de transporte público ya que lo que se arrienda es sólo el instrumento que posibilita el desplazamiento. Por ello, se modifica el

---

de 12 de febrero, de Centros de Contratación de Cargas del País Vasco y la Ley 5/2001, de 4 junio, de áreas de transporte de mercancías de Andalucía. Otras leyes —como la Ley 13/2007, de 17 mayo, de Ordenación del Transporte por Carretera de Canarias— contemplan los centros de información y distribución de cargas. Al respecto puede verse M. REBOLLO PUIG, «Las competencias sobre las estaciones de transporte terrestre de mercancías. Particular referencia a la legislación andaluza», en la obra colectiva *Derecho Público del Transporte en la Ciudad: Renovación y nuevas perspectivas de la movilidad urbana*, coordinada por E. CARBONELL PORRAS y T. CANO CAMPOS, Madrid, 2009, pp. 150 ss.

(28) Vid. E. CARBONELL PORRAS y T. CANO CAMPOS, *Los transportes urbanos*, Madrid, Iustel, 2006, pp. 310-328.

artículo 133 de la LOTT que ahora dispone que «la actividad de arrendamiento de vehículos sin conductor podrá ser realizada libremente por todas aquellas empresas que cumplan las obligaciones que, por razones de índole fiscal, social y laboral o de seguridad ciudadana o vial, les vengan impuestas por la legislación reguladora de tales materias». En coherencia con la supresión de la autorización administrativa por razones de transporte, el Real Decreto 919/2010 modifica el ROTT para, en primer lugar, incluir la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor en el artículo 42, que enumera los supuestos de exoneración de título habilitante; en segundo lugar, se dejan sin contenido los artículos 174 y 175, relativos a los requisitos para obtener la autorización ahora eliminada; y, en tercer lugar, se modifica parcialmente el régimen jurídico del contrato de arrendamiento de vehículos sin conductor previsto en los artículos 176 y siguientes. Subsisten, no obstante, algunas peculiaridades cuando el vehículo arrendado se destina a la realización de transportes públicos por el arrendatario. Con tal alcance y sin perjuicio de los supuestos de colaboración entre transportistas, el artículo 133. 2 de la LOTT dispone que «los titulares de autorizaciones de transporte únicamente podrán desarrollar su actividad mediante vehículos cedidos o arrendados por otros, cuando dichos vehículos se encuentren exclusivamente dedicados al arrendamiento sin conductor por su titular, que deberá ser una empresa profesionalmente dedicada a esta actividad».

— El arrendamiento de vehículos con conductor, por el contrario, sí constituye una actividad de transporte. Salvo los supuestos legales de colaboración entre transportistas, el arrendamiento con conductor sólo cabe respecto de vehículos turismo y el transporte realizado se considera discrecional de viajeros luego su «ejercicio estará sujeto a todas las reglas contenidas en esta Ley que resulten de aplicación a dicha clase de transporte». Así lo establece expresamente el artículo 134. 1 de la LOT modificado a tal fin por la Ley 25/2009 y lo reitera el artículo 180 del ROTT según la redacción dada por el Real Decreto 919/2010 (29). Se trata de una actividad de transporte que recuerda al servicio de taxis: transporte de viajeros en vehículos turismo

---

(29) La regulación de la actividad de arrendamiento con conductor que establece el ROTT —que fue modificado por Real Decreto 1225/2006, de 27 de octubre— se completa con los previstos en la Orden FOM/36/2008, de 9 enero establece el régimen general de la actividad de arrendamiento con conductor. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 8ª) de 29 de junio de 2010 —RJCA\2010\570— ha desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la «Federación Nacional de Asociaciones de empresas de alquiler de vehículos con y sin conductor en zonas turísticas» contra la referida Orden. La demanda tenía por objeto, en lo esencial, precisar si la regulación de las condiciones del ejercicio de la actividad de arrendamiento que establece conlleva la exclusión o limitación de otras operadoras en concurrencia en actividades semejantes o que puedan sustituir a las señaladas en la Orden, con violación de la libertad de empresa constitucionalmente garantizada y las reglas sobre libre competencia, entre otras cosas.



sin sujetarse a un horario, calendario o itinerario predeterminado. Difieren, sin embargo, en los requisitos exigidos para ejercer la actividad, y en las competencias de las diversas Administraciones Públicas (30). Respecto de lo primero, debe notarse que, en principio, en el arrendamiento debe contratarse el servicio con carácter previo, acudiendo a las oficinas de la empresa de modo que queda terminantemente prohibido que el vehículo circule por las vías públicas en busca de clientes; en relación con lo segundo, la competencia para otorgar la autorización es de la Comunidad Autónoma, en virtud de sus propias competencias o las delegadas por la Administración del Estado, previo informe favorable del correspondiente Ayuntamiento (31). Por último, hay que señalar que el número de autorizaciones que las Comunidades Autónomas conceden puede encontrarse sujeto a límites cuantitativos, igual que ocurre con las licencias municipales de taxis (32).

---

(30) La distinción entre el servicio de taxis y el arrendamiento de vehículos con conductor ha sido y continúa siendo compleja. De hecho, hasta la aprobación del ROTT, la regulación era común. En efecto, el Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en Automóviles ligeros, aprobado por Real Decreto 763/1979, de 16 de marzo, contemplaba diversos tipos de licencias, entre las que se incluía las de clase C), llamadas «especiales o de abono» relativas a vehículos que prestaban servicios de transporte específicos, bien por su mayor potencia, capacidad, lujo, dedicación, finalidad, etc., bien porque los conductores acreditaban unos conocimientos superiores a los obligados e inherentes a los de su profesión y apropiados a la especialidad que les caracteriza (turística, representativa, etc.). También resulta ilustrativo de estos problemas el art. 95 Ley 13/2007, de 17 mayo, de Ordenación del Transporte por Carretera de Canarias, modificado por la Ley 14/2009, de 30 diciembre, dispone que la reglamentación del arrendamiento de vehículos con conductor debe basarse en «requisitos que permitan su diferenciación con respecto al servicio de taxis, en particular, en cuanto a su dimensión empresarial, con oficina abierta al público y las características de los vehículos que respondan a un servicio de alta calidad»; o la Disposición final segunda de la Ley 1/2010, de 11 febrero, de modificación de diversas leyes de Galicia para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE pues dispone que, en el plazo de doce meses, la Xunta de Galicia deberá remitir al Parlamento el Proyecto de ley reguladora de las actividades de transporte público de personas en vehículos de turismo, «en el que se reglamentará tanto la actividad del taxi como la del transporte en régimen de arrendamiento de vehículos con conductor, estableciendo las diferentes condiciones de prestación de ambas categorías de transporte a fin de garantizar la competencia leal entre ambas.»

(31) Vid. E CARBONELL PORRAS y T CANO CAMPOS, *Los transportes urbanos...*, cit. pp.171-174.

