

La Ley de liberalización de servicios y sus repercusiones en el procedimiento administrativo

Sumario: I. LA DIRECTIVA 2006/123/CE O DIRECTIVA DE SERVICIOS.—II. LA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS.—III. LA LEY 17/2009, DE 23 DE NOVIEMBRE, SOBRE EL LIBRE ACCESO A LAS ACTIVIDADES DE SERVICIO Y SU EJERCICIO.—IV. LA LEY 25/2009, DE 22 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE DIVERSAS LEYES PARA SU ADAPTACIÓN A LA LEY SOBRE EL LIBRE ACCESO A LAS ACTIVIDADES DE SERVICIO Y SU EJERCICIO. EN PARTICULAR, LAS MODIFICACIONES DE LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Y DE LA LEY 7/1985, DE 2 DE ABRIL, REGULADORA DE LAS BASES DEL RÉGIMEN LOCAL.

I. LA DIRECTIVA 2006/123/CE O DIRECTIVA DE SERVICIOS

La Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante, Directiva de Servicios) se adoptó en el marco de la estrategia de Lisboa con la intención de crear unas condiciones normativas de las actividades de servicios más transparentes, con supresión de barreras y requisitos que dificultan y, a veces, obstaculizan las libertades de establecimiento y circulación de servicios, consagradas en los artículos 43 y 49 del Tratado de la Comunidad Europea.

Lo que se pretendía era establecer un marco jurídico general que garantizase la libertad de establecimiento de los sujetos de un Estado miembro

* Letrada del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. Letrada de la Asamblea de Madrid.

en el territorio de otro así como la libertad de prestación de servicios en cualquier Estado miembro sin necesidad de establecerse en él. Ello conllevaría la consecución de la meta de un mercado interior de servicios en la Unión Europea, siendo condición necesaria la modificación de trámites administrativos y legales que, al tratarse de requisitos impuestos para el ejercicio de la actividad por la normativa interna de los Estados miembros, suponían trabas para el ejercicio de las citadas libertades fundamentales.

Ello no obstante, sí se reconoce a los Estados la posibilidad de disponer, de forma excepcional y justificada, la exigencia de regímenes de autorización con requisitos no discriminatorios, proporcionados y fundados en una razón de interés general.

La Directiva de Servicios plantea unos objetivos:

- Facilitar la libertad de establecimiento y de prestación de servicios en la Unión Europea disponiendo un amplio ámbito de aplicación en el que se incluyan todos los servicios prestados a cambio de remuneración, sin perjuicio de la existencia de sectores excluidos y especificidad de determinadas actividades¹. Así, «sin ánimo de exhaustividad, pueden mencionarse como ejemplos contemplados en la Directiva los siguientes: las actividades de la mayoría de las profesiones reguladas (como asesores jurídicos y fiscales, arquitectos, ingenieros, contables, peritos), los servicios de los artesanos, los servicios a empresas (como los de mantenimiento de oficinas, consultoría de gestión, organización de eventos, cobro de deudas, publicidad y selección de personal), las tareas de distribución (incluido el comercio minorista y mayorista de bienes y servicios), los servicios en el campo del turismo (como los que prestan las agencias de viaje), los servicios de ocio (como los que prestan los centros deportivos y parques de atracciones), los servicios de construcción, instalación y mantenimiento de equipos, los servicios de información (como portales de Internet, agencias de noticias, editoriales, actividades de programación informática), los servicios de alojamiento y restauración (como los que prestan hoteles, restaurantes, empresas de comidas a domicilio), los servicios en el área de la formación y la educación, los servicios de alquiler (incluido el alquiler de automóviles) y de *leasing*, los servicios inmobiliarios, los de certificación y verificación, los servicios domésticos (como los de limpieza, cuidadores de menores y jardinería), etc.»².
- Simplificar trámites y agilizar los procedimientos, impulsando una ventanilla única para la tramitación electrónica.
- Fomentar la calidad de los servicios.

¹ Considerandos 33 a 35 de la Directiva.

² Dirección General del Mercado Interior y Servicios de la Comisión Europea, *Manual para la transposición de la Directiva de Servicios 2007*.

