



Universidad
de Alcalá

ACTIVIDAD DE CONTROL E INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA. NUEVAS TÉCNICAS: DECLARACIÓN RESPONSABLE Y COMUNICACIÓN PREVIA

**ACTIVITY OF CONTROL AND ADMINISTRATIVE
INTERVENTION. NEW TECHNIQUES: RESPONSIBLE
DECLARATION AND PREVIOUS COMMUNICATION**

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Autor/a: D./D^ª ANDREA MURCIA TORO

Tutor/a: Dr./Dra. D./D^ª EVA DESDENTADO DAROCA

Alcalá de Henares, a 10 de Febrero de 2017

RESUMEN

La Directiva de Servicios ejerce, como consecuencia, la implantación en nuestro ordenamiento jurídico la Ley 17/2009, marcan un punto de inflexión en la facultad de control de la Administración.

La transposición de la Directiva de Servicios en España obliga a llevar a cabo un programa de simplificación administrativa. En el sistema de policía, la autorización previa ha sido sustituida por nuevas técnicas llamadas figuras neopoliciales: comunicación previa y declaración responsable.

El presente trabajo aborda un estudio de estas nuevas técnicas que sustituyen el control preventivo por un control posterior.

Palabras claves: Directiva de Servicios; libre prestación de servicios; autorización administrativa; comunicación previa; declaración responsable; simplificación administrativa.

ABSTRACT

The Services Directive marks a turning point in classical activity-based police authorisation. It has been said that the system of administrative police focused on the prior authorisation has been wiped out by Directive.

The transposition of the Service Directive in Spain makes it necessary to implement a program of administrative simplification.

This work discusses the detailed study of these new techniques that replace the preventive control for “a posteriori” inspection in a framework of simplification and confidence building in the citizen.

Key words: Services Directive; freedom of establishment; authorisation schemes; posteriori inspection; simplification of procedures.

INDICE

RESUMEN.....	3
ABREVIATURAS	6
1. INTRODUCCIÓN.....	8
1.1. OBJETIVOS Y JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO.....	8
1.2. CRITERIOS METODOLÓGICOS.	10
2. ACTIVIDAD DE INTERVENCIÓN Y CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.	11
2.1. ASPECTOS GENERALES.	11
2.2. PLANTEAMIENTO TRADICIONAL Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA. .	12
2.2.1. La actividad de control en el Estado Liberal.....	13
2.2.2. El intervencionismo administrativo en el Estado Social.....	13
2.2.3. Liberación económica: Desregularización y Neoregularización.....	14
2.3. TRANSFORMACIONES DERIVADAS DEL MERCADO UNICO EUROPEO. TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS.	14
3. EL RÉGIMEN DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA	17
3.1. CONCEPTO DE AUTORIZACIÓN	18
3.2. CLASES DE AUTORIZACIONES.....	20
3.3. PROCEDIMIENTO Y RÉGIMEN JURÍDICO.....	21
3.4. LA RECONDUCCIÓN DE LA TÉCNICA AUTORIZATORIA AL NUEVO MARCO DE LA LEY DE SERVICIOS.	23
3.4.1. Condiciones formales y materiales de las nuevas autorizaciones administrativas.	23

3.4.2. Requisitos prohibidos de establecimiento (lista negra y lista gris).	28
3.5. AUTORIZACIONES EN LOS SERVICIOS EXCLUIDOS DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS.	32
4. LA COMUNICACIÓN PREVIA Y LA DECLARACION RESPONSABLE.	34
4.1. ANTECEDENTES.	35
4.2. CONFIGURACIÓN LEGAL DE ESTAS TÉCNICAS.	37
4.3. SEMEJANZAS ENTRE AMBAS TÉCNICAS NEOPOLICIALES.	39
4.4. CONSECUENCIAS DE LAS IRREGULARIDADES EN LA COMUNICACIÓN PREVIA Y DECLARACIÓN RESPONSABLE.	41
5. CONCLUSIONES.	44
6. BIBLIOGRAFÍA.	47

ABREVIATURAS

Art., arts.	Artículo o artículos
CE	Constitución Española
LASE	Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.
LGUM	Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.
LO	Ley Orgánica
LPACAP	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
Núm.	Número
Op. cit.	Obra citada
Pág., págs.	Página o páginas
Párr.	Párrafo
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS/SSTS	Sentencia o Sentencias del Tribunal Supremo
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

1. INTRODUCCIÓN

1.1. OBJETIVOS Y JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO.

El Derecho Administrativo se encuentra inmerso en un proceso de cambios. La autorización ha gozado, hasta hace pocos años, de un protagonismo indiscutible entre las técnicas administrativas de intervención y control. No obstante, dicha técnica ha pasado a un segundo plano y se han implantado otros recursos, que hasta ese momento eran residuales: la comunicación previa y la declaración responsable.

El motivo de dicha sustitución hay que buscarlo en la transposición de la Directiva 2006/123/CE de Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior y, como consecuencia, la implantación en nuestro ordenamiento jurídico de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las actividades de Servicios¹.

La Directiva de Servicios, forma parte de la estrategia denominada *Europa 2020*² y 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 sin fronteras interiores presidido por la libertad de circulación de los servicios³, convirtiéndose, según T.R. Fernández en la “*norma más importante que la Comunidad Europea ha aprobado hasta hoy*”⁴ y la misma opinión señala S. Muñoz Machado, al expresar 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*”⁵.

¹ En adelante Ley Paragüas. Referencia: BOE-A-2009-18731

² 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.

³ FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, “Regímenes de Intervención Administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable”, *Revista Catalana de Dret Públic* (en línea), 2011, núm 42, págs. 85-114. Disponible en internet: <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/2216>. Consultado el 10 de octubre de 2016.

⁴ ALVAREZ ARCE, Jose Luis, *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Círculo de Empresarios, 2009, Madrid, pág. 168.

⁵ ALVAREZ ARCE, Jose Luis, *Retos y oportunidades de la transposición...*, op. cit. pág 8, pág. 301.

Ésta apuesta de manera rotunda por la liberalización y por un modelo de intervención⁶ cuyo centro deja de constituirlo la actividad de control previo de la Administración⁷ y así lo señala la Ley Paraguas en su preámbulo, en concreto en el párrafo duodécimo del apartado II:

“La Ley establece un principio general según el cual el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio no estarán sujetos a un régimen de autorización. Únicamente podrán mantenerse regímenes de autorización previa cuando no sean discriminatorios, estén justificados por una razón imperiosa de interés general y sean proporcionados. En particular, se considerará que no está justificada una autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador, para facilitar, si es necesario, el control de la actividad”.

Es decir, se produce una sustitución del régimen de autorización administrativa previa por la denominada comunicación previa y declaración responsable definidas como las nuevas *figuras neopoliciales*⁸.

⁶ RAZQUIN LIZARRAGA, Jose Antonio, “El impacto de la Directiva de Servicios en el procedimiento administrativo: autorización, declaración responsable y comunicación”, *Revista Jurídica de Navarra* (en línea), enero-junio, 2010, núm 49, pág. 94. Consultado el 23 de diciembre de 2016.

Como se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos de la Ley Paraguas trata de encontrar el equilibrio entre las existencias de los principios regulatorios y las libertades básicas necesarias para un mercado común, de ahí que el entorno regulatorio deba ser *más eficiente, transparente, simplificado y predecible*.

⁷ RODRIGUEZ FONT, Mariola, *Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local*, Anuario de Gobierno Local, 2009, Fundación: Democracia y Gobierno Local, Institut de Dret Public (en línea), págs. 261-262. Disponible en internet: ISSN:2013-4924. Consultado el 10 de enero de 2017:

“La autorización ha sido destronada. Lo que hasta ahora nuestro Ordenamiento recogía como mera y residual alternativa en acotados ámbitos se erige, por disposición comunitaria, como modelo sucesor. Sin el arraigo necesario de las instituciones y con la inseguridad que imprime lo nuevo hemos iniciado la andanza. La regulación es demasiado parca, los referentes dispersos, y las dudas se aglutinan. Empezamos, de nuevo, la casa por el tejado”.

⁸ MOREU CARBONELL, Elisa. “La Administración “neopolicial”. Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable”, *Revista Aragonesa de Administración Pública* (en línea), 2010, núm 12, págs. 249-250. Disponible en Internet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5573355>. Consultado el 23 de diciembre de 2016.

“La Directiva de Servicios y la Ley 17/2009 que la incorpora a nuestro ordenamiento jurídico marcan un punto de inflexión en la actividad clásica de policía basada en la autorización. Se ha dicho, en efecto, que el sistema de policía administrativa centrado en la autorización previa ha quedado aniquilado por la Directiva. En su lugar, van adquiriendo protagonismo las figuras neopoliciales de la comunicación previa y la declaración responsable [...] que sustituyen el control preventivo por un control posterior, en un marco de simplificación administrativa y fomento de la confianza administrativa en el ciudadano”.

1.2. CRITERIOS METODOLÓGICOS.

En este trabajo profundizaremos en la facultad de intervención y control de las administraciones y su cambio tras la liberalización del mercado y la transposición de las Directiva de Servicios en nuestro ordenamiento jurídico.

Para ello, en primer lugar, haremos un repaso sobre los aspectos generales de la facultad de control policial e intervención administrativa y su evolución en nuestro ordenamiento jurídico: el cambio de un control previo a un control *a posteriori*. En este punto profundizaremos sobre la trasposición de la Directiva de Servicios y las consecuencias de su implantación en nuestro ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, haremos un estudio sobre el régimen autorizatorio – concepto, clases de autorizaciones, procedimiento administrativo – y sus nuevos requisitos exigidos por la Ley Paragüas. En este mismo punto, analizaremos cuáles son los ámbitos en los que se aplica el viejo sistema y en cuáles los nuevos.

Y, por último, haremos un análisis de las nuevas técnicas administrativas que sustituyen el régimen autorizatorio - su configuración legal, señalando sus semejanzas y las consecuencias de su incumplimiento por parte de los ciudadanos - y una valoración crítica sobre la implantación de estas técnicas en nuestro ordenamiento.

2. ACTIVIDAD DE INTERVENCIÓN Y CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

2.1. ASPECTOS GENERALES.

Las actividades de control se incluyen dentro de la clasificación tripartita elaborada por nuestra doctrina sobre formas de intervención de la administración pública: *actividades de policía, servicio público y fomento* atendiendo a la idea de Jordana de Pozas a mediados del siglo XX.

