

# RÈGIMS D'INTERVENCIÓ ADMINISTRATIVA: AUTORITZACIÓ, COMUNICACIÓ PRÈVIA I DECLARACIÓ RESPONSABLE\*

Juan Ramón Fernández Torres\*\*

## Sumari

1. Introducció
2. La reconducció de la tècnica autoritzadora als seus termes justos
3. Les comunicacions prèvies i les declaracions responsables
4. Consideracions finals

---

\* Aquest treball s'inscriu en el marc del projecte d'investigació del Departament de Dret Administratiu de la Universitat Complutense DER 2009-14273-CO2-01 «Defensa de la Competència», dirigit pel professor doctor D. Tomás Ramón Fernández.

\*\* Juan Ramón Fernández Torres, catedràtic de dret administratiu de la Universitat Complutense de Madrid, Institut de Dret Europeu i Integració Regional (IDEIR), Facultat de Derecho, Ciudad Universitaria, s/n, 28040 Madrid, fertor@der.ucm.es.  
Article rebut el 21.03.2011. Avaluació cega: 24.03.2011. Data d'acceptació de la versió final: 24.03.2011.

## 1. Introducció

La implantació d'un mercat únic de serveis es configura com un dels pilars bàsics de la construcció europea. La creació d'un espai sense fronteres interiors presidit per la llibertat de circulació dels serveis, segons el parer de la Comissió Europea, «ha estat una de les pedres angulars del projecte europeu des del seu origen».<sup>1</sup> Les institucions europees ho perceben així com un instrument inexcusable del creixement econòmic i de l'ocupació, com també de la innovació i la competitivitat internacional, l'increment de la llibertat d'elecció dels consumidors i l'obtenció de noves oportunitats de negoci per a les empreses dins del territori europeu.

La Directiva 2006/123/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre de 2006, relativa als serveis en el mercat interior, s'insereix en aquest procés com una fase capital per a l'aprovació de les reformes estructurals que possibilitin la consolidació d'un autèntic mercat únic de serveis.<sup>2</sup> La reforma de les estructures administratives, econòmiques i socials passa per ser un factor essencial de l'estratègia anomenada «Europa 2020», que es resumeix en el lema segons el qual «s'ha de crear un mercat únic i obert de serveis sobre la base de la Directiva de serveis».<sup>3</sup> El procés d'avaluació recíproca que preveu l'article 39 de la Directiva de serveis porta la Comissió Europea a subratllar la necessitat indefugible de continuar desenvolupant el mercat únic de serveis, en vista de les dades aplegades.<sup>4</sup>

En aquest dilatat procés de creació del mercat únic de serveis queda palès que la Directiva de serveis ha d'exercir un paper cabdal, sens cap mena de dubte. El seu impacte en els ordenaments jurídics dels estats membres és tan gran que amb tota probabilitat ha d'alterar substancialment el panorama general dels nostres dies i, sens dubte, el dret administratiu tradicional<sup>5</sup> i, dins d'aquest, les diferents formes d'intervenció administrativa en l'esfera jurídica

---

<sup>1</sup> Així es pronuncia la Comissió Europea en la Comunicació al Parlament Europeu, al Consell, al Comitè Econòmic i Social Europeu i al Comitè de les Regions intitulada «Cap a un millor funcionament del mercat únic de serveis, partint dels resultats del procés d'avaluació recíproca de la Directiva de serveis» [COM (2011) 20 final, de 27 de gener de 2011, p. 2).

<sup>2</sup> T. R. Fernández opina que la Directiva de serveis constitueix «la norma més important que la Comunitat Europea ha aprovat fins avui» (*vid.* «La larga marcha por la libertad de empresa», a DA, *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Madrid, Círculo de Empresarios, 2009, p. 168). La mateixa opinió expressa S. Muñoz Machado, en afirmar que «mai una directiva comunitària no havia tingut tanta ambició reguladora, ni havia afectat de manera tan general les pràctiques administratives» en els estats membres» (*vid.* «Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios», a DA, *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Madrid, Círculo de Empresarios, 2009, p. 301).

<sup>3</sup> L'estratègia esmentada es condensa en la Comunicació de la Comissió Europea anomenada «Europa 2020: una estratègia per a un creixement intel·ligent, sostenible i integrador», COM (2010) 2020 final, de 3 de març.

<sup>4</sup> D'aquesta manera es manifesta la Comissió Europea en la Comunicació relativa a «Cap a una Acta de Mercat Únic. Per una economia social de mercat altament competitiva. Cinquanta propostes per treballar, emprendre i comerciar tots junts», COM (2010) 608 final, de 27 d'octubre de 2010. Cal recordar que la Directiva de serveis defineix el procés d'avaluació recíproca com aquell mecanisme mitjançant el qual «els estats membres, durant el termini d'adaptació del dret intern, hauran d'efectuar un cribratge previ de la seva legislació per determinar si qualssevol dels requisits esmentats existeixen en el seu ordenament jurídic» (considerant 74).

<sup>5</sup> La doctrina emprà expressions tan eloqüents com ara «cataclisme en el nucli central del Dret Administratiu» (*vid.* Linde Paniagua, E., «Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», a DA, *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Madrid, Círculo de Empresarios, 2009, p. 219-250) o «revolució administrativa»

dels administrats.<sup>6</sup> Les lleis 17/2009, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici, i 25/2009, de 22 de desembre, de modificació de diverses lleis per a la seva adaptació a l'anterior, permeten entreveure la dimensió del repte imposat per la Directiva de serveis, malgrat els dubtes que susciten per raó del seu escàs «atreviment».<sup>7</sup>

El marc jurídic que la norma europea dissenya té com a eix vertebrador la llibertat.<sup>8</sup> Aquesta llibertat, d'establiment i de prestació de serveis, només és susceptible de ser restringida de manera excepcional en funció de la concurrència de criteris que delimiten l'exercici de la facultat d'apreciació de les administracions competents. En absència dels criteris esmentats, l'exercici de la llibertat necessita únicament una simple comunicació prèvia o una declaració responsable del prestador pel que fa a l'observança dels requisits establerts per la legislació. D'aquesta manera recobra plena validesa l'esquema clàssic del dret preexistent.<sup>9</sup>

L'entramat jurídic d'aquesta construcció recolza en un conjunt de regles que mereixen ser tractades amb un mínim deteniment. Se li dediquen les pàgines que segueixen.

## 2. La reconducció de la tècnica autoritzadora als seus termes justos

Les regles vertebradores del model que dibuixa la Directiva de serveis es poden agrupar una mica convencionalment en sis grups. En primer lloc, la Directiva de serveis i la norma de transposició al dret espanyol, la Llei 17/2009, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici, prescindeixen de la varietat terminològica

---

(*vid.* Muñoz Machado, S., «Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios», cit., p. 297-325) per descriure la seva incidència sobre l'ordenament juridicoadministratiu.

<sup>6</sup> *Vid.* Fernández, T. R., «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007, p. 45-46; així mateix, Rivero Ysern, E., «La actividad de intervención en la Directiva de Servicios: autorizaciones administrativas, declaraciones responsables y comunicaciones previas», a Rivero Ortega, R. (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2009, p. 151.

<sup>7</sup> *Vid.* el judici crític de Muñoz Machado, S., «Las regulaciones por silencio (Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, 2010, p. 70-79, especialment p. 72 i 73. L'autor sosté que, en no configurar-se com a lleis generals de l'Estat, prou detallades i amb garanties de la seva reproducció íntegra per tots els legisladors autonòmics, com a bases formulades com a models, és previsible que les lleis 17/2009 i 25/2009 «no podran, per si soles, aconseguir l'efecte d'eliminació de barreres per a l'accés al mercat de serveis, com la Directiva imposa».

<sup>8</sup> *Vid.* en aquest punt Fernández Torres, J. R., *Significado y fundamentos de la Directiva de Servicios*, Barcelona, Atelier (en premsa), així com els autors que s'hi citen, així com Noguera de la Muela, B., «El impacto de la Directiva de Servicios sobre el sector comercio: en especial el caso de Cataluña», *Revista de Administración Pública*, núm. 184, 2011, p. 242.

