

LOS DESAFÍOS DE LA "DIRECTIVA BOLKESTEIN" PARA LAS ENTIDADES LOCALES: EL ADIÓS A LAS LICENCIAS Y EL POSIBLE RENACER DE LAS ORDENANZAS LOCALES

Ferrán Torres Cobas

Secretario del Organismo de Gestión Tributaria de la Diputación de Barcelona.
Profesor Asociado de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra.

ÍNDICE:

1.- LA DIRECTIVA DE SERVICIOS: OBJETO, CONTENIDO Y PERSPECTIVAS DE TRANSPOSICIÓN	1
2. INCIDENCIA EN EL PROCESO DE REVISIÓN NORMATIVA DE LAS ORDENANZAS LOCALES DE LA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA POTESTAD NORMATIVA LOCAL CONTENIDA EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA DE NUEVA GENERACIÓN.....	14
3. PRINCIPALES ÁMBITOS DE COMPETENCIA MUNICIPAL AFECTADOS POR LA DIRECTIVA DE SERVICIOS.....	22
4. LA OBLIGADA SIMPLIFICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS, VENTANILLA ÚNICA Y ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA.....	29

I.- LA DIRECTIVA DE SERVICIOS: OBJETO, CONTENIDO Y PERSPECTIVAS DE TRANSPOSICIÓN

La Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, es conocida coloquialmente con el nombre de Directiva Bolkestein, porque Frits Bolkestein era el Comisario Europeo que impulsó esta iniciativa consistente en eliminar todas las barreras de carácter proteccionista que impiden la existencia de un auténtico mercado de servicios entre los países de la Unión Europea. La Directiva entró en vigor el 28 de diciembre de 2006, con la indicación de que los Estados miembros disponen de tres años para su transposición, plazo que finaliza el 28 de diciembre de 2009.

El texto inicial de la Directiva de Servicios era ultraliberal y tuvo una contestación por parte de muchos países de la Unión Europea, sobre todo en Francia y Alemania, lo que permitió introducir cambios profundos en el Parlamento Europeo. En tono sarcástico, los opositores a la Directiva de Servicios la bautizaron como la Directiva "Frankenstein".

La lectura del artículo 1 de la Directiva de Servicios nos pone en antecedentes sobre lo que no trata o no afecta la Directiva, fruto de las enmiendas introducidas en el Parlamento Europeo, a saber: la DS es compatible con la existencia de servicios públicos, reservados o no; la DS no afecta a los derechos fundamentales ni a las condiciones laborales y de seguridad social de los trabajadores que los Estados miembros aplican de acuerdo con la legislación nacional adaptada al derecho comunitario. Finalmente, la DS suprimió el polémico principio de "país de origen" en la libre prestación de servicios cuyo exponente más conocido fue el ejemplo del "fontanero polaco" que se regiría por las condiciones laborales existentes en Polonia, pero trabajaba en Francia.

La finalidad confesada de la de la Directiva de Servicios es la creación en la Unión Europea de un autentico mercado europeo de los servicios, el crecimiento económico y la creación de empleo, para lo cual procede eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores y a la libre circulación de servicios, siempre que dichos obstáculos no obedezcan a una imperiosa necesidad de interés general. Las razones que justifican, según la propia de motivos de la Directiva, su aprobación son las que contenidas en los considerandos 2 a 6 de la misma, a saber:

(2) Para fomentar el crecimiento económico y la creación de puestos de trabajo en la Unión Europea resulta esencial un mercado competitivo de servicios. Actualmente, hay un gran número de barreras en el mercado interior que impiden a los prestadores, en particular a las pequeñas y medianas empresas (PYME), extender sus operaciones más allá de sus fronteras nacionales y beneficiarse plenamente del mercado interior. Ello debilita la competitividad global de los prestadores de la Unión Europea. Un mercado libre que obligue a los Estados miembros a suprimir las barreras para la circulación transfronteriza de servicios y que, al mismo tiempo, ofrezca a los consumidores mayor transparencia e información, proporcionaría a los consumidores más posibilidades de elección y unos servicios a precios más bajos.