La actividad de control, también llamada de policía, es aquella actividad administrativa que se encarga de controlar si las normas se cumplen, establece un control más o menos incisivo, de manera que la actividad llevada a cabo respete las normas. Ésta se desempeña en todas las administraciones, sin embargo, el paso del tiempo obliga a hacer modificaciones en esa clasificación tripartita⁹ y en todo ello no podemos negar que la Unión Europea ha contribuido de forma decisiva a esta tarea.

En un sistema constitucional hay un principio básico de libertad individual y libertad económica que los consagra la Constitución Española en sus artículos 1 y 38. En términos generales, cualquier medida de intervención de esta naturaleza pretende conciliar el respeto a la libertad y a la iniciativa privada con las exigencias del interés general. Desde un punto de vista más concreto, podemos decir que su finalidad primordial es hoy la garantía de la seguridad.

Hablamos de seguridad ciudadana en sentido estricto, que hoy se entiende no ya como la mera defensa del orden público, sino como actividad dirigida a la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y a crear y a mantener las condiciones adecuadas a tal efecto. Cualquier persona, sea física o jurídica, en el ejercicio de la libertad puede relacionarse con los demás, puede realizar cualquier actividad de acuerdo con sus intereses. Sin embargo, muchas actividades económicas o en el ámbito privado pueden crear unas consecuencias nocivas al interés general.

⁹ SANCHEZ MORON, Miguel, *Derecho Administrativo, parte general*, Edit. Tecnos (Grupo Anaya), Madrid, 2014, décima edición, pág. 651.

La legislación vigente, de acuerdo con la jurisprudencia europea, sistematiza estos fines de interés público que justifican la intervención administrativa en las actividades económicas bajo el concepto de razones imperiosas de interés general. Conforme al art. 3.11 de la LASE, estas razones son muy variadas: el orden público, la seguridad pública, la protección de los consumidores, usuarios y trabajadores, etc.

Tiene que haber un control de la administración pública para observar que se cumplen esos límites (se garanticen los medios públicos).

Pero conviene señalar que no todas las actividades económicas privadas están sujetas a regulación y control en la misma medida. En la mayoría de los casos la intervención administrativa debe limitarse a lo estrictamente necesario para salvaguardar alguno de esos fines de interés público, pues prima el principio de libertad económica. Mientras que otras están sometidas a una intervención administrativa muy intensa, tanto que para definir las se ha acuñado el concepto de actividades reguladas.

2.2. PLANTEAMIENTO TRADICIONAL Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

La facultad de intervención administrativa tradicionalmente se ha centrado en la configuración de dos facultades¹⁰. Por un lado, la seguridad de la actividad o servicio ofrecido, así como los medios utilizados. Por otro lado, el aspecto estrictamente económico del servicio o actividad.

Estas dos perspectivas diferenciadas se engloban conjuntamente en el título de policía administrativa.

Este control policial ha ido evolucionando y estas dos facultades han ido tomando caminos distintos en su programación de la actividad e intervención administrativa. Mientras que la facultad de intervención por razones de seguridad se ha ido reforzando cada vez más en nuestro ordenamiento jurídico, la facultad de intervención en la actividad económica y de servicios de los particulares cada vez es menor, llegando en unos puntos a desaparecer.

¹⁰ ESTEVE PARDO, Jose, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2011, segunda edición, pág. 370-380.

La facultad de control policial de las administraciones públicas ha pasado de un control totalmente estricto de todas las actividades económicas a casi una liberalización total y un control a posteriori. Esta evolución histórica la podemos diferenciar en tres etapas:

2.2.1. La actividad de control en el Estado Liberal.

Desde finales del siglo XVIII, el concepto de policía en el Derecho Administrativo equivalía a cualquier intervención pública destinada a mantener el orden, la seguridad ciudadana o intereses de la comunidad¹¹. Su fundamento residía en la potestad del rey y sus súbditos estaban sometidos al ejercicio de dicha potestad¹².

En el Estado Liberal, el control policial se reducía al mantenimiento del orden público puesto que se confiaba en el mercado y a los particulares la ordenación de las relaciones económicas y sociales.

2.2.2. El intervencionismo administrativo en el Estado Social.

En el siglo XIX la intervención administrativa se incrementa considerablemente como consecuencia de la creación de servicios públicos y al mismo tiempo el control administrativo sobre la economía con el fin de garantizar esos derechos sociales que se van reconociendo.

Casi todas las actividades económicas privadas están sometidas a un control previo a través de autorizaciones o licencias de todas clases.

Esta actividad de control tan estricta va aparejada a una actividad de ordenación muy extensa que se ha mantenido en algunos sectores hasta nuestros días.

¹¹ SANCHEZ MORON, Miguel, *Derecho Administrativo, parte general...*, op. cit., pág. 11, pág. 652.

¹² SANCHEZ MORON, Miguel, *Derecho Administrativo, parte general...*, op. cit., pág. 11, pág. 652.

Un ejemplo lo vemos en la Constitución de Cádiz de 1812 que “*responsabilizaba a los Ayuntamientos de la policía de salubridad y comodidad, mientras que, con fórmula que repetirán todas nuestras Constituciones monárquicas del siglo XIX, extiende la autoridad del Rey “a todo cuando conduce a la conservación del orden público en lo interior”, como a la seguridad del Estado en lo exterior”*”.

2.2.3. Liberación económica: Desregularización y Neoregularización.

A principio de los años 80, este control policial tan estricto por parte de las administraciones públicas se empieza a cuestionar pues se contrariaba con el nuevo rumbo de la economía mundial y su liberalización del régimen de las actividades económicas.

Por un lado, se produce una desregularización de normas jurídicas que imponían límites y control administrativo previo al inicio de la actividad económica. En este sentido, todas las normas se someten a un test de necesidad y se empieza a modificar las formas de intervención administrativas transformando muchos controles previos (autorizaciones) por un control a posteriori (declaración responsable y comunicación previa) más flexible que elimina dificultades y trabas burocráticas a las empresas.

Este cambio recibe el nombre de Neoregulación, el Estado no ha dejado de intervenir en la actividad económica y social sino que interviene de una manera distinta: a) cambiando las formas de control administrativo; b) la implicación de los sujetos privados en las propias funciones de control; c) la creación de autoridades independientes de regulación y control¹³.

2.3. TRANSFORMACIONES DERIVADAS DEL MERCADO UNICO EUROPEO. TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS.

En esta nueva etapa de control a posteriori tuvo mucha importancia la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior, conocida coloquialmente como “Directiva de Servicios” o “Directiva Bolkestein”. Entró en vigor el 28 de diciembre de 2006, con la indicación de que los Estados miembros de la Unión Europea disponían de un plazo de tres años para su transposición, plazo que finalizó el 28 de diciembre de 2009¹⁴.

¹³ SANCHEZ MORON, Miguel, *Derecho Administrativo, parte general...*, op. cit., pág. 11, pág. 654-656

¹⁴ TORRES COBAS, Ferrán., *Premisas para una correcta transposición de la Directiva de Servicios al ordenamiento local* Anuario de Gobierno Local, 2009. Fundación: Democracia y Gobierno Local, Institut de Dret Public (en línea), págs. 213-217. Disponible en internet: ISSN:2013-4924. Consultado el 10 de enero de 2017.

El objetivo de la Directiva no es otro que¹⁵:

- Facilitar la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en la Unión Europea, con previsión de un ámbito de aplicación amplio, en el que, con carácter general y sin perjuicio de la existencia de ciertos sectores excluidos y del reconocimiento de la especificidad de determinadas actividades, se incluyen todos los servicios prestados a cambio de una remuneración.
- Simplificar trámites y agilizar los procedimientos, impulsando una ventanilla única para la tramitación electrónica.
- Fomentar la calidad de los servicios. Entre los medios previstos en la norma comunitaria para lograr este objetivo, cabe destacar la certificación voluntaria de las actividades o la elaboración de cartas de calidad, así como la aprobación de códigos de conducta europeos.
- Reforzar los derechos de los destinatarios de los servicios en su calidad de usuarios de dichos servicios, formalizando el derecho de los destinatarios a utilizar los servicios de otros Estados miembros y a obtener información sobre las normas aplicables a ellos, independientemente de su lugar de establecimiento y de los servicios ofrecidos por un prestador de servicios.
- Establecer una cooperación administrativa efectiva entre los Estados miembros, a fin de garantizar un control eficaz de las actividades de servicios en la Unión Europea y, al mismo tiempo, evitar una multiplicación de los controles. Se crea un mecanismo de alerta entre Estados miembros y se prevé la instauración de un sistema electrónico de intercambio de información entre Estados miembros.

En definitiva, eliminar las barreras que pudieran levantarse al libre establecimiento y a la libre prestación de servicios y actividades económicas. Se pretende también, como se afirma en la propia Directiva, ofrecer a los consumidores más posibilidades de elección y unos servicios a precios más bajos

¹⁵ Dictamen del Consejo de Estado, *Anteproyecto de Ley sobre Libre Acceso y Ejercicio de las Actividades de Servicios*. Referencia CE 99/2009, pág. 4.

En la medida en que esos ideales se han ido traspasando de la Unión Europea a los Estados miembros, el derecho interno de dichos Estados y Administraciones han dado paso a nuevos planteamientos y nuevas ordenaciones. En este sentido, eliminando progresivamente las barreras que pudieran oponerse a la libre actividad económica y a la libertad de establecimiento, habría sin duda de dejar una marcada impronta en el régimen de intervención, particularmente mediante autorización, de las Administraciones públicas sobre la actividad económica de los particulares y los servicios privados.

Una importante precisión debe efectuarse sobre el alcance, el ámbito de aplicación de esta Directiva, pues no abarca todas las actividades de contenido económico y de prestación de servicios. A nuestros efectos nos interesa destacar que los grandes servicios y actividades económicas de interés general, actividad bancaria, transportes, telecomunicaciones, servicios sanitarios, servicios en red, quedan fuera del ámbito de esta Directiva y se ordena en torno a otro modelo de actividad administrativa, de más reciente desarrollo en Europa, que es la actividad de regulación. Esta actividad de regulación que se proyecta sobre los que se han dado en llamar mercados regulados.

La Directiva se refiere a otros servicios y actividades muy singulares que son también excluidos de su ámbito de aplicación. Tal es el caso de los servicios prestado por notarios, los de seguridad privada, actividades de juego, actividades vinculadas al ejercicio de autoridad pública y otra.