<sup>9</sup> *Vid.* sobre la matèria García de Enterría, E. i Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, tom II, Madrid, Civitas Thomson, 2011, 12a ed., p. 142; i sobre la tècnica autoritzadora, Laguna de Paz, J. C., *La autorización administrativa*, Civitas Thomson, 2006; i del mateix autor, «La autorización administrativa: entre la Escala del dogmatismo y el Caribdis del relativismo», a Fernández, T. R.; Laguna de Paz, J. C.; Piñar Mañas, J. L.; Gómez Puente, M. i Martín Rebollo, L., *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho Administrativo hoy*, Pamplona, Aranzadi Thomson, 2007, p. 25 i seg.

que tant s'ha criticat<sup>10</sup> i adopten una regulació uniforme de la figura de l'autorització administrativa que fa possible per fi una explicació unitària —tan anhelada— d'aquesta figura,<sup>11</sup> excepte, lògicament, en relació amb els sectors exclosos dels seus respectius àmbits d'aplicació (és a dir, els serveis no econòmics d'interès general, els financers, els serveis i les xarxes de comunicacions electròniques, els de transport, els serveis portuaris, els de les empreses de treball temporal, els sanitaris, els audiovisuals, els jocs d'atzar, loteries i apostes, les activitats vinculades a l'exercici de l'autoritat pública, els serveis socials, els privats de seguretat i els que presten notaris i registradors —article 2 de la Directiva de serveis i de la Llei 17/2009).

La Directiva de serveis defineix el règim d'autorització com «qualsevol procediment en virtut del qual el prestador o el destinatari estan obligats a fer un tràmit davant l'autoritat competent per obtenir un document oficial o una decisió implícita sobre l'accés a una activitat de serveis o el seu exercici» (article 4.6). Amb més precisió si es vol,<sup>12</sup> la Llei 17/2009 defineix, d'una banda, el règim d'autorització com «qualsevol sistema previst en l'ordenament jurídic o en les normes dels col·legis professionals que contingui el procediment, els requisits i les autoritzacions necessaris per accedir o exercir una activitat de serveis» (article 3.10) i concep, d'una altra, l'autorització com «qualsevol acte exprés o tàcit de l'autoritat competent que s'exigeixi, amb caràcter previ, per accedir a una activitat de serveis o bé per exercir-la», el qual queda sotmès al règim jurídic general contingut en l'autorització (article 3.7).

És a dir, s'entén per autorització aquell acte administratiu que, prèviament a l'accés a una activitat de serveis o al seu exercici per part del particular, comprova que sigui conforme al dret i a l'interès públic, i alhora constitueix el suport que la legitima.

En segon lloc, la Directiva de serveis no propugna el desmantellament dels diferents règims d'autorització administrativa, com alguns temen sense fonament, sinó només d'aquells «règims d'autorització, procediments i formalitats excessivament onerosos que obstaculitzen la llibertat d'establiment i la creació de noves empreses de serveis que aquesta comporta» (considerant 42), és a dir, els abusius i innecessaris. En nom de la llibertat, la submissió de l'accés i l'exercici d'una activitat de serveis a un règim d'autorització administrativa prèvia queda condicionat per la necessitat de superar un triple test de compliment dels principis de no-discriminació, proporcionalitat<sup>13</sup> i justificació objectiva, tal com es desprèn dels articles 9.1 de la Directiva de serveis i 5 de la Llei 17/2009.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Vid., per tots, García de Enterría, E. i Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, tom II, Madrid, Civitas Thomson, 2008, 11a ed., p. 140.

<sup>11</sup> Vid. en aquest punt García de Enterría, E. i Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, tom II, Madrid, Civitas Thomson, 2011, 12a ed., p. 142 i seg.

<sup>12</sup> Els termes tan genèrics que fa servir l'article 4.6 de la Directiva de serveis potser expliquen que algun autor dedueixi de la definició que hi conté que «l'autorització deixa de ser un títol habilitador en la Directiva de serveis per transformar-se en el gènere de les modalitats d'intervenció administrativa sobre les activitats de serveis» (vid. González García, J. V., «Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsables en la transposición de la Directiva de Servicios», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 42, 2010, p. 268).

<sup>13</sup> Vid. sobre això l'anàlisi profunda de la doctrina del Tribunal de Justícia de la Unió Europea sobre el principi de proporcionalitat en la seva aplicació a les diferents formes d'intervenció administrativa de Sarmiento Ramírez-Escudero, D., *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, València, Tirant lo Blanch, 2004.

*Ergo* la norma europea i el seu epígon espanyol permeten de manera excepcional la creació o el manteniment de les autoritzacions administratives prèvies a l'accés a una activitat de serveis i el seu exercici, si no són discriminatòries per al prestador, si són necessàries (estan justificades per una raó imperiosa d'interès general —article 9.1.b en relació amb l'article 4.8 de la Directiva de serveis) i si l'objectiu perseguit no es pot assolir mitjançant mesures menys restrictives, «en concret perquè un control *a posteriori* es produiria massa tard per ser realment eficaç» (article 9.1.c de la Directiva de serveis). La Llei 17/2009 disposa conseqüentment que l'accés a una activitat de serveis només pot estar subjecte a un règim d'autorització administrativa prèvia de manera excepcional, i sempre que no resulti discriminatori ni directament ni indirectament segons la nacionalitat o el territori, que es basi en una raó imperiosa d'interès general i sigui proporcionat, és a dir, «adequat per garantir la consecució de l'objectiu que es persegueix perquè no existeixen altres mesures menys restrictives que permetin obtenir el mateix resultat», de manera que, «quan sigui suficient una comunicació o una declaració responsable del prestador mitjançant la qual es manifesti, si escau, el compliment dels requisits exigits i es faciliti la informació necessària a l'autoritat competent per al control de l'activitat [...], l'accés a una activitat de serveis o el seu exercici no s'han de subjectar en cap cas a un règim d'autorització» (article 5 —la cursiva és meua).

En aquesta mateixa línia s'orienta el nou article 39.bis de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LPC, d'ara endavant), incorporat per la Llei 25/2009, de 22 de desembre, de modificació de diverses lleis per a la seva adaptació a la Llei 17/2009, de 23 de novembre, que reitera amb altres paraules el que proclamen aquells preceptes. L'apel·lació a la regla de la intervenció mínima, al costat dels deures de motivació, proporcionalitat i no-discriminació, delimita l'exercici de la facultat d'apreciació per part de les autoritats competents. La dicció de l'article 39.bis LPC és incontrovertible: «Les administracions públiques que, en l'exercici de les seves respectives competències, estableixin mesures que limitin l'exercici de drets individuals o col·lectius o exigeixin el compliment de requisits per al desenvolupament d'una activitat hauran d'elegir la mesura menys restrictiva, motivar-ne la necessitat per protegir l'interès públic i també

---

<sup>14</sup> Això reflecteix sense embuts la decisiva doctrina del Tribunal de Justícia de la Unió Europea exposada en la Sentència de 22 de gener de 2002 esmentada més amunt, que se sintetitza així en l'apartat 43:

«Per comprovar si una normativa nacional com la discutida en el procediment principal respecta el principi de proporcionalitat, l'òrgan jurisdiccional remitent ha de tenir en compte, particularment, les consideracions següents:

— perquè un règim d'autorització administrativa estigui justificat encara que introdueixi una excepció a les esmentades llibertats fonamentals, aquest règim s'ha de basar, en qualsevol cas, en criteris objectius, no discriminatoris i coneguts per endavant, de manera que quedin establerts els límits de l'exercici de la facultat d'apreciació de les autoritats nacionals, a fi que aquesta no es pugui autoritzar de manera arbitrària;

— no es pot considerar necessària per arribar a l'objectiu perseguit una mesura adoptada per un estat membre que, essencialment, duplica els controls ja efectuats en el marc d'altres procediments, ja sigui en aquest mateix estat, o bé en un altre estat membre;

— un procediment d'autorització prèvia només és necessari si es considera que el control *a posteriori* arriba massa tard perquè la seva eficàcia real quedi garantida i per permetre-li assolir l'objectiu perseguit;

— un procediment d'autorització prèvia no pot ser considerat conforme amb els principis fonamentals de la lliure circulació de mercaderies i de la lliure prestació de serveis si, per la seva durada i per les despeses desproporcionades que genera, pot dissuadir els operadors de portar endavant el seu projecte» (*sic*).

justificar-ne l'adequació per aconseguir les finalitats que es persegueixen, sense que en cap cas es produeixin diferències de tracte discriminatòries».

