

REGÍMENES DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA: AUTORIZACIÓN, COMUNICACIÓN PREVIA Y DECLARACIÓN RESPONSABLE*

Juan Ramón Fernández Torres**

Sumario

1. Introducción
2. La reconducción de la técnica autorizatoria a sus justos términos
3. Las comunicaciones previas y las declaraciones responsables
4. Consideraciones finales

* Este trabajo se inscribe en el marco del proyecto de investigación del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense DER 2009-14273-CO2-01 «Defensa de la Competencia», dirigido por el profesor doctor D. Tomás Ramón Fernández.

** Juan Ramón Fernández Torres, catedrático de derecho administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR), Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, s/n, 28040, Madrid, fertor@der.ucm.es.

Artículo recibido el 21.03.2011. Evaluación ciega: 23.03.2011. Fecha de aceptación de la versión final: 24.03.2011.

1. Introducción

La implantación de un mercado único de servicios se configura como uno de los pilares basilares de la construcción europea. La creación de un espacio sin fronteras interiores presidido por la libertad de circulación de los servicios, a juicio de la Comisión Europea, «ha sido una de las piedras angulares del proyecto europeo desde su origen».¹ Las instituciones europeas lo perciben así como un instrumento inexcusable del crecimiento económico y del empleo, así como de la innovación y la competitividad internacional, el incremento de la libertad de elección de los consumidores y la obtención de nuevas oportunidades de negocio para las empresas dentro del territorio europeo.

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, se inserta en este proceso como una fase capital para la aprobación de las reformas estructurales que posibiliten la consolidación de un auténtico mercado único de servicios.² La reforma de las estructuras administrativas, económicas y sociales pasa por ser un factor esencial de la estrategia denominada «Europa 2020», que se resume en el lema según el cual «debe crearse un mercado único y abierto de servicios sobre la base de la Directiva de servicios».³ El proceso de evaluación recíproca contemplado en el artículo 39 de la Directiva de servicios conduce a la propia Comisión Europea a subrayar la necesidad insoslayable de continuar desarrollando el mercado único de servicios, a la vista de los datos recabados.⁴

1. Así se pronuncia la Comisión Europea en su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones intitulada «Hacia un mejor funcionamiento del mercado único de servicios, partiendo de los resultados del proceso de evaluación recíproca de la Directiva de servicios» [COM (2011) 20 final, de 27 de enero de 2011], p. 2.

2. T. R. Fernández opina que la Directiva de servicios constituye «la norma más importante que la Comunidad Europea ha aprobado hasta hoy» (vid. «La larga marcha por la libertad de empresa», en AAVV, *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Madrid, Círculo de Empresarios, 2009, p. 168). La misma opinión expresa S. Muñoz Machado, al afirmar que «nunca una directiva comunitaria había tenido tanta ambición regulatoria, ni había afectado de modo tan general a las prácticas administrativas en los Estados miembros» (vid. «Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios», en AAVV, *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Madrid, Círculo de Empresarios, 2009, p. 301).

3. Dicha estrategia se condensa en la Comunicación de la Comisión Europea llamada «Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», COM (2010) 2020 final, de 3 de marzo.

4. De este modo se manifiesta la Comisión Europea en su Comunicación relativa a «Hacia un Acta de Mercado Único. Por una economía social del mercado altamente competitiva. Cincuenta pro-

Es patente que en este dilatado proceso de creación del mercado único de servicios la Directiva de servicios debe desempeñar un papel capital, sin asomo de duda. Su impacto en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros es tan grande, que con toda probabilidad debe alterar sustancialmente el panorama general de nuestros días y, por supuesto, el Derecho Administrativo tradicional⁵ y, dentro de él, las distintas formas de intervención administrativa en la esfera jurídica de los administrados.⁶ Las leyes 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la anterior, permiten atisbar la dimensión del reto impuesto por la Directiva de servicios, pese a las dudas que suscitan en razón de escaso «atrevimiento».⁷

El marco jurídico que la norma europea diseña tiene como eje vertebrador la libertad.⁸ Esa libertad, de establecimiento y de prestación de servicios, sólo es

puestas para trabajar, emprender y comerciar todos juntos», COM (2010) 608 final, de 27 de octubre de 2010. Recuérdese que la Directiva de servicios define el proceso de evaluación recíproca como aquel mecanismo mediante el cual «los Estados miembros, durante el plazo de adaptación del derecho interno, tendrán que efectuar un cribado previo de su legislación para determinar si cualesquiera de los antedichos requisitos existen en su ordenamiento jurídico» (considerando 74).

5. La doctrina emplea expresiones tan elocuentes como «cataclismo en el núcleo central del Derecho Administrativo» (vid. Linde Paniagua, E., «Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», en AAVV, *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Madrid, Círculo de Empresarios, 2009, pp. 219-250) o «revolución administrativa» (vid. Muñoz Machado, S., «Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios», cit., pp. 297-325) para describir su incidencia sobre el ordenamiento jurídico-administrativo.

6. Vid. Fernández, T. R., «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007, pp. 45-46; asimismo, Rivero Yern, E., «La actividad de intervención en la Directiva de Servicios: autorizaciones administrativas, declaraciones responsables y comunicaciones previas», en 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.

7. Vid. el juicio crítico de S. Muñoz Machado, «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, pp. 70-79, en especial pp. 72 y 73. El autor sostiene que, al no configurarse como leyes generales del Estado, suficientemente pormenorizadas y con garantías de su reproducción íntegra por todos los legisladores autonómicos, como bases formuladas como modelos, es previsible que las citadas leyes 17/2009 y 25/2009 «no podrán, por sí solas, conseguir el efecto de eliminación de barreras para el acceso al mercado de servicios, como la Directiva impone».

8. Vid. en este punto Fernández Torres, J. R., *Significado y fundamentos de la Directiva de Servicios*, Atelier, Barcelona (en prensa), así como los autores citados en el mismo, así como 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.

susceptible de ser constreñida de forma excepcional en función de la concurrencia de criterios delimitadores del ejercicio de la facultad de apreciación de las administraciones competentes. En ausencia de dichos criterios, el ejercicio de la libertad precisa únicamente una mera comunicación previa o una declaración responsable del prestador acerca de la observancia de los requisitos establecidos por la legislación. Recobra así plena validez el esquema clásico del derecho preexistente.⁹

El armazón jurídico de esta construcción se apoya en un conjunto de reglas que merecen ser tratadas con un mínimo detenimiento. A ello se dedican las páginas que siguen.