(3) En el informe de la Comisión sobre «El estado del mercado interior de servicios» se hace un inventario de un gran número de obstáculos que impiden o frenan el desarrollo de los servicios entre los Estados miembros y, especialmente, de los servicios prestados por las PYME, tipo de empresas predominante en el sector de servicios. En el informe se llega a la conclusión de que, diez años después de lo que debería haber sido la realización del mercado interior, existe todavía un gran desfase entre la existencia de una economía integrada para la Unión Europea y la realidad vivida por los ciudadanos y los prestadores de servicios europeos. Los obstáculos afectan a una amplia gama de actividades de servicios, así como a la totalidad de las etapas de la actividad del prestador, y presentan numerosos puntos en común, incluido el hecho de tener su origen con frecuencia en un exceso de trámites administrativos, en la inseguridad jurídica que rodea a las actividades transfronterizas y en la falta de confianza recíproca entre los Estados miembros.

(4) A pesar de que los servicios son el motor del crecimiento económico y de que representan un 70 % del PIB y de los puestos de trabajo en la mayoría de los Estados miembros, esta fragmentación repercute de forma negativa en el conjunto de la economía europea y, especialmente, en la

competitividad de las PYME y la circulación de los trabajadores, al tiempo que impide que los consumidores accedan a una mayor variedad de servicios a precios competitivos. Es importante señalar que el sector de los servicios es clave para el empleo, sobre todo de las mujeres, por lo que estas pueden aprovechar en gran medida las nuevas oportunidades ofrecidas por la plena realización del mercado interior de los servicios. El Parlamento Europeo y el Consejo han puesto de relieve que la eliminación de los obstáculos jurídicos que impiden el establecimiento de un auténtico mercado interior es prioritaria para conseguir el objetivo fijado por el Consejo Europeo de Lisboa, de 23 y 24 de marzo de 2000, de mejorar el empleo y la cohesión social y alcanzar un crecimiento económico sostenible con el fin de hacer de la Unión Europea la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo de aquí al año 2010, con más y mejores empleos. La supresión de estos obstáculos, al tiempo que se preserva un modelo social europeo avanzado, es una condición esencial para superar los problemas ligados a la puesta en práctica de la estrategia de Lisboa y dar un nuevo impulso a la economía europea, especialmente en términos de empleo e inversión. Es importante, por consiguiente, realizar el mercado interior de los servicios con el debido equilibrio entre la apertura de los mercados y la preservación de los servicios públicos, los derechos sociales y los derechos de los consumidores.

(5) Por tanto, procede eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros y garantizar, tanto a los destinatarios como a los prestadores de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales del Tratado. Dado que los obstáculos que entorpecen el mercado interior de los servicios afectan tanto a los operadores que desean establecerse en otros Estados miembros como a los que prestan un servicio en otro Estado miembro sin establecerse en él, procede permitir que el prestador desarrolle sus actividades de servicios dentro del mercado interior, ya sea estableciéndose en un Estado miembro, ya sea acogiéndose a la libre circulación de servicios. Los prestadores deben disponer de la posibilidad de elegir entre estas dos libertades en función de su estrategia de desarrollo en cada Estado miembro.

(6) La supresión de estos obstáculos no puede hacerse únicamente mediante la aplicación directa de los artículos 43 y 49 del Tratado, ya que, por un lado, resolver caso por caso mediante procedimientos de infracción contra los correspondientes Estados miembros sería, especialmente a raíz de las ampliaciones, una forma de actuar extremadamente complicada para las instituciones nacionales y comunitarias y, por otro, la eliminación de numerosos obstáculos requiere una coordinación previa de las legislaciones nacionales, coordinación que también es necesaria para instaurar un sistema de cooperación administrativa. Como han admitido el Parlamento Europeo y el Consejo, un instrumento legislativo comunitario permitiría crear un auténtico mercado interior de servicios”.

En España el Ministerio de Economía y Hacienda ha realizado una simulación, utilizando el modelo REMS, para estimar el impacto macroeconómico asociado al proceso de transposición de la Directiva de Servicios. A partir de esta simulación, se espera un crecimiento gradual y sostenido del PIB, y una caída inicial de la tasa de inflación, que recupera su valor inicial en el largo plazo. En cuanto a la composición del crecimiento de la economía española, desde la óptica de la demanda, el consumo

y la inversión se ven claramente favorecidos por la Directiva. En el caso del consumo, la caída de precios conlleva un incremento del salario real y un aumento del empleo, provocando un crecimiento por encima del 1% desde el segundo año. En cuanto a la inversión, se observa un significativo tirón alcista, alimentado por la mejora de la rentabilidad del capital, provocada por las nuevas oportunidades existentes y por la mejora de la eficiencia empresarial.