Amb això es postula una reducció significativa de «la complexitat, l'extensió i la inseguretats jurídica dels procediments administratius», simplificant-los i, per aquesta via, preservant els requisits de transparència i actualització de les dades dels operadors, com també s'eliminen «els retards, costos i efectes dissuasius que ocasionen, per exemple, els tràmits innecessaris o excessivament complexos i costosos, la duplicació d'operacions, les formalitats burocràtiques a l'hora de presentar documents, el poder arbitrari de les autoritats competents, els terminis indeterminats o excessivament llargs, les autoritzacions concedides amb un període de vigència limitat o les despeses i sancions desproporcionades»; tot plegat «té efectes dissuasius especialment importants per als prestadors» (considerant 43 de la Directiva de serveis).

Per tant, no hi ha un rebuig a la pervivència o creació de règims d'autorització, sinó més aviat una preocupació legítima per salvaguardar la llibertat preexistent —d'establiment i de prestació de serveis— i de simplificar, una cosa que d'altra banda nombrosos administrativistes ja reclamen des de fa molts anys.<sup>15</sup>

En tercer lloc, els règims d'autorització no poden imposar en cap cas requisits basats en la discriminació per raó de la nacionalitat o la residència, la interdicció d'estar establert en diversos estats membres o inscrit en registres, col·legis<sup>16</sup> o associacions professionals de diversos estats membres, les condicions de reciprocitat, les limitacions de la llibertat d'elecció entre un establiment principal o secundari, la intervenció directa o indirecta de competidors, l'obligació de constituir garanties (avals o assegurances) amb un prestador o organisme establert al territori nacional, l'obligació d'haver estat inscrit de manera prèvia durant un període determinat en els registres existents o d'haver exercit l'activitat anteriorment al territori nacional i la «prova» anomenada «econòmica», que consisteix en qualsevol exigència que té per objecte «supeditar la concessió de l'autorització al fet que es demostrï l'existència d'una necessitat econòmica o d'una demanda al mercat, que s'avaluïn els efectes econòmics, possibles o reals, de l'activitat o que es faci una apreciació de si l'activitat s'ajusta als objectius de programació econòmica fixats per l'autoritat competent» (article 14 de la Directiva de serveis), «o —afegeix l'article 10.e de la Llei 17/2009 a l'anterior— que es comercialitzin productes o serveis d'un tipus o procedència determinada. Les raons imperioses d'interès general que s'invoquin no podran encobrir requisits de planificació econòmica». Tots aquests requisits integren l'anomenada «llista negra» i estan prohibits terminantment.

En quart lloc, els règims d'autorització no poden incloure sense més ni més qualssevol altres exigències diferents dels requisits que proscriuen terminantment els articles 14 de la Directiva de serveis i 10 de la Llei 17/2009.

---

<sup>15</sup> Vid., per tots, Martín-Retortillo Baquer, S., «De la simplificación de la Administración», *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999, p. 247-274; García de Enterría, E. i Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, tom II, Madrid, Civitas Thomson, 2011, 12a ed., p. 135 i seg, i més recentment, Noguera de la Muela, B., «El impacto de la Directiva de Servicios sobre el sector del comercio: en especial, el caso de Cataluña», cit., p. 243 i seg.

<sup>16</sup> Vid. sobre aquesta matèria Carlón Ruiz, M., «El impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en el régimen de los Colegios Profesionales», *Revista de Administración Pública*, núm. 183, 2010, p. 99-136.

Hi ha altres requisits que no estan exclosos de manera categòrica, però sí que es troben «sota sospita»: formen part de l'anomenada «llista grisa» inclosa a l'article 15 de la Directiva de serveis; es troben «sota sospita» perquè aquests requisits sovint són instituïts per entorpir l'establiment de competidors, com a autèntiques barreres d'entrada.<sup>17</sup>

Per aquest motiu se n'ha d'avaluar la compatibilitat amb les exigències de no-discriminació, necessitat i proporcionalitat abans d'incorporar-los a una norma positiva; en aquest cas l'Estat membre està obligat a comunicar-la a la Comissió Europea —i aquesta als altres estats membres—, la qual pot adoptar una decisió en què requereixi la derogació si considera que no és compatible amb el dret comunitari europeu (article 15 de la Directiva de serveis). La Llei 17/2009 precisa, d'una banda, que la introducció d'aquests requisits només té cabuda «excepcionalment» (article 11.2) i, d'una altra, que la concurrència de les condicions que habiliten per a l'establiment dels requisits sospitosos (no-discriminació, justificació per una raó imperiosa d'interès general i proporcionalitat) s'ha de notificar a la Comissió Europea d'acord amb els termes que fixa la disposició addicional quarta i ha d'estar «prou motivada» en la norma corresponent (article 11, paràgraf 2n).

Entre els requisits que esmenta l'article 15 de la Directiva de serveis hi ha els límits quantitius i territorials i, concretament, els fixats en consideració a la població o a una distància mínima entre prestadors,<sup>18</sup> l'exigència d'una forma jurídica concreta<sup>19</sup> o la possessió d'un capital social determinat;<sup>20</sup> i, a més, els requisits diferents dels establerts per a l'accés a les professions regulades que preveu la Directiva 2005/36/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 7 de setembre de 2005, relativa al reconeixement de qualificacions professionals, que reservin l'accés a activitats de serveis a una sèrie de prestadors concrets per raó de la seva índole específica, la interdicció de disposar de diversos establiments en un mateix territori nacional, l'obligació de tenir un nombre mínim d'empleats,<sup>21</sup> la imposició de tarifes mínimes o màximes<sup>22</sup> o l'obligació del prestador de realitzar, junt amb el seu servei, altres serveis específics.<sup>23</sup>

En cinquè lloc, l'autorització s'ha de fundar en criteris que delimitin l'exercici de la facultat d'apreciació per tal que aquesta facultat no sigui exercida de manera arbitrària; aquests criteris han de tenir com a característiques

<sup>17</sup> Vid. Fernández, T. R., «La larga marcha por la libertad de empresa», a DA, *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Madrid, Círculo de Empresarios, 2009, p. 171.

<sup>18</sup> T. R. Fernández recorda que aquest era el cas de les estacions de servei (vid. «La larga marcha por la libertad de empresa», cit., p. 171 i 172). S'ha de tenir present que l'article 11.a de la Llei 1/2009 afirma de manera contundent que «les finalitats econòmiques, com la de garantir la viabilitat econòmica de determinats prestadors, no es podrà invocar com a justificació de restriccions quantitatives o territorials» (sic).

<sup>19</sup> L'article 11.b de la Llei 17/2009 agrega l'obligació de constituir-se com a entitat sense ànim de lucre.

<sup>20</sup> «Mínim», detalla l'article 11.c de la Llei 17/2009.

<sup>21</sup> L'article 11.f de la Llei 17/2009 amplia l'àmbit del que disposa l'article 15.2.f de la Directiva de serveis, en referir-se als «requisits relatius a la composició de la plantilla, com ara tenir un nombre determinat d'empleats, ja sigui en el total de la plantilla o en categories concretes, o a l'obligació de contractar amb una procedència o modalitat determinada» (sic).

<sup>22</sup> L'article 11.g de la Llei 17/2009 estén el camp a qualssevol «restriccions a la llibertat de preus, com ara tarifes mínimes o màximes, o limitacions als descomptes» (sic).

<sup>23</sup> L'article 11.h de la Llei 17/2009 estén la referència a l'obligació addicional d'oferir una determinada gamma o assortiment de productes.

essencials no ser discriminatoris, estar justificats per una raó imperiosa d'interès general, ser proporcionats, clars i inequívocs, objectius, transparents i accessibles, i cal que es facin públics amb antelació (article 10.2 de la Directiva de serveis). D'acord amb això, l'article 6 de la Llei 17/2009 preceptua que els procediments d'autorització «hauran de tenir caràcter reglat, ser clars i inequívocs, objectius i imparcials, transparents, proporcionats a l'objectiu d'interès general i donar-se a conèixer amb antelació».