- Reforzar los derechos de los destinatarios de los servicios en su calidad de usuarios, regulando el derecho de utilizar los servicios de otros Estados miembros y a obtener información sobre las normas aplicables independientemente del lugar de establecimiento.
- Establecer una cooperación administrativa efectiva entre los Estados miembros que garantice un control de las actividades al tiempo que evite la multiplicación de controles. Para su consecución se prevé la creación de un mecanismo de alerta entre Estados miembros y la instauración de un sistema electrónico de intercambio de información.

II. LA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

La transposición se ha realizado en nuestro Derecho interno de forma parcial que, por el momento, tiene su reflejo en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio (conocida como Ley Paraguas) y en la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio (conocida como Ley Ómnibus).

La transposición podía haberse realizado mediante la modificación de las disposiciones vigentes que confrontasen con las disposiciones de la Directiva de Servicios, sin embargo, se optó por la elaboración de una ley transversal (Ley 17/2009), creadora de un marco jurídico general que reproduce los principios de la Directiva. Por este motivo la transposición resultaba parcial y debía necesariamente ser completada con la modificación o, en su caso, derogación de la normativa afectada por la Directiva (función que cumple la Ley 25/2009). Por otro lado, también las Comunidades Autónomas e incluso las entidades locales para el rango reglamentario deberán completar la transposición.

El Consejo de Estado se pronunció en su día sobre esta opción para la transposición de la Directiva: «el Consejo de Estado no objeta esta forma de instrumentación de la transposición de la Directiva, en la medida que permitirá contar con una ley horizontal en la que quedan recogidos los principios previstos en la norma comunitaria que deben guiar la regulación de las actividades de servicios no sólo en el momento de su entrada en vigor, sino también en el futuro y, por tanto, en las propuestas regulatorias que en lo sucesivo puedan impulsarse. Desde esta perspectiva, el anteproyecto constituirá un insoslayable punto de referencia a la hora de adoptar la normativa vigente en esta amplia materia a lo dispuesto en la Directiva de Servicios. Se trata, además, de una ley de carácter básico que, precisamente por ello, garantiza un mínimo homogéneo que habrá de ser respetado por las Comunidades Autónomas en la labor de transposición que les corresponde. Ahora bien, aun cuando el método de transposición por el que se

ha optado no resulta en sí mismo objetable, no puede dejar de señalarse que esta peculiar forma de incorporación del Derecho comunitario a nuestro ordenamiento puede provocar ciertas distorsiones, tanto desde la perspectiva de la transposición misma de la Directiva, como desde su incidencia en nuestro Derecho interno. Ante todo ha de tenerse en cuenta que la Ley proyectada es una disposición con escasa virtualidad normativa y que no despliega plenamente sus efectos, pues las disposiciones incompatibles con algunas de sus previsiones mantendrán su vigencia hasta que sean adaptadas a ella o derogadas, lo cual deberá suceder, en todo caso, antes del 27 de diciembre de 2009 (Disposición Derogatoria única). Muchos de los preceptos de esta norma contienen meras proposiciones descriptivas o desiderativas, pero carecen de fuerza normativa inmediata. E igualmente incluye el anteproyecto artículos que tienen un marcado carácter programático, cuyo incumplimiento no genera consecuencias previsibles, y que por su ubicación o contenido no pueden considerarse principios, fines o valores que, con frecuencia, conforman la “parte expositiva” de las normas, donde esa clase de previsiones más generales tienen su natural encaje. En algunos casos, esos preceptos constituyen un mandato dirigido al titular de la potestad normativa de que actúe con posterioridad. En tales supuestos, se ha optado por establecer una fijación de objetivos, algo que es más propio de un instrumento normativo finalista como la Directiva que de una ley. Así, los artículos que enuncian o anticipan una sucesión de medidas que los poderes públicos habrán de adoptar vienen a ser, por su carácter discursivo, vaciados de fuerza normativa, como una segunda exposición de motivos, lo que es impropio del articulado de una ley; o, si tienen carácter preceptivo, pueden generar problemas en su aplicación inmediata, ya que es necesario adaptar al anteproyecto las normas que actualmente regulan estas cuestiones. En estos casos, el momento normativo se desplaza a las disposiciones que se dicten con posterioridad a la aprobación de esta norma, quedando con ello demorada su eficacia»³.