(32) Por ejemplo, la resolución de 26 de marzo de 2008 de la Dirección General de Transportes de la Comunidad de Aragón dispone que se entenderá que existe una manifiesta desproporción y, en consecuencia, podrá denegarse el otorgamiento de nuevas autorizaciones «cuando la relación entre el número de autorizaciones de alquiler de vehículos con conductor domiciliadas en la Comunidad Autónoma de Aragón y el de autorizaciones de transporte discrecional interurbano de viajeros en vehículos de turismo, domiciliadas en la misma, sea superior a cuatro de aquéllas por cada cincuenta de éstas»; o la resolución de 11 de abril de la Dirección General de Transportes de la Generalidad Valenciana que fija un número máximo de autorizaciones de arrendamiento con conductor en la Comunidad y las distribuye por provincias.

#### 4. Los servicios adicionales, complementarios y auxiliares en el transporte ferroviario

Además de la normativa sobre el transporte por carretera, también se han introducido cambios en la regulación. Así la Ley 25/2009 ha modificado la LSF y el Real Decreto 100/2010, de 5 de febrero, el RSF, en ambos casos en relación con los servicios adicionales, complementarios y auxiliares. Se trata de determinados servicios que tienen como finalidad facilitar el funcionamiento del sistema ferroviario según dispone el artículo 39 de la LSF en coherencia con la separación entre la administración y gestión de las infraestructuras ferroviarias y la prestación de los servicios de transportes que caracteriza la política comunitaria y, en consecuencia, la vigente legislación estatal (33).

Las novedades más significativas se refieren a quiénes y cómo se pueden prestar los servicios adicionales, complementarios y auxiliares, pues las funciones hasta ahora reservadas al Administrador de Infraestructuras, ADIF (34), se abren a otros operadores del sector (35). Así lo establecen las nuevas versiones de los artículos 40, 78 y 79 —éstos en relación con el precio de los servicios— que sí implican una alteración sustantiva de la legislación anterior como seguidamente se intenta sintetizar.

a) Los servicios adicionales son los de acceso desde la vía a las instalaciones de mantenimiento, reparación y suministro existentes en la Red Ferroviaria de Interés General, concretamente a las instalaciones de aprovisionamiento de

---

(33) Por eso la regulación de los servicios adicionales, complementarios y auxiliares que en 2003 realiza la LSF trae causa de la Directiva 2001/14/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria y la aplicación de cánones por su utilización. Al respecto puede verse mi estudio titulado «Organización y gestión de infraestructuras de transporte terrestre», incluido en la obra colectiva *El Derecho público y el transporte en las ciudades: renovación y nuevas perspectivas de la movilidad urbana*, coordinación y dirección por E. CARBONELL PORRAS y T. CANO CAMPOS, Madrid, UCM, 2009, pp. 325-327, en especial, así como J. GARCÍA PÉREZ, *El nuevo marco jurídico del sector ferroviario. Estudio de la Ley del Sector Ferroviario y demás normas de desarrollo*, Madrid, Reus-FEE, 2010, p.p. 245-253.

(34) La LSF llevó a cabo una importante reestructuración del sector público estatal ferroviario que supuso la creación de una nueva entidad pública empresarial llamada Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, ADIF. Al respecto puede verse E. CARBONELL PORRAS, «Organización...», cit. pp. 341-383 así como «La entidad pública empresarial "Administrador de Infraestructuras Ferroviarias"», en la obra colectiva *El régimen jurídico del sector ferroviario. Comentarios a la Ley del Sector Ferroviario*, dirigida por J. GUILLÉN CARAMÉS, Pamplona, URJC-CAM-Thomson-Cívitas, 2007, pp. 217-246, y B. SETUÁIN MENDÍA, *La administración de infraestructuras en el derecho ferroviario español: el régimen jurídico del ADIF*, Madrid, Iustel, 2009.

(35) En coherencia con estas modificaciones sustantivas, la Ley 25/2009 ha alterado las funciones de ADIF que enumera el artículo 21 de la LSF para indicar que sólo está obligado a prestar los servicios adicionales, pero no los complementarios y auxiliares, y en relación con la fijación de las tarifas por su prestación, que ahora únicamente comprende la propuesta al Ministerio de Fomento.

combustible, de la electrificación para la tracción, de formación de trenes, de mantenimiento y otras instalaciones técnicas, así como a las terminales (art. 53 del RSF). La prestación de estos servicios permanece en ADIF, que está obligado a prestarlos a las empresas ferroviarias que los demanden, como establece ahora el artículo 40. 2 de la LSF, y únicamente podrá rechazar las demandas de las empresas ferroviarias si existen alternativas viables en condiciones de mercado. Se entenderá que existen las referidas alternativas cuando otras empresas presten los mismos servicios en condiciones de cantidad, calidad y frecuencia suficientes para atender la demanda existente. Las tarifas de los servicios adicionales, que tienen el carácter de precio privado, se aprueban por el Ministerio de Fomento, previa propuesta no vinculante de ADIF, incluyéndose en la declaración de red (artículos 78. 1 y 79. 1 de la LSF)

b) Los servicios complementarios comprenden la corriente de tracción, el suministro de combustible, el precalentamiento de trenes de viajeros, el servicio de maniobras y cualquier otro relacionado con las operaciones sobre el material ferroviario prestado en las instalaciones de mantenimiento, reparación, suministro y terminales de carga y estaciones de clasificación así como los específicos para el control de transporte de mercancías peligrosas y para la asistencia a la circulación de convoyes especiales (Anexo de la LSF y art. 54 del RSF). En la Red Ferroviaria de Interés General y en sus zonas de servicio ferroviario, la prestación de los servicios complementarios se efectúa en régimen de Derecho privado y, según dispone la nueva redacción del artículo 40. 3, podrá realizarse por los siguientes sujetos:

— Por ADIF con sus propios medios o mediante gestión indirecta a través de empresas contratistas seleccionadas de acuerdo con la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; y en los supuestos que ésta no sea de aplicación, conforme al Ordenamiento jurídico privado con observancia de los principios de publicidad y concurrencia. Las empresas contratistas deberán disponer de un título habilitante para la prestación del servicio complementario correspondiente, otorgado por ADIF; y no podrán estar vinculadas con empresas ferroviarias. Los servicios complementarios que ofrezca en cada momento el administrador de infraestructuras ferroviarias, a través de la declaración sobre la red o documento equivalente, serán de obligada prestación a solicitud de las empresas ferroviarias y otros candidatos (36).

---

(36) La Ley 25/2009 ha añadido una nueva Disposición transitoria, la séptima, que es del siguiente tenor: «Para los contratos actualmente en vigor, la prohibición impuesta a las empresas prestadoras de servicios complementarios de tener vinculación con empresas ferroviarias, a que se refiere el apartado 3 del artículo 40, será de aplicación a partir del 1 de julio de 2013, salvo que los contratos que tuvieran suscritos con éstas finalizaran con anterioridad».