2. La reconducción de la técnica autorizatoria a sus justos términos

Las reglas vertebradoras del modelo que dibuja la Directiva de servicios se pueden agrupar un tanto convencionalmente en seis grupos. En primer lugar, la Directiva de servicios y la norma de transposición al derecho español, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, prescinden de la tan criticada variedad terminológica¹⁰ y adoptan una regulación uniforme de la figura de la autorización administrativa que hace posible por fin una –tan ansiada– explicación unitaria de la misma,¹¹ salvo lógicamente en relación con los sectores excluidos de sus respectivos ámbitos de aplicación (esto es, los servicios no económicos de interés general, los financieros, los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, los de transporte, los servicios portuarios, los de las empresas de trabajo temporal, los sanitarios, los audiovisuales, los juegos de azar, loterías y apuestas, las actividades vinculadas al

9. *Vid.* sobre la materia García de Enterría, E. y Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Madrid, Civitas Thomson, 2011, 12ª ed., p. 142; sobre la técnica autorizatoria, Laguna de Paz, J. C., *La autorización administrativa*, Civitas Thomson, 2006; y, del mismo autor, «La autorización administrativa: entre la Escala del dogmatismo y el Caribdis del relativismo», en Fernández, T. R.; Laguna de Paz, J. C.; Piñar Mañas, J. L.; Gómez Puente, M. y Martín Rebollo, L., *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho Administrativo hoy*, Pamplona, Aranzadi Thomson, 2007, p. 25 y ss.

10. *Vid.*, por todos, García de Enterría, E. y Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Madrid, Civitas Thomson, 2008, 11ª ed., p. 140.

11. *Vid.* en este punto García de Enterría, E. y Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Madrid, Civitas Thomson, 2011, 12ª ed., p. 142 y ss.

ejercicio de la autoridad pública, los servicios sociales, los privados de seguridad, y los prestados por notarios y registradores –artículo 2 de la Directiva de servicios y de la Ley 17/2009).

La Directiva de servicios define el régimen de autorización como «cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio» (artículo 4.6). Con más precisión si se quiere,¹² la Ley 17/2009 define por un lado el 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» (artículo 3.10) y concibe por otro la 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», quedando sometido al régimen jurídico general contenido en la misma (artículo 3.7).

Es decir, se entiende por autorización aquel acto administrativo que, de forma previa al acceso a una actividad de servicios o su ejercicio por parte del particular, comprueba la conformidad de la misma a derecho y al interés público, y constituye su soporte legitimador.

En segundo lugar, la Directiva de servicios no propugna el desmantelamiento de los distintos regímenes de autorización administrativa, como algunos temen sin fundamento, sino sólo de aquellos «regímenes de autorización, procedimientos y formalidades excesivamente onerosos que obstaculizan la libertad de establecimiento y la creación de nuevas empresas de servicios que ésta comporta» (considerando 42), es decir, los abusivos e innecesarios. En aras de la libertad, el sometimiento del acceso y ejercicio de una actividad de servicios a un régimen de autorización administrativa previa queda condicionado por la necesidad de superar un triple test de observancia de los principios de no dis-

12. Los términos tan genéricos empleados por el artículo 4.6 de la Directiva de servicios explican quizás que algún autor deduzca de la definición contenida en el mismo que «la autorización deja de ser un título habilitante en la Directiva de servicios para transformarse en el género de las modalidades de intervención administrativa sobre las actividades de servicios» (*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).

criminación, proporcionalidad¹³ y justificación objetiva, tal como se desprende de los artículos 9.1 de la Directiva de servicios y 5 de la Ley 17/2009.¹⁴

Ergo la norma europea y su epígono español permiten de forma excepcional la creación o el mantenimiento de las autorizaciones administrativas previas al acceso a una actividad de servicios y su ejercicio, cuando no sean discriminatorias para el prestador, sean necesarias (estén justificadas por un razón imperiosa de interés general –artículo 9.1.b en relación con el artículo 4.8 de la Directiva de servicios) y el objetivo perseguido no pueda ser alcanzado mediante medidas menos restrictivas, «en concreto porque un control *a posteriori* se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz» (artículo 9.1.c de la Directiva de servicios). La Ley 17/2009 dispone consecuentemente que el acceso a una actividad de servicios sólo puede estar sujeto a un régimen de autorización administrativa previa de forma excepcional, y siempre que no resulte discriminatorio ni «directa ni indirectamente» en función de la nacionalidad o del territorio, se base en una razón imperiosa de interés general y sea proporcionado, esto es, «adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo

13. *Vid.* al respecto el profundo análisis de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca del principio de proporcionalidad en su aplicación a las diferentes formas de intervención administrativa de Sarmiento Ramírez-Escudero, D., *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

14. Ello refleja lisa y llanamente la decisiva doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expuesta en su Sentencia de 22 de enero de 2002 antes citada, que se sintetiza así en su apartado 43: «Para comprobar si una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal respeta el principio de proporcionalidad, el órgano jurisdiccional remitente debe, en particular, tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- para que un régimen de autorización administrativa esté justificado aun cuando introduzca una excepción a dichas libertades fundamentales, dicho régimen debe, en cualquier caso, basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda autorizarse de manera arbitraria;
- no puede considerarse necesaria para alcanzar el objetivo perseguido una medida adoptada por un estado miembro que, esencialmente, duplica los controles ya efectuados en el marco de otros procedimientos, bien en ese mismo estado, bien en otro estado miembro;
- un procedimiento de autorización previa sólo es necesario si se considera que el control *a posteriori* es demasiado tardío para que su eficacia real quede garantizada y para permitirle alcanzar el objetivo perseguido;
- un procedimiento de autorización previa no puede ser considerado conforme con los principios fundamentales de la libre circulación de mercancías y de la libre prestación de servicios si, por su duración y por los gastos desproporcionados que se genera, puede disuadir a los operadores de llevar adelante su proyecto» (*sic*).

resultado», de forma que «cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad [...] *en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización*» (artículo 5 –la cursiva es mía).

En esta misma línea se orienta el nuevo artículo 39.bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LPC, en adelante), incorporado por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que reitera con otras palabras lo proclamado por aquellos preceptos. La apelación a la regla de la intervención mínima, junto a los deberes de motivación, proporcionalidad y no discriminación, delimitan el ejercicio de la facultad de apreciación por parte de las autoridades competentes. La dicción del artículo 39.bis LPC es incontrovertible: «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».

Con ello se postula una significativa reducción de «la complejidad, la extensión y la inseguridad jurídica de los procedimientos administrativos», simplificándolos y, por esta vía, preservando los requisitos de transparencia y actualización de los datos de los operadores y eliminando «los retrasos, costes y efectos disuasorios que ocasionan, por ejemplo, trámites innecesarios o excesivamente complejos y costosos, la duplicación de operaciones, las formalidades burocráticas en la presentación de documentos, el poder arbitrario de las autoridades competentes, plazos indeterminados o excesivamente largos, autorizaciones concedidas con un período de vigencia limitado o gastos y sanciones desproporcionados», todo lo cual, «tiene(n) efectos disuasorios especialmente importantes para los prestadores» (considerando 43 de la Directiva de servicios).