Desde la óptica de la oferta, la reacción del empleo es más súbita, alcanzando su máximo a los 10 trimestres (valores alrededor del 0,8 %, es decir, entre 150.000 y 200.000 empleos). En cuanto a la productividad, se ve claramente favorecida por el aumento de la competencia en el sector servicios, pues, las empresas se vuelven más eficientes al alcanzar escalas óptimas, y además tienen acceso a nuevos recursos y tecnologías a menor coste¹.

La Directiva de Servicios puede tener ese gran impacto en la economía española y europea, y de ahí su gran importancia, porque a diferencia de las directivas "normales" que son de aplicación a una o varias materias o sectores, está se aplica se con "carácter horizontal" a casi todos los sectores. En efecto, la lista de actividades excluidas que contiene el artículo 2.2 de la DS es muy pequeña, y la definición de servicio como "cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado" es, en cambio, muy amplia, incluyendo sectores alejados a nuestro concepto de servicio como las actividades industriales, de la construcción, mercantiles o artesanales². El considerando 33 de la DS afirma que el concepto de servicio que utiliza la Directiva incluye actividades enormemente variadas y en constante evolución, y contiene un pequeño listado ejemplificativo que no tiene carácter exhaustivo.

Respecto a la obligación que pesa sobre las entidades locales españolas de transponer la Directiva de Servicios y de aplicarla correctamente incluso cuando una ley o norma interna la contradiga, creo que vale la pena aportar dos datos significativos. Por un lado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es clara e inequívoca en el sentido de que las entidades locales se encuentran vinculadas a las Directivas de forma más fuerte que a la Ley interna y cuando la directiva es lo suficientemente precisa y no está sujeta a condición alguna debe aplicarse con preferencia a la ley interna en caso de antinomia. Por la importancia de esta cuestión y la existencia de cierto desconocimiento por parte de los operadores jurídicos me parece conveniente reproducir el fragmento de la sentencia del TJCE de 22 de junio de 1989 (Caso Fratelli Constanzo S.p.A., contra Comuni di Milano) en la que el alto Tribunal dio respuesta a la cuestión prejudicial cuarta de la forma siguiente:

Sobre la cuarta cuestión

28.

¹ Para mayor detalle puede consultarse:

<http://www.meh.es/documentación/Público/SGPEDC/DirectivaServicios.pdf>.

² El artículo 50 del Tratado explicita que los servicios comprenden, en particular: a) las actividades de carácter industrial; b) las actividades de carácter mercantil, c) las actividades artesanales y d) las actividades propias de las profesiones liberales.

Mediante su cuarta cuestión, el órgano jurisdiccional nacional pretende que se establezcan si, como ocurre con el Juez nacional, a toda Administración Pública, incluida la Administración Local, le incumbe la obligación de aplicar lo dispuesto en el apartado 5 del [artículo 29 de la Directiva 71/305 del Consejo \(LCEur 1971, 100\)](#) , inaplicando aquéllas disposiciones de Derecho nacional no conformes al mismo.

29.

Procede recordar que, en sentencias de 19 de enero de 1982 (Becker. 8/81, Rec.1982, pp. 53 y ss... especialmente p.71) y [26 de febrero \(TJCE 1986, 47\)](#) (Marshall. 152/84, Rec. 1986. pp. 737 y ss... especialmente p, 748), este Tribunal observo que cuando las disposiciones de una Directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean lo suficientemente precisas. Los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando este no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva dentro del plazo señalado, bien cuando haya procedido a una adaptación incorrecta.

30.

Se debe señalar que si los particulares están legitimados para, en las condiciones arriba apuntadas, invocar lo dispuesto en una directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, es porque las obligaciones contempladas en la misma se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros.

31.

Sería, por otra parte, contradictorio considerar a los particulares legitimados para invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, y en contra de la Administración Pública, las disposiciones de una directiva que respondan a las condiciones arriba mencionadas; y estimar, no obstante, que a la referida Administración Pública no le incumbe la obligación de aplicar la directiva y de inaplicar las disposiciones de Derecho nacional que las infrinjan. De lo dicho se desprende que, cuando se den los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal para que los particulares puedan invocar las disposiciones de una Directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, todos los órganos de la Administración Pública, incluso los no integrados en la Administración Central, como pueda ser el caso de un Municipio, están obligados a aplicar dichas disposiciones.