— Por otras empresas prestadoras directamente y a su riesgo y ventura. Estas empresas deberán obtener un título habilitante de ADIF que tendrá carácter reglado y, en consecuencia, se obtendrá por todas las que cumplan los requisitos que se determinen reglamentariamente. Estas empresas deberán disponer de los espacios, instalaciones o medios necesarios para la realización de la prestación correspondiente, a través del oportuno acuerdo o contrato con ADIF. Se remite al Reglamento la determinación de las condiciones de estos acuerdos o contratos de disposición de espacios, instalaciones o medios que las empresas prestadoras de servicios complementarios soliciten, garantizando la seguridad ferroviaria y el adecuado uso de las instalaciones. Los referidos servicios complementarios serán de prestación obligatoria a solicitud de las empresas ferroviarias y otros candidatos, con aplicación de los principios de igualdad de trato, transparencia y no discriminación.

— Por las empresas ferroviarias y los candidatos titulares de material rodante en régimen de autoprestación. Estas empresas también deberán suscribir con ADIF el correspondiente acuerdo o contrato sobre disponibilidad de espacios y, en su caso, de instalaciones o medios. La autoprestación podrá realizarse directamente o a través de contrato con terceros. En este caso, los prestadores deberán estar en posesión del correspondiente título habilitante

Corresponde al Ministerio la aprobación de las tarifas por la prestación de los servicios complementarios, con independencia de quién sea el prestador de los mismos, a propuesta de ADIF, y su cuantía deberá figurar en la declaración de red (artículo 79. 1 párrafo segundo, de la LSF).

c) Los servicios auxiliares incluyen el acceso a la red de telecomunicación, el suministro de información complementaria y la inspección técnica del material rodante (art. 55 del RSF). La prestación de servicios auxiliares se efectuará en régimen de Derecho privado «sin que sea precisa autorización previa alguna de la administración ferroviaria y sin que sea obligatoria dicha prestación». No obstante, la empresa prestadora deberá haber suscrito con ADIF el correspondiente acuerdo o contrato sobre disponibilidad de espacios y, en su caso, de las instalaciones o medios cuya utilización le hubiera solicitado al mismo. También cabe que las empresas ferroviarias y otros candidatos titulares de material rodante realicen para sí los referidos servicios en régimen de autoprestación, directamente o a través de terceros. En cualquier caso, ADIF podrá prestar los servicios auxiliares.

El precio de los servicios auxiliares se fija libremente por las partes según establecen los artículos 78. 1 y 79. 1 último párrafo de la LSF

Por último, debe notarse que la determinación de las condiciones de prestación de los servicios adicionales, complementarios y auxiliares, así como

los requisitos para la obtención del título habilitante se remite a una Orden del Ministerio de Fomento, si bien se requiere un Real Decreto para el establecimiento de las condiciones para que ADIF suscriba los acuerdos o contratos de disposición de espacios, instalaciones o medios para la realización de los servicios (artículos 40. 2 y 41 de la LSF y 56 del RSF).



# EL IMPACTO DE LA REFORMA DE SERVICIOS EN EL SECTOR DEL TURISMO

JOSÉ LUIS BERMEJO LATRE  
VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.– II. LA REGULACIÓN TURÍSTICA PREVIA A LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS.– III. LAS REFORMAS OPERADAS EN LA REGULACIÓN TURÍSTICA: 1. Los instrumentos de reforma: derogación estatal y modificaciones autonómicas 2. Los principales contenidos de las reformas: A) Autorización, comunicación previa y declaración responsable. B) La clasificación de los establecimientos turísticos. C) Restricciones a la prestación de nuevos servicios y otras limitaciones y obligaciones.

**RESUMEN:** El artículo analiza y valora los contenidos de las recientes normas promulgadas por el Estado y las Comunidades Autónomas con el fin de transponer la «Directiva de servicios» en el sector del turismo. Las normas autonómicas han sustituido casi totalmente los regímenes de autorización administrativa para el ejercicio de actividades turísticas por sistemas de comunicación previa y declaración responsable, han reforzado el papel monopolista de las agencias de viajes en la comercialización de viajes combinados y han eliminado algunas obligaciones hasta ahora impuestas a los prestadores de servicios turísticos (en materia de comunicación de precios a la autoridad). No obstante, las normas autonómicas no son totalmente coherentes entre sí, y algunas se apartan de las reglas liberalizadoras impuestas por la «Directiva de servicios» en materia de guías de turismo, al amparo de las Directivas de profesiones reguladas.

*Palabras clave:* turismo; liberalización; libre prestación de servicios; Comunidades Autónomas.

**ABSTRACT:** *This paper analyzes and assesses the recent regulations enacted by the State and the Autonomous Communities in order to implement the so called «Directive on services» in the tourism sector. These regulations have mostly replaced the authorisation regimes by other notification and declaration regimes; they have also strengthened the monopoly of travel agencies in the field of package travels, and have eliminated several obligations relying upon tourist operators (i.e., the compulsory communication of prices). Nevertheless, these regulations are not totally coherent among them, and some of their provisions do not comply with the «Directive on services» in the field of tourism guides, under the pretext of the Directives on regulated professions.*

*Key words:* tourism; liberalization; free movement of services; Autonomous Communities.

## I. INTRODUCCIÓN

Con casi nueve millones de turistas extranjeros y más de trece millones de turistas nacionales en España a lo largo de 2010, y unos ingresos totales aproximados de 5.000 millones de euros, los productos y servicios propios del mercado turístico convierten a éste en uno de los más dinámicos y boyantes del país (1). Empresas de todas las dimensiones, dispersas por toda España y desarrollando actividades de todo tipo (alojamiento, transporte, restauración, acompañamiento, cultura y ocio, entre otras), conforman una red sólida destinada a proveer servicios de vocación transnacional. El turístico es, por lo tanto, un subsector del mercado de servicios en el cual la transposición de la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre, *relativa a los servicios en el mercado interior* («Directiva de servicios») está llamada a operar una transformación de gran relevancia.

Como es sabido, entre los objetivos principales de la Directiva de servicios se encuentran el impulso a la creación de empresas, la mejora de la libre competencia y la promoción de la internacionalización de las pequeñas y medianas empresas, en un contexto de mejora generalizada de la competitividad del sector terciario. Para ello, la Directiva mira a aliviar la excesiva presión que parecen venir ejerciendo las Administraciones públicas nacionales sobre el establecimiento y la libre circulación de los prestadores de servicios, así como impulsar un proceso de desburocratización y simplificación administrativa generalizada.

En primer lugar, considera la Directiva que una de las principales dificultades a que se enfrentan los prestadores —en especial las PYMEs— en el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio reside en la complejidad, la extensión y la inseguridad jurídica de los procedimientos administrativos. Por este motivo, se plantea como un objetivo primordial de la Directiva el establecimiento del principio de simplificación administrativa, a través del cual se trata de garantizar los requisitos de transparencia y actualización de los datos relativos a los operadores, eliminar los retrasos, costes y efectos disuasorios que ocasionan, por ejemplo, trámites innecesarios o excesivamente complejos y costosos, la duplicación de operaciones, las formalidades burocráticas en la presentación de documentos, el poder arbitrario de las autoridades competentes, los plazos indeterminados o excesivamente largos, las autorizaciones concedidas con un período de vigencia limitado o los gastos y sanciones desproporcionados.