Estas prevenciones del Consejo de Estado resultaron parcialmente sofocadas con la aprobación de la Ley 25/2009, que, como más adelante veremos, sí asume la pretensión de completar la transposición de la Directiva y acometer la reforma de la regulación del Derecho interno en materia de actividades de servicios, incluso extiende los principios u objetivos de la Directiva de Servicios a materias o actividades no incluidas en su ámbito de aplicación con la argumentación de que ello favorecería la competitividad y contribuiría a mejorar la actividad económica. Así, algunos de los sectores afectados por la Ley 25/2009 que no se encuentran en el ámbito de aplicación de la Directiva son los de transportes, telecomunicaciones, seguridad y salud en el trabajo, profesiones sanitarias, costas, montes, caza, pesca fluvial, servicios portuarios, sanidad, seguridad vial y Seguridad Social.

También sobre esta norma se pronunció el Consejo de Estado aseverando que «Pues bien, aún cuando con carácter general, la aplicación extensiva

³ Dictamen del Consejo de Estado, núm. de expediente 779/2009, de 21 de mayo.

de los principios y reglas contenidos en la Directiva de Servicios —e incorporados a nuestro ordenamiento a través de la futura Ley sobre el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio— a sectores de actividad excluidos de su ámbito de aplicación no es en sí misma objetable, sí debe reprocharse que tales modificaciones se incluyan en este anteproyecto. Y ello porque tales reformas no vienen impuestas por la obligación de incorporar la Directiva y, en consecuencia, no están sujetas al acuciante plazo de transposición que sí opera respecto de las materias directamente afectadas por ella. En consecuencia, debería considerarse la posibilidad de posponer la modificación de tales normas, lo que sin duda permitiría un debate más reposado y una ponderación más sosegada de los intereses en juego. [...] Ciertamente es que la mayoría de tales modificaciones responden a un mismo fin, ya mencionado, cual es el consistente en extender los principios de buena regulación que establece la Directiva de Servicios a otras actividades. Pero también lo es que la técnica de las leyes “ómnibus” ha sido tradicionalmente objetada por este Consejo de Estado, particularmente exigente con la necesidad de situar cada norma jurídica o modificación de la misma en las “sedes materiae” que, presupuesta la conformación del ordenamiento en su conjunto a partir de criterios lógicos o sistemáticos, sea su ubicación normal. Desde esta perspectiva no se considera una solución correcta ni adecuada la de incluir en una misma norma cuestiones tan diferentes y diversas como las que se regulan en el anteproyecto, habida cuenta de que “el empleo de esta técnica legislativa no hace sino aumentar la dispersión normativa existente; dispersión que dificulta la aplicación de unas normas jurídicas que tienen como destinatarios principales, no sólo a autoridades, funcionarios y profesionales del derecho, sino también a particulares” (Dictamen 4908/97). Por ello debe reiterarse una vez más qué razones de técnica jurídica y de buena técnica legislativa aconsejan que las normas legales nazcan en el seno propio de la materia objeto de regulación y vivan dentro de ella hasta que sean sustituidas por otras»⁴.

III. LA LEY 17/2009, DE 23 DE NOVIEMBRE, SOBRE EL LIBRE ACCESO A LAS ACTIVIDADES DE SERVICIO Y SU EJERCICIO

Como quedó expuesto más arriba, la Ley 17/2009 establece unas disposiciones generales que habrán de ser seguidas y concretadas por las modificaciones normativas que se produzcan para proceder a la liberalización de los sectores de servicios ya en el ámbito estatal, donde dichas modificaciones han sido objeto de regulación a través de la Ley 25/2009, como en el autonómico y local.

En definitiva, lo que la Ley 17/2009 establece es un «marco regulatorio general para hacer realidad la libertad de establecimiento, suprimiendo las

⁴ Dictamen del Consejo de Estado, núm. de expediente 779/2009, de 21 de mayo.

barreras y obstáculos a su efectividad (art. 4). Frente a la intervención administrativa previa que, bajo el prototipo de la autorización, era tradicional y normal en el Derecho Administrativo español, se postula un control *a posteriori* mediante una serie de principios generales aplicables en los distintos escalones de la actividad administrativa y la categorización de nuevos medios de intervención *ex-post*. Se establece el principio general de no sujeción al régimen de autorización administrativa para eliminar intervenciones abusivas o innecesarias. Un nuevo paradigma, que tiene raigambre en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia e implica una relectura de la libertad de empresa y del derecho de propiedad privada plasmada en una nueva configuración de la actuación de las Administraciones Públicas»⁵.