32.

Por lo que respecta, más en concreto, al apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305 del análisis de la primera cuestión se desprende que dicha disposición no esta sujeta a condición alguna y es lo suficientemente precisa como para que los particulares puedan ampararse en ella frente al Estado. Así pues, estos están legitimados para invocar la Directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales y, como se desprende de lo expuesto, todos los órganos de la Administración Pública, incluso los no integrados en la Administración Central, como pueda ser el caso de un municipio, están obligados a aplicarla.

33.

Procede, por consiguiente, responder a la cuarta cuestión que, al igual que al Juez nacional, a la Administración Pública, incluida la Administración Local, le incumbe la obligación de aplicar lo dispuesto en el apartado 5 del [artículo 29 de la Directiva 71/305 del Consejo \(LCEur 1971, 100\)](#) , así como la de no aplicar aquéllas disposiciones de Derecho nacional que infrinjan dicho precepto”.

Quiere ello decir que en caso de antinomia o contradicción entre un precepto de la Directiva de Servicios y un precepto de una norma interna, con independencia de su rango, las entidades locales están obligadas a aplicar el precepto de la Directiva dejando inaplicada la norma de derecho interno.

De *lege ferenda* esta regla podemos complementarla con la previsión contenida en la Disposición Final Cuarta del proyecto de ley estatal sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio que se está tramitando en las Cortes Generales para transponer la Directiva de Servicios, conforme a la cual las administraciones públicas que, en el ejercicio de sus competencias, incumplan lo dispuesto en esta ley o en el Derecho comunitario afectado, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas asumirán, en la parte que sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. Además, la norma habilita a la Administración del Estado para compensar la deuda contraída por la administración responsable del incumplimiento con las cantidades que le deba transferir la Hacienda pública estatal.

En definitiva, las entidades locales deben dar cumplimiento a la Directiva de Servicios porque según los expertos su correcta transposición creará a medio plazo muchos puestos de trabajo en España y el resto de Estados miembros, reducirá los precios de los servicios, simplificará normas y trámites administrativos y obligará a las entidades locales a gestionar los expedientes de forma electrónica y a interconectar los servicios electrónicos de todas las Administraciones españolas y, entre estas y la de los Estados pertenecientes a la Unión Europea. Además, en caso de incumplimiento de los preceptos incluidos en la Directiva de Servicios las entidades locales abonarán la parte de sanción que se imponga al Reino de España mediante la deducción de las transferencias que reciben de la hacienda general en concepto de participación en los tributos del Estado.

Para hacer la transposición de la Directiva de Servicios se requiere que los Estados Miembros adopten una serie de iniciativas legislativas y no legislativas de una especial complejidad, que podemos esquematizar de la forma siguiente:

1. Las Administraciones Públicas deben revisar la normativa que regula el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, la que regula las comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas y la que limita el ejercicio conjunto de diferentes actividades de servicios por un mismo prestador. Una vez revisada, deben evaluarla de acuerdo con las determinaciones de la DS y, de entrada, eliminar las licencias o autorizaciones administrativas que no estén justificadas por razones de interés general o sean innecesarias para atender esos fines. También se deben suprimir los requisitos discriminatorios o desproporcionados para el fin que se persigue.

2. Las Administraciones Públicas también deben implementar un proceso de simplificación administrativa de los procedimientos y trámites de la normativa referida en el punto anterior, suprimiendo los requisitos discriminatorios o desproporcionados para el fin que se persigue, los requisitos innecesarios, la duplicación de trámites, la presentación de documentos superfluos o que ya obren en poder de las Administraciones Públicas. En general, se establece una obligatoria reducción de cargas administrativas respecto a las personas que pretenden abrir un nuevo establecimiento de servicios o, simplemente, ejercer un servicio.

3. Toda la información referida al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, que puede incluir procedimientos, autorizaciones y trámites a realizar por Administraciones Públicas distintas, debe estar disponible en una ventanilla única electrónica, accesible a distancia, desde la cual deben poderse realizar todos los procedimientos y trámites de forma electrónica. Ello comporta la obligada interconexión electrónica entre los sistemas informáticos de todas las Administraciones Públicas.