En sisè lloc, al costat d'aquests aspectes cabdals que dibuixen els perfils de l'autorització, s'han d'esmentar alguns altres elements:

— l'habilitació als estats membres per supeditar l'accés a una activitat de serveis, excepcionalment i motivadament, al compliment de requisits justificats per raons d'ordre públic, seguretat pública, salut pública o protecció del medi ambient (article 16.3 de la Directiva de serveis —i article 12.3 de la Llei 17/2009—, que reproduïx l'article 52 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea);

— la interdicció de solapaments i duplicacions de requisits i controls ja superats a l'Estat membre d'origen, o a la Comunitat Autònoma d'origen, tot sigui dit (article 10.3 de la Directiva de serveis),<sup>24</sup> que l'article 9.1 de la Llei 17/2009 reproduïx declarant que «les administracions públiques no podran exigir requisits, controls previs o garanties equivalents o comparables, en allò essencial, per la seva finalitat a aquells als quals ja estigui sotmès el prestador a Espanya o en un altre estat membre»;

— la limitació de la durada de les autoritzacions (articles 11 de la Directiva de serveis i 7 de la Llei 17/2009);

— l'obligació d'aplicar un criteri de selecció públic, imparcial i transparent, en el cas que el nombre d'autoritzacions (de durada limitada i proporcionada, en tot cas) sigui limitat per raó de l'escassetat dels recursos naturals o de les capacitats tècniques susceptibles de ser utilitzades (articles 12.1 de la Directiva de serveis i 8.2.a de la Llei 17/2009); es poden tenir en compte consideracions referides a la salut pública, els objectius de política social, de salut i seguretat laborals, de tutela ambiental i cultural i «qualsevol altra raó imperiosa d'interès general de conformitat amb el dret comunitari» (article 12.3 de la Directiva de serveis); i

— l'obligació d'establir procediments clars i d'accés senzill que no incloguin tràmits susceptibles de ser dissuasius ni d'ocasionar despeses superiors al seu cost (article 13.1 i 2 de la Directiva de serveis), com també «garantir l'aplicació general del silenci administratiu positiu i que els supòsits de silenci administratiu negatiu constitueixin excepcions

---

<sup>24</sup> Vid. sobre aquesta matèria l'anàlisi d'un assumpte paradigmàtic, que tantes dificultats pràctiques ha suscitat els darrers anys, a Fernández Torres, J. R., «El control de calidad de la edificación, ¿un oligopolio local?», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 7, 2003, p. 77-88; del mateix autor, «El control de la calidad de la edificación no puede constituir un oligopolio local (comentario a las SSTs de 14 de junio de 2008)», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 18, 2008, p. 113-121.

previstes en una norma amb rang de llei justificades per raons imperioses d'interès general» (article 6 de la Llei 17/2009).<sup>25</sup>

En definitiva, tot gira entorn de l'existència d'una justificació, d'una raó poderosa en suma, per restringir legítimament la llibertat. Si realment es presenta una raó de característiques semblants, la Directiva de serveis admet la restricció de la llibertat per la via de la utilització de la tècnica autoritzadora, però només en la mesura imprescindible i dins dels contorns precisos que impedeixen un exercici arbitrari de la facultat d'apreciació de les autoritats competents. D'aquesta manera adquireix força la concepció clàssica del dret preexistent, en aquest cas la llibertat d'establiment i prestació de serveis, que l'autorització només pot declarar tal com és caracteritzada per la Directiva de serveis i la Llei 17/2009.

Resta analitzar únicament les altres formes d'intervenció administrativa diferents de l'autorització que impulsa la Directiva de serveis.

### 3. Les comunicacions prèvies i les declaracions responsables

És notori que les comunicacions prèvies i les declaracions responsables, que no són alienes en absolut a l'àmbit del dret administratiu,<sup>26</sup> cobren una transcendència extraordinària amb l'impuls decidit de la Directiva de serveis. La postergació a un segon pla de la tècnica autoritzadora i dels règims d'autorització, que com ja s'ha posat de manifest més amunt només són admissibles de manera excepcional sempre que es fundin en la concurrència del triple test de compliment dels principis de no-discriminació, proporcionalitat i justificació objectiva, atorga un protagonisme essencial a les comunicacions prèvies i les declaracions responsables.

Aquí es percep encara més nítidament el canvi essencial que comporta la Directiva de serveis, en encoratjar la figura d'un autèntic dret preexistent, la llibertat d'establiment i prestació de serveis, que les diferents formes d'intervenció administrativa s'han de limitar a declarar o constatar com a màxim. L'article 5.c de la Llei 17/2009 ho expressa amb rotunditat: després de sintetitzar el significat de l'exigència de proporcionalitat («que el règim esmentat sigui l'instrument més adequat per garantir la consecució de l'objectiu que es persegueix perquè no existeixen altres mesures menys restrictives que permetin obtenir el mateix resultat»), declara que «l'accés a una activitat de serveis o el seu exercici no s'han de sotmetre, en cap cas, a un règim d'autorització quan sigui suficient una comunicació o una

<sup>25</sup> Vid. sobre la situació real entorn de la figura del silenci administratiu positiu objecte d'expansió —una vegada més—, en virtut de la nova redacció que ha donat a l'article 43 LPC la Llei 25/2009, Muñoz Machado, S., «Las regulaciones por silencio (Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, 2010, p. 70-79, especialment p. 78 i 79; Betancor Rodríguez, A., *Mejorar la regulación. Una guía de razones y medios*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 316 en particular; i sobre els seus problemes aplicatius reals, Fernández Torres, J. R., «La operatividad del silencio administrativo positivo en materia de planeamiento y de licencias en la última jurisprudencia», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 21, 2010, p. 275-292.

<sup>26</sup> Sense anar més lluny es pot pensar en el Reglament català d'obres, activitats i serveis de les entitats locals, aprovat pel Decret 179/1995, de 13 de juny, o en la Llei catalana 3/1998, de 27 de febrer, d'intervenció integral de l'Administració ambiental. Vid. sobre aquestes figures García de Enterría, E. i Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, tom II, Madrid, Civitas Thomson, 2011, 12a ed., p.101 i 102; i Arroyo Jiménez, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, Madrid, CEPC, 2004, p. 349 i seg.

declaració responsable del prestador mitjançant la qual es manifesti, si escau, que es compleixen els requisits exigits i es faciliti la informació necessària a l'autoritat competent per al control de l'activitat».

Això té com a traducció que, de manera general, l'exercici d'una activitat de serveis requereix únicament, d'acord amb el que disposa la Llei 17/2009, la presentació d'un document privat en forma de declaració per part del prestador mitjançant la qual comunica a l'Administració competent totes les dades i informacions i que compleix les exigències previstes, així com la seva voluntat d'iniciar una determinada activitat en fase de projecte amb el compromís que se sotmet a la normativa d'aplicació. És a dir, d'acord amb el que disposen les lleis 17/2009 i 25/2009 es possibilita la posada en marxa de l'activitat de serveis sota l'única responsabilitat del prestador, a qui incumbeix ponderar i decidir si l'activitat s'ajusta a dret, compleix tots els requisits fixats i disposa de la documentació i la informació que exigeix la normativa d'aplicació.

La seva mecànica operativa és, doncs, substancialment diferent de la corresponent a l'autorització administrativa,<sup>27</sup> perquè el desenvolupament de l'activitat no se supedita a l'exercici previ per l'Administració dels seus poders de verificació, investigació i inspecció. Per aquest motiu, en ser lliure l'activitat de serveis i no procedir consegüentment l'emissió d'una resolució administrativa que actuï a tall de títol habilitador, no cal que el prestador sol·liciti i obtingui de l'Administració l'emissió de cap certificació.<sup>28</sup>

No obstant això, no s'han de passar per alt importants regles especials, com ara la que recull l'article 18.bis del Reial decret legislatiu 1/2008, d'11 de gener, d'avaluació d'impacte ambiental, afegit per l'article únic.deu de la Llei 6/2010, de 24 de març: en cas que siguin preceptives la declaració responsable o la comunicació per accedir a una activitat o bé per exercir-la i també la seva avaluació d'impacte ambiental, només és possible presentar-les una vegada duta a terme l'esmentada avaluació d'impacte ambiental i, en tot cas, s'ha de disposar de la documentació acreditativa i de la publicació oficial de la resolució pertinent, sota pena de mancar de «vàlida i eficaç amb caràcter general» aquella declaració responsable o comunicació prèvia que no s'ajusti a la declaració d'impacte ambiental, o bé a la resolució de no submissió a avaluació d'impacte ambiental.