De igual modo, y también en aras de la simplificación administrativa, la Directiva de servicios proscrib, de forma generalizada, la imposición de

---

(1) De acuerdo con los datos que arrojan los indicadores turísticos elaborados por el Instituto Nacional de Estadística para septiembre de 2010.



requisitos formales tales como la presentación de documentos originales, copias o traducciones compulsadas, excepto en aquellos casos en que esté justificado objetivamente por una razón imperiosa de interés general, tales como la protección de los trabajadores, la salud pública, la protección del medio ambiente o la protección de los consumidores.

Un tercer objetivo, también ligado de forma estrecha al principio de simplificación administrativa, es la facilitación del régimen de acceso a la prestación de actividades de servicio en los Estados miembros, en concreto restringiendo la autorización previa obligatoria a aquellos casos en que sea indispensable, introduciendo el principio de autorización tácita de las autoridades competentes una vez vencido un plazo determinado y garantizando que la autorización dé acceso como norma general a una actividad de servicios o a su ejercicio en todo el territorio nacional, a no ser que esté objetivamente justificado exigir una autorización individual para cada establecimiento, o limitar la autorización a un lugar específico del territorio nacional, por una razón imperiosa de interés general.

Por último, también se incorporan en el contenido normativo de la Directiva una serie de premisas que van a suponer un alivio de las trabas administrativas para la implantación de las actividades de servicio, tales como la previsión de una «ventanilla única» a la que puedan dirigirse los prestadores para la realización de los diversos trámites administrativos (art. 6 de la Directiva), la realización de procedimientos por vía electrónica —siempre que esto sea posible (art. 8), o la supresión de la obligación de inscripción en los distintos Registros administrativos, la cual pasa a ser voluntaria y de oficio por parte de los órganos competentes (art. 16).

Es precisamente en este ámbito, el de la desburocratización y simplificación administrativa, en el que la Directiva puede desplegar efectos más interesantes sobre el mercado de servicios turísticos. De hecho, los preceptos de la Directiva resultan plenamente aplicables a la regulación turística, por recaer ésta en su ámbito de aplicación, ya que los servicios turísticos son actividades susceptibles de prestación por operadores en el territorio de uno o varios Estados miembros de la Unión Europea y que, además, no se encuentran incluidas en ninguna de las varias excepciones que recoge la propia Directiva, con la única salvedad del ejercicio de la profesión de guía turístico (2). El artículo 2 de la Directiva de Servicios establece el ámbito de aplicación de los contenidos de la Directiva

---

(2) Se trata de un supuesto excepcional justificado en el art. 3.1.d) de la Directiva de servicios, que reconoce expresamente la prevalencia de lo establecido en la Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre, *relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales*, frente a las disposiciones de la propia Directiva de servicios. Esta Directiva fue incorporada al ordenamiento jurídico español por el Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre.

en relación con los distintos sectores económicos de los Estados miembros de la Unión. Y, si bien dicho ámbito de aplicación se configura a través de una cláusula general contenida en su apartado primero («La presente Directiva se aplicará a los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro»), la importancia de las excepciones previstas en la propia Directiva obligan a considerar su definición en un sentido negativo, es decir, la aplicación de la regulación contenida en la Directiva se debe aplicar a todos los servicios no incluidos dentro del conjunto de excepciones que limitan dicha aplicación. En este sentido, los apartados segundo y tercero del mencionado artículo 2, así como el artículo tercero y un gran número de considerandos dentro del preámbulo de la Directiva, matizan y configuran un ámbito de aplicación mucho más restrictivo del que *a priori* cabría considerar a la vista de la cláusula general de aplicación que recoge el citado apartado primero del artículo 2 de la Directiva. Por si fuera poco, el considerando 33 de la Directiva alude expresamente a los servicios turísticos, incluyendo expresamente los de alojamiento y restauración, los que prestan las agencias de viaje y los guías de turismo y los servicios de ocio, en la nómina de las actividades a las que resulta aplicable la Directiva.

Pero no sólo la Directiva de servicios, y ni siquiera propiamente esta Directiva, se hallan en la cimentación jurídica de la reforma que se ha abordado en España. En primer lugar, acompañan a la Directiva de servicios la norma comunitaria recién aludida relativa a las «profesiones tituladas», junto con las muchas directivas y algunos reglamentos en materia de protección de los consumidores y usuarios (singularmente, la Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio, *relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados*, que regula un producto típico del mercado turístico) (3). En segundo lugar, se ha de tener presente que la Directiva de servicios ha sido inicialmente transpuesta al Ordenamiento jurídico español por medio de sendas leyes, la «paraguas» y la «ómnibus», revistiendo la primera de ellas un especial interés desde el punto

---

(3) En particular, y sin ánimo de exhaustividad, cabe citar las Directivas 93/13/CEE, de 5 de abril, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*; 97/7/CE, de 20 de mayo, *relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia*; 2005/29/CE, de 11 de mayo, *relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior*; y 98/6/CE, de 16 de febrero, *relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores*. Asimismo, los Reglamentos 261/2004, de 11 de febrero, *por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso en los vuelos*; 2027/97, de 9 de octubre, *relativo a la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente en lo relativo al transporte aéreo de pasajeros y su equipaje*; y 1371/2007 de 23 de octubre, *sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril*. Todo este paquete normativo incorpora normas aplicables al mercado de servicios turísticos que, de alguna manera, se anticipan a lo dispuesto en la Directiva de servicios para la protección de los derechos e intereses de los participantes en dicho mercado.

de vista de su función. En efecto, y dejando aparte su discutible anclaje competencial, la ley «paraguas» se ha convertido en una solución de incorporación formal de los contenidos de la Directiva al ordenamiento español por la vía de una mera transcripción casi literal de los mismos, a los efectos de acreditar frente a las autoridades de la Unión Europea el respeto del plazo máximo de incorporación de la norma al Derecho interno (4).

No obstante, la auténtica y plena incorporación material de los postulados de la Directiva de servicios debe producirse, para las distintas materias afectadas por el ámbito de aplicación de la misma, a través de la modificación de la regulación de los respectivos sectores, y por parte de los legisladores y gobiernos estatal o autonómicos en virtud de la distribución competencial, según corresponda. Si, como es sabido, la plenitud de las funciones normativas sobre la materia del turismo constituye una competencia completa, exclusiva y originariamente en manos de todas las Comunidades Autónomas ya desde los inicios de la andadura constitucional, son tanto los legisladores como, eventualmente, los gobiernos autonómicos, los responsables de efectuar la adaptación de la normativa sectorial turística a las exigencias y prescripciones de la Directiva de servicios para cada ámbito territorial respectivo.

## II. LA REGULACIÓN TURÍSTICA PREVIA A LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

Tal y como se acaba de recordar, todas y cada una de las Comunidades Autónomas ostentan las competencias exclusivas en materia de promoción y, lo que es más importante desde el punto de vista regulatorio, de ordenación del turismo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 148.1.18ª de la Constitución. Si bien dicho precepto habilitó la asunción de tales competencias en los Estatutos de Autonomía incluso de las Comunidades denominadas «de vía lenta», la promulgación de las correspondientes leyes autonómicas se demoró algunos años.