4. Se refuerzan los derechos de los consumidores y usuarios frente a los prestadores. Se obliga a los prestadores a actuar con transparencia, debiendo informar a los usuarios del nombre, forma jurídica, dirección, precios, características del servicio, garantías, reclamaciones, etc. Los prestadores deben tratar a los usuarios de forma no discriminatoria.

La revisión normativa la deben realizar los autores de las normas reguladoras del acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, de las que regulan las comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas y de las que limitan el ejercicio conjunto de diferentes actividades de servicios por un mismo prestador, o sea que el proceso de transposición de la Directiva de Servicios se encuentran todas las administraciones públicas, los colegios profesionales, etc.

En España, el Ministerio de Economía y Hacienda es el encargado de coordinar el proceso de transposición, en colaboración de las Comunidades autónomas y la FEMP.

En este sentido en España la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (CDGAE) creó el Grupo de Trabajo para la Transposición de la Directiva de Servicios, Grupo cuyo "Programa de Trabajo de aplicación de la Directiva de Servicios" se basa en los siguientes elementos:

- En primer término, una Ley "Paraguas" que incorpore los principios fundamentales de la DS y aporte un marco jurídico de referencia más allá del período de transposición. El proyecto de Ley, aprobado por el Gobierno, ha tenido entrada en las Cortes Generales con el nombre de Proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.
- Simultáneamente, se pretende realizar, junto con las Comunidades autónomas y Corporaciones locales, adaptaciones normativas de carácter sectorial y horizontal. A nivel del Estado, también ha tenido entrada en las Cortes Generales el Proyecto de Ley de modificación de distintas leyes (estatales) para su adaptación a la Ley el libre acceso a las

actividades de servicios y su ejercicio. Se modifican 47 leyes estatales y, según los cálculos del Ministerio de Economía y Hacienda será necesario reformar, al menos, 116 normas reglamentarias.

La particular complejidad del proceso de transposición de la Directiva de Servicios radica en la diversidad de sectores de servicios que abarca la Directiva y el hecho de que los requisitos que deben revisarse pueden encontrarse no sólo en la legislación específica sectorial sino también en la legislación de naturaleza horizontal como las disposiciones reguladoras del comercio en general.

De este modo, la Directiva de Servicios contiene disposiciones que obligan a los Estados Miembros a evaluar toda su legislación y regulaciones relacionadas con la existencia de obstáculos a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios dentro de la Unión Europea. El objetivo de esta evaluación es examinar si dichas barreras tienen una justificación de acuerdo con la Directiva de Servicios. Si no la tienen, la normativa deberá eliminarse o modificarse por quien tiene la competencia para ello, es decir, por el órgano de la Administración Pública que ha aprobado la regulación correspondiente, puesto que, desde el punto de vista comunitario, lo único que importa es el efectivo cumplimiento de la normativa por los Estados miembros.

En el caso español, en la transposición de la Directiva de Servicios concurren distintos ámbitos competenciales, ante lo que hay que recordar la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (SSTC 8 de marzo y 22 de abril de 1993) cuando establece que la traslación de la normativa comunitaria al Derecho interno "ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas, criterios que (...) no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias"; "por consiguiente, la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostenta la competencia según las reglas de Derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario"³.

De hecho esta doctrina constitucional es la ya positivizada en leyes de reforma de los Estatutos de Autonomía, como la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña, que en su Art. 189 regula el "Desarrollo y aplicación del derecho de la Unión Europea" estableciendo que "La Generalitat aplica y ejecuta el derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias. La existencia de una regulación europea no modifica la distribución de competencias que establecen la Constitución y este Estatuto". En idéntico sentido, el artículo 235.1 del Estatuto de Autonomía de Andalucía dispone que la Junta de Andalucía desarrolla y ejecuta el derecho de la Unión Europea en materias de su competencia, de acuerdo con lo que establezca una ley del Parlamento de Andalucía.

³ Desde la Sentencia TJCE de 22 de febrero de 1982 (Comisión vs. Bélgica) el Alto Tribunal viene declarando que "la ejecución de Directivas por medio de actos normativos de carácter regional es admisible desde el punto de vista comunitario, al ser libre cada Estado miembro de repartir como considere oportuno las competencias normativas a nivel interno, pero la cuestión radica en que el Estado miembro, cualquiera que sea su estructura, es responsable hacia la Comunidad cuando la ejecución sólo tiene lugar para una parte del territorio".