En realidad, la Directiva se centra en las actividades económicas más comunes y generales, las que ordinariamente acometen las pequeñas y medianas empresas (PYME), como explícitamente reconoce la propia Directiva.

Con relación a estas actividades, la determinación más trascendente y rotunda que en esta Directiva se establece y que constituye la piedra angular del régimen que a partir de ella se configura es el principio de supresión de toda intervención administrativa previa a la actividad económica o a la prestación del servicio. Éste es el principio básico y general que tiene como consecuencia más destacada la supresión del tradicional régimen de autorización administrativa para el inicio e actividades económicas y servicios privados.

En cualquier caso, lo que nos interesa destacar ahora es que con la aprobación de la Directiva y de todo el régimen que a partir de ella se configura, queda trazado en sus grandes rasgos el cuadro de la acción y posición de la Administración pública sobre las actividades y servicios de contenido económico de los particulares. Se distinguen claramente dos grandes frentes o líneas de actuación¹⁶:

a) Por un lado están las actividades y servicios que sitúan en el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios – pequeñas y medianas empresas, servicios profesionales, fundamentalmente- en los que se excluye la intervención administrativa previa. La Administración se concentra aquí en una posición y actividad supervisora para la que cuenta con la información – a través de comunicaciones y declaraciones – que le suministran los promotores y titulares de las actividades.

b) Por otro lado, se presentan los grandes servicios de interés económico general y los mercados regulados que quedan expresamente fuera de la orbita de la Directiva. La actividad característica de la Administración en este frente no es otra que la actividad de regulación. Una actividad relativamente novedosa en nuestra cultura jurídica.

3. EL RÉGIMEN DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA

El instrumento clásico de control de la actuación es la autorización que consiste en un acto administrativo, que tiene una finalidad precisa y es permitir habilitar el ejercicio de una actividad determinada que sin esa autorización no sería posible. La autorización es un acto habilitante, ya que depende de lo que queramos fabricar o hacer y si afecta al interés público.

El régimen autorizatorio constituye uno de los trámites más comunes aplicados a los prestadores de servicios en los Estados miembros de la Unión Europea que restringen la libertad de establecimiento tal y como reconoce la jurisprudencia del TJCE¹⁷.

¹⁶ ESTEVE PARDO, Jose, *Lecciones de Derecho Administrativo...* op. cit. pág. 12, pág. 381-382

¹⁷ STJUE de 22 de enero de 2002, Canal Satélite, asunto C-390/99.

3.1. CONCEPTO DE AUTORIZACIÓN

El concepto de autorización en el ordenamiento jurídico es muy amplio, hoy en día la variedad de actos de autorización engloba a los *permisos, licencias, habilitaciones, homologaciones, acreditaciones, etc.* Todos ellos tienen las características esenciales que engloban a la autorización según el artículo 17.1 LGUM¹⁸.

El término *régimen de autorización* engloba todo procedimiento en virtud del cual se obliga a un prestador o destinatario a obtener una autoridad competente un documento oficial o una decisión tácita sobre el acceso a una actividad o su ejercicio (artículo 4, apartado 6 DS)¹⁹.

La autorización es un acto administrativo habilitante que permite la realización de una determinada actividad, así lo define el artículo 1.2 del Reglamento de los procedimientos para el otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones (RD 1.778/1994, de 5 de agosto) cuando indica que

“[...] todos aquellos actos administrativos, cualquiera que sea su denominación específica, por lo que, en uso de una potestad de intervención legalmente atribuida a la Administración, se permite a los particulares el ejercicio de una actividad, previa comprobación de su adecuación al ordenamiento jurídico y valoración del interés público afectado”.

Las normas pueden no delimitar de manera precisa y categórica el riesgo permitido²⁰. Mediante la autorización, la Administración controla, con carácter previo,

¹⁸ SANCHEZ MORON, Miguel, *Derecho Administrativo, parte general...*, op. cit., pág. 11, pág. 667.

¹⁹ *Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2007, pág. 26.

²⁰ ESTEVE PARDO, Jose, *Lecciones de Derecho Administrativo...*, op. cit. pág. 12, pág. 357:

“No es posible un estado de ausencia de riesgo, de no riesgo. El riesgo cero, tal como declaran hoy de manera unánime los tribunales de todas las jurisdicciones, nacionales e internacionales, no existe. En la sociedad actual, la sociedad del riesgo, convivimos cotidianamente con el riesgo [...]

Las decisiones que adoptamos sobre los riesgos, también por supuesto las que se adoptan por las normas jurídicas y las autoridades públicas, no son decisiones que imponen la exclusión de todo riesgo, ni decisiones entre riesgo y no riesgo. Son decisiones que, ineludiblemente, se plantean como opciones entre riesgos. Se opta por un riesgo u por otro. O por un determinado nivel de riesgo. Las decisiones jurídicas, mediante normas o mediante decisiones administrativas singulares, mediante actos administrativos, son por tanto decisiones cuyo objetivo es determinar el riesgo, o nivel de riesgo, por el que se opta, el riesgo que se acepta.

que cualquier actividad que un particular desee iniciar o realizar y que esté sometida a esta intervención es conforme a la ley y, en su caso, no resulta contraria a los intereses públicos. La determinación del riesgo permitido la realiza la Administración mediante un acto administrativo²¹.

En virtud de tal definición, la Administración deniega o permite el ejercicio de la actividad pretendida, imponiendo si procede las condiciones necesarias para garantizar el cumplimiento de la legalidad o salvaguardar los intereses públicos afectados, siempre que tales condiciones estén previstas por el ordenamiento o, al menos, no sean contrarias a él, es decir, puede fijar límites máximos y genéricos de riesgo, pueden establecer una serie de condiciones que requieran acreditación.

Por otro lado, el sometimiento de una actividad a autorización administrativa puede tener como finalidad simplemente comprobar que la misma no es contraria a Derecho o, además, que no lesiona intereses públicos que la Administración tiene el deber de tutelar. Pero los actos que persiguen uno u otro objetivo no son diferentes en esencia, sino tan sólo modalidades o clases de la misma actividad autorizante.

En consecuencia, toda decisión administrativa por la que se permite a los particulares el ejercicio de una actividad no reservada a la Administración en origen es una autorización. La Administración, previa comprobación y valoración del procedimiento, declara que lo solicitado en ella se adecua a la legalidad vigente o al interés público que a la propia Administración le corresponde establecer en cada caso. Se trata, por tanto, de un acto administrativo con contenido declarativo; de un título que ampara y da cobertura para poder realizar una actividad que se centra en la libertad del solicitante, pero cuya aprobación se sujeta a que dicha actividad se encuentre dentro del riesgo permitido²².

Damos así con el concepto, absolutamente fundamental en la actualidad y más aún en el futuro, de riesgo permitido. Un concepto que desplaza al viejo concepto de orden público y se sitúa en el eje de la actividad de intervención del moderno Derecho de la regulación y gestión de riesgos”.

²¹ ESTEVE PARDO, Jose, *Lecciones de Derecho Administrativo...*, op. cit. pág. 12, pág. 360.

²² ESTEVE PARDO, Jose, *Lecciones de Derecho Administrativo...*, op. cit. pág. 12, pág. 363:

“En nuestra más irreducible esfera de libertad se encuentra por supuesto la libertad de desplazamiento y circulación. Hay modalidades del ejercicio de ese derecho que no están sujetas a intervención administrativa alguna. Así es si circulamos caminando o en bicicleta. Pero otras modalidades de ejercicio sí que están sujetas a autorización administrativa y lo están exclusivamente por el riesgo que con ellas se genera. Es el caso de la circulación con vehículos motorizados: para manejarlos se requiere

No se trata de un acto constitutivo puesto que no otorga al solicitante ningún derecho que antes no dispusiera de él.

3.2. CLASES DE AUTORIZACIONES.

Hay distintos tipos de autorizaciones administrativas:

- **AUTORIZACIONES PERSONALES:** que se otorgan a una persona para que pueda realizar un determinado tipo de actividad por ejemplo el permiso de conducir o la obtención de un título o certificado profesional. Se otorgan en función de la persona que las solicita y de las características que reúne (condiciones de formación, conocimientos, aptitudes físicas, estudios, pericia, etc.). Son autorizaciones *intuitu personae* y por tanto no resultan transmisibles²³
- **AUTORIZACIONES REALES:** se otorgan en función de la actividad que se pretende ejercer y del bien u objeto sobre el que recaen o de la infraestructura física necesaria para realizarla, con independencia de quien sea titular resultando, así, ser transmisibles. Por ejemplo la licencia urbanística, que se otorgan para hacer algo en un determinado territorio.
- **AUTORIZACIONES DE CARÁCTER REGLADO:** en los que la actividad administrativa viene prevista por la ley, como por ejemplo la licencia urbanista, ya que depende de si lo que se quiere construir se adapta o no se adapta al plano teniendo la Administración que otorgar necesariamente la autorización sin limitación ni corrección alguna²⁴. Persiguen controlar la mera legalidad de la actividad privada pretendida.
- **AUTORIZACIONES DE CARÁCTER DISCRECIONAL:** la administración debe comprobar además que no queden perjudicados intereses públicos o de terceros, valorando conforme a criterios de oportunidad política, técnicos o de experiencia según los casos la afectación de tales intereses por la actividad a

de una autorización en la que se valora la adecuación del solicitante a las condiciones que las normas establecen para permitir el riesgo. Unas condiciones que son por supuesto más restrictivas y exigente cuanto mayor es el riesgo como es para conducir un camión y, más todavía, para pilotar una aeronave de transporte de pasajeros”.

²³ ESTEVE PARDO, Jose, *Lecciones de Derecho Administrativo...*, op. cit. pág. 12, pág. 364.

²⁴ ESTEVE PARDO, Jose, *Lecciones de Derecho Administrativo...*, op. cit. pág. 12, pág. 362.

autorizar (hay un cierto margen de apreciación). Por ejemplo la licencia de armas, en las que depende la valoración de las condiciones de la persona que quiere obtener el arma, para que te la den o no.

- **AUTORIZACIONES SIMPLES:** que son por una actividad muy concreta, es decir, para realizar una actuación singular y aislada. Por ejemplo organizar un concierto de forma puntual en la vía pública.
- **AUTORIZACIONES DE FUNCIONAMIENTO/OPERATIVAS:** que permiten a una persona realizar una actividad durante un periodo prolongado en el tiempo.