---

<sup>27</sup> Té raó el Consell d'Estat en afirmar que «no s'aconsegueix entendre, dins un règim de declaració responsable, com s'ha de cohonstar aquesta aprovació amb la tasca de verificació abans esmentada i amb la possibilitat que la declaració esdevingui ineficaç per no haver-se acreditat degudament el requisit d'idoneïtat de les condicions d'emmagatzemament. Es pot aventurar que, quan en aquest apartat es parla d'«aprovació», s'està condicionant l'eficàcia de la declaració responsable no només a la verificació que es presenta el requisit d'idoneïtat esmentat —que és el que preveu la Llei 13/1998—, sinó també al compliment d'altres requisits. I sembla també que, mentre no hagi recaigut la resolució aprovatòria, l'interessat no pot iniciar la seva activitat, si bé el text no ho assenyalava expressament, com tampoc no indica quin és el termini en què s'ha de dictar la resolució aprovatòria ni quines no són les raons que, si escau, podrien portar a denegar-la. Fora d'això, crida l'atenció a aquest Consell que s'empri en aquest context el verb «aprovar», i això perquè, en principi i de conformitat amb les reflexions anteriors, la declaració responsable no ha de ser objecte de cap aprovació perquè tingui efectes: n'hi ha prou amb la simple presentació d'aquest document perquè l'interessat pugui començar a exercir l'activitat a què es refereix la declaració» (Dictamen del Consell d'Estat de 14 de desembre de 2009, relatiu al projecte de Reial decret pel qual es modifica el Reial decret 1199/1999, de 9 de juliol, pel qual es desplega la Llei 13/1998, de 4 de maig, d'ordenació del mercat de tabacs i normativa tributària i es regula l'Estatut concessional de la xarxa d'expedidores de tabac i timbre).

<sup>28</sup> Així ho manté amb ple fonament González García, J. V., *vid.* «Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsables en la transposición de la Directiva de Servicios», cit., p. 280.

En tot cas, és a les lleis 17/2009 i 25/2009 a les quals cal atènyer-se en primer lloc per determinar el règim jurídic de les comunicacions prèvies i les declaracions responsables, atesa la seva consideració de normes bàsiques dictades a l'empareda del que estableix l'article 149.1.18 de la Constitució espanyola. Ara bé, aquestes lleis, o bé no contenen disposicions, o si les comprenen no són de cap manera detallades ni concretes, en relació amb els procediments, els continguts, les garanties jurídiques i l'extensió i l'abast dels poders de verificació, investigació, inspecció i sanció, la qual cosa explica que el professor Muñoz Machado afirmi que «la llibertat s'amplia però la seguretat s'estreny».<sup>29</sup>

En tant que aquest és el gènere comú d'aquesta classe d'intervenció administrativa, la legislació general preveu dues modalitats certament pròximes entre si:

— d'una banda, la declaració responsable, entesa com aquell document que subscriu la persona física o jurídica que projecta una activitat empresarial o professional mitjançant el qual declara, sota la seva responsabilitat, que observa totes les exigències imposades per la normativa aplicable, disposa de la documentació acreditativa i es compromet a respectar-la al llarg del desenvolupament de l'activitat en qüestió.<sup>30</sup> L'article 3.9 de la Llei 17/2009 defineix la declaració responsable com «el document subscrit per la persona titular d'una activitat empresarial o professional en el qual declara, sota la seva responsabilitat, que compleix els requisits establerts en la normativa vigent, que disposa de la documentació que així ho acredita i que es compromet a mantenir-ne el compliment durant la vigència de l'activitat».<sup>31</sup> Per la seva banda, l'article 71.bis.1 LPC exigeix al prestador que exposi de manera expressa, clara i precisa que compleix els requisits preceptius en la corresponent declaració responsable;

— d'una altra banda, la comunicació prèvia es caracteritza com aquell document de què se serveix el prestador d'una activitat de servei per fer avinent a l'Administració pública les seves dades identificatives i tots els altres requisits que imposa la legislació aplicable per exercir un dret o iniciar l'activitat.<sup>32</sup> Segons l'article 71.bis.2 LPC, «s'entendrà per comunicació prèvia aquell document mitjançant el qual els interessats fan avinent a l'Administració pública competent les seves dades identificatives i altres requisits exigibles per a l'exercici d'un dret o l'inici d'una activitat, d'acord amb el que estableix l'article 70.1».

<sup>29</sup> Vid. Muñoz Machado, S., «Las regulaciones por silencio (Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)», cit., p. 77.

<sup>30</sup> Des d'un punt de vista doctrinal, aquesta modalitat d'intervenció rep el nom de «comunicació prèvia amb control», en la qual el previsible és la posada en marxa d'un control administratiu des que s'engega l'activitat corresponent. Vid. sobre això Arroyo Jiménez, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, cit., p. 356 i seg.

<sup>31</sup> Paradoxalment la definició de l'article 3.9 de la Llei 17/2009 no coincideix amb exactitud amb la que conté el nou article 71.bis.1 LPC, en virtut de la qual «als efectes d'aquesta Llei, s'entendrà per declaració responsable el document subscrit per un interessat en el qual manifesta, sota la seva responsabilitat, que compleix els requisits establerts en la normativa vigent per accedir al reconeixement d'un dret o facultat o per al seu exercici, que disposa de la documentació que així ho acredita i que es compromet a mantenir-ne el compliment durant el període de temps inherent al reconeixement o exercici esmentat. Els requisits a què es refereix el paràgraf anterior han d'estar recollits de manera expressa, clara i precisa en la corresponent declaració responsable».

<sup>32</sup> És la «comunicació» anomenada «prèvia sense control», que en principi no dóna lloc a una intervenció administrativa des de la posada en marxa de l'activitat. Vid. sobre això Arroyo Jiménez, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, cit., p. 353 i seg.

Com a regla general, efectuar una comunicació prèvia o una declaració responsable, igual com l'atorgament d'una autorització quan procedeixi, permet el reconeixement o facultat per a l'exercici d'un dret o l'inici d'una activitat de serveis, des de la mateixa data que es presenti, amb independència de les potestats de comprovació, inspecció i control de l'Administració competent. D'acord amb l'article 71.bis.3, paràgraf 1r, LPC, «les declaracions responsables i les comunicacions prèvies tenen els efectes que la legislació corresponent determini en cada cas i permeten, amb caràcter general, el reconeixement o exercici d'un dret o bé l'inici d'una activitat, des del dia que es presentin, sens perjudici de les facultats de comprovació, control i inspecció que tinguin atribuïdes les administracions públiques».

La preexistència de la llibertat, d'establiment i de prestació de serveis, facultat el titular per exercir-la de manera general des del mateix moment en què presenta la corresponent comunicació prèvia o declaració responsable davant l'Administració competent. La Llei 25/2009 admet fins i tot la possibilitat de presentar la comunicació posteriorment a l'exercici del dret o a l'inici de l'activitat. Tanmateix, en la pràctica la seva operativitat resta condicionada al fet que així ho disposi la normativa d'aplicació, a la qual l'article 71.bis.3, paràgraf 2n, LPC es remet («malgrat el que disposa el paràgraf anterior, la comunicació es pot presentar dins d'un termini posterior a l'inici de l'activitat en cas que la legislació corresponent ho prevegi expressament»).