El Programa de Trabajo de aplicación de la Directiva de Servicios diseñado por el grupo de Trabajo para la Transposición de la Directiva de Servicios recoge que, sin perjuicio de la colaboración entre las distintas Administraciones e incluso entre éstas y los distintos agentes del sector privado, la responsabilidad en las tareas de transposición corresponde a cada Administración en el ámbito de sus competencias. La medida en que tal responsabilidad corresponde a los Entes locales españoles es lo que vamos a considerar a continuación.

Desde la perspectiva jurisprudencial y legislativa antes expuesta parece claro que municipios, provincias e islas, a los que la Constitución reconoce el derecho a la autonomía política y administrativa, son los sujetos obligados a modificar sus propias normas para adaptarlas al Derecho comunitario, pues es indiscutible que las referidas entidades locales tienen conferidas las potestades reglamentarias y de autoorganización y así se reconoce en el Art. 4.1.a) de la Ley de Bases de Régimen Local y sus disposiciones autonómicas concordantes.

Sucede, no obstante, que esta cuestión es mucho más compleja, puesto que el Estado y las Comunidades autónomas tienen atribuidas competencias legislativas y de normación sobre los asuntos locales, normas que conviven con las ordenanzas locales y cuyas determinaciones se imponen en caso de conflicto⁴.

Más aún, en este mismo orden de cosas una importante corriente doctrinal pone en tela de juicio que la facultad de intervención de la actividad de los ciudadanos, prevista en el artículo 84.1 de la Ley de bases de régimen local⁵, constituya habilitación suficiente para que las entidades locales puedan intervenir la actividad de los ciudadanos; al parecer de tales autores para realizar válidamente dicha intervención se requiere la existencia de una cláusula de habilitación específica por parte del legislador sectorial⁶, cuando no una regulación de la materia efectuada

⁴ Ello es indiscutible cuando la antinomia se produce con una norma con rango de ley, y así se encarga de reconocerlo el art. 55 del TRRL cuando establece que las ordenanzas, los reglamentos y los bandos “en ningún caso contendrán preceptos opuestos a las leyes”. Y es más discutible cuando la antinomia se produce con los reglamentos estatales o autonómicos, aunque algunas leyes autonómicas -por ejemplo el art. 237.1 del Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya- establecen con total claridad que las ordenanzas y los bandos no pueden contener preceptos contrarios a las leyes “y a otras disposiciones generales”, o sea que también se encuentran subordinados jerárquicamente a las referidas disposiciones.

⁵ El referido artículo 84.1 LBRL establece: Las Corporaciones locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios: a) Ordenanzas y Bandos; b) Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo i c) Órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo. El apartado 2 de dicho artículo precisa que la actividad de la intervención se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, congruencia con los motivos y fines justificativos y respeto a la libertad individual.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (*Curso de Derecho Administrativo*, II, Civitas, Madrid, 8ª ed., 2002, págs. 110-111) se basan en la doctrina constitucional relativa a que el principio de legalidad impide que la Administración dicte normas sin la suficiente autorización legal para afirmar que “la cláusula general del art. 84.1 LBRL no es por sí sola suficiente para que cualquier Ayuntamiento pueda establecer a su albur cualquier medida de intervención sobre los derechos de los ciudadanos, necesitándose para su puesta en práctica una regulación por Ley que habilite tal facultad en el caso concreto”. A este respecto los autores de referencia citan la STC de 24 de julio de 1984: “El principio (de reserva de ley) no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador...que produce(n) una verdadera deslegalización de la materia

por el referido legislador sectorial –estatal o autonómico– cuyas determinaciones se imponen jerárquicamente a la regulación contenida en las ordenanzas locales.

En esta controvertida línea doctrinal se sitúa el artículo 1 del proyecto de Ley *Ómnibus* que modifica el redactado del actual artículo 84 LBRL en el sentido de que cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios se estará a lo que dispone la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios o su ejercicio (se refiere al proyecto de ley), cuyo artículo 5 dispone que la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio no puede imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurran una serie de condiciones que el precepto contempla⁷ que habrán de motivarse suficientemente “en la ley que establezca dicho régimen”. En definitiva, en mi opinión el proyecto de Ley introduce de forma un tanto gratuita la reserva de ley para someter a autorización previa el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio que afecta muy negativamente a la autonomía local entendida como el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales para regular una parte importante de los asuntos públicos, puesto que si se dan las circunstancias excepcionales que la norma prevé de necesidad y proporcionalidad de la medida no parece lógico que los gobiernos locales no puedan someter a autorización previa el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio, aunque sí que lo puedan hacer para la ciudadanía en general.