3.3. PROCEDIMIENTO Y RÉGIMEN JURÍDICO.

Como todo acto administrativo, la autorización debe ir precedida de un procedimiento administrativo. Este procedimiento debe ser simple y claro, así lo indica el artículo 6 de la Ley Paragüas:

“Los procedimientos y trámites para la obtención de las autorizaciones a que se refiere esta Ley deberán tener carácter reglado, ser claros e inequívocos, objetivos e imparciales, transparentes, proporcionados al objetivo de interés general y darse a conocer con antelación. En todo caso, deberán respetar las disposiciones recogidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, así como garantizar la aplicación general del silencio administrativo positivo y que los supuestos de silencio administrativo negativo constituyan excepciones previstas en una norma con rango de ley justificadas por razones imperiosas de interés general”.

No existe un régimen jurídico general o básico sobre este tipo de actos administrativos sino que hay que atender al tipo de autorización y la ley sectorial en la que se regula. La legislación vigente ha ido decantándose hacia la libertad, es decir, hacia la exigencia de menores trabas posibles para el ejercicio de las actividades económicas, regulándose los aspectos básicos en la nueva LPACAP, LASE y LGUM.

El procedimiento de autorización se inicia a instancia de parte, es decir, es el propio solicitante quien “*presenta un proyecto o propuesta de la actividad, instalación o producto cuya autorización pretende*”²⁵. Con ello se pretende que la Administración, con la información sobre el riesgo de la actividad obtenida previamente en la fase de instrucción, proceda a procesar y contrastar dicha información con el fin de dar una resolución con fundamento acerca de su admisión o rechazo.

Esta resolución se puede adoptar de tres formas distintas:

- Otorgar la autorización íntegramente por considerarse una actividad que no generará ningún riesgo
- Rechazar la autorización por considerar inaceptable el riesgo permitido y perjudicial para el interés general.
- Otorgar la autorización pero modificando o limitando algunos aspectos del proyecto inicial considerados perjudiciales para el interés general.

En el caso de que no exista una resolución de forma expresa por parte de la Administración en el plazo para resolver se debe entender su otorgamiento, como regla general, por silencio administrativo positivo como acto administrativo finalizador del procedimiento (art. 69.2 LPACAP)²⁶. La Ley ómnibus ha dado una nueva redacción en el sentido de que las excepciones al silencio positivo sólo se verán 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*” (art. 69.1 LPACAP, art. 4 RD 1.774/1994, de 5 de agosto y art. 6 LASE), es decir: ante la falta de notificación de respuesta, el particular puede realizar la actividad en cuestión.

Existen excepciones en ámbitos como en el urbanismo o licencias industriales en el que se debe entender limitados los efectos del silencio contra legem por ser actividades cuyo perjuicio para los intereses públicos o los derechos de terceros es mayor y, por tanto, perjudicial para el interés general²⁷.

²⁵ ESTEVE PARDO, Jose, *Lecciones de Derecho Administrativo...*, op. cit. pág. 12, pág. 361.

²⁶ MOREU CARBONELL, Elisa, *La Administración “neopolicial”...*, op. cit. pág. 8, pág. 264.

²⁷ SANCHEZ MORON, Miguel, *Derecho Administrativo, parte general...*, op. cit., pág. 11, pág. 371.

El artículo 7 de la LASE establece una duración ilimitada de los efectos de la autorización, sin embargo, esto no limita la facultad de la Administración de revocarla cuando “*en especial cuando dejen de cumplirse las condiciones para la concesión de la autorización*” (art 7.2 LASE).

3.4. LA RECONDUCCIÓN DE LA TÉCNICA AUTORIZATORIA AL NUEVO MARCO DE LA LEY DE SERVICIOS.

3.4.1. Condiciones formales y materiales de las nuevas autorizaciones administrativas.

Tras la trasposición de la Directiva de Servicios a nuestro ordenamiento jurídico, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, ha traído una serie de modificaciones al régimen de autorizaciones administrativas.

En primer lugar, la DS define en el artículo 4.6 el régimen de autorización como

“Cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o 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 servicio.”

Con más precisión si se quiere, 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 servicio*” (art. 3.10) y concibe por otro lado la autorización como “*cualquier acto expreso y tácito de la autoridad competente que se exija, con carácter previo, para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio*” (art. 3.7)²⁸.

²⁸ DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás, “El concepto de la autorización en el ámbito de la libertad de establecimiento de las prestaciones de servicios”, *Grandes Tratados. La ordenación de las actividades de servicios: Comentarios a la Ley 17/2009 de 23 de noviembre*, Edit. Aranzadi S.A.U, enero de 2010. Consultado el 14 de enero de 2017.

En segundo lugar, la finalidad de la Directiva no es acabar con el régimen de autorización sino sólo con aquellos “*regímenes de autorización, procedimientos y formalidades excesivamente onerosos que obstaculiza la libertad de establecimiento y la creación de nuevas empresas de servicios que ésta comporta*”²⁹. Lo más importante es que la DS opta por un principio de libertad con las menores trabas posibles estableciendo que se puede realizar un control previo autorizador si supera un triple test de observancia de los principios de no discriminación, proporcionalidad y justificación objetiva, tal como se deduce de los artículos 9.1 de la DS y 5 de la Ley Paragüas³⁰.

En consecuencia la normativa europea, y de conformidad con la jurisprudencia del TJCE³¹, únicamente permite el sistema de las autorizaciones cuando no sea discriminatorio, esté justificada por una razón imperiosa de interés general y el objetivo perseguido no pueda ser alcanzado por una medida menos restrictiva³² (Artículo 9, apartado 1 de la DS). Así lo regula consecuentemente la Ley Paragüas en su artículo 5, en ese misma también se orienta el artículo 69 (antiguo artículo 39 bis de la LRJPAC)

²⁹ Considerando 42 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32006L0123>. Consultado el 10 de enero de 2017

³⁰ Ello se deduce de la Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia 22 de enero de 2002 que sintetiza 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 otros estados miembros;*
- *Un procedimiento de autorización previa sólo es necesario si se considera que el control a posteriori es demasiado tardío para que su eficacia real 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 general, puede disuadir a los operadores de llevar adelante su proyecto”.*

³¹ Sentencia de 20 de febrero, Analir, C-205/99.

³² FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, *Regímenes de Intervención Administrativa...*, op. cit. pág. 8, pág. 90.

de la LPCAP, estableciendo que únicamente se podrá imponer un régimen de autorización cuando cumpla las siguientes condiciones:

a) No discriminación: que el régimen de autorización no resulte discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o de que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente o, por lo que se refiere a sociedades, por razón del lugar de ubicación del domicilio social;

b) Necesidad: que el régimen de autorización esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente, o cuando la escasez de recursos naturales o la existencia de inequívocos impedimentos técnicos limiten el número de operadores económicos del mercado.

En virtud del principio de necesidad, cualquier régimen autorizador debe estar amparado en una “razón imperiosa de interés general” que se convierte en la clave de arco del modelo de regulación y en elemento esencial que permitirá valorar su alcance e impacto. La Directiva se limita a recoger y concretar la extensa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo al respecto.

Existe una lista abierta de razones imperiosas de interés general. Entre las consagradas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia pueden citarse sin ánimo exhaustivo el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural (artículo 3.11 de la Ley 17/2009).

c) Proporcionalidad: que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no

existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular cuando un control a posteriori se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz. Así, 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.

Además de la exigencia de estas tres condiciones específicas, debe incluir unos criterios correspondientes, derivados de la jurisprudencia del TJCE y del artículo 10, apartado 2 de la Directiva de Servicios que garanticen: *la simplificación del procedimiento administrativo*. Debe superar los requisitos de simplificación, transparencia y accesibilidad de los procedimientos (art. 6, 17 y 19 de la Ley paraguas) con el objetivo de que los prestadores de servicios conozcan las distintas etapas del procedimiento con antelación y puedan confiar en que las decisiones no se toman de forma arbitraria³³.

En consonancia con ello, el artículo 6 de la Ley Paraguas preceptúa que los procedimientos de autorización “*deberán tener reglado, ser claros e inequívocos, transparente, proporcionados al objetivo del interés general y darse a conocer con antelación*”.

Con todo ello se avanza hacia un procedimiento administrativo simplificado preservando los principios de transparencia y actualización de la administración eliminando “*los retrasos, costes y efectos disuasorios que ocasional, 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 periodo de vigencia limitado o*

³³ *Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios...*, op. cit. pág. 18, pág. 27.

gastos y sanciones desproporcionados [...] que tienen efectos disuasorios especialmente importantes para los prestadores”³⁴.

Los Considerandos incluyen y desarrollan una serie de medidas para poder alcanzar el objetivo de la simplificación administrativa: introducción de formularios armonizados a escala comunitaria (Considerando 44); eliminación de redundancias y costes excesivos (Considerando 45); derecho a la información y procedimientos por vía electrónica (Considerando 46); criterio restrictivo en las exigencias documentales de originales o copias compulsadas (Considerando 47); ventanillas únicas (Considerando 48); acceso a la información vía Internet (Considerando 50); procedimientos y trámites por vía electrónica (Considerando 52).

Aunque en España este último requisito aún no esté implantado del todo y siga siendo una de las grandes tareas pendientes en nuestro sistema administrativo, si es cierto que se están poniendo en marcha numerosos planes, proyectos y medidas de simplificación administrativa en el ámbito servicios.

Un ejemplo llamativo es la Ordenanza de Gestión de Control de las Licencias Urbanísticas de Actividades del Ayuntamiento de Madrid, de 29 de junio de 2009, que crea un procedimiento de tramitación de las licencias urbanísticas y comunicaciones previas a través de entidades colaboradoras, previamente acreditadas por el Ayuntamiento. De este modo, el solicitante de la actividad o servicio se dirigirá directamente a la entidad colaboradora de su elección, a la que deberá presentar la documentación necesaria. La entidad colaboradora, en el plazo máximo de quince días hábiles y una vez realizados los trámites de comprobación, emitirá un certificado de conformidad que deberá, a su vez, presentar en el registro municipal (art. 57 de la Ordenanza).