A més, la legislació general preceptua que formular una comunicació prèvia o una declaració responsable, tant com l'atorgament eventual d'una autorització, permet exercir un dret o iniciar una activitat de serveis. Amb caràcter de principi, la seva eficàcia és general des d'un punt de vista temporal i territorial. Efectivament, la presentació d'una comunicació prèvia o d'una declaració responsable (i la concessió d'una autorització) facultat el prestador per exercir un dret o iniciar una activitat de serveis:

— «per temps indefinit». Això és així, llevat que —és clar— es presenti qualsevol de les causes taxades que preveu l'article 7.1 de la Llei 17/2009, és a dir, la previsió de la renovació automàtica o la subjecció única al compliment continu dels requisits establerts, la limitació del nombre d'autoritzacions disponibles (per l'escassetat de recursos naturals o «inequívocs impediments tècnics degudament justificats» —article 8.1 de la Llei 17/2009) o la possibilitat de justificar la limitació de la durada de l'autorització o dels efectes de la comunicació prèvia o la declaració responsable atès que concorre una raó imperiosa d'interès general (article 7.1 de la Llei 17/2009). El mateix precepte assenyala al paràgraf segon que no es considera limitació temporal el termini màxim que, si escau, s'imposi al prestador per iniciar la seva activitat a comptar de l'atorgament de l'autorització o des que faci la comunicació o la declaració responsable, i

— a tot el territori espanyol. En coherència amb el que disposa la Directiva de serveis, l'accés a l'activitat de serveis i el seu exercici no pot quedar condicionat i limitat per barreres territorials internes o tipus d'instal·lacions (agències, sucursals, filials o oficines), de manera que el prestador està facultat fins i tot per obrir sucursals a l'empara de la mateixa comunicació prèvia o declaració responsable (o autorització). I per això l'article 7.3, paràgraf 1r, de la Llei 17/2009 prescriu que «la realització d'una comunicació o una declaració responsable o l'atorgament d'una

autorització permetrà al prestador accedir a l'activitat de serveis i exercir-la a tot el territori espanyol, fins i tot mitjançant l'establiment de sucursals».

S'ha de recordar que l'article 10.4 de la Directiva de serveis disposa que «l'autorització ha de permetre al prestador accedir a l'activitat de serveis o exercir-la a la totalitat del territori nacional, fins i tot mitjançant la creació d'agències, sucursals, filials o oficines, llevat que hi hagi una raó imperiosa d'interès general que justifiqui una autorització individual per a cada establiment o una autorització que es limiti a una part específica del territori». Únicament en aquest supòsit, en la mesura que es presenti una raó imperiosa d'interès general justificativa (d'ordre públic, seguretat pública, protecció civil, salut pública, preservació de l'equilibri financer del règim de seguretat social, protecció dels consumidors, dels destinataris de serveis i dels treballadors, bona fe en les transaccions comercials, lluita contra el frau, tutela ambiental i urbana, sanitat animal, propietat intel·lectual i industrial, conservació del patrimoni històric i artístic i política social i cultural), es pot limitar l'eficàcia de les comunicacions prèvies, les declaracions responsables i les autoritzacions a:

— una porció del territori espanyol. Segons l'article 7.3, paràgraf 2n, de la Llei 17/2009, «es podrà limitar l'eficàcia de les autoritzacions, de les comunicacions o de les declaracions responsables a una part específica del territori en cas que estigui justificada per raons d'ordre públic, seguretat pública, salut pública o protecció del medi ambient, si resulta proporcionat i no discriminatori», i

— establiments físics considerats individualment que estiguin lligats a una mateixa activitat de serveis. De conformitat amb l'article 7.3, paràgraf 3r, de la Llei 17/2009, «així mateix, es podrà exigir una autorització, una comunicació o una declaració responsable individual per a cada establiment físic en cas que estigui justificat per una raó imperiosa d'interès general, resulti proporcionat i no discriminatori».

La llibertat d'establiment impedeix que s'exigeixi al prestador que ja es trobi legalment instal·lat a Espanya el compliment de requisits diferents dels vinculats de manera directa a l'establiment físic des del qual projecti desenvolupar l'activitat. Per això l'article 7.3, paràgraf 3r, de la Llei 17/2009 disposa en l'incís segon que «quan el prestador de serveis ja estigui establert a Espanya i exerceixi legalment l'activitat, aquestes autoritzacions o declaracions responsables no podran preveure requisits que no estiguin lligats específicament a l'adequació de les característiques de l'establiment físic per a l'activitat esmentada».

Incumbeix a l'Administració competent verificar l'exactitud, i la realització, de la comunicació prèvia o de la declaració responsable. A l'empara dels seus poders de verificació, investigació i inspecció, l'Administració competent ha de comprovar el compliment del que disposa la legislació corresponent pel que fa a la presentació i veracitat de les dades, manifestacions i documents requerits. Si no exerceix els poders esmentats dins del termini que s'estableixi en cada cas,<sup>33</sup> el prestador està facultat per iniciar —o continuar— legítimament l'activitat de serveis.

<sup>33</sup> És de témer que això passi sovint, en vista dels terminis fugaços que hi ha previstos la majoria de les vegades perquè l'Administració pugui complir la seva funció de control, malgrat les advertències de la doctrina i del Consell d'Estat sobre el risc cert d'un dany per a l'interès general. *Vid.* per tots, en aquest punt, Laguna de Paz, J. C., «Directiva de Servicios: el estruendo del parto de los montes», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, 2009, p. 42-51, en detall p. 44; del mateix autor, «Controles administrativos para el acceso al mercado: autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas», a Rivero Ortega, R. i Vicente Blanco, D. J. (dir.), *Impacto de la Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011

Igualment succeeix quan l'Administració competent arriba a la conclusió que la comunicació prèvia o la declaració responsable s'ajusta a la legalitat i no incorre per tant en qualssevol errors o omissions, no està obligada a comunicar-la a l'interessat, almenys les lleis 17/2009 i 25/2009 no li imposen cap obligació en aquest sentit. La conseqüència és que el prestador està facultat per dur a terme la seva activitat o, si escau, prosseguir-la.

Però la constatació de l'existència de simples errors o omissions en alguna informació o documentació preceptiva obliga de manera general l'Administració competent a requerir-ne l'esmena a l'interessat en el termini preceptiu, d'acord amb el que disposa l'article 71 LPC. A aquest efecte, s'han de notar dos extrems:

— en primer lloc, la formulació del requeriment comporta des de la data de la notificació la suspensió del termini atorgat per la normativa corresponent perquè l'Administració exerceixi els seus poders de verificació, investigació i inspecció (article 42.5.a LPC) i decideixi, si escau, sobre la procedència o no de l'inici o la continuació de l'activitat de serveis concreta,, i

— en segon lloc, la falta d'esmena en el termini atorgat pel requeriment determina el desistiment del procediment per part de l'interessat, amb els efectes que pugui preveure la normativa d'aplicació (en particular, sobre la possibilitat o no de formular una nova comunicació prèvia o una declaració responsable —o una petició d'autorització— durant un període de temps determinat —article 71.bis.4, paràgraf 2n, LPC).

En cas de ser atès el requeriment i un cop reparades les deficiències i omissions advertides, l'Administració competent s'haurà de pronunciar expressament sobre el compliment de les condicions previstes per a l'acompliment de l'activitat subjecta a comunicació prèvia o declaració responsable en nom de la seguretat jurídica,<sup>34</sup> amb el benentès que lògicament no podrà vetar-la ni condicionar-la. La funcionalitat de l'article 71 LPC i la doctrina dels actes propis s'oposen a qualsevol decisió posterior de l'Administració competent que no sigui confirmatòria de la viabilitat de l'activitat de serveis comunicada o declarada pel prestador.

Només la comprovació de l'incompliment —acreditat com cal— de tots o una part dels requisits establerts legítima, en absència de la possibilitat d'esmena, el vet o el condicionament administratiu de l'exercici de l'activitat de serveis comunicada que és objecte de declaració. Lògicament la resolució administrativa que posi fi a l'exercici dels poders de comprovació, investigació i inspecció, en què es declari la improcedència de l'activitat de serveis o se la

---

*transposició de la Directiva de servicios en Castilla y León*, Valladolid, Consell Econòmic i Social de Castella i Lleó, Col·lecció d'Estudis, 13, 2010, p. 311-328.