La nueva redacción del artículo 84 de la LBRL operada por la denominada Ley *Ómnibus*, es la siguiente:

“1. Las Entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios:

a) Ordenanzas y bandos.

b) Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo.
No obstante, cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios

reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir”.

⁷ El artículo citado, dispone: Artículo 5. *Regímenes de autorización*.

1. La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurran las siguientes condiciones, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen.

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

b) Necesidad: que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general;

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. 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.

incluidas en el bito de aplicación de la Ley.../... sobre el libre acceso de las actividades de servicios y su ejercicio, se estará a lo dispuesto en la misma.

c) Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

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

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

2. La actividad de intervención de las Entidades locales se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue.

3. Las licencias o autorizaciones otorgadas por otras Administraciones Públicas no eximen a sus titulares de obtener las correspondientes licencias de las Entidades locales, respetándose en todo caso lo dispuesto en las correspondientes leyes sectoriales”.

En estas circunstancias se comprende que las entidades locales españolas sean reacias a aprobar ordenanzas independientes y lo que mayoritariamente vamos a encontrar en el proceso de identificación de la normativa afectada son ordenanzas ejecutivas de las leyes y reglamentos estatales o autonómicos que lo que hacen es desarrollar, completar y muchas veces reproducir las previsiones contenidas en dichas leyes y reglamentos, pero que prácticamente no innovan el ordenamiento jurídico. De esta realidad se desprenden diversas dificultades específicas a la hora de realizar la tarea de trasponer la DS a las ordenanzas locales, a saber:

a) Como el ordenamiento local se estructura de forma jerárquica, siguiendo básicamente el esquema ley-reglamento (estatal o autonómico) más ordenanza local o bien ley de bases estatal-ley de desarrollo autonómica-reglamento de ejecución autonómico más ordenanza local, la modificación de cualquiera de las normas de rango superior supone, sin necesidad de derogación expresa, la modificación o derogación tácita de la ordenanza local que desarrolla, completa o reproduce la normativa de que trae causa.

b) Como consecuencia de lo dicho en el apartado anterior, no parece oportuno ni conveniente que las Entidades locales se anticipen a las decisiones normativas que deben adoptar el Estado o las Comunidades autónomas sobre la transposición de la Directiva de Servicios al ordenamiento jurídico local, puesto que se corre el peligro de una diversificación de interpretaciones sobre la forma de realizarla que sea contraria a la seguridad jurídica, al principio de igualdad y al establecimiento de un mercado europeo único.

Interesa remarcar que a pesar que el artículo 3.1 de la Carta Europea de Autonomía Local⁸ define la referida autonomía local como “el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes”, las Entidades locales españolas gestionan muchos asuntos públicos de los que ordenan y regulan puesto que, como se verá, la mayoría de materias cuya competencia en materia de ejecución corresponde a los Entes locales se encuentra normada por los otros niveles de gobierno.

c) En virtud de lo expuesto parece clara la conveniencia de incorporar en el proceso de identificación de las ordenanzas y reglamentos locales potencialmente afectadas por la DS un apartado que especifique, cuando exista, la normativa estatal o autonómica que le sirve de fundamento. En aquellos casos en que la ordenanza se limite a complementar la regulación legal aprobada por otro nivel de gobierno lo prudente será paralizar el proceso de evaluación de la ordenanza y sobre todo la de modificación de la misma, hasta que se modifique la norma normativa sectorial que la ordenanza desarrolla o complementa, si es el caso.

En este orden de cosas interesa destacar, *de lege ferenda*, la nueva redacción que confiere el Proyecto de Ley Ómnibus a algunos preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, a saber:

Artículo 2. *Modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se modifica del siguiente modo:

Uno. Se añade un nuevo artículo 39 bis, con la siguiente redacción:

«Artículo 39 bis. Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad.

1. Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias.

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

⁸ Hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985; ratificada por España mediante instrumento de 20 de enero de 1988.

Tres. Se añade un nuevo artículo 71 bis con la siguiente redacción:

«Artículo 71