En efecto, si bien la Ley 17/2009 opera sobre la simplificación de los procedimientos administrativos a partir del Capítulo IV, titulado, precisamente, «Simplificación administrativa», no es menos cierto que desde los primeros preceptos comienza la regulación de ese marco regulatorio general. Así, en el Capítulo II, titulado, «Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios», regula el principio de libertad de establecimiento, conforme al cual, los prestadores de servicios de cualquier Estado miembro o residentes legalmente en España, podrán establecerse libremente para ejercer una actividad de servicios. Después de establecerse podrán ejercer dicha actividad en cualquier lugar del territorio español.

Se fija un criterio general de no sujeción al régimen de autorización previa, que únicamente podrán existir por razón «imperiosa» de interés general y siempre que sean proporcionados y no discriminatorios.

Como regla general será suficiente una comunicación previa o declaración responsable del prestador del servicio, respecto de las cuales operará el silencio positivo, excepto cuando, de nuevo, concurra una imperiosa razón de interés general.

Las comunicaciones, declaraciones responsables e, incluso, las autorizaciones podrán estar sometidas a limitaciones temporales y territoriales, aunque con carácter general se prevé su validez para todo el territorio español y por tiempo indefinido.

Se prevé también la posibilidad de revocar las autorizaciones por parte de las autoridades y que éstas procedan a decretar la suspensión de la actividad si se dejan de cumplir las condiciones que motivaron la autorización.

La limitación cuantitativa de las autorizaciones sólo podrá tener lugar por la escasez de recursos naturales o físicos o por limitaciones de las capacidades técnicas a utilizar en el desarrollo de la actividad. Para llevar a cabo estas limitaciones se acudirá a un procedimiento de concurso con garantías de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva.

⁵ RAZQUIN LIZARRAGA, J. A.: «De la intervención administrativa previa al control *a posteriori*: la reforma del procedimiento administrativo común a consecuencia de la Directiva de Servicios». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2010. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 3.

Los requisitos que las Administraciones impongan para el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio deben ser lo menos gravosos y más predecibles y no podrán exigirse por un Estado miembro cuando ya se hayan exigido y cumplimentado en otro. Además los requisitos deberán ajustarse a los siguientes criterios (art. 9):

- No ser discriminatorios.
- Estar justificados por una razón imperiosa de interés general.
- Ser proporcionados a dicha razón imperiosa de interés general.
- Ser claros e inequívocos.
- Ser objetivos.
- Ser hechos públicos con antelación.
- Ser transparentes y accesibles.

La Ley establece la prohibición de exigencia de determinados requisitos así como la excepcionalidad de exigencia de otros requisitos que se consideren obstáculos graves a la libertad de establecimiento en tanto en cuanto suponen una evaluación previa, sin embargo, no se trata de una prohibición sino de una admisión excepcional siempre que, de acuerdo con la terminología que viene utilizando la Ley, sean proporcionales, no discriminatorios y estén justificados por una razón imperiosa de interés general. En este caso, además de estos conceptos jurídicos indeterminados en los que se fundamentan las excepciones a los mandatos de la Ley, la exigencia de los requisitos excepcionales deberá ser comunicada a la Comisión Europea y estar suficientemente motivada en la normativa que imponga dichos requisitos.

La Ley admite la prestación de servicios en España por cualquier prestador establecido en otro Estado miembro sin que se le pueda exigir establecimiento en territorio español, obtención de autorización ni inscripción en registro alguno. La Ley impide también que se impongan prohibiciones para que el prestador pueda llevar a cabo su actividad con la obtención de los medios materiales (infraestructuras, oficinas, etc.) que necesite o que se exijan requisitos sobre el uso de equipos y materiales, salvo por motivos de seguridad y salud en el trabajo. Igualmente se proscribire la exigencia de documentación identificativa específica o que se limiten servicios como trabajador autónomo.

Sí se admiten para casos excepcionales y únicamente por motivos de seguridad de los servicios medidas restrictivas que deberán siempre estar debidamente motivadas. Estas medidas sólo podrán aplicarse cuando concurran, conjuntamente, las siguientes condiciones (art. 14.2):

- Que la norma en virtud de la que se adopta la medida no haya sido objeto de armonización comunitaria en el ámbito de la seguridad de los servicios.
- Que la medida ofrezca al destinatario del servicio una protección mayor que la adoptada por el Estado miembro de establecimiento, o que éste no haya adoptado ninguna o que sea insuficiente.
- Que la medida sea proporcionada.

Como adelantamos más arriba, el Capítulo IV, titulado «Simplificación administrativa» impone a las Administraciones Públicas la revisión de los procedimientos aplicables al establecimiento y prestación de servicios con la finalidad de obtener su simplificación. Como cuestiones concretas cabe exponer las siguientes:

- Las autoridades competentes aceptarán los documentos procedentes de otro Estado miembro relativos a la acreditación del cumplimiento de requisitos exigidos para el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio.
- En el caso de documentos emitidos por una autoridad competente, española o de otro Estado miembro, no se exigirá la presentación de originales ni fotocopias compulsadas ni de traducciones juradas, sin perjuicio de la posibilidad de recabar de la autoridad correspondiente la confirmación de la autenticidad del documento de que se trate. Lo expuesto podrá excepcionarse en casos previstos por la normativa comunitaria o justificados por razones de orden público y seguridad pública.

Una de las cuestiones de mayor relevancia desde el punto de vista administrativo de la Ley 17/2009 es la creación de la ventanilla única electrónica, a través de la cual se podrá obtener toda la información y llevar a cabo todos los trámites precisos para el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio. En particular, la Ley regula unas «garantías de información a través de la ventanilla única» (art. 19) especificando que a través de la misma se podrá acceder

- Al conocimiento de requisitos exigibles y trámites aplicables, así como a los datos de las autoridades competentes.
- A los medios y condiciones de acceso a registros y bases de datos.
- A las vías de reclamación y recursos que se puedan interponer frente a la Administración y también frente a otros prestadores de servicios o frente a los destinatarios de los mismos.
- A los datos de asociaciones sectoriales de servicios y organizaciones de consumidores.

También a través de la ventanilla única los prestadores de servicios están obligados a comunicar los cambios que afecten a las condiciones que determinaron una autorización.

De forma residual se prevé igualmente que la ventanilla única incorpore otros trámites no incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley, como, por ejemplo, los que se realizan ante la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social, así como «aquellos otros que se consideren necesarios» (Disposición Adicional segunda).

No podemos dejar de mencionar la regulación, en el Capítulo VI, de la cooperación administrativa para el control efectivo de los prestadores. En

efecto, se prevé una cooperación con las autoridades competentes de otros Estados miembros y con la Comisión Europea a efectos de información, control, inspección e investigación sobre los prestadores y para su supervisión. Con esta finalidad se designarán diferentes puntos de contacto en la Administración General del Estado y en las Comunidades Autónomas, estableciendo en la primera un punto de contacto de coordinación al que se remitirán todas las comunicaciones de cualquier Administración con la Comisión o con otros Estados miembros.

Las solicitudes de información o realización de control, inspección o investigaciones deberán estar debidamente motivadas y las comunicaciones se realizarán a través del punto de contacto.

Las autoridades tanto españolas como de otro Estado miembro podrán consultar en igualdad de condiciones los registros en que se hallen inscritos los prestadores de servicios.

Igualmente existirá comunicación, previa solicitud motivada, relativa a las medidas disciplinarias y sanciones administrativas firmes que se hayan adoptado por cualquier autoridad española y que guarden relación directa con la actividad de servicios, así como las condenas penales y las declaraciones de concurso culpable que se hayan dictado respecto a algún prestador en relación directa con su actividad de servicio.

Por último la Disposición Adicional primera prevé la existencia de un sistema electrónico de intercambio de información entre las Administraciones y con los demás Estados miembros que garantice el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley.

IV. LA LEY 25/2009, DE 22 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE DIVERSAS LEYES PARA SU ADAPTACIÓN A LA LEY SOBRE EL LIBRE ACCESO A LAS ACTIVIDADES DE SERVICIO Y SU EJERCICIO. EN PARTICULAR, LAS MODIFICACIONES DE LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Y DE LA LEY 7/1985, DE 2 DE ABRIL, REGULADORA DE LAS BASES DEL RÉGIMEN LOCAL

Como ya quedó expuesto más arriba, la Ley 25/2009 tiene como objetivo adaptar la normativa estatal de rango legal a lo dispuesto en la Ley 17/2009, ello supone la modificación de numerosas leyes sectoriales. Nos centraremos en el presente trabajo en las modificaciones que afectan al procedimiento administrativo. Así, el Título I, denominado «Medidas horizontales», introduce las figuras de la comunicación y de la declaración responsable, así como la generalización del silencio administrativo positivo, medidas ya previstas en la Ley 17/2009.

De forma muy relevante debemos destacar la modificación que se produce de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En concreto, se añaden dos nuevos artículos: 39 *bis* y 71 *bis*. También se modifica el artículo 43, sobre el silencio administrativo.

El nuevo artículo 39 *bis*, bajo la rúbrica «Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad» dispone:

«1. Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de los derecho 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.

2. Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan».

Como expresa Razquin Lizarraga estos principios encuentran «precedente en el RSCL que disponía los siguientes principios de intervención administrativa en la actividad privada: el principio de igualdad (art. 2), el ejercicio de la competencia cuando concurren los motivos que la fundamentan y para los fines que la justifican (art. 4) y la congruencia del contenido de los actos con los motivos y fines que los justifican, así como la elección, de ser varios admisible, del menos restrictivo para la libertad individual (art. 6) [...] Así pues, cambia la perspectiva y enfoque de la actuación de la Administración respecto de la actividad privada, supeditada a los principios siguientes: 1) Proporcionalidad, debiendo elegir el régimen menos restrictivo de la libertad individual; 2) Motivación, pues debe acreditarse la necesidad de la intervención y justificar su adecuación a los fines perseguidos; y 3) Igualdad o no discriminación. Una modernización de la Administración Pública, más supervisora que interventora previa, partiendo del ejercicio por el ciudadano de sus derechos y libertades, con un sistema de control de menos a más (en sentido ascendiente o decreciente) para asegurar el interés público, así como la calidad de los servicios y los derechos de los consumidores y usuarios»⁶.

Otra modificación importante en la Ley 30/1992 es la del artículo 43, que regula el silencio administrativo, de acuerdo con la redacción dada en la Ley 25/2009 dispone lo siguiente:

⁶ RAZQUIN LIZARRAGA, J. A.: «De la intervención administrativa previa al control *a posteriori*: la reforma del procedimiento administrativo común a consecuencia de la Directiva de Servicios». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2010. Ed. Aranzadi, Pamplona 2010, p. 5.

«1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario.

Asimismo, el silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano competente no dictase resolución expresa sobre el mismo.

2. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente.

3. La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 42 se sujetará al siguiente régimen:

- a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.
- b) En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio.

4. Los actos administrativos producidos por silencio se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver. Solicitado el certificado, éste deberá emitirse en el plazo máximo de quince días».

La modificación más relevante de este precepto en relación con la redacción precedente, dada a su vez por la reforma de la Ley 4/1999, de 13 de enero, reside en la exigencia de que los supuestos de silencio negativo se fijen por una norma con rango de ley y «por razones imperiosas de interés general». Ello implica no sólo la concurrencia del requisito formal de una

norma con rango de ley sino también la de un requisito material, cual es la razón imperiosa de interés general.

No obstante, esta modificación no tiene efecto práctico alguno sobre las normas anteriores a la Ley 25/2009 en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional cuarta de la Ley, titulada «Aplicación de los requisitos previstos para el silencio administrativo desestimatorio regulado en normas preexistentes», que reza:

«A los efectos previstos en el primer párrafo del artículo 43.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de acuerdo con la redacción dada por la presente Ley, se entenderá que concurren razones imperiosas de interés general en aquellos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley por normas con rango de ley o de Derecho comunitario, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto».

Esta disposición aparecía en el Proyecto de ley como Disposición Transitoria segunda, debiendo sobre esta circunstancia tenerse en cuenta lo advertido en su día por el Consejo de Estado: «[...] la aplicación generalizada de la regla del silencio positivo a que obligan la Directiva de Servicios y el proyecto de ley mencionado en los sectores afectados puede verse frustrada como consecuencia de lo previsto en la Disposición Transitoria segunda del anteproyecto consultado [...]. En la tramitación del expediente se ha justificado esta disposición alegando que la regla en ella establecida proporciona mayor seguridad jurídica a los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la ley proyectada, Y, en efecto, es lógico que se prevea que a aquellos procedimientos que estén pendientes de resolución a la entrada en vigor de esta ley y para los que una norma con rango legal prevea la aplicación del silencio negativo en tanto no sean adaptadas a la normativa comunitaria y las leyes de transposición (lo cual debe suceder antes de que expire el plazo de transposición). Sin embargo, no es eso lo que se deduce del tenor literal de esta disposición. Antes bien, de la lectura de este precepto parece desprenderse que la finalidad de esta disposición es que, no obstante la obligación derivada de la Directiva de Servicios de generalizar el silencio positivo en los procedimientos de otorgamiento de autorizaciones necesarias para acceder a una actividad de servicios y ejercerla, pueda mantenerse la regla del silencio negativo, allí donde esté prevista por una norma de rango legal, por considerar que en tales casos concurren “causas justificativas de interés general” —debería decir, según ha quedado expuesto, “razones imperiosas de interés general”—. De ser éste el sentido de la disposición, se produciría un ajuste en bloque a la nueva regulación de todas las normas con rango de ley que actualmente prevén el silencio negativo. Y ello a pesar de que, según ha quedado expuesto, la Directiva y el proyecto de ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio exigen realizar una evaluación de la normativa por estas normas

afectada y proceder, en caso de que sea necesario, a su adecuación a ellas o a su derogación. Desde esta perspectiva, debe destacarse que la disposición analizada no recoge realmente una regla de derecho transitorio, dirigida a facilitar el tránsito al régimen jurídico previsto por la nueva regulación, sino una regla que permite considerar ajustadas a las exigencias de la nueva regulación las normas legales vigentes, sin que ello implique necesariamente que hayan sido objeto del mencionado proceso de evaluación, que obliga a verificar y justificar que en las normas sectoriales aplicables concurre una razón imperiosa de interés general»⁷.

A la vista del criterio del Consejo de Estado es evidente que el Gobierno, mediante la iniciativa legislativa y las Cortes Generales, en el ejercicio pleno de la potestad legislativa, han optado por quedarse en la mera formalidad desplazando el texto de la Disposición Transitoria segunda del anteproyecto de ley a la Disposición Adicional cuarta de la Ley. Ello supone asumir que, contrariamente a la justificación que sustentaba la disposición en la tramitación del expediente, su fundamento no radicaba en la seguridad jurídica de los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley sino más bien obviar un análisis de los procedimientos recogidos en las diferentes normas a fin de adaptarlos en materia de silencio positivo.

Esta forma de proceder lo que ha supuesto es que el legislador se haya quedado en la pura formalidad no sólo en lo relativo a la Disposición Adicional cuarta sino también en la reforma del artículo 43, que se queda en una mera modificación de carácter formal, pero ya no sustantiva puesto que el requisito material al que apuntamos más arriba para que el silencio sea negativo (la razón imperiosa de interés general) queda vacío de contenido, al no ser más que mencionada en la Disposición Adicional cuarta para afirmar que dicha razón concurre para que el silencio sea negativo en los procedimientos en que así estuviera previsto con anterioridad, sin que dicha concurrencia haya quedado acreditada ni concretada en modo alguno. Ello podría considerarse un defectuoso cumplimiento del mandato tanto de la Directiva de Servicios como de la Ley 17/2009.

De mayor calado es la adición del artículo 71 *bis*, titulado «Declaración responsable y comunicación previa», y cuyo tenor literal es el siguiente:

«1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por reclamación 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 para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio.

Los requisitos a que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable.

⁷ Dictamen del Consejo de Estado, núm. de expediente 779/2009, de 21 de mayo.

2. A los efectos de esta Ley, 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.

3. 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.

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.

4. La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o a una comunicación previa, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable o comunicación previa, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.

Asimismo, la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación.

5. Las Administraciones Públicas tendrán permanentemente publicados y actualizados modelos de declaración responsable y de comunicación previa, los cuales se facilitarán de forma clara e inequívoca y que, en todo caso, se podrán presentar a distancia y por vía electrónica».