<sup>34</sup> No es pot oblidar que, com refereix R. Bocanegra Sierra, la funció pròpia de l'acte administratiu consisteix en la «salvaguarda de l'estabilitat de les relacions jurídiques entre l'Administració i els ciutadans» [vid. *Lecciones sobre el acto administrativo*, Madrid, Civitas, 2002, 1a ed., p. 25; en una línia similar, Muñoz Machado, S., «Las regulaciones por silencio (Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)», cit., p. 76].

sofmeti al compliment de condicions, ha d'estar motivada de manera detallada i suficient, i s'ha de fundar en raons objectives predeterminades amb claredat i precisió en la norma d'aplicació.<sup>35</sup>

L'eventual inexactitud o falsedat o l'omissió, de naturalesa essencial, en qualsevol de les dades, manifestacions i documents preceptius aportats amb la comunicació prèvia o la declaració responsable, o l'absència de l'una o l'altra, és susceptible de desencadenar dos efectes: un necessari, automàtic, en tant que deriva de la legislació general, i un segon possible, eventual, ja que resta a càrrec del fet que estigui previst expressament per la legislació sectorial.

L'efecte indefugible de la inexactitud, falsedat o ommissió, de caràcter essencial, en alguna de les dades, manifestacions i documents requerits junt amb la comunicació prèvia o la declaració responsable, o de la seva ommissió pura o simple, consisteix en la impossibilitat legal de realització de l'activitat, o si escau la seva cessació. Qualsevol d'aquestes irregularitats té caràcter obstatiu i impedeix conseqüentment l'exercici del dret o l'inici o la continuació de l'activitat. Així es desprèn dels articles 7.2, paràgraf 2n, de la Llei 17/2009 i 71.bis.4, paràgraf 2n, LPC.

Ambdós preceptes mereixen diverses observacions. En vista del que estableix l'article 7.2, paràgraf 2n, de la Llei 17/2009, «quan l'accés a l'activitat estigui condicionat a la realització d'una comunicació o d'una declaració responsable per part del prestador, la comprovació per part de l'Administració pública de la inexactitud o falsedat en qualsevol dada, manifestació o document, de caràcter essencial, que s'hagués aportat o de l'incompliment dels requisits assenyalats en la legislació vigent determina la impossibilitat de continuar l'exercici del dret o activitat des del moment en què es comprovi, sens perjudici de les responsabilitats penals, civils o administratives que corresponguin».

Com es pot apreciar, l'article 7.2, paràgraf 2n, de la Llei 17/2009 veda l'inici o la prossecució de l'activitat de serveis en dos supòsits:

- primer, inexactitud o falsedat de la documentació o informació essencial aportada pel prestador, i
- segon, inobservança dels requisits imposats per la normativa aplicable. La redacció no és afortunada, perquè no estableix en aquest punt ni distincions ni matisacions que segons el meu parer són obligades, perquè no tot incompliment ha de merèixer la mateixa resposta, ni tot requisit té la mateixa transcendència jurídica, com és notori.

Aquesta deficiència legal ha de ser reparada amb l'ajut de diversos criteris:

- la distinció dels plans formal i material, tan destacada en el camp del dret administratiu, ha de ser per si mateixa un criteri hermenèutic que cal utilitzar en absència de més precisions, de manera incontestable;

<sup>35</sup> A aquesta conclusió arriba González García, J. V., *vid.* «Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsables en la transposición de la Directiva de Servicios», cit., p. 290.

— és patent que no es pot entendre ni molt menys que qualsevol inobservança o irregularitat obsti per posar en marxa o continuar el desenvolupament de l'activitat, sinó només la d'aquell o aquells requisits que siguin essencials. Això és més coherent amb el que predica el supòsit anterior i, sobretot, amb l'esperit i la finalitat de la Directiva de serveis, tant més perquè les figures de la comunicació prèvia i de la declaració responsable es refereixen a activitats que es consideren lliures, i

— una vegada més aquí s'ha d'emprar el triple test de compliment dels principis de no-discriminació, proporcionalitat i justificació objectiva per tal d'avaluar l'incompliment i deduir-ne les conseqüències pertinents a l'efecte de la paralització o no de l'activitat de serveis. No es pot oblidar que, com prescriu l'article 39.bis LPC, «les administracions públiques que, en l'exercici de les seves respectives competències, estableixin mesures que limitin l'exercici de drets individuals o col·lectius o exigeixin el compliment de requisits per al desenvolupament d'una activitat hauran d'elegir la mesura menys restrictiva, motivar-ne la necessitat per protegir l'interès públic i també justificar-ne l'adequació per aconseguir les finalitats que es persegueixen, sense que en cap cas es produeixin diferències de tracte discriminatòries».<sup>36</sup>

A més, crida l'atenció poderosament la falta de correlació, de nou, entre el precepte esmentat i l'article 71.bis.4, paràgraf 1r, LPC. Aquest últim precepte disposa la impossibilitat de prosseguir l'activitat de serveis en els supòsits següents:

— primer, inexactitud o falsedat de la documentació o informació essencial aportada pel prestador, en termes anàlegs a l'article 7.2, paràgraf 2n, de la Llei 17/2009;

— segon, omissió de tota o una part de la documentació o informació essencial que el prestador està obligat a lliurar al costat de la comunicació prèvia o la declaració responsable, i

— tercer, no presentació de la comunicació prèvia o la declaració responsable per part del prestador, quan sigui preceptiva, és clar.

Fora d'això, la legislació general admet la possibilitat que la normativa sectorial lligui un segon efecte a qualsevol de les irregularitats previstes als articles 7.2, paràgraf 2n, de la Llei 17/2009 i 71.bis.4 LPC, al marge de les conseqüències d'ordre sancionatori, de les quals aquestes no diuen res. La legislació sectorial pot conferir a l'Administració competent en aquestes circumstàncies la potestat per exigir al prestador la restitució de les coses al seu estat anterior i impedir que formuli una nova comunicació prèvia o una declaració responsable o insti un nou procediment d'autorització durant un cert període de temps. D'acord amb el que estableix l'article 71.bis.4, paràgraf

---

<sup>36</sup> En aquesta mateixa línia es manifesta S. Muñoz Machado, qui declara que a falta d'unes normes clares referides a les comunicacions prèvies i les declaracions responsables, en contrast amb el règim de les autoritzacions, «caldrà traslladar aquestes exigències (d'objectivitat, claredat, imparcialitat, transparència...) als controls fets *a posteriori*, perquè, en cas de no ser així, la inseguretat que generaria l'inici d'una activitat sobre la base exclusiva d'una declaració o comunicació seria notabilíssima» [vid. Muñoz Machado, S., «Las regulaciones por silencio (Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)», cit., p. 77].

2n, LPC, «la resolució de l'Administració pública que declari aquestes circumstàncies pot determinar l'obligació de l'interessat de restituir la situació jurídica al moment previ al reconeixement o a l'exercici del dret o a l'inici de l'activitat corresponent, així com la impossibilitat d'instar un nou procediment amb el mateix objecte durant un període de temps determinat, tot això d'acord amb els termes establerts en les normes sectorials d'aplicació».

En aquest supòsit, l'Administració competent està habilitada per dictar una resolució que declari l'incompliment i ordeni al prestador tornar a la situació jurídica del moment previ al reconeixement o a l'exercici del dret o a l'inici de l'activitat i que s'abstingui d'exercir-la durant el període de temps que prescriu la legislació d'aplicació.

Queda sintetitzat així el règim jurídic de les comunicacions prèvies i les declaracions responsables que contenen les lleis 17/2009 i 25/2009, que per la seva brevetat i generalitat peca sens dubte de fragmentari i genera força dubtes.