Algunas Comunidades Autónomas han ideado nuevas técnicas autorizatorias por razones de celeridad y eficacia administrativa, como la «licencia condicionada» de la Ley foral navarra 15/2009, de 9 de diciembre, de medidas de simplificación

³⁴ Considerando 43 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32006L0123>. Consultado el 10 de enero de 2017

administrativa. Someramente, estas «licencias condicionadas» permiten a la Administración «adaptar, completar o eliminar aspectos de un proyecto sujeto a licencia no ajustados a la normativa aplicable, siempre que la acomodación de lo solicitado a la legalidad sea posible con facilidad por no afectar a condiciones esenciales, y no se altere sustancialmente la actuación pretendida. Estas condiciones deberán cumplirse en el plazo establecido en el acto de otorgamiento de la licencia (art. 14). En el ámbito urbanístico eran ya conocidas las licencias urbanísticas provisionales o condicionadas, no adaptadas al nuevo planeamiento. Pese a que la redacción del precepto tiene muchos puntos oscuros (por ejemplo, no se alcanza a entender cómo un acto de «otorgamiento» de una licencia puede incorporar «cláusulas que eviten la denegación»), constituye un buen ejemplo de la implicación de las Administraciones públicas en la mejora de los procedimientos administrativos.

3.4.2. Requisitos prohibidos de establecimiento (lista negra y lista gris).

Una vez determinado que un régimen autorizatorio supera el triple test de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, aún debe acreditar que concurren en él determinados requisitos prohibidos o sujetos a evaluación previa³⁵.

Estos requisitos adicionales se dividen en dos tipos de listas:

3.4.2.1. Lista negra.

Son los regulados en los artículos 10 y 12.2 de la Ley Paraguas, extraídos del artículo 14 de la Directiva de Servicios, donde señala una serie de requisitos prohibidos a los que ningún Estado puede supeditar el acceso a una actividad de servicios o el ejercicio para prestadores ya establecidos en cualquier Estado miembro.

Serían los siguientes:

- Requisitos discriminatorios basados directa o indirectamente en la nacionalidad, incluido que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente, o el domicilio social; y en particular: requisito de nacionalidad o de residencia para el prestador, su personal, los

³⁵ MOREU CARBONELL, Elisa. *La Administración “neopolicial”...*, op. cit. pág. 8. Pág. 261

partícipes en el capital social o los miembros de los órganos de gestión y supervisión.

Un ejemplo de prohibición por esta razón sería una norma que reservase a las sociedades propiedad de los nacionales de un país el ejercicio de una determinada actividad de servicios, o una regla en virtud de la cual los gestores debieran residir en el territorio nacional³⁶.

– Prohibición de estar establecido en varios Estados miembros o de estar inscrito en los registros o colegios o asociaciones profesionales de varios Estados miembros³⁷.

– Limitaciones de la libertad del prestador para elegir entre un establecimiento principal o secundario y, especialmente, la obligación de que el prestador tenga su establecimiento principal en el territorio español, o limitaciones de la libertad de elección entre establecimiento en forma de sucursal o de filial.

– Condiciones de reciprocidad con otro Estado miembro en el que el prestador tenga ya su establecimiento, con excepción de las previstas en los instrumentos comunitarios en materia de energía.

– Requisitos de naturaleza económica que supediten la concesión de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una

³⁶ *Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios...*, op. cit. pág. 18, pág 31: “Tales requisitos han sido excluidos ya por el TJCE en numerosos asuntos. Véanse la sentencia de 21 de junio de 1974, *Reyners*, asunto 2/74; la sentencia de 14 de julio de 1988, *Comisión contra Grecia*, asunto 38/87; la sentencia de 7 de marzo de 2002, *Comisión contra Italia*, asunto C -145/99 relativo a las leyes que supeditan el ejercicio profesional de abogados a la posesión de la nacionalidad de un determinado Estado; la sentencia del 29 de octubre de 1998, *Comisión contra España*, asunto C -114/97 sobre un requisito de nacionalidad impuesto al personal y los requisitos de residencia impuestos a consejeros y gerentes de las mismas empresas; la sentencia de 9 de marzo de 2000, *Comisión contra Bélgica*, asunto C-355/98 relativo a una obligación de que gestores y empleados residan en el territorio nacional; la sentencia de 7 de marzo de 1996, *Comisión contra Francia*, asunto C -334/94; la sentencia de 25 de julio de 1991, *Factortame I*, asunto C -221/89. la sentencia de 27 de noviembre de 1997, *Comisión contra Grecia*, asunto C -62/96 relativo a legislaciones nacionales que solo permiten la operación de actividades en un Estado miembro a empresas propiedad en una parte o en su totalidad de ciudadanos de un determinado Estado, y cuyos gestores y miembros del consejo de supervisión sean ciudadanos de ese mismo Estado”.

³⁷ *Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios...*, op. cit. pág. 18, pág 32. Por ejemplo, STJUE de 12 de julio de 1984, *Klopp*, asunto 107/83, el TJCE abolió una ley nacional que prohibía el registro en un colegio de abogados a los juristas previamente inscritos en el colegio profesional de otro Estado miembro.

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 o a 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.

– Intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes relativas al establecimiento para el ejercicio de una actividad de servicios, sin perjuicio de la actuación de colegios profesionales y consejos generales y autonómicos de colegios profesionales, como autoridades competentes, en el ámbito de las competencias que les otorga la ley. Esta prohibición se extiende a organismos como las cámaras de comercio y a los interlocutores sociales en lo que concierne al otorgamiento de autorizaciones individuales, pero esa prohibición no afectará a la consulta de organismos como las cámaras de comercio o de los interlocutores sociales sobre asuntos distintos a las solicitudes de autorización individuales, ni a una consulta del público en general.

– Obligación de que la constitución de garantías financieras o la suscripción de un seguro deban realizarse con un prestador u organismo establecido en el territorio español.

– Obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un período determinado en los registros de prestadores existentes en el territorio español o de haber ejercido previamente la actividad durante un período determinado en dicho territorio.

3.4.2.2. Lista gris.

Son los regulados en los artículos 11 y 12.2 de la Ley Paraguas donde establece unos requisitos potencialmente restrictivos que deben evaluarse en cada caso pues constituyen obstáculos graves a la libertad de establecimiento y, excepcionalmente, se admiten únicamente cuando no existe otro medio menos restrictivo y cuando el acceso o ejercicio de una actividad de servicios “*no sea discriminatorio, estén justificados por*

una razón imperiosa de interés general y sean proporcionados”, motivándolo adecuadamente.

Estos requisitos serían los siguientes:

- Restricciones cuantitativas o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia mínima entre prestadores. Los fines económicos, como el de garantizar la viabilidad económica de determinados prestadores, no podrán invocarse como justificación de restricciones cuantitativas o territoriales.
- Requisitos que obliguen al prestador a constituirse adoptando una determinada forma jurídica; así como la obligación de constituirse como entidad sin ánimo de lucro.
- Requisitos relativos a la participación en el capital de una sociedad, en concreto la obligación de disponer de un capital mínimo para determinadas actividades o tener una cualificación específica para poseer el capital social o gestionar determinadas sociedades.
- Requisitos distintos de los exigidos 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 una actividad de servicios a una serie de prestadores concretos debido a la índole específica de la actividad.
- La prohibición de disponer de varios establecimientos en el territorio español.
- 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.
- Restricciones a la libertad de precios, tales como tarifas mínimas o máximas, o limitaciones a los descuentos.

- La obligación del prestador de realizar, junto con su servicio, otros servicios específicos o de ofrecer una determinada gama o surtido de productos.

Dependiendo del resultado de la evaluación, los Estados miembros tendrán que suprimir los requisitos que no cumplan las condiciones expuestas o sustituirlos por medios menos restrictivos compatibles. Podrán mantener los que se atengan a las condiciones del apartado 2 del artículo 11 Ley 17/2009 (proporcionalidad, no discriminación y necesidad).

3.5. AUTORIZACIONES EN LOS SERVICIOS EXCLUIDOS DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS.

Según la memoria de impacto económico y presupuestario de la Ley Paragüas se procedió a la eliminación de 48 regímenes de autorización, 32 de los cuales fueron sustituidos por comunicaciones previas o declaraciones responsables, y 16 se eliminaron completamente³⁸. Los servicios excluidos del ámbito de aplicación de la norma comunitaria pueden seguir manteniendo el régimen autorizador al estilo clásico. La Directiva de Servicios se refiere únicamente a aquellos servicios que se realizan por una contrapartida económica; por eso, los servicios no económicos de interés general no están incluidos en su ámbito de aplicación, como tampoco lo están los servicios financieros, de telecomunicaciones y de transporte, sanitarios y audiovisuales, la asesoría fiscal, los servicios de seguridad privados y la mayoría de los servicios sociales.

Entre los sectores afectados por la exclusión son el urbanismo y el medio ambiente³⁹ según el Considerando 9 de la Directiva y aplicado por la Doctrina. Dicho considerando 9 dispone literalmente que

“La presente Directiva (...) no se aplica a requisitos tales como normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas

³⁸ Dictamen del Consejo de Estado, *Anteproyecto de Ley sobre Libre Acceso...*, op. cit. pág. 15, pág. 21.

³⁹ RODRÍGUEZ FONT, Mariola, *Régimen de comunicación e intervención ambiental. Entre la simplificación administrativa y la autorregulación*, Anuario del Gobierno Local 2009. Fundación: Democracia y Gobierno Local, Institut de Dret Public (en línea). Págs. 280-297. Disponible en internet: ISSN:2013-4924. Consultado el 10 de enero de 2017

de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada”.

No obstante, esta exclusión por parte del Considerando no ha evitado las críticas puesto que, aparte de esta escueta mención, no existe una exclusión explícita en el articulado de la Ley Paraguas ni en su Preámbulo. Ambos sectores están supeditados a las protección del medio ambiente y el entorno urbano las cuales constituyen razones imperiosas de interés general que habilitan la pervivencia de ciertos regímenes autorizatorios y, por ende, amparan restricciones a la libre prestación de servicios (art. 3.11 de la Ley 17/2009)⁴⁰.

Otras de las técnicas autorizatorias excluidas del ámbito de aplicación de la directiva son las licencias municipales, en concreto en tres ámbitos: la normativa de actividades clasificadas o de incidencia ambiental, la normativa urbanística, y la normativa en materia de espectáculos y actividades recreativas⁴¹.