En efecto, las Comunidades Autónomas no ejercieron sus competencias en la materia prácticamente hasta bien entrada la década de los 90, con la

---

(4) El plazo máximo de transposición de la Directiva de servicios se cumplió el 28 de diciembre de 2009, fecha antes de la cual todas las autoridades españolas afectadas debieron haber procedido a su transposición. En este caso, la tarea de transposición resulta enormemente compleja ya que no basta con la incorporación del contenido normativo de la Directiva a través de una única norma, sino que se ha debido —y se debe— adaptar en bloque el ordenamiento jurídico-administrativo español. Semejante tarea, tratándose el español un ordenamiento «en red», denso y extenso desde una perspectiva material (prácticamente no existe actividad económica imaginable exenta de regulación), y complejo y plural desde una perspectiva subjetiva (coexistencia de diversos entes territoriales con competencias normativas), se ve enormemente dificultada.

excepción de las varias leyes —hoy derogadas— dedicadas específicamente a la inspección y disciplina de las actividades turísticas (5). Fue a partir de mediados dicha década cuando empezó a completarse el panorama normativo turístico, extendiéndose territorial y materialmente (es decir, ampliándose el objeto de las leyes autonómicas a una regulación completa y no sólo de los aspectos disciplinarios). El resultado de dicho proceso fue un elenco de normas bastante parecidas entre sí —aunque se advierten parentescos más intensos entre algunas de ellas— y, a su vez, continuistas con la filosofía de la perviviente normativa estatal vigente en la materia (6).

Desde el punto de vista de los contenidos sustanciales de las leyes autonómicas, cabe destacar como elementos constantes los siguientes: en primer lugar, el sometimiento generalizado de las actividades y profesiones turísticas, con o sin establecimiento, a la preceptiva autorización administrativa (en ocasiones, bajo la forma de inscripción obligatoria en registros públicos de carácter autonómico). Dicha autorización se configuraba tradicionalmente como reglada, sobre la base de algunos estándares de calidad para los establecimientos fijados bien en las propias leyes o bien en sede reglamentaria. No obstante, la autorización diseñada para algunos productos turísticos singulares —por ejemplo, parques temáticos o centros balneares— gozaba de elementos discrecionales mayores. En segundo lugar, y ligada al sistema autorizador, era común la necesidad de clasificación

---

(5) Se trata de las leyes andaluza 3/1986, de 19 de abril, *de inspección y régimen sancionador en materia de turismo*; balear 6/1989, de 3 de mayo, *sobre la función inspectora y sancionadora en materia de turismo*; riojana 5/1990, de 29 de junio, *de inspección, infracciones y sanciones en materia turística*; cántabra 1/1992, de 11 de febrero, *de inspección y régimen sancionador en materia de turismo*; gallega 6/1992, de 15 de junio, *sobre las competencias disciplinarias en materia de turismo de la Comunidad Autónoma de Galicia*; castellano-manchega 2/1992, de 10 de diciembre, *de ordenación y disciplina en materia turística*; aragonesa 5/1993, de 29 de marzo, *de régimen de inspección y procedimiento en materia disciplinaria*. Más tarde vio la luz la también hoy derogada Ley Foral 14/1997, de 17 de noviembre, *de disciplina turística*.

(6) Con las lógicas modificaciones sucesivas que cada ley ha ido soportando, y algún reemplazo puntual, las Comunidades Autónomas terminaron promulgando las siguientes normas: Ley 6/1994, de 16 de marzo, *de ordenación del turismo del País Vasco*; Ley 7/1995, de 6 de abril, *de ordenación del turismo de Canarias*; Ley 10/1997, de 19 de diciembre, *de turismo de Castilla y León*; Ley 11/1997, de 12 de diciembre, *de turismo de la Región de Murcia*; Ley 2/1997 de 20 de marzo, *de turismo de Extremadura*; Ley 9/1997, de 21 de agosto, *de ordenación y promoción del turismo de Galicia* (derogada y sustituida por la vigente Ley 14/2008, de 3 de diciembre, *de turismo de Galicia*); Ley 3/1998, de 21 de mayo, *de turismo de la Comunidad Valenciana*; Ley 8/1999, de 26 de mayo, *de ordenación del turismo de Castilla-La Mancha*; Ley 1/1999, de 12 de marzo, *de ordenación del turismo de la Comunidad de Madrid*; Ley 12/1999, de 15 de diciembre, *del turismo de Andalucía*; Ley 2/1999, de 24 de marzo, *de ordenación del turismo de las Islas Baleares*; Ley 5/1999, de 24 de marzo, *de ordenación del turismo de Cantabria*; Ley 7/2001, de 22 de junio, *de turismo del Principado de Asturias*; Ley 2/2001, de 31 de mayo, *de turismo de La Rioja*; Ley 13/2002 de 21 de junio, *de turismo de Cataluña*; Ley Foral 7/2003, de 14 de febrero, *de turismo de Navarra*; y Ley 6/2003, de 27 de febrero, *de Turismo de Aragón*.

obligatoria por parte de la Administración, fundamentalmente para los alojamientos turísticos y las empresas de restauración. En tercer lugar, resultaba generalizada la obligación de comunicar los precios a la autoridad competente, no sólo a efectos meramente estadísticos sino también de protección de la buena fe en las relaciones «turista-prestador de servicios». En cuarto lugar, algunas actividades se veían sometidas a restricciones de todo tipo, a saber: era común la aplicación del principio de unidad de explotación de los establecimientos, impidiendo la titularidad diferenciada de las diversas actividades y servicios que pueden componer la oferta de los alojamientos turísticos (restauración, ocio, transporte, guías, etc); con respecto a las agencias de viajes, la mayoría de las leyes autonómicas les proscibían el ejercicio de actividades distintas de la comercialización de productos y servicios de transporte, alojamiento o combinados; con respecto a los guías de turismo, se exigía una habilitación exclusiva y excluyente para cada Comunidad Autónoma de resultados de procesos diversos y desiguales de acreditación de conocimientos y competencias específicas. Cabía incluso en algunas leyes la declaración de moratorias a la instalación de nuevos entrantes en la prestación de dichos servicios, por razón de la saturación de la oferta.

Como se puede apreciar, la situación normativa distaba mucho del horizonte liberalizador y favorecedor de la libre competencia entre los operadores pretendido por la Directiva de servicios, y se inscribía en una lógica de intervención administrativa sólida y robusta, en garantía de la calidad de los servicios, pero a costa de la libre implantación y circulación de servicios y productos turísticos.

Así pues, el proceso de evaluación y modificación de la normativa afectada para su adaptación a la Directiva tuvo como reto la transformación del panorama descrito en tiempo récord. La premura se debió, en gran parte, al compás de espera impuesto por el legislador estatal con el fin de promulgar la ley «paraguas», de tal modo que las Comunidades Autónomas se vieron constreñidas oficiosamente a revisar y modificar las leyes citadas no tanto a la luz de la Directiva de servicios, vigente desde finales de 2006, sino a una ley estatal cuyo texto final se vio demorado hasta finales de 2009.