#### 4. Consideracions finals

Són molts els dubtes i les incerteses que genera el procés d'adaptació a la Directiva de serveis. El legislador estatal no sembla excessivament preocupat per una legislació cada dia més degradada,<sup>37</sup> que les lleis 17/2009 i 25/2009 no aconsegueixen millorar. Són il·lustratives les paraules del professor Muñoz Machado: «han organitzat un veritable enrenou administratiu que ha acabat, finalment, en dues lleis que passaran a la història pels ridículs malnoms que se'ls van donar en impulsar-les: la llei «paraigua» i la llei «òmnibus» [...] el conjunt, en fi, és notablement insatisfactori».<sup>38</sup>

S'hi uneix que, si bé són desmantellats nombrosos règims d'autorització administrativa prèvia,<sup>39</sup> la dada no és gaire eloqüent. I no ho és perquè, d'una banda, molts dels règims d'autorització administrativa prèvia han estat substituïts per tràmits d'informes preceptius i, sovint, vinculants que reserven a favor de l'Administració informant un ampli marge d'apreciació de dubtosa licitud (p.e., en matèria de distribució comercial), i, segon, la major part dels eliminats revesteixen caràcter reglat, «la substitució dels quals per comunicacions prèvies representa una lleu

<sup>37</sup> Vid. Fernández, T. R., «De la banalidad a la incoherencia y la arbitrariedad. Una crónica sobre el proceso, al parecer imparable, de degradación de la Ley», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 0, 2008, p. 38-45.

<sup>38</sup> Vid. Muñoz Machado, S., «Las regulaciones por silencio (Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)», cit., p. 72. Aragón Cánovas, F. J., apunta en el seu treball «La aplicación de la Directiva Bolkestein y el verdadero reto de la liberalización de los servicios: turismo y urbanismo», *Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente*, núm. 263, 2011, p. 59-101, que l'adaptació a la Directiva de serveis ha donat lloc a la reforma en l'àmbit estatal de 50 lleis, 118 reials decrets i 21 ordres ministerials i en l'àmbit autonòmic de 199 lleis, 546 decrets i 174 ordres. El *Código de legislación sobre la «Directiva de Servicios y normativa de transposición»* editat pel professor González García (Aranzadi Thomson Reuters, 2010) és per si sol molt revelador sobre les dimensions del desafiament normatiu.

<sup>39</sup> Segons estimacions d'Aragón Cánovas, F. J. (vid. «La aplicación de la Directiva Bolkestein y el verdadero reto de la liberalización de los servicios: turismo y urbanismo», cit., p. 88), han estat eliminades 116 autoritzacions estatals, al voltant de 633 autoritzacions autonòmiques i 594 requisits mancats de justificació objectiva o desproporcionats. Per sectors, el 26,72% dels règims d'autorització objecte de supressió corresponen a activitats de serveis industrials, el 26,42% a activitats de serveis turístics i el 20,43% a activitats de distribució comercial.

disminució de les barreres legals d'entrada al sector».<sup>40</sup> Hi cal sumar el manteniment deliberat i en clar frau de Llei de certs règims d'intervenció administrativa, malgrat que no troben el seu lloc al marc normatiu dissenyat per la Directiva de serveis. Tal és el cas de l'urbanisme denominat comercial, articulad a partir de la tècnica autorizatoria en forma de llicència comercial específica,<sup>41</sup> que el Tribunal de Justícia de la Unió Europea acaba de censurar en la seva Sentència de 24 de març de 2011 (Comissió c. Espanya, as. C-400/08) a propòsit de la legislació catalana, tot declarant que cap Estat membre no està habilitat per sotmetre l'obertura de grans establiments comercials al compliment de criteris econòmics, tals com la seva repercussió sobre el comerç minorista existent o el grau d'implantació de l'empresa al mercat, sota pena de restringir injustificadament la llibertat d'establiment. Segons el seu parer, manquen de justificació objectiva tant les restriccions específiques relatives a l'emplaçament (en concret, la prohibició de la implantació de grans establiments comercials fora de la trama urbana consolidada de certs municipis) i a la mida dels grans establiments comercials com l'exigència de l'aplicació de límits relatius al grau d'implantació de l'empresa que sol·liciti la llicència i a la repercussió del nou establiment sobre el comerç minorista existent.<sup>42</sup>

Així les coses, és evident que la tasca dista molt encara d'haver estat completada, no només perquè la ja citada estratègia anomenada «Europa 2020» de creació d'un mercat únic i obert de serveis planteja nombrosos desafiaments en forma de reformes estructurals sobre la base de la Directiva de serveis que estan per venir,<sup>43</sup> sinó perquè, a més, queden pendents qüestions importants en el procés d'adaptació a la Directiva que han de ser resoltes de manera nítida i precisa. Per exemple, la regulació de les comunicacions prèvies i les declaracions responsables que contenen les lleis 17/2009 i 25/2009 peca d'excessivament genèrica i fragmentària, ja que deixa massa caps sense lligar que susciten notable inseguretad jurídica.

Tampoc no s'ha reflexionat a penes sobre diversos aspectes d'un interès indubtable, dels quals en bona mesura depèn l'èxit d'una operació tan ambiciosa. De tots ells, en cito només dos aquí i ara: primer, l'acomodació i l'ajust de mentalitats, estructures burocràtiques i velles pràctiques de les administracions públiques a les noves formes d'intervenció, que reclamen que l'accent es posi a partir d'ara no en la fase de control previ de les activitats dels particulars, sinó més aviat en les fases posteriors de verificació, investigació, inspecció i sanció,<sup>44</sup> cosa que exigeix una revisió de prioritats i objectius i una reassignació consegüent de mitjans personals, materials i financers, a banda d'un esforç en el pla formatiu del personal al seu servei; i, segon, la possibilitat de la implantació de mecanismes i tècniques d'autoregulació i control successiu habituals en l'ordenació d'importants sectors econòmics i

<sup>40</sup> Vid. Laguna de Paz, J. C., «Directiva de Servicios: el estruendo del parto de los montes», cit., p. 42-51.

<sup>41</sup> Vid. sobre aquest tema, l'exhaustiu estudi de la legislació catalana de comerç interior de Noguera de la Muela, B., «El impacto de la Directiva de Servicios sobre el sector del comercio: en especial, el caso de Cataluña », *Revista de Administración Pública*, núm. 184, 2011, p. 237-271.

<sup>42</sup> Vid. sobre això, Fernández Torres, J. R., «La apertura de grandes establecimientos comerciales no puede quedar sujeta a consideraciones económicas (comentario a la STJUE de 24 de marzo de 2011, Comisión c. España, as. C-400/08)», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 23, 2011.

<sup>43</sup> Vid. Comunicació de la Comissió Europea anomenada «Europa 2020: una estratègia per a un creixement intel·ligent, sostenible i integrador», COM (2010) 2020 final, de 3 de març.

<sup>44</sup> Vid. Muñoz Machado, S., «Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios», cit., p. 302.

d'externalització parcial de l'activitat administrativa de verificació, investigació i inspecció en els controls d'accés a l'activitat de serveis i de desenvolupament i pràctica posteriors mitjançant la participació d'entitats de certificació.<sup>45</sup>

En definitiva, el canvi de cultura administrativa que demanen la Directiva de serveis i les institucions europees requereix tant la col·laboració decidida i resolta del legislador de l'Estat i, no cal dir, dels legisladors autonòmics, com l'actuació lleial i responsable de totes les administracions públiques implicades. Els juristes hem de ser vigilants. Veurem si els uns i els altres estan a l'alçada del repte.

---

<sup>45</sup> Vid. Muñoz Machado, S., «Las regulaciones por silencio (Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)», cit., p. 77. N'és un exemple l'Ordenança municipal de Madrid referent al règim de gestió i control de llicències, de 29 de juny de 2009 (BOCM de 6 de juliol de 2009), malgrat que acaba de ser anul·lada parcialment per la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid de 17 de febrer de 2011 (recurs contenciós administratiu núm. 613/2009). L'ordenança preveu l'atribució de l'exercici de la funció de control previ de legalitat de les llicències a unes entitats de titularitat privada («entitats col·laboradores en la gestió de llicències urbanístiques»), que amb l'acreditació prèvia per una entitat privada sense ànim de lucre elegida per l'Ajuntament de Madrid (articles 10 i seg.) i autorització a càrrec d'aquest últim, exerceixen «com a organisme imparcial les funcions de verificació i control que determina aquesta ordenança» (article 3.e, en relació amb l'article 6.1). Vid. sobre el tema Fernández Torres, J. R., «Externalización del otorgamiento de licencias urbanísticas y defensa de la competencia: esbozo de unas relaciones conflictivas», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 20, 2010, p. 95-110.