⁴⁰ MOREU CARBONELL, Elisa, *La Administración “neopolicial”...*, op. cit. pág. 8, pág. 254-257: *“sólo podrían ser invocadas para someter una actividad de servicios a un régimen de autorización cuando se justifique que es la medida más adecuada de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Dicho con otras palabras: el acceso y ejercicio de servicios con incidencia ambiental y urbanística no queda sujeto automáticamente a un régimen de autorización, por el hecho de ser una razón imperiosa de interés general [Arana García y Granados Rodríguez (2010, 10)]. Como explica Torres Cobas (2009, 26), una cosa es que el urbanismo o el medio ambiente puedan quedar fuera del ámbito de aplicación de la Directiva (lo cual es discutible), y otra muy distinta que aquellas disposiciones que regulen el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio no queden sujetas a la Directiva por el hecho de encontrarse formalmente insertas en «normas urbanísticas» o «ambientales». La cobertura formal de la intervención (legislación urbanística o ambiental) no puede servir de excusa para huir materialmente de los principios y reglas de la Directiva”.*

⁴¹ MOLINA FLORIDO, I., “La Directiva de servicios y las entidades locales” *El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 15, octubre 2009. Pág. 26 y ss: *“La exclusión de las licencias urbanísticas del ámbito de aplicación de la Directiva podría quedar justificada con la sola invocación de estas razones imperiosas de interés general, fundadas en consideraciones de seguridad pública o protección del medio ambiente y entorno urbano, por poner un par de ejemplos. Sin embargo, la Doctrina coincide en señalar que también quedan fuera por el hecho de que la norma comunitaria se aplica respecto a los requisitos que afectan el acceso a una actividad. Las licencias urbanísticas no atañerían directamente a dicho acceso, a pesar de imponer condiciones que deben ser respetadas en el desarrollo previo de la misma. Como se expone en la Guía orientativa para la Administración local, los requisitos aplicables a la sociedad en su conjunto (tanto particulares en su capacidad privada como prestadores) no se ven afectados, como los relativos al tráfico rodado, ordenación del territorio, normas de construcción o urbanismo; puesto que no afectan específicamente a la actividad de servicio.*

Uno de los factores por los que las licencias urbanísticas se encuentran excluidas del ámbito de la Directiva de Servicios es la necesidad de contar con una norma con rango de Ley que justifique “*que justifique en cada caso el mantenimiento de la autorización [art. 84. 1 b) LRBR L]*”⁴².

Otros de los sectores excluidos son las autorizaciones de carácter demanial, por ejemplo, las relativas a usos comunes especiales en el dominio público hidráulico, que han pasado a ser sustituidas por declaraciones responsables (art. 33 de la Ley omnibus, que reforma el art. 51 de la Ley de Aguas).

4. LA COMUNICACIÓN PREVIA Y LA DECLARACION RESPONSABLE.

Una vez analizado el régimen autorizador en todos sus aspectos, antes y después de la implantación de la Directiva de Servicios, debemos centrarnos en las nuevas técnicas que trajo consigo dicha Directiva: la Comunicación Previa y la Declaración Responsable.

El caso del dominio público es algo distinto. Las autorizaciones y concesiones demaniales sí parecen, de entrada, limitar la libertad de establecimiento en relación con las actividades de prestación de servicios. Sólo la existencia de razones imperiosas de interés general permitiría salvar dicho ámbito de la aplicación de los regímenes sustitutorios de la licencia, siendo la invocación del orden o la seguridad pública el camino menos rebatible. Apoyaría esta interpretación la no aplicación de la regla general del silencio positivo a estos casos, con el mantenimiento en el artículo 43.1 de la LRJPAC de la excepción de la posibilidad de transferencia al solicitante o a terceros de facultades relativas al dominio público. Algunas normas, no obstante, quiebran esta interpretación doctrinal, como la modificación por la “Ley Ómnibus” de los artículos 51 y 78 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas que prevé un supuesto de declaración responsable en materia de dominio público, respecto al ejercicio de usos comunes especiales como la navegación y flotación, el establecimiento de barcas de paso y sus embarcaderos, y cualquier otro uso que no excluya la utilización del recurso por terceros”.

⁴² MOREU CARBONELL, Elisa, *La Administración “neopolicial”...*, op. cit. pág. 8, pág. 257:

“Desde el punto de vista de la autonomía local, este límite formal justificaría la pasividad de muchos Ayuntamientos que prefieren esperar a que los legisladores estatal y autonómico decidan sobre el mantenimiento o la supresión de las distintas licencias en el marco de sus competencias locales. En opinión de Molina Florido (2009, 15), sería de mucha utilidad que cada entidad local aprobara una «ordenanza omnibus» u «horizontal» que revisara todas las normas locales con previsiones contrarias a la Directiva, pero esta posibilidad se encuentra mermada por el hecho de tener que esperar a la adaptación de la legislación estatal o autonómica”.

Son actos jurídicos privados desarrollados bajo la responsabilidad de su emisor y sujetos a un control administrativo posterior; esto es, a lo que denomina parte de la doctrina administrativo una autocertificación

Cabe señalar que ambas técnicas se encuentran reguladas con carácter general en el artículo 69 de la ley 39/2015 (antiguo artículo 71 bis de la ley 30/1992 - LRJPAC) y en los artículos 3.9 y 5.c de la Ley Paragüas.

4.1. ANTECEDENTES.

La declaración responsable se había introducido ya en la legislación de industria que en ciertos supuestos establecía que el titular de una instalación podía acreditar el cumplimiento de la normativa mediante una declaración responsable. También la legislación en materia de subvenciones y la de contratos del sector público contemplaban la declaración responsable como fórmula para acreditar el cumplimiento de ciertos requisitos o la ausencia de incompatibilidades⁴³. La declaración más conocida quizás sea la de hallarse al corriente de las obligaciones tributarias y con la seguridad social del solicitante, prevista por ejemplo en el proceso de admisión de alumnos del artículo 84.11 Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación⁴⁴.

El origen de la comunicación previa lo encontramos por primera vez en el año 1990 en el Derecho Italiano en la llamada «declaración de inicio de actividad» En nuestro Derecho, la figura de la comunicación previa la encontramos por primera vez regulada en las Ordenanzas Generales de Edificación de 19 noviembre 1973, en relación con los supuestos exceptuados de previa licencia, pero con la obligación para el empresario comunicar previamente al Ayuntamiento sobre la actividad a realizar. Fue pionera la Ley 6/1988, de 30 marzo, de montes de Cataluña, que dispuso que *“el aprovechamiento de maderas, leñas y cortezas en terrenos forestales de propiedad privada que dispongan de Proyectos de Ordenación o Planes Técnicos aprobados de conformidad con lo previsto en la presente Ley no necesitará autorización; será*

⁴³ ESTEVE PARDO, Jose, *Lecciones de Derecho Administrativo...*, op. cit. pág. 12, pág. 383.

⁴⁴ MOREU CARBONELL, Elisa, *La Administración “neopolicial”...*, op. cit. pág. 8, pág. 276.

suficiente con la comunicación previa, por escrito, a la Administración forestal” (art. 50.1)⁴⁵.

Fue a partir de los años ochenta y noventa cuando esta técnica cobra más importancia, especialmente en el ámbito de la protección del medio ambiente y del urbanismo, y muy destacadamente en la normativa autonómica. La comunicación se nos presenta aquí como alternativa a la autorización en actividades que se consideran de baja intensidad e impacto. Así, la legislación urbanística de algunas Comunidades Autónomas establece que para la realización de ciertas obras menores no es necesaria la autorización o licencias de obras, puesto que la comunicación a la Administración es requisito suficiente para realizarlas⁴⁶. Lo mismo ocurre con actividades e instalaciones que se consideran de escaso impacto ambiental para las que algunas leyes autonómicas sólo exigen la comunicación a la Administración del inicio de la actividad por parte del promotor, sin necesidad por tanto de obtener una autorización ambiental⁴⁷.

El rasgo distintivo de la declaración responsable es la innecesariedad o reducción de la exigencia de aportación documental ante la Administración competente. Es decir: el interesado no tiene que presentar la documentación legalmente requerida si declara cumplir con los requisitos que la norma establece⁴⁸.

Desde esta perspectiva, la declaración responsable se ha considerado como una técnica de simplificación procedimental, en concreto, documental, como se desprende con claridad de la Exposición de Motivos de la Ley 38/2003, de 23 noviembre, General de Subvenciones: *“con el fin de agilizar el procedimiento, se contempla la posibilidad de sustituir la presentación de documentación por una declaración responsable del solicitante, siempre que así se prevea en la normativa reguladora. La acreditación de*

⁴⁵ MOREU CARBONELL, Elisa, *La Administración “neopolicial”...*, op. cit. pág. 8, pág. 281.

⁴⁶ Por ejemplo, En Castilla-La Mancha la realización de obras menores no requiere licencia sino simplemente una comunicación previa a la Administración municipal. Las obras menores podrán iniciarse transcurridos 15 días desde la comunicación sin respuesta de la Administración, que, en todo caso, podrá instar en cualquier momento la subsanación de defectos o irregularidades (art. 157 en relación con el art. 165.1 Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística). En Cataluña también se prevé que las Ordenanzas Municipales puedan sujetar las obras menores no a licencia sino a un régimen de comunicación previa (art. 179.4 Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo).

⁴⁷ ESTEVE PARDO, Jose, *Lecciones de Derecho Administrativo...*, op. cit. pág. 12, Pág. 383.

⁴⁸ MORA RUIZ, Manuela, “Comunicación previa, declaración responsable y control posteriori de la Actividad en el ámbito local: aproximación a su régimen jurídico ¿Nuevas técnicas administrativas?”. *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 155/2012, Edit. Civitas, S.A., Pamplona, 2012, pág. 8-9.

los datos contenidos en dicha declaración deberá requerirse antes de formular la propuesta de resolución del procedimiento". También el Manual de simplificación administrativa y agilización de trámite a aprobado por la Junta de Andalucía (2010) destaca que *"la declaración responsable adquiere gran importancia en el proceso de simplificación documental puesto que permite la posibilidad de diferir la presentación de la documentación a fases posteriores de la tramitación o incluso su sustitución total"*⁴⁹.

Ahora, en el proceso de reforma del sector servicios, el legislador parece empeñado en dotar a la declaración responsable de un significado propio y de una autonomía que en realidad no tiene. Según aparece regulada en el nuevo artículo 69 de la LPACAP, la declaración responsable no se diferencia fácilmente de la comunicación previa, pues iguales son sus efectos y su naturaleza jurídica como técnica de intervención a posteriori.

4.2. CONFIGURACIÓN LEGAL DE ESTAS TÉCNICAS.

Si atendemos a las definiciones legales, sabremos que la declaración responsable es *"el documento suscrito por la persona titular de una actividad empresarial o profesional en el que declara, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante la vigencia de la actividad"* (art. 3.9 Ley Paragüas) o *"el documento suscrito por un interesado en el que éste manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el período de tiempo*

⁴⁹ MORA RUIZ, Manuela, *Comunicación previa, declaración responsable y control posteriori...*, op. cit. pág. 36, págs. 5-7.

inherente a dicho reconocimiento o ejercicio” (artículo 69.1 LPACAP, antiguo artículo 71 bis de la LRJPAC)⁵⁰.