Luego no hay un rechazo a la pervivencia o creación de regímenes de autorización, sino más bien una legítima preocupación por salvaguardar la preexis-

tente libertad –de establecimiento y de prestación de servicios– y de simplificar, algo que por otra parte vienen reclamando numerosos administrativistas desde hace ya muchos años.¹⁵

En tercer lugar, en ningún caso los regímenes de autorización pueden imponer requisitos basados en la discriminación por razón de la nacionalidad o la residencia, la interdicción de estar establecido en varios Estados miembros o inscrito en registros, colegios¹⁶ o asociaciones profesionales de varios Estados miembros, las condiciones de reciprocidad, las limitaciones de la libertad de elección entre un establecimiento principal o secundario, la intervención directa o indirecta de competidores, la obligación de constituir garantías (avales o seguros) con un prestador u organismo establecido en el territorio nacional, la obligación de haber estado inscrito de forma previa durante un periodo determinado en los registros existentes o de haber ejercido la actividad con anterioridad en el territorio nacional y la denominada «prueba económica», que consiste en cualquier exigencia que tiene por objeto «supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente» (artículo 14 de la Directiva de servicios), «o –añade el artículo 10.e de la Ley 17/2009 a lo anterior– que se comercialicen productos o servicios de un tipo o procedencia determinada. Las razones imperiosas de interés general que se invoquen no podrán encubrir requisitos de planificación económica». Todos ellos integran la denominada «lista negra» y están terminantemente prohibidos.

En cuarto lugar, los regímenes de autorización no pueden incluir sin más cualesquiera otras exigencias distintas de los requisitos terminantemente proscritos por los artículos 14 de la Directiva de servicios y 10 de la Ley 17/2009. Otros requisitos no están excluidos de forma categórica, pero sí se hallan «bajo sospecha»: forman parte de la llamada «lista gris» incluida en el artículo 15 de la

15. *Vid.*, por todos, Martín-Retortillo Baquer, S., «De la simplificación de la Administración», *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999, pp. 247-274; García de Enterría, E. y Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Madrid, Civitas Thomson, 2011, 12ª ed., p. 140 y ss; y más recientemente, 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 y ss.

16. *Vid.* sobre esta materia 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, pp. 99-136.

Directiva de servicios; se encuentran «bajo sospecha» habida cuenta de que tales requisitos son instituidos con frecuencia para entorpecer el establecimiento de competidores, como auténticas barreras de entrada.¹⁷

Por este motivo ha de ser evaluada su compatibilidad con las exigencias de no discriminación, necesidad y proporcionalidad antes de su incorporación a una norma positiva, en cuyo caso el Estado miembro está obligado a comunicarla a la Comisión Europea –y ésta a los demás Estados miembros–, que puede adoptar una decisión requiriendo su derogación si estima que no es compatible con el derecho comunitario europeo (artículo 15 de la Directiva de servicios). La Ley 17/2009 precisa, por una parte, que la introducción de tales requisitos sólo tiene cabida «excepcionalmente» (artículo 11.2) y, por otra, que la concurrencia de las condiciones habilitantes para el establecimiento de los requisitos sospechosos (no discriminación, justificación por una razón imperiosa de interés general y proporcionalidad) debe ser notificada a la Comisión Europea en los términos fijados en su disposición adicional cuarta y estar «suficientemente motivada» en la norma correspondiente (artículo 11, párrafo 2º).

Entre los requisitos mencionados en el artículo 15 de la Directiva de servicios se hallan los límites cuantitativos y territoriales y, en concreto, los fijados en atención a la población o a una distancia mínima entre prestadores,¹⁸ la exigencia de una concreta forma jurídica¹⁹ o la posesión de un determinado capital social;²⁰ los requisitos diferentes de los establecidos para el acceso a las profesiones reguladas contemplados en la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, que reserven el acceso a actividades de servicios a una serie de prestadores concretos en razón de su índole específica, la interdicción de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional, la obliga-

17. *Vid.* Fernández, T. R., «La larga marcha por la libertad de empresa», en AAVV, *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Madrid, Círculo de Empresarios, 2009, p. 171.

18. T. R. Fernández recuerda que ese era el caso de las estaciones de servicio (*vid.* «La larga marcha por la libertad de empresa», *cit.*, p. 171 y 172). Debe tenerse presente que el artículo 11.a de la Ley 1/2009 afirma de forma contundente que «los fines económicos, como el de garantizar la viabilidad económica de determinados prestadores, no podrá invocarse como justificación de restricciones cuantitativas o territoriales» (*sic*).

19. El artículo 11.b de la Ley 17/2009 agrega la obligación de constituirse como entidad sin ánimo de lucro.

20. «Mínimo», detalla el artículo 11.c de la Ley 17/2009.

ción de tener un número mínimo de empleados,²¹ la imposición de tarifas mínimas o máximas²² o la obligación del prestador de realizar, junto con su servicio, otros servicios específicos.²³

En quinto lugar, la autorización debe fundarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación con el propósito de que dicha facultad no sea ejercida de manera arbitraria, debiendo reunir como características esenciales no ser discriminatorios, hallarse justificados por una razón imperiosa de interés general, ser proporcionados, claros e inequívocos, objetivos, transparentes y accesibles y ser hechos públicos con antelación (artículo 10.2 de la Directiva de servicios). En consonancia con ello, el artículo 6 de la Ley 17/2009 preceptúa que los procedimientos de autorización «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 sexto lugar, junto a estos aspectos capitales que dibujan los perfiles de la autorización, deben mencionarse algunos otros elementos:

- la habilitación a los Estados miembros para supeditar el acceso a una actividad de servicios, excepcional y motivadamente, a la observancia de requisitos justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente (artículo 16.3 de la Directiva de servicios –y artículo 12.3 de la Ley 17/2009, que reproduce el artículo 52 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea);
- la interdicción de solapamientos y duplicaciones de requisitos y controles ya superados en el Estado miembro de origen, o en la Comunidad Autónoma de origen, todo sea dicho (artículo 10.3 de la Directiva de servicios),²⁴ que el artículo 9.1 de la Ley 17/2009 reproduce declarando que

21. El artículo 11.f de la Ley 17/2009 amplía el ámbito de lo dispuesto en el artículo 15.2.f de la Directiva de servicios, al referirse a los «requisitos relativos a la composición de la plantilla, tales como tener un número determinado de empleados; ya sea en el total de la plantilla o en categorías concretas, o a la obligación de contratar con una procedencia o modalidad determinada» (*sic*).

22. El artículo 11.g de la Ley 17/2009 extiende el campo a cualesquiera «restricciones a la libertad de precios, tales como tarifas mínimas o máximas, o limitaciones a los descuentos» (*sic*).

23. El artículo 11.h de la Ley 17/2009 extiende la referencia a la obligación adicional de ofrecer una determinada gama o surtido de productos.

24. *Vid.* sobre esta materia el análisis de un asunto paradigmático que tantas dificultades prácticas ha venido suscitando en los últimos años en Fernández Torres, J. R., «El control de calidad de la

«las administraciones públicas no podrán exigir requisitos, controles previos o garantías equivalentes o comparables, en lo esencial, por su finalidad a aquellos a los que ya esté sometido el prestador en España o en otro Estado miembro»;

- la limitación de la duración de las autorizaciones (artículos 11 de la Directiva de servicios y 7 de la Ley 17/2009);
- la obligación de la aplicación de un criterio de selección público, imparcial y transparente, en el supuesto de que el número de autorizaciones (de duración limitada y proporcionada, en todo caso) sea limitado en razón de la escasez de los recursos naturales o de las capacidades técnicas susceptibles de ser utilizadas (artículo 12.1 de la Directiva de servicios y 8.2.a de la Ley 17/2009), pudiendo tenerse en cuenta consideraciones referidas a la salud pública, los objetivos de política social, de salud y seguridad laborales, de tutela ambiental y cultural y «cualquier otra razón imperiosa de interés general de conformidad con el derecho comunitario» (artículo 12.3 de la Directiva de servicios); y
- la obligación de establecer procedimientos claros y de acceso sencillo que no incluyan trámites susceptibles de ser disuasorios y de ocasionar gastos superiores a su coste (artículo 13.1 y 2 de la Directiva de servicios), así como de «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» (artículo 6 de la Ley 17/2009).²⁵

En definitiva, todo pivota en torno a la existencia de una justificación, de una razón poderosa en suma, para restringir legítimamente la libertad. Si real-

edificación, ¿un oligopolio local?», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 7, 2003, pp. 77-88; del mismo 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, pp. 113-121.

25. *Vid.*, acerca de la situación real en torno a la figura del silencio administrativo positivo objeto de expansión –una vez más– por virtud de la nueva redacción dada al artículo 43 LPC por la Ley 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, pp. 70-79, en especial p. 78 y 79; y Betancor Rodríguez, A., *Mejorar la regulación. Una guía de razones y medios*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 316 en particular; y acerca de sus problemas aplicativos reales, 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, pp. 275-292.

mente concurre una razón de semejantes características, la Directiva de servicios admite la restricción de la libertad por la vía de la utilización de la técnica autorizatoria, pero sólo en la medida imprescindible y dentro de los contornos precisos que impiden un ejercicio arbitrario de la facultad de apreciación de las autoridades competentes. Adquiere fuerza así la concepción clásica del derecho preexistente, en este caso la libertad de establecimiento y prestación de servicios, que la autorización sólo puede declarar tal como es caracterizada por la Directiva de servicios y la Ley 17/2009.

Queda únicamente analizar las restantes formas de intervención administrativa distintas de la autorización que impulsa la Directiva de servicios.

3. Las comunicaciones previas y las declaraciones responsables

Es notorio que las comunicaciones previas y las declaraciones responsables, que no son en absoluto ajenas al ámbito del Derecho Administrativo,²⁶ cobran una extraordinaria trascendencia con el impulso decidido de la Directiva de servicios. La postergación a un segundo plano de la técnica autorizatoria y de los regímenes de autorización, que como ya ha sido puesto de manifiesto más arriba sólo son admisibles de modo excepcional siempre que se funden en la concurrencia del triple test de observancia de los principios de no discriminación, proporcionalidad y justificación objetiva, otorga un protagonismo esencial a las comunicaciones previas y las declaraciones responsables.

Aquí se percibe aún más nítidamente el cambio esencial que entraña la Directiva de servicios, al alzaprimary la figura de un auténtico derecho preexistente, la libertad de establecimiento y prestación de servicios, que las distintas formas de intervención administrativa deben limitarse a declarar o constatar a lo sumo. El artículo 5.c de la Ley 17/2009 lo expresa con rotundidad: tras sintetizar el significado de la exigencia de proporcionalidad («que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se

26. Piénsese sin ir más lejos en el Reglamento catalán de obras, actividades y servicios de las entidades locales, aprobado por Decreto 179/1995, de 13 de junio, o en la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de intervención integral de la Administración ambiental. Vid. sobre estas figuras García de Enterría, E. y Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Madrid, Civitas Thomson, 2011, 12ª ed., p. 101 y 102; y Arroyo Jiménez, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, Madrid, CEPC, 2004, p. 349 y ss.

persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado»), declara que, «en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos, y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad».

Ello se traduce en que, de forma general, el ejercicio de una actividad de servicio requiere únicamente, a tenor de lo dispuesto en la Ley 17/2009, la presentación de un documento privado en forma de declaración por parte del prestador mediante la cual comunica a la Administración competente todos los datos e informaciones y la observancia de las exigencias previstas, así como su voluntad de iniciar una determinada actividad en fase de proyecto con el compromiso de su sometimiento a la normativa de aplicación. Es decir, se posibilita con arreglo a lo dispuesto por las leyes 17/2009 y 25/2009 la puesta en marcha de la actividad de servicios bajo la sola responsabilidad del prestador, a quien incumbe ponderar y decidir si la misma se acomoda a derecho, cumple todos los requisitos fijados y dispone de la documentación e información exigidas por la normativa de aplicación.

Su mecánica operativa es, pues, sustancialmente distinta de la correspondiente a la autorización administrativa,²⁷ porque el desarrollo de la actividad no

27. Tiene razón el Consejo de Estado al afirmar que «no acierta a comprenderse, en un régimen de declaración responsable, cómo ha de cohonestarse esta aprobación con la labor de verificación antes mencionada y con la posibilidad de que la declaración devenga ineficaz por no haberse acreditado debidamente el requisito de idoneidad de las condiciones de almacenamiento. Cabe aventurar que, al hablarse en este apartado de “aprobación”, se está condicionando la eficacia de la declaración responsable no sólo a la verificación de que concurre el mencionado requisito de idoneidad –que es lo que prevé la Ley 13/1998–, sino también al cumplimiento de otros requisitos. Y parece también que, en tanto no haya recaído la resolución aprobatoria, el interesado no puede iniciar su actividad, si bien el texto no lo señala expresamente, como tampoco indica cuál es el plazo en que ha de dictarse la resolución aprobatoria ni cuáles son las razones que, en su caso, podrían llevar a denegarla. Por lo demás, llama la atención a este Consejo que se emplee en este contexto el verbo “aprobar”, y ello porque, en principio y de conformidad con las reflexiones anteriores, la declaración responsable no tiene que ser objeto de aprobación alguna para producir efectos: basta la mera presentación de este documento para que el interesado pueda comenzar a desempeñar la actividad a que se refiere la declaración» (Dictamen del Consejo de Estado de 14 de diciembre de 2009, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria y se regula el Estatuto concesional de la red de expendedurías de tabaco y timbre).

está supeditado al previo ejercicio por la Administración de sus poderes de verificación, investigación e inspección. Por este motivo, al ser libre la actividad de servicios y no proceder consiguientemente la emisión de una resolución administrativa que actúe a modo de título habilitante, no es preciso que el prestador solicite y obtenga de la Administración la emisión de certificación alguna.²⁸

No obstante, no deben pasarse por alto importantes reglas especiales, tales como la recogida en el artículo 18.*bis* del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, de evaluación de impacto ambiental, añadido por el artículo único.diez de la Ley 6/2010, de 24 de marzo: de ser preceptivas la declaración responsable o la comunicación para el acceso a una actividad o su ejercicio y su evaluación de impacto ambiental, su presentación sólo es posible una vez llevada a cabo dicha evaluación de impacto ambiental y, en todo caso, debe disponerse de la documentación acreditativa y de la publicación oficial de la pertinente resolución, so pena de carecer de «validez y eficacia a todos los efectos» aquella declaración responsable o comunicación previa que no se acomode a la declaración de impacto ambiental, o bien a la resolución de no sometimiento a evaluación de impacto ambiental.

En todo caso, es a las leyes 17/2009 y 25/2009 a las que hay que estar en primer lugar para determinar el régimen jurídico de las comunicaciones previas y las declaraciones responsables, en atención a su consideración de normas básicas dictadas al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.18ª de la Constitución española. Ahora bien, dichas leyes o no contienen disposiciones, o si las comprenden no son en modo alguno pormenorizadas y concretas, en relación con los procedimientos, los contenidos, las garantías jurídicas y la extensión y alcance de los poderes de verificación, investigación, inspección y sanción, lo que explica que el profesor Muñoz Machado afirme que «la libertad se amplía pero la seguridad se estrecha».²⁹

Siendo este el género común de esta clase de intervención administrativa, la legislación general contempla dos modalidades ciertamente próximas entre sí:

28. Así lo sostiene con pleno fundamento González García, J. V., *vid.* «Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsables en la transposición de la Directiva de Servicios», cit., p. 280.

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

- por una parte, la declaración responsable, entendida como aquel documento que suscribe la persona física o jurídica que proyecta una actividad empresarial o profesional mediante el que declara, bajo su responsabilidad, que observa todas las exigencias impuestas por la normativa aplicable, dispone de la documentación acreditativa y se compromete a respetarla a lo largo del desarrollo de la actividad en cuestión.³⁰ El artículo 3.9 de la citada Ley 17/2009 define la declaración responsable como «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».³¹ Por su parte, el artículo 71.bis.1 LPC exige al prestador que exponga de manera expresa, clara y precisa el cumplimiento de los requisitos preceptivos en la correspondiente declaración responsable;
- por otra parte, la comunicación previa se caracteriza como aquel documento del que se sirve el prestador de una actividad de servicio para poner en conocimiento de la Administración pública sus datos identificativos y todos los demás requisitos impuestos por la legislación aplicable para el ejercicio de un derecho o el inicio de aquélla.³² Según el artículo 71.bis.2 LPC, «se entenderá por comunicación previa 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».

30. Desde un punto de vista doctrinal, esta modalidad de intervención recibe el nombre de «comunicación previa con control», en la que lo previsible es la puesta en marcha de un control administrativo desde el arranque de la actividad correspondiente. *Vid.* al respecto Arroyo Jiménez, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, cit., p. 356 y ss.

31. Paradójicamente la definición del artículo 3.9 de la Ley 17/2009 no coincide con exactitud con la contenida en el nuevo artículo 71.bis.1 LPC, en virtud de la cual «a los efectos de esta Ley, 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 reconocimiento o ejercicio. Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable».

32. Es la denominada «comunicación previa sin control», que en principio no da lugar a una intervención administrativa desde la puesta en marcha de la actividad. *Vid.* al respecto Arroyo Jiménez, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, cit., p. 353 y ss.

Como regla general, la realización de una comunicación previa o de una declaración responsable, al igual que el otorgamiento de una autorización cuando proceda, permite el reconocimiento o faculta para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad de servicios, desde la misma fecha de su presentación, con independencia de las potestades de comprobación, inspección y control de la Administración competente. De acuerdo con el artículo 71.bis.3, párrafo 1º, LPC, «las declaraciones responsables y las comunicaciones previas producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente y permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las administraciones públicas».

La preexistencia de la libertad, de establecimiento y de prestación de servicios, faculta a su titular para ejercitarla de forma general desde el mismo momento en el que presenta la correspondiente comunicación previa o declaración responsable a la Administración competente. La Ley 25/2009 admite incluso la posibilidad de la presentación de la comunicación con posterioridad al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad. Sin embargo, su operatividad en la práctica queda a expensas de que así lo disponga la normativa de aplicación, a la que el artículo 71.bis.3, párrafo 2º, LPC se remite («no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente»).

La legislación general preceptúa además que la formulación de una comunicación previa o de una declaración responsable, tanto como el eventual otorgamiento de una autorización, permite el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad de servicios. Con carácter de principio, su eficacia es general desde un punto de vista temporal y territorial. En efecto, la presentación de una comunicación previa o de una declaración responsable (y la concesión de una autorización) faculta al prestador para ejercer un derecho o iniciar una actividad de servicios:

– «por tiempo indefinido». Ello es así, salvo que –claro es– concurra cualquiera de las causas tasadas previstas en el artículo 7.1 de la Ley 17/2009, es decir, la previsión de la renovación automática o la sujeción única al cumplimiento continuo de los requisitos establecidos, la limitación del

número de autorizaciones disponibles (por la escasez de recursos naturales o «inequívocos impedimentos técnicos» debidamente justificados –artículo 8.1 de la Ley 17/2009) o la posibilidad de la justificación de la limitación de la duración de la autorización o de los efectos de la comunicación previa o la declaración responsable en atención a la concurrencia de una razón imperiosa de interés general (artículo 7.1 de la Ley 17/2009). El mismo precepto precisa en su párrafo segundo que no se considera limitación temporal el plazo máximo que en su caso sea impuesto al prestador para el inicio de su actividad a contar desde el otorgamiento de la autorización o desde la realización de la comunicación o la declaración responsable, y

- en todo el territorio español. En coherencia con lo dispuesto por la Directiva de servicios, el acceso a la actividad de servicios y su ejercicio no puede quedar a expensas y limitado por barreras territoriales internas o tipos de instalaciones (agencias, sucursales, filiales u oficinas), de modo que el prestador está facultado incluso para abrir sucursales al amparo de la misma comunicación previa o declaración responsable (o autorización). De ahí que el artículo 7.3, párrafo 1º, de la Ley 17/2009 prescriba 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, incluso mediante el establecimiento de sucursales».

Recuérdese que el artículo 10.4 de la Directiva de servicios dispone que «la autorización deberá permitir al prestador acceder a la actividad de servicios o ejercerla en la totalidad del territorio nacional, incluido mediante la creación de agencias, sucursales, filiales u oficinas, salvo que haya una razón imperiosa de interés general que justifique una autorización individual para cada establecimiento o una autorización que se limite a una parte específica del territorio». Únicamente en tal supuesto, en la medida en que concurra una razón imperiosa de interés general justificativa (de orden público, seguridad pública, protección civil, salud pública, preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, buena fe en las transacciones comerciales, lucha contra el fraude, tutela ambiental y urbana, sanidad animal, propiedad intelectual e industrial, conservación del patrimonio histórico y artístico y política social y cultural), puede limitarse la eficacia de las comunicaciones previas, las declaraciones responsables y las autorizaciones a

- una porción del territorio español. Según el artículo 7.3, párrafo 2º, de la Ley 17/2009, «podrá limitarse la eficacia de las autorizaciones, de las comunicaciones o de las declaraciones responsables a una parte específica del territorio cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente, resulte proporcionado y no discriminatorio», y
- establecimientos físicos individualmente considerados que estén ligados a una misma actividad de servicios. De conformidad con el artículo 7.3, párrafo 3º, de la Ley 17/2009, «asimismo, podrá exigirse una autorización, una comunicación o una declaración responsable individual para cada establecimiento físico cuando esté justificado por una razón imperiosa de interés general, resulte proporcionado y no discriminatorio».

La libertad de establecimiento impide que se exija al prestador que ya se halle legalmente instalado en España el cumplimiento de requisitos distintos de los vinculados de forma directa al establecimiento físico desde el que proyecte desarrollar la actividad. Por eso el artículo 7.3, párrafo 3º, de la Ley 17/2009 preceptúa en su inciso segundo que, «cuando el prestador de servicios ya esté establecido en España y ejerza legalmente la actividad, estas autorizaciones o declaraciones responsables no podrán contemplar requisitos que no estén ligados específicamente a la adecuación de las características del establecimiento físico para dicha actividad».

Incumbe a la Administración competente verificar la exactitud, y la realización, de la comunicación previa o de la declaración responsable. Al amparo de sus poderes de verificación, investigación e inspección, la Administración competente ha de comprobar el cumplimiento de lo dispuesto por la legislación correspondiente en lo que concierne a la presentación y veracidad de los datos, manifestaciones y documentos requeridos. Si no ejerce dichos poderes dentro del plazo que se establezca en cada caso,³³ el prestador está facultado para iniciar –o continuar– legítimamente la actividad de servicios.

33. Es de temer que ello ocurra con frecuencia, a la vista de los fugaces plazos previstos las más de las veces para que la Administración pueda cumplir su función de control, pese a las advertencias de la doctrina y del Consejo de Estado sobre el riesgo cierto de un daño para el interés general. *Vid.* por todos, en este punto, 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, pp. 42-51, en detalle p. 44; del mismo autor, «Controles administrativos para el acceso al mercado: autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas», en Rivero Ortega, R. y Vicente Blanco, D. J. (dir.), *Impacto de la transposición de la Directiva de servicios en Castilla y León*, Valladolid, Consejo Económico y Social de Castilla y León, Colección de Estudios, 13, 2010, pp. 311-328.

Otro tanto sucede cuando la Administración competente llega a la conclusión de que la comunicación previa o la declaración responsable se ajusta a la legalidad y no incurre por tanto en cualesquiera errores u omisiones, no está obligada a comunicarla al interesado, al menos las leyes 17/2009 y 25/2009 no le imponen obligación alguna en este sentido. La consecuencia es que el prestador está facultado para llevar a cabo su actividad, o en su caso proseguir con ella.

Pero la constatación de la existencia de simples errores u omisiones en alguna información o documentación preceptiva obliga de modo general a la Administración competente a requerir su subsanación al interesado en el plazo preceptivo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 71 LPC. A este propósito, deben notarse dos extremos:

- en primer lugar, la formulación del requerimiento entraña desde la fecha de su notificación la suspensión del plazo otorgado por la normativa correspondiente para que la Administración ejerza sus poderes de verificación, investigación e inspección (artículo 42.5.a LPC) y decida en su caso acerca de la procedencia o no del inicio o la continuación de la concreta actividad de servicios; y
- en segundo lugar, la falta de subsanación en el plazo otorgado por el requerimiento determina el desistimiento del procedimiento por parte del interesado, con los efectos que en su caso prevea la normativa de aplicación (en particular, acerca de la posibilidad o no de formular una nueva comunicación previa o una declaración responsable –o una petición de autorización– durante un determinado periodo de tiempo –artículo 71.bis.4, párrafo 2º, LPC).

En caso de ser atendido el requerimiento y subsanadas las deficiencias y omisiones advertidas, la Administración competente habrá de pronunciarse expresamente sobre el cumplimiento de las condiciones previstas para el desempeño de la actividad sujeta a comunicación previa o declaración responsable en aras de la seguridad jurídica,³⁴ en el bien entendido de que lógicamente no po-

34. No puede olvidarse que, como refiere Bocanegra Sierra, R., la función propia del acto administrativo consiste en la «salvaguardia de la estabilidad de las relaciones jurídicas entre la Administración y los ciudadanos» [vid. *Lecciones sobre el acto administrativo*, Madrid, Civitas, 2002, 1ª ed., p. 25; en línea similar, S. Muñoz Machado, «Las regulaciones por silencio (Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)», cit., p. 76].

drá vetarla o condicionarla. La propia funcionalidad del artículo 71 LPC y la doctrina de los actos propios se oponen a cualquier pronunciamiento posterior de la Administración competente que no sea confirmatorio de la viabilidad de la actividad de servicios comunicada o declarada por el prestador.

Sólo la comprobación del incumplimiento –debidamente acreditado– de todos o parte de los requisitos establecidos legitima, en ausencia de la posibilidad de su subsanación o enmienda, el veto o el condicionamiento administrativo del ejercicio de la actividad de servicios comunicada objeto de declaración. Lógicamente la resolución administrativa que ponga fin al ejercicio de los poderes de comprobación, investigación e inspección, declarando la improcedencia de la actividad de servicios o someténdola al cumplimiento de condiciones, debe estar motivada de forma detallada y suficiente, fundándose en razones objetivas pre-determinadas con claridad y precisión en la norma de aplicación.³⁵

La eventual inexactitud o falsedad o la omisión, de naturaleza esencial, en cualquiera de los datos, manifestaciones y documentos preceptivos aportados con la comunicación previa o la declaración responsable, o la ausencia de una u otra es susceptible de desencadenar dos efectos: uno necesario, automático, en tanto en cuanto deriva de la legislación general, y un segundo posible, eventual, toda vez que queda a expensas de su previsión expresa por parte de la legislación sectorial.

El efecto insoslayable de la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en alguno de los datos, manifestaciones y documentos requeridos junto a la comunicación previa o la declaración responsable, o de su pura o simple omisión, consiste en la imposibilidad legal de realización de la actividad, o en su caso su cese. Cualquiera de estas irregularidades reviste carácter obstativo e impide consecuentemente el ejercicio del derecho o el inicio o la continuación de la actividad. Así se desprende de los artículos 7.2, párrafo 2º, de la Ley 17/2009 y 71.bis.4, párrafo 2º, LPC.

Ambos preceptos merecen varias observaciones. A la vista de lo establecido por el artículo 7.2, párrafo 2º, de la Ley 17/2009, «cuando el acceso a la actividad esté condicionado a la realización de una comunicación o de una declaración responsable por parte del prestador, la comprobación por parte de la Adminis-

35. A esta conclusión llega González García, J. V., *vid.* «Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsables en la transposición de la Directiva de Servicios», cit., p. 290.

tración pública de la inexactitud o falsedad en cualquier dato, manifestación o documento, de carácter esencial, que se hubiere aportado o del incumplimiento de los requisitos señalados en la legislación vigente determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad desde el momento en que se compruebe, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar».

Como puede apreciarse, el artículo 7.2, párrafo 2º, de la Ley 17/2009 veda el inicio o la prosecución de la actividad de servicios en dos supuestos:

- primero, inexactitud o falsedad de la documentación o información esencial aportada por el prestador, y
- segundo, inobservancia de los requisitos impuestos por la normativa aplicable. La redacción no es afortunada, porque no establece en este punto ni distinciones ni matizaciones que a mi juicio son obligadas, porque no todo incumplimiento debe merecer la misma respuesta, ni todo requisito reviste la misma trascendencia jurídica, como es notorio.

Esta deficiencia legal debe ser subsanada recurriendo a varios criterios:

- la distinción de los planos formal y material, tan destacada en el campo del Derecho Administrativo, debe ser por sí sola un criterio hermenéutico a utilizar en ausencia de mayores precisiones, de forma incontestable;
- es patente que no cabe entender ni mucho menos que cualquier inobservancia o irregularidad obste para la puesta en marcha o la continuación del desarrollo de la actividad, sino sólo la de aquel o aquellos requisitos que sean esenciales. Ello es más coherente con lo predicado del supuesto anterior y, sobre todo, con el espíritu y finalidad de la Directiva de servicios, tanto más cuanto que las figuras de la comunicación previa y de la declaración responsable se refieren a actividades que se consideran libres; y
- una vez más aquí debe emplearse el triple test de observancia de los principios de no discriminación, proporcionalidad y justificación objetiva a los efectos de evaluar el incumplimiento y deducir del mismo las consecuencias pertinentes en orden a la paralización o no de la actividad de servicios. No se puede olvidar que, como prescribe el artículo 39.*bis* LPC, «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 desa-

rollo 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». ³⁶

Llama además poderosamente la atención la falta de correlación, de nuevo, entre dicho precepto y el artículo 71.bis.4, párrafo 1º, LPC. Este último precepto dispone la imposibilidad de proseguir la actividad de servicios en los supuestos siguientes:

- primero, inexactitud o falsedad de la documentación o información esencial aportada por el prestador, en términos análogos al artículo 7.2, párrafo 2º, de la Ley 17/2009;
- segundo, omisión de todo o parte de la documentación o información esencial que el prestador está obligado a entregar junto a la comunicación previa o la declaración responsable, y
- tercero, no presentación de la comunicación previa o la declaración responsable por parte del prestador, siendo preceptiva, claro es.

Por lo demás, la legislación general admite la posibilidad de que la normativa sectorial anude un segundo efecto a cualquiera de las irregularidades previstas en los artículos 7.2, párrafo 2º, de la Ley 17/2009 y 71.bis.4 LPC, al margen de las consecuencias de orden sancionatorio, de las que éstas nada dicen. La legislación sectorial puede conferir a la Administración competente en tales circunstancias la potestad para exigir al prestador la restitución de las cosas a su ser y estado anterior e impedir que formule una nueva comunicación previa o una declaración responsable o inste un nuevo procedimiento de autorización durante un cierto período de tiempo. A tenor de lo establecido por el artículo 71.bis.4, párrafo 2º, LPC, «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 de-

36. En esta misma línea se manifiesta S. Muñoz Machado, declarando que a falta de unas normas claras referidas a las comunicaciones previas y las declaraciones responsables, en contraste con el régimen de las autorizaciones, «habrá que trasladar estas exigencias (de objetividad, claridad, imparcialidad, transparencia...) a los controles hechos *a posteriori*, porque, de no ser así, la inseguridad que generaría el inicio de una actividad sobre la base exclusiva de una declaración o comunicación sería notabilísima» [vid. Muñoz Machado, S., «Las regulaciones por silencio (Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)», cit., p. 77].

recho 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».

En tal supuesto, la Administración competente está habilitada para dictar una resolución que declare el incumplimiento y ordene al prestador la reposición de la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad y la abstención de su desarrollo durante el periodo de tiempo que prescriba la legislación de aplicación.

Queda así sintetizado el régimen jurídico de las comunicaciones previas y declaraciones responsables contenido en las leyes 17/2009 y 25/2009, que por su brevedad y generalidad peca a todas luces de ser fragmentario y genera no pocas dudas.

4. Consideraciones finales

Son muchas las dudas e incertidumbres que genera el proceso de adaptación a la Directiva de servicios. El legislador estatal no parece en exceso preocupado por una legislación cada día más degradada,³⁷ que las leyes 17/2009 y 25/2009 no aciertan a mejorar. Son ilustrativas las palabras del profesor Muñoz Machado: «han organizado un verdadero alboroto administrativo que ha concluido, en fin, en dos leyes que pasarán a la historia por los ridículos motes que se les dieron al impulsarlas: la ley «paraguas» y la ley «ómnibus» [...] el conjunto, en fin, es notablemente insatisfactorio».³⁸

37. 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, pp. 38-45.

38. 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 su trabajo «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, pp. 59-101, que la adaptación a la Directiva de servicios ha dado lugar a la reforma en el ámbito estatal de 50 leyes, 118 reales decretos y 21 órdenes ministeriales y en el ámbito autonómico de 199 leyes, 546 decretos y 174 órdenes. El *Código de legislación sobre la «Directiva de Servicios y normativa de transposición»* editado por el profesor González García (Aranzadi Thomson Reuters, 2010) es por sí solo muy revelador acerca de las dimensiones del desafío normativo.

A ello se une que, si bien son desmantelados numerosos regímenes de autorización administrativa previa,³⁹ el dato no es excesivamente elocuente. Y no lo es porque, por una parte, muchos de los regímenes de autorización administrativa previa han sido sustituidos por trámites de informes preceptivos y, con frecuencia, vinculantes que reservan a favor de la Administración informante un amplio margen de apreciación de dudosa licitud (p.e., en materia de distribución comercial) y, segundo, la mayor parte de los eliminados revisten carácter reglado, «cuya sustitución por comunicaciones previas representa una leve disminución de las barreras legales de entrada en el sector».⁴⁰ A ello hay que sumar el mantenimiento deliberado y en claro fraude de Ley de ciertos regímenes de intervención administrativa, pese a que no encuentran acomodo en el marco normativo diseñado por la Directiva de servicios. Tal es el caso del denominado urbanismo comercial, articulado a partir de la técnica autorizatoria en forma de licencia comercial específica,⁴¹ que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acaba de censurar en su Sentencia de 24 de marzo de 2011 (Comisión c. España, as. C-400/08) a propósito de la legislación catalana, declarando que ningún Estado miembro está habilitado para someter la apertura de grandes establecimientos comerciales a la observancia de criterios económicos, tales como su repercusión sobre el comercio minorista existente o el grado de implantación de la empresa en el mercado, so pena de restringir injustificadamente la libertad de establecimiento. A su juicio, carecen de justificación objetiva tanto las restricciones específicas relativas al emplazamiento (en concreto, la prohibición de la implantación de grandes establecimientos comerciales fuera de la trama urbana consolidada de ciertos municipios) y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales como la exigencia de la aplicación de límites relativos al grado de implantación de la empresa que solicite la licencia y a la repercusión del nuevo establecimiento sobre el comercio minorista existente.⁴²

39. Según estimaciones de 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 sido eliminadas 116 autorizaciones estatales, alrededor de 633 autorizaciones autonómicas y 594 requisitos carentes de justificación objetiva o desproporcionados. Por sectores, el 26,72% de los regímenes de autorización objeto de supresión corresponden a actividades de servicios industriales, el 26,42% a actividades de servicios turísticos y el 20,43% a actividades de distribución comercial.

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

41. Vid. sobre el particular, el exhaustivo estudio de la legislación catalana de comercio 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*, num. 184, 2011, p. 237-271.

42. Vid. al respecto, 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.

Así las cosas, es evidente que la tarea aún dista mucho de haber sido completada, no sólo porque la ya citada estrategia llamada «Europa 2020» de creación de un mercado único y abierto de servicios plantea numerosos desafíos en forma de reformas estructurales sobre la base de la Directiva de servicios que están por venir,⁴³ sino además porque quedan importantes cuestiones pendientes en el proceso de adaptación a la misma que deben ser resueltas de forma nítida y precisa. Por ejemplo, la regulación de las comunicaciones previas y las declaraciones responsables contenida en las leyes 17/2009 y 25/2009 peca de ser excesivamente genérica y fragmentaria, dejando demasiados cabos sueltos que suscitan notable inseguridad jurídica.

Tampoco se ha reflexionado apenas sobre varios aspectos de indudable interés, de los que en buena medida depende el éxito de tan vasta operación. De todos ellos, cito tan sólo dos aquí y ahora: primero, la acomodación y ajuste de mentalidades, estructuras burocráticas y viejas prácticas de las administraciones públicas a las nuevas formas de intervención, que reclaman que el acento se ponga a partir de ahora, no en la fase de control previo de las actividades de los particulares, sino más bien en las fases posteriores de verificación, investigación, inspección y sanción,⁴⁴ lo que exige una revisión de prioridades y objetivos y una consecuente reasignación de medios personales, materiales y financieros, amén de un esfuerzo en el plano formativo del personal a su servicio; y, segundo, la posibilidad de la implantación de mecanismos y técnicas de autorregulación y control sucesivo habituales en la ordenación de importantes sectores económicos y de externalización parcial de la actividad administrativa de verificación, investigación e inspección en los controles de acceso a la actividad de servicios y de desarrollo y práctica posteriores mediante la participación de entidades de certificación.⁴⁵

43. *Vid.* Comunicación de la Comisión Europea llamada «Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», COM (2010) 2020 final, de 3 de marzo.

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

45. *Vid.* Muñoz Machado, S., «Las regulaciones por silencio (Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)», cit., p. 77. Un ejemplo de ello es la ordenanza municipal de Madrid referente al régimen de gestión y control de licencias, de 29 de junio de 2009 (BOCM de 6 de julio de 2009), pese a que acaba de ser anulada parcialmente por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de febrero de 2011 (recurso contencioso-administrativo núm. 613/2009). La ordenanza contempla la atribución del ejercicio de la función de control previo de legalidad de las licencias a unas entidades de titularidad privada («entidades colaboradoras en la gestión de licencias urbanísticas»), que previa acreditación por una entidad privada sin

En definitiva, el cambio de cultura administrativa que demandan la Directiva de servicios y las instituciones europeas requiere tanto la colaboración decidida y resuelta del legislador del Estado y, cómo no, de los legisladores autonómicos, como la actuación leal y responsable de todas las administraciones públicas implicadas. Los juristas debemos estar vigilantes. Veremos si unos y otros están a la altura del reto en marcha.

ánimo de lucro elegida por el Ayuntamiento de Madrid (artículos 10 y ss.) y autorización a cargo de este último, desempeñan «como organismo imparcial las funciones de verificación y control que determina la presente ordenanza» (artículo 3.e, en relación con el artículo 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, pp. 95-110.

RESUMEN

Revista catalana de dret públic, 42, ISSN 1885-5709, 2011

Fuente de la clasificación: Clasificación Decimal Universal (CDU)

Fuente de los descriptores: palabras clave facilitadas por los autores

35.078

Juan Ramón Fernández Torres, catedrático de derecho administrativo de la Universidad Complutense de Madrid

es Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable

p. 85-114

El presente estudio ofrece una explicación unitaria de las diferentes formas de intervención administrativa, centrada en la exposición del parco régimen general contenido en las leyes 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la anterior. Además, subraya la exigencia de una profunda revisión del concepto clásico de autorización y examina la ordenación de las demás formas de intervención administrativa aupadas al primer plano por la Directiva de servicios, esto es, las comunicaciones previas y las declaraciones responsables.

Palabras clave: Directiva de servicios; libertad de establecimiento; libertad de prestación de servicios; Derecho Administrativo; liberalización; desregulación; autorización; comunicación previa; servicio público.

RESUM

Revista catalana de dret públic, 42, ISSN 1885-5709, 2011

Font de la classificació: Classificació Decimal Universal (CDU)

Font dels descriptors: paraules clau facilitades pels autors

35.078

Juan Ramón Fernández Torres, catedràtic de dret administratiu de la Universitat Complutense de Madrid

es Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable

ca Règims d'intervenció administrativa: autorització, comunicació prèvia i declaració responsable

p. 85-114

Aquest estudi ofereix una explicació unitària de les diferents formes d'intervenció administrativa, centrada en l'exposició de l'exigiu règim general que contenen 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. A més, subratlla l'exigència d'una revisió profunda del concepte clàssic d'autorització i examina l'ordenació de les altres formes d'intervenció administrativa elevades al primer pla per la Directiva de serveis, és a dir, les comunicacions prèvies i les declaracions responsables.

Paraules clau: Directiva de serveis; llibertat d'establiment; llibertat de prestació de serveis; dret administratiu; liberalització; desregulació; autorització; comunicació prèvia; servei públic.

ABSTRACT

Revista catalana de dret públic, 42, ISSN 1885-5709, 2011

Classification source: Universal Decimal Classification (UDC)

Key words source: Key words are given by authors

35.078

Juan Ramón Fernández Torres, chaired professor of Administrative Law at the Complutense University of Madrid

es Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable

en Administrative Intervention Regimes: Authorization, Previous Communication and Responsible Declaration

p. 85-114

This paper offers a unitary explanation for the different forms of administrative intervention, focusing on the explanation of the brief general regime contained in Law 17/2009, of 23 November, on Free Access to Service Activities and the Exercise Thereof, and Law 25/2009, of 22 December, Amending Various Laws for their Adaptation to Law

17/2009. In addition, it underscores the need to profoundly revisit the classic concept of authorization and examines the management of the other forms of administrative intervention that have been catapulted to the forefront by the Services Directive, i.e., previous communications and responsible declarations.

Key words: Services Directive; freedom of establishment; freedom to provide service; Administrative Law; liberalization; deregulation; authorization; previous communication; public service.