Es precisamente en este artículo 71 *bis* donde se produce la principal novedad en materia de procedimiento administrativo ya que la actuación administrativa en relación con las actividades de los particulares ha sido tradicionalmente de intervención *a priori*, a través de la figura de la autorización administrativa. Con este artículo se disminuye notablemente el ámbito de actuación de la autorización, aunque sin llegar a desaparecer y se completa con dos nuevas figuras como lo son la comunicación previa y la declaración responsable.

Respecto de estos nuevos conceptos lo primero que cabe poner de relieve es que se trata de actos realizados por los particulares, es decir, no son actos administrativos, ahora bien sí son actos que producen efectos ad-

ministrativos, como son el reconocimiento o ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad.

La falta de naturaleza administrativa en estos actos determina que no pueda serles de aplicación el régimen previsto para aquellos de validez, nulidad, revisión, revocación, recursos, etc. Sin embargo, la Ley sí prevé la posibilidad de que sus efectos se vean limitados o, incluso, eliminados mediante el ejercicio de un control *a posteriori*, de ahí, como decíamos al principio, el cambio de actuación administrativa de intervencionista a controladora o inspectora. Este cambio exige que la Administración cuente con las medidas necesarias para hacer cumplir la legalidad, *a posteriori*, medidas que se traducen en el reconocimiento de facultades de comprobación, verificación, investigación e inspección que se regulan en el nuevo artículo 39 *bis.2*.

Debemos también tener en cuenta que la revocación, como acto típico de control *a posteriori* previsto para las autorizaciones, no es posible aplicarlo a los efectos derivados de las comunicaciones previas ni de las declaraciones responsables y ello, precisamente, porque no conllevan per se la existencia de ningún acto administrativo que pueda ser revocado. Antes al contrario, será necesaria la realización de un acto administrativo que implique la limitación o cesación de la eficacia atribuida a las comunicaciones previas y a las declaraciones responsables. Así el artículo 7 de la Ley 17/2009 dispone que «cuando el acceso a la actividad o su ejercicio esté condicionado a la realización de una comunicación o de una declaración responsable por parte del prestador, la comprobación por parte de la Administración 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 tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar».

Otra cuestión relevante y de la que no se percibe aclaración en el nuevo artículo 71 *bis* es la relativa a los motivos y supuestos en los que debe exigirse una comunicación previa y en cuáles una declaración responsable.

Por último, la Ley 25/2009 también reforma el artículo 70 *bis* y el 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local. La reforma del artículo 70 *bis* supone la adición al mismo de un punto 4 que regula la posibilidad de que los prestadores de servicios puedan realizar todos los procedimientos y trámites relativos a una actividad de servicio y su ejercicio a través de la ventanilla única también en el ámbito local, debiendo garantizar el acceso a información y formularios en los términos regulados por la Ley 17/2009.

La reforma del artículo 84 supone una mera adaptación que preserva la intervención administrativa en el ámbito local a través del sometimiento de la actividad de los ciudadanos a la obtención de licencia u otros actos de control preventivo exceptuando de las actividades objeto de regulación por

la Ley 17/2009. También incorpora las figuras de la comunicación previa y de la declaración responsable al régimen local.

A modo de conclusión sólo diremos que las reformas exigidas por la Directiva de Servicios deberán continuar, hasta completar la transposición, en aquellas materias que sean competencia de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales, debiendo recordar la previsión de la Ley 17/2009 en su Disposición Final cuarta de compensación de deudas en caso de responsabilidad por incumplimiento en cuya virtud las sanciones que España pudiera recibir de la Unión Europea por el incumplimiento de la normativa comunitaria en esta materia podrán ser compensadas con las cantidades que la Hacienda Pública estatal deba transferir a la Administración que haya sido responsable de incumplimiento.

Considerando que ha transcurrido el plazo para la transposición de la Directiva y que la elección de una transposición no realizada norma por norma, sino de manera horizontal, ha determinado que se difiera en el tiempo la transposición completa, será necesario matizar a qué Administración (estatal, autonómica o local) ha de corresponder la responsabilidad por incumplimiento de la transposición de la Directiva, no desde el punto de vista material sino temporal, por realizarlo fuera de plazo.