La comunicación previa se define exclusivamente en el artículo 69 de la LPACAP como “*aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos o cualquier otro dato relevante para el inicio de una actividad o el ejercicio de un derecho*”. Al contrario que la declaración responsable, la Ley Paragüas no define la comunicación previa sino que hace una breve referencia en el artículo 5.c) en relación con el principio de proporcionalidad.

Aunque el legislador haya intentado formar barreras diferenciadoras entre ambas técnicas, dotándolas de un significado propio y de una autonomía, lo cierto es que estas dos nuevas técnicas neopoliciales parecen siempre estar vinculadas entre sí siendo cada vez más difícil diferenciarlas en la normativa sectorial pues iguales son sus efectos y naturaleza en la técnica de control a posteriori de la administración⁵¹.

⁵⁰ MOREU CARBONELL, Elisa, *La Administración “neopolicial”...*, op. cit. pág. 8, pág. 268. La primera definición se refiere a los procedimientos en el marco de las actividades de servicios mientras que la segunda definición se refiere al procedimiento administrativo común y general.

⁵¹ MOREU CARBONELL, Elisa. *La Administración “neopolicial”...*, op. cit. pág. 8, pág. 281: “*Por ejemplo, la Ley catalana 9/2000, de 7 de julio, reguladora de la publicidad dinámica, en su versión modificada por Decreto Legislativo 3/2010 (art. 58), dispone que las comunicaciones previas, «si es necesario, tienen que ir acompañadas de declaraciones responsables del cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa específica» (art. 7). La Ley 11/2002, de 18 diciembre, de ordenación de la actividad de los centros y servicios de acción social de la Comunidad de Madrid, modificada por Ley 8/2009, de 21 diciembre, dispone que «a la autorización administrativa y a la comunicación previa se acompañará la documentación que se determine reglamentariamente y, en todo caso, la declaración responsable de la entidad titular de que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente de servicios sociales» (art. 8.5). Por su parte, la Ley Foral Navarra 15/2009, de simplificación administrativa, dispone que la presentación de la declaración responsable «conllevará automáticamente la concesión de la licencia de actividad» (art. 11.2). O la Ley 12/2009, de 16 diciembre, de comercio de Canarias, cuando establece que «el titular de la licencia comercial para el desarrollo de la actividad objeto de la presente ley comunicará la puesta en marcha de la actividad comercial en el plazo máximo de un mes desde que ésta se produzca, mediante una declaración responsable al órgano competente en materia de comercio» (art. 11.6). Un matiz peculiar se observa en la Ley 16/2005, de 30 diciembre, de urbanismo de Valencia, que regula una declaración responsable como medio de acreditación de la licencia urbanística otorgada por silencio positivo. En efecto, será innecesaria la acreditación de licencia de parcelación o de división de terrenos cuando medie «acreditación de que se solicitó la licencia o dicho certificado, con la antelación necesaria respecto al momento de otorgar la división, sin haber obtenido resolución administrativa expresa dentro de los plazos legales y efectuando declaración responsable de esto último» (art. 20.4)”.*

4.3. SEMEJANZAS ENTRE AMBAS TÉCNICAS NEOPOLICIALES.

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 de acuerdo con el artículo 69.3 de la Ley 39/2015, “*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*”.

Son muchas las semejanzas entre ambas técnicas produciendo dificultades, en algunas ocasiones, de delimitarlas. Entre esas semejanzas nos encontramos con:

- a) Son medidas de simplificación administrativa
- b) Tanto la declaración responsable como la comunicación previa se definen como *documentos* que presenta el interesado.
- c) Al contrario que la autorización administrativa, la declaración responsable y la comunicación previa son actividades de autocontrol que no necesitan un acto administrativo que ponga fin al procedimiento administrativo (obligación de resolver del antiguo artículo 42.1 de la LRJPAC). Son técnicas en las que no rige el silencio administrativo, es decir, lo importante es que el prestador del servicio no quede sujeto a ninguna intervención previa de la Administración para el ejercicio de la actividad.

Adviértase, no obstante, que la intervención administrativo disminuye pero no desaparece⁵², es decir, que el hecho de que la comunicación previa o la declaración responsable no generen obligación de resolver no significa que no puedan dar lugar a un procedimiento administrativo, si bien la actividad de inspección no suele estar procedimentalizada o formalizada, y normalmente no culminará en ningún acto administrativo.

El comunicante o declarante, ante la ausencia de pronunciamiento administrativo alguno, habrá de cuidarse por sí mismo de la adecuación de la

⁵² RODRIGUEZ FONT, Mariola, *Declaración responsable y comunicación previa...*, op. cit. pág. 9, pág. 285.

actividad que inicial al marco legal existente y será den todo responsable de su actividad, una responsabilidad que no podrá trasladar a la Administración ni siquiera compartir con ella.

d) Ambas técnicas se definen legalmente como técnicas de control a posteriori (ex. art. 5 c) de la Ley paraguas). Por eso, la eficacia inmediata de la declaración responsable o de la comunicación previa se produce “*sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones pública*” (art. 69.3 Ley 39/2015). En relación con ello, la LPACAP dispone la eventualidad de que un control a posteriori de la Administración desemboque en “*la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar*” (art. 69.4 LPACAP).

El trámite de estas técnicas neopoliciales se finaliza con su recepción por parte de la Administración. Su potestad de supervisión e inspección en algunas ocasiones es discrecional pero existen supuestos en los que resulta exigible (seguridad, salubridad, la vida de las personas). En estos casos la Administración puede actuar de oficio ante infracciones graves, es decir, cuando de la información requerida se desprenda claramente que la actividad anunciada incumple de manera manifiesta la normativa aplicable; o a instancia de parte mediante denuncia por un tercero particular⁵³.

e) Los efectos de la declaración responsable y de la comunicación previa se delimitan en el artículo 69.3 de la LPACAP. En ambos casos, “*producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente y permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad desde el día de su presentación*”. La regla general es que tanto la declaración responsable como la comunicación previa llevan implícito el reconocimiento o ejercicio del derecho o actividad desde el día de su presentación

⁵³ ESTEVE PARDO, Jose, *Lecciones de Derecho Administrativo...*, op. cit. pág. 12, pág. 385.

pues la declaración del particular lleva implícito una presunción de licitud de la actividad⁵⁴.

f) Su eficacia es general desde un punto de vista temporal y territorial⁵⁵ facultado al prestador para ejercer un derecho o iniciar una actividad de servicios:

– Por tiempo indefinido, con las excepciones de que “*se renueve automáticamente o sólo esté sujeta al cumplimiento continuo de los requisitos*” (artículo 7.1 LASE) o “*sólo podrá limitarse el número de autorizaciones cuando esté justificado por la escasez de recursos naturales o inequívocos impedimentos técnico*” (artículo 8.1 LASE).

– En todo el territorio nacional. El artículo 7.3 de la Ley Paragüas prescribe 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*”.

4.4. CONSECUENCIAS DE LAS IRREGULARIDADES EN LA COMUNICACIÓN PREVIA Y DECLARACIÓN RESPONSABLE.

Las irregularidades que pueden afectar a la presentación de una comunicación previa o una declaración responsable son las siguientes:

A) Irregularidades relativas a los datos o documentos aportados (comunicaciones o declaraciones defectuosas).

El artículo 7.2, párrafo 2^a, de la Ley Paragüas establece en relación con la facultad de la revocación de la administración 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*

⁵⁴ BAÑO LEÓN, Jose María, “Declaración responsable y derechos de terceros. El lado oscuro de la llamada “better regulation”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 167/2014, Edit. Civitas, S.A., Pamplona, 2014, pág. 2.

⁵⁵ FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, *Regímenes de Intervención Administrativa...*, op. cit. pág. 8, pág 100.

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”.

De acuerdo con esto, son dos los requisitos previstos para la revocación:

- La inexactitud o falsedad en cualquier dato, manifestación o documento aportado que deberá tener carácter esencial, por lo que no basta cualquier inexactitud o error que no sea determinante, y el cumplimiento de los requisitos legales.
- Y la constatación cierta y probada por la autoridad policial competente a través de actos administrativos de inspección de la concurrencia o existencia de tal causa motivadora de dicha pérdida de eficacia de la declaración responsable.

El artículo 69.4 ley 39/2015 abarca cualquier irregularidad en los datos, manifestaciones o documentos que acompañen o se incorporen a una declaración responsable o comunicación previa, con independencia de la buena o mala fe del interesado y de si tales hechos pueden constituir infracción administrativa o penal. Por otro lado, la inexactitud no sólo puede darse en el momento de presentación del documento correspondiente, sino que puede surgir en un momento posterior, por una modificación sobrevenida de las circunstancias.

En definitiva, este abanico de circunstancias objetivas, temporales (inexactitud originaria o sobrevenida) y subjetivas (buena o mala fe, culpa o dolo del comunicante, por ejemplo) no es relevante para que se despliegue el efecto regulado por la norma, que es la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada, porque no estamos ante una sanción administrativa en sentido técnico-jurídico. De hecho, el artículo 69.4 de la Ley 39/2015 matiza que el sujeto infractor podrá verse sometido a todo tipo de responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.

B) Falta de presentación o presentación tardía.

El artículo 69.4 de la Ley 39/2015 regula también la “no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable o la comunicación previa”. Es decir, la falta de presentación implica que el interesado ha iniciado la actividad o servicio sin presentar dichos documentos, cuando éstos sean necesarios según la normativa aplicable.

La norma no parece regular el supuesto de una presentación posterior o tardía de la comunicación previa o la declaración responsable, es decir, una vez iniciada la actividad o servicio. Tan sólo encontramos una referencia aislada a esta posibilidad en el artículo 69.3 de la Ley 39/2015 cuando dispone que *“la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente”*.

C) Falta de comienzo de la actividad en plazo.

Puede establecerse un plazo máximo para que el prestador del servicio inicie efectivamente su actividad tras haber presentado la comunicación previa o la declaración responsable conveniendo destacar que no se considera como limitación temporal prohibida *“el plazo máximo que se pueda imponer al prestador para iniciar su actividad a contar desde el otorgamiento de la autorización o desde la realización de la comunicación o declaración responsable”* (art. 7.1 de la Ley Paragüas).