El tardío abordaje del proceso de reforma y la incertidumbre de su resultado, dada la dispersión de las competencias regulatorias en materia de turismo, debió ser compensada con la responsabilización estatal en cuanto a la coordinación de los trabajos de transposición. En este sentido ha de interpretarse la constitución de un grupo de trabajo en el seno del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en el que participaron activamente miembros de la Administración del Estado y de las Ciudades y Comunidades Autónomas, bajo la dirección de un representante del Ministerio de Economía y Hacienda. Dicho grupo acordó el 26 de octubre de 2009, tras varias reuniones informativas previas, una serie de criterios para la aplicación de los postulados de la Directiva de servicios al sector turístico.

En resumen, los citados criterios —meramente orientativos, pero de indudable valor indicativo dada la magnitud y delicadeza de la reforma— fueron los siguientes: las autorizaciones administrativas previas debían ser suprimidas con carácter general, y reemplazadas por declaraciones responsables. En esta misma línea, la obligación de inscripción registral debía pasar a ser voluntaria y de oficio por parte de los órganos competentes. También debía eliminarse el carácter obligatorio de la clasificación por de los establecimientos, pudiendo mantenerse a modo potestativo para los prestadores. La tradicional exigencia de notificar los precios a la autoridad competente debía ser reemplazada por una obligación de exponerlos en lugares perfectamente visibles para el público. En cuanto a las agencias de viajes, se rechazaron las restricciones impuestas a su eventual actividad multidisciplinar. En lo relativo a los guías de turismo, el grupo de trabajo se limitó a instar a las Comunidades Autónomas a reconocer el derecho a la libre prestación temporal de su actividad a los guías provenientes de terceros Estados miembros de la Unión y de otras Comunidades Autónomas.

### **III. LAS REFORMAS OPERADAS EN LA REGULACIÓN TURÍSTICA**

#### **1. Los instrumentos de reforma: derogación estatal y modificaciones autonómicas**

Como ya se ha apuntado, la sucesiva aprobación de las leyes autonómicas en materia de turismo fue relegando progresivamente las vigentes normas estatales reguladoras de los diferentes servicios turísticos a un segundo plano, en el que dichas normas se mantuvieron en vigor pero con carácter supletorio. La ocasión de la Directiva de servicios fue tomada por el Gobierno como una oportunidad para derogar todas esas normas, en un reconocimiento implícito de las plenas competencias autonómicas en la materia, de la madurez de la normativa emanada de las Comunidades Autónomas hasta la fecha, y de la necesidad de aligerar el acervo normativo estatal.

La derogación de las normas reglamentarias preconstitucionales tuvo lugar por obra del Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, *por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio*, con efectos desde el 5 febrero de 2010. A partir de esa fecha, quedaron sin efecto el *Estatuto ordenador de las Empresas y de las Actividades Turísticas Privadas* (Decreto 231/1965, de 14 de enero), el Decreto 2482/1974, de 9 de agosto, *de medidas de ordenación de la oferta turística*, y los tres Reales Decretos 2877/1982, de 15 de octubre, *de ordenación de apartamentos turísticos y de viviendas turísticas vacacionales*, 1634/1983, de 15 de junio, *sobre ordenación de establecimientos hoteleros*, y 271/1988, de 25 de marzo, *por el que se regula el ejercicio de las actividades propias de las Agencias de*

*Viajes*. Asimismo, la derogación se extendió hasta la regulación reglamentaria de segundo nivel, privando expresamente el Real Decreto aludido de vigencia a las órdenes ministeriales del Ministerio de Información y Turismo reguladoras del Registro de Empresas y Actividades Turísticas (20 de noviembre de 1964), de la ordenación turística de restaurantes (17 de marzo de 1965), cafeterías (18 de marzo de 1965), campamentos de turismo (28 de julio de 1966), apartamentos, *bungalows* y otros alojamientos similares de carácter turístico (17 de enero de 1967), el Estatuto de los directores de establecimientos de empresas turísticas (11 de agosto de 1972). También fue objeto de derogación la Orden del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones de 14 de abril de 1988, *por la que se aprueban las normas reguladoras de las Agencias de Viajes*.

Del lado autonómico, la tarea de adaptación de la normativa sectorial a la Directiva de servicios ha sido bastante más ardua y trabajosa. La mayoría de Comunidades Autónomas han empleado como instrumento para la transposición una norma «ómnibus» —empleando la propia terminología acuñada desde medios oficiales para referirse a este proceso de incorporación de la Directiva—, es decir, incluyendo las modificaciones necesarias a la normativa turística en leyes dedicadas a la reforma de otros sectores: tal es el caso de Andalucía (7), Baleares (8), Castilla-La Mancha (9), Castilla y León (10), Cataluña (11), Galicia (12), Región de Murcia (13), Comunidad

---

(7) Art. 4 de la Ley 3/2010, de 21 de mayo, *por la que se modifican diversas Leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior*. Esta Ley es fruto del Decreto-ley 3/2009, de 22 de diciembre.

(8) Ley 4/2010, de 16 de junio, *de medidas urgentes para el impulso de la inversión en las Illes Balears* (resultado de la tramitación como ley del Decreto-ley 1/2009, de 30 de enero).

(9) Art. 4 de la Ley 7/2009, de 17 de diciembre, *de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los Servicios en el Mercado Interior*.

(10) Art. 16 del Decreto-ley 3/2009, de 23 de diciembre, *de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León*.

(11) Arts. 75 y ss. del Decreto Legislativo 3/2010, de 5 de octubre, *para la adecuación de normas con rango de Ley a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior*, norma resultante de la Ley 5/2010, de 26 de marzo, *de bases de delegación en el Gobierno de la potestad legislativa para la adecuación de normas con rango de ley a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior*.

(12) Art. 21 de la Ley 1/2010, de 11 de febrero, *de modificación de diversas Leyes de Galicia para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior*.

(13) Art. 1 de la Ley 12/2009, de 11 de diciembre, *por la que se modifican diversas Leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior*.

de Madrid (14), Comunidad valenciana (15), La Rioja (16) y Navarra (17). No obstante, algunas otras Comunidades han recurrido a la promulgación de normas específicamente dictadas al efecto, como es el caso de Aragón (18), Asturias (19) y Canarias (20). Continúan embarcadas en el proceso de reforma las Comunidades vasca (cuyo proyecto de Ley «ómnibus» fue sometido a información pública en mayo de 2010) y extremeña (cuyo proyecto de «Ley de desarrollo y modernización del turismo de Extremadura» fue aprobado por el Gobierno en octubre de 2010). Especialmente singular es el caso de Cantabria, donde se ha optado —por el momento— por una reforma transversal y no sectorial (21).

Conocidos los vehículos formales empleados para la adopción de las reformas, procede analizar a continuación las líneas maestras y principales contenidos de las mismas.

## **2. Los principales contenidos de las reformas**

### **A) Autorización, comunicación previa y declaración responsable**

Con carácter general, el acceso al ejercicio de la mayoría de actividades y la prestación de servicios turísticos, tradicionalmente sujeto a la obtención de la preceptiva autorización administrativa sectorial, ha pasado a estar condicionado a presentación de la oportuna declaración responsable. No ha habido unanimidad en la adopción del mecanismo de la declaración responsable, por cuanto algunas leyes autonómicas recurren a alternativamente a la

---

(14) Art. 3 de la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de *Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa Madrileña*.

(15) Arts. 51 al 67 de la Ley 12/2009, de 23 de diciembre, de *Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat*.

(16) Art. 50 de la Ley 6/2009, de 15 de diciembre, de *Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2010*.

(17) Art. 5 de la Ley Foral 6/2010, de 6 de abril, de *modificación de diversas leyes forales para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior*.

(18) Ley 3/2010, de 7 de junio, por la que se modifica parcialmente la Ley 6/2003, de 27 de febrero, de *Turismo de Aragón*.

(19) Ley 10/2010, de 17 de diciembre, de tercera modificación de la Ley 7/2001, de 22 de junio, de turismo.

(20) Ley 14/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica la Ley 7/1995, de 6 de abril, de *Ordenación del Turismo de Canarias*.

(21) Ley 1/2010, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley 6/2002, de 10 de diciembre, de *Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria* y la Ley de Cantabria 11/2006, de 17 de julio, de *Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico*.



comunicación previa, otras parecen asimilar uno y otro instrumento (así en la ley valenciana), mientras que la reforma catalana ha simplemente suprimido todo tipo de régimen de intervención administrativa específico en materia de turismo (sin perjuicio de los regímenes derivados de otras normas sectoriales aplicables). Por si fuera poco, en algunas leyes se dispone un plazo mínimo (o incluso máximo, so pena de decaimiento del derecho) de carencia entre la comunicación y el inicio de la actividad, mientras que en otras la presentación del documento puede simultanearse con dicho inicio. En otros casos, se combinan ambos instrumentos, operando la declaración responsable como clave de acceso a la prestación de servicios y la comunicación previa como sistema de notificación a la Administración de los cambios sucedidos en el devenir de la actividad. Toda esta diversidad revela un entendimiento confuso de los nuevos mecanismos de intervención, acaso fundado en la indefinición de los preceptos que los regulan con carácter básico desde su introducción en escena por obra de la ley «ómnibus» (22). En cualquier caso, la elección de cada legislador es libre y legítima, siempre y cuando pueda superar el *test* de proporcionalidad y razonabilidad impuesto por la Directiva de servicios (inexistencia de trabas administrativas innecesarias que compliquen o retrasen indebidamente la prestación del servicio o que impongan procedimientos y trámites de autorización que presenten carácter disuasorio). En ambos casos, se cumplen los dos principios primordiales de la Directiva —simplificación administrativa y libre establecimiento de los prestadores—, limitándose el papel de la Administración a la recepción de documentos, a la inscripción de oficio en los correspondientes registros y a la posibilidad de ejercitar su potestad inspectora. No obstante, parece más conveniente el recurso al mecanismo de la comunicación previa, en atención a lo delicado de un sector de servicios como el turístico en el que tanto los destinatarios —turistas que, en algunos casos, ni siquiera conocen el idioma que se habla en el territorio y cuya posición de relativa debilidad como consumidores debe ser ciertamente valorada—, como los ámbitos en los que se desarrollan dichos servicios —terrenos con un alto valor ambiental, cultural, histórico o patrimonial—.

Subsisten, no obstante, los procedimientos de autorización turística con carácter excepcional para la apertura de complejos turísticos (campings, parques temáticos, centros balneares, aldeas rehabilitadas, ciudades de vacaciones, etc.), y la prestación de servicios de turismo activo, normalmente justificados en las exposiciones de motivos de las leyes autonómicas (e incluso en el propio texto normativo) y sustentados en «razones imperiosas de interés

---

(22) En este sentido, la reforma gallega es paradigmática, puesto que tanto la exposición de motivos de la ley de reforma como un precepto concreto de la misma aluden a la declaración responsable, pero el catálogo normativo de deberes de los prestadores de servicios turísticos se refiere a la comunicación previa al inicio de la actividad.

general» (23). Estas «razones imperiosas de interés general», ejemplificadas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a los arts. 43 y 49 del Tratado de Roma, abarca al menos los ámbitos siguientes: orden público, seguridad pública y salud pública, mantenimiento del orden en la sociedad, objetivos de política social, protección de los destinatarios de los servicios, protección del consumidor, protección de los trabajadores, incluida su protección social, bienestar animal, preservación del equilibrio financiero de los regímenes de seguridad social, prevención de fraudes, prevención de la competencia desleal, protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, protección de los acreedores, garantía de una buena administración de justicia, seguridad vial, protección de la propiedad intelectual e industrial, objetivos de política cultural, incluida la salvaguardia de la libertad de expresión de los diversos componentes (en especial, los valores sociales, culturales, religiosos y filosóficos de la sociedad), la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, mantenimiento de la diversidad de prensa, fomento de la lengua nacional, conservación del patrimonio nacional histórico y artístico y política veterinaria. Como puede apreciarse, se trata de una amplia gama de motivos a disposición de los legisladores autonómicos, y de empleo impredecible (24).

Particular interés reviste el tratamiento dado en las reformas autonómicas a la cuestión de la habilitación previa para el ejercicio habitual de la profesión de guía de turismo, y toda la suerte de limitaciones al ejercicio de dicha actividad recogidas en las leyes autonómicas. Ya se ha precisado que este problema trasciende a la regulación de la Directiva de servicios, situándose en las coordenadas del art. 5 del Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre y las Directivas 2005/36/CE, de 7 de septiembre y 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre, normas todas ellas relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales. De todas ellas se desprende el derecho de los ciudadanos de cualquier Estado miembro de la Unión Europea a la libre prestación de servicios profesionales en cualquier otro Estado, en el ámbito de las profesiones reguladas, entre las que se cuenta la de guía de turismo. Y, si bien la cualificación profesional se define como «la capacidad para el acceso a una determinada profesión, o a su ejercicio, que viene acreditada

---

(23) Incluso para la apertura de nuevos establecimientos hoteleros, como sucede en la legislación canaria, pretendidamente sobre la base de la capacidad limitada de carga de las islas.

(24) Por ejemplo, y paradójicamente, la reforma canaria renuncia a mantener el régimen de autorización para el ejercicio de actividades de naturaleza turística que se efectúe en espacios naturales protegidos o en áreas de sensibilidad ecológica catalogadas, así como cuando puedan afectar a especies animales o vegetales protegidas, en el entendido de que la normativa medioambiental contempla los controles necesarios para la salvaguarda de estos ámbitos y especies, resultando no proporcionado que se una a esos controles una autorización expedida por la Administración turística.

oficialmente por un título de formación, por un certificado de competencia (...), por una experiencia profesional formalmente reconocida, o bien por el concurso de más de una de tales circunstancias», algunas leyes autonómicas mantienen el régimen de autorización (habilitación) para el ejercicio habitual y retribuido de la profesión de guía de turismo, bien con carácter general o bien restringido a ciertos lugares (normalmente, museos, bienes integrantes del patrimonio cultural o incluso recursos naturales). En este sentido, y si bien cumple con el Derecho de la Unión Europea el hecho de no establecer ninguna limitación por razón de la nacionalidad o exigencia alguna de origen de la cualificación para el desempeño de la profesión de guía turístico, puede resultar controvertida la exigencia adicional, sobre la cualificación profesional, de un régimen de autorización para los sujetos (nacionales o extranjeros) que deseen ejercer la actividad de guía de turismo. La mera obtención de la cualificación profesional exigida debería bastar para poder ejercer la actividad en todo el territorio estatal cuando se exija disponer de ella para el ejercicio de la actividad turística, sin necesidad de controles previos adicionales, tales como la inscripción en un registro, la colegiación o la obtención de una autorización. Los motivos de garantía de la capacitación de los guías en aras de la lucha contra el fraude y la consecución de los objetivos de calidad del servicio podrían calificarse como razones imperiosas de interés general, pero no resulta tan fácilmente justificable el hecho de que deba de prevalecer el citado régimen de control apriorístico mediante autorización frente a otros mecanismos ciertamente menos intervencionistas como podría ser, por ejemplo, el de comunicación previa.

Colateralmente a la reducción al mínimo de los regímenes autorizatorios, cabe destacar que en todas las reformas autonómicas se atiende a la necesidad de transformación de las inscripciones registrales en meras anotaciones practicadas de oficio por las Administraciones turísticas, una vez tomada cuenta de la declaración responsable o de la comunicación previa, o autorización exigida, en su caso. Asimismo, las leyes autonómicas contemplan sin reservas el derecho a la libre prestación de servicios turísticos de forma temporal u ocasional por parte de prestadores ya establecidos en un Estado miembro o Comunidad Autónoma, en algunos casos previa la comunicación a la Administración competente de este hecho.

## **B) La clasificación de los establecimientos turísticos**

Establece el Considerando 102 de la Directiva de Servicios que «con el fin de mejorar la transparencia y de favorecer las apreciaciones basadas en criterios comparables en cuanto a la calidad de los servicios ofrecidos y prestados a los destinatarios, es importante obligar a que se pueda acceder

fácilmente a la información sobre el significado de las etiquetas y otras marcas distintivas relativas a dichos servicios. Esta obligación de transparencia reviste especial importancia en sectores como el turismo y, especialmente, la hostelería, en los que está muy extendido el uso de sistemas de clasificación». Juntamente con lo anterior, el art. 22 de la Directiva de servicios obliga a los Estados miembros a hacer lo necesario para que la información sobre los prestadores y sus servicios se ponga a disposición de los destinatarios. A tal precepto acompaña lo establecido en el art. 26 en relación con la política de calidad de los servicios a la que aspira la Directiva y que se manifiesta en la obligación de que los «Estados miembros, en colaboración con la Comisión, tomarán medidas complementarias para fomentar que los prestadores aseguren de forma voluntaria la calidad de los servicios».

Estas prescripciones establecen el carácter voluntario de la adopción de medidas que aseguren la calidad de los servicios; medidas entre las que se halla la certificación o evaluación de sus actividades por parte de organismos independientes o acreditados, ámbito en el que parece situarse conceptualmente la clasificación de establecimientos turísticos.

Dicho esto, las leyes autonómicas mantienen en general la clasificación de los establecimientos en determinadas categorías, en tanto éstas determinan los servicios ofertados, el confort, la capacidad de alojamiento, el equipamiento de las habitaciones, las condiciones de las instalaciones comunes, los servicios complementarios y el personal de servicio. El hecho de que un establecimiento de restauración o un establecimiento de alojamiento turístico esté clasificado supone una etiqueta de calidad suplementaria a la información que existe en el mercado, y no un requerimiento sin el cual no es posible ejercer la actividad. Además, el procedimiento para la obtención de la clasificación se integra con el resto de trámites que el prestador debe realizar para acceder a la actividad: la clasificación de los establecimientos turísticos se somete a un régimen de comunicación previa por parte del prestador del servicio que debe, simplemente, comunicar la clasificación pretendida al órgano administrativo competente.

Pues bien, es en este contexto en el que debe entenderse el mantenimiento de los sistemas de clasificación para considerarlo compatible con la Directiva de servicios, y siempre y cuando dichos sistemas se planteen con carácter voluntario, de forma que el prestador pueda optar por obtener la mencionada clasificación —que resultará un indicativo de la calidad del servicio para sus posibles destinatarios— a través del procedimiento de comunicación previa o, por el contrario, ejercer la actividad sin indicativo alguno referente a su clasificación. En definitiva, la clasificación de los establecimientos se configura correctamente en las leyes autonómicas como un acto meramente voluntario y, por lo tanto, no exigible a los prestadores del servicio, pues de otro modo equivaldría a un régimen de autorización previa encubierto.

### **C) Restricciones a la prestación de nuevos servicios y otras limitaciones y obligaciones**

Algunas leyes autonómicas mantienen, tras las reformas, la posibilidad de que el Gobierno autonómico declare una zona como turísticamente saturada, a los efectos de limitar la implantación o prestación de nuevas actividades turísticas en la citada zona (así en la ley aragonesa y en la castellano-leonesa). Semejante previsión, *a priori*, puede resultar contraria a lo previsto en la Directiva de servicios, en cuanto supone una limitación al principio de libertad de establecimiento para prestadores de servicios, tal y como aparece recogido en los artículos 9 y siguientes de la Directiva. La validez de este tipo de previsiones depende de la excepcionalidad en su aplicación, además de su condicionamiento a circunstancias de necesidad relativas a la protección del medio ambiente (conforme exige el artículo 16.1.b de la Directiva de servicios para que las limitaciones al principio de libre prestación resulten admisibles).

En el mismo sentido, otras leyes proceden a la supresión del principio de unidad de explotación, a través del cual se exigía la asunción por un único titular o entidad de la gestión, dirección comercial, organización o explotación turística del conjunto de un inmueble o complejo alojativo turístico. Este principio resultaba incompatible con los postulados de la Directiva de servicios, y en contra del cual se había manifestado expresamente la Comisión Europea en Dictamen motivado de 5 de julio de 2005, por ser incompatible con el propio Tratado de Roma. El principio de unidad de explotación operaba como un requisito innecesario y desproporcionado, y constituía una clara restricción a la libre recepción y a la libre prestación de servicios, sin que la mejora de la profesionalidad o la especialización del sector turístico puedan justificar la adopción de tales medidas restrictivas.

Al contrario, y en lo tocante a las agencias de viajes, las leyes autonómicas reformadas han eliminado la obligación de ejercer en exclusiva la actividad de intermediación en la contratación de viajes combinados, pero mantienen la reserva a su favor de la denominación y de las actividades de organización y comercialización de dichos productos. Se les impone el deber de constituir y mantener vigentes las fianzas y los seguros regulados en sede reglamentaria para garantizar su responsabilidad contractual con el destinatario final del servicio, pero las reformas significan una evidente restricción de mercado a favor de estos prestadores, siquiera en garantía de los derechos de los consumidores y usuarios.