Eso significa que la normativa sectorial puede fijar un plazo desde la presentación de la comunicación o la declaración responsable para que el interesado inicie la actividad o el servicio, así como prever la imposibilidad de iniciar tal actividad cuando, habiendo sido presentada la declaración o comunicación, no se haya comenzado a prestar el servicio en un determinado plazo de tiempo⁵⁶.

⁵⁶ Por ejemplo, el artículo 14.2 de la Ley de turismo de la Comunidad Valenciana dispone que *“realizada la comunicación previa o la declaración responsable de inicio de actividad, ésta deberá comenzar de forma efectiva en el plazo máximo de dos meses. En caso contrario, aquéllas quedarán sin efecto, y se procederá, previa instrucción del oportuno expediente en el que se dará audiencia al interesado, a la baja y cancelación de la inscripción en el Registro de Empresas, Establecimientos y Profesiones Turísticas de la Comunitat Valenciana”*

No existe una norma específica sobre la subsanación en el caso de que concurren algunas de las irregularidades previstas anteriormente, no obstante, por analogía deberían aplicarse las normas generales de subsanación reguladas en el artículo 68 de la misma Ley 39/2015, de modo que la Administración “*requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición*”.

Esta resolución no tendría efectos retroactivos, de modo que determinaría para el interesado la imposibilidad de continuar con la actividad o el servicio, caso de haberlo iniciado ya.

5. CONCLUSIONES.

El nuevo sistema de control a posteriori supone un cambio radical para las administraciones, que han de pasar de un modelo tradicional de intervención administrativa previa a un régimen de supervisión e intervención posterior. Estos principios fueron incorporados a la LRJPAC y posteriormente a la nueva Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común queriendo establecer “*una regulación completa y sistemática de las relaciones ad extra entre las Administraciones y los administrados*” (Proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo Común).

La nueva ley de Procedimiento Administrativo Común no dista mucho sus precesoras, no adecuándose a las necesidades de la sociedad actual. La adaptación real va más allá de la incorporación de la Administración electrónica, exige una evaluación de normas, la revisión de los procedimientos configurando actos reglados a través de modelos normalizados y la renovación de las Administraciones públicas orientada a la supervisión a posteriori.

La preferencia por los controles *a posteriori*, en lugar de la clásica autorización, ha suscitado un notable interés doctrinal, tanto por lo que se refiere a la inseguridad

jurídica, como la vulneración de derechos de terceros que se ven afectados por el inicio de actividades a través de estas nuevas técnicas administrativas⁵⁷:

En primer lugar, el legislador debería haber distinguido claramente las figuras de declaración responsable y comunicación previa o, simplemente, reducir ambas a una única figura.

En segundo lugar, el ordenamiento español concede una amplia legitimación en el procedimiento administrativo a quien puede verse afectado por el acto autorizatorio, es decir, al tercero que se produce molestias una actividad tiene derecho a ser oído ante que recaída resolución administrativa (art. 105 CE). No obstante, cuando no hay acto administrativo previo es inviable defenderse antes de que se haya producido la vulneración de los derechos de ese tercero⁵⁸.

En tercer lugar, debe partirse de la base de que las técnicas a posteriori se producirá únicamente en actividades regladas, en las que la discrecionalidad administrativa no existe. Es decir, para que un particular pueda iniciar una actividad a través de las técnicas de la declaración responsable o de la comunicación previa debe cumplir una serie de requisitos previstos en las normas sectoriales y en el caso de que no sea ajustada a derecho la Administración deberá denegarla.

El tercero interesado es titular del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), sin embargo, cuando no existe un acto administrativo previo, ese derecho reconocido debe tener una tutela más profunda. El tercero afectado tiene que tener garantizado no sólo la posibilidad de acceder a la comunicación responsable sino también exigir de la Administración que actúe (solicitando una inspección) y, en su

⁵⁷ BAÑO LEON, Jose María, “La reforma del procedimiento. Viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados”, *Documentación Administrativa*, num.2, 2015, pág. 1.

“Una ley de procedimiento debe garantizar una protección eficaz de todos los derechos afectados por la acción pública, no exclusivamente de los derechos del titular de una solicitud. Justo cuando la interpretación constitucional es más receptiva a la consideración de los fines constitucionales como normas de protección, la regulación legal minusvalora los derechos de quienes invocan derechos ambientales o de seguridad frente a la libertad de empresa”.

⁵⁸ BAÑO LEÓN, Jose María, “Declaración responsable y derechos de terceros...op. cit. pág. 40, pág. 9-10:

“Las técnicas de control ex post suponen la desaparición suponen la desaparición de los derechos procedimentales de los terceros interesados, pese a que no desaparece el interés público tutelado por la Administración, interés que se manifiesta en el apoderamiento a la Administración para prohibir o modificar la actividad. Toda una larguísima evolución de los derechos de defensa de los terceros ante la Administración desaparece de un plumazo en el control ex post”.

caso, solicitar que se elimine ese perjuicio si no se considera ajustado a derecho. Debe ampliarse el cauce de las garantías jurídicas de los terceros introduciendo técnicas como, por ejemplo, el derecho a impugnar el resultado de la inspección o solicitar la inspección cuando ésta no se ha verificado.

Sin embargo, al margen del derecho reconocido al tercero interesado de denunciar, se echa en falta en la legislación un tratamiento general de la facultad de inspección que tiene la administración siendo completamente ignorada en la nueva LPACAP. En el caso de inexistencia de control preventivo, la inspección debería ser obligatoria como garantía del cumplimiento de legalidad garantizando ante el ciudadano que existe un responsable del procedimiento “*y separar estrictamente la responsabilidad de la Administración y la función auxiliar de las empresas que colaboran con la Administración*”⁵⁹. Esto conlleva riesgos, especialmente cuando no se cuenta con servicios de inspección y control suficientes para controlar dichas actividades como ocurre con bastante frecuencia en España.

En definitiva, mientras se mantenga, no obstante, esta tendencia legislativa a que la Administración renuncie al control preventivo, es obligado mejorar la regulación de la normativa básica de procedimiento en defensa de los intereses de terceros y, lo que es más importante, del interés público. Esto crea demasiados cabos sueltos que evidencian inseguridad jurídica y que no se haya completado aún los objetivos de la llamada Europa 2020 de creación de un mercado único y abierto de servicios quedando muchas cuestiones pendientes en el proceso de adaptación a la misma que deben ser resueltas de forma nítida y precisa.

⁵⁹ BAÑO LEON, Jose María, "La reforma del procedimiento. Viejos problemas...op. cit. pág. 43, pág. 1.

6. BIBLIOGRAFÍA.

- ALVAREZ ARCE, Jose Luis, *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Círculo de Empresarios, 2009, Madrid.
- BAÑO LEON, Jose María, “Declaración responsable y derechos de terceros. El lado oscuro de la llamada better regulation”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 167/2014, Edit. Civitas, S.A, Pamplona, 2014.
- BAÑO LEON, Jose María, “La reforma del procedimiento. Viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados”, *Documentación Administrativa*, núm. 2, enero-diciembre 2015.
- BAUZÁ MARTORELL, Francisco José, *Declaración responsable y comunicación previa. Consideraciones críticas del procedimiento administrativo a raíz de la Ley Ómnibus*, en Diario La Ley nº 7419, Madrid.
- DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás, “El concepto de la autorización en el ámbito de la libertad de establecimiento de las prestaciones de servicios”, *Grandes Tratados. La ordenación de las actividades de servicios: Comentarios a la Ley 17/2009 de 23 de noviembre*, Edit. Aranzadi S.A.U., enero de 2010.
- Dictamen del Consejo de Estado, *Anteproyecto de Ley sobre Libre Acceso y Ejercicio de las Actividades de Servicios*, referencia CE 99/2009. Disponible en internet: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/consejo_estado.php.
- Dictamen del Consejo de Estado, *Anteproyecto de Ley de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*. referencia CE 779/2009. Disponible en internet: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/consejo_estado.php.
- ESTEVE PARDO, Jose, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2011, segunda edición.

- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, “Regímenes de Intervención Administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable”, *Revista Catalana de Dret Públic* (en línea), 2011, núm 42, págs. 85-114. Disponible en internet: <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/2216>.
- *Manual de simplificación administrativa y agilización de trámites de la Junta de Andalucía*, Junta de Andalucía, Aprobado por Orden de la Consejería de Justicia y Administración de Justicia por Orden de 22 febrero 2010. Disponible en internet: ws024.juntadeandalucia.es/plutonDescargas/15_647_manual_de_simplificacion_administrativa.pdf.
- *Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2007. Disponible en internet: http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_en.htm
- MOLINA FLORIDO, I., “La Directiva de servicios y las entidades locales”, *El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 15, octubre 2009.
- MORA RUIZ, Manuela, “Comunicación previa, declaración responsable y control postiori de la Actividad en el ámbito local: aproximación a su régimen jurídico ¿Nuevas técnicas administrativas?”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 155/2012, Edit. Civitas, S.A., Pamplona, 2012.
- MOREU CARBONELL, Elisa, “La Administración “neopolicial”. Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, ISSN 1133-4797, 2010, núm 12.
- RAZQUIN LIZARRAGA, Jose Antonio, “El impacto de la Directiva de Servicios en el procedimiento administrativo: autorización, declaración responsable y comunicación”, *Revista Jurídica de Navarra* (en línea), enero-junio, 2010, núm 49.

- RODRIGUEZ FONT, Mariola, *Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local*. Anuario de Gobierno Local, 2009. Fundación: Democracia y Gobierno Local, Institut de Dret Public (en línea). Págs. 261-262. Disponible en internet: ISSN:2013-4924.
- RODRIGEZ FONT, Mariola, *Régimen de comunicación e intervención ambiental. Entre la simplificación administrativa y la autorregulación* Anuario del Gobierno Local 2009. Fundación: Democracia y Gobierno Local, Institut de Dret Public (en línea). Págs. 280-297. Disponible en internet: ISSN:2013-4924.
- SANCHEZ MORON, Miguel. *Derecho Administrativo, parte general*, Edit. Tecnos (Grupo Anaya), Madrid, 2014, décima edición
- TORRES COBAS, Ferrán. *Premisas para una correcta transposición de la Directiva de Servicios al ordenamiento local* Anuario de Gobierno Local, 2009. Fundación: Democracia y Gobierno Local, Institut de Dret Public (en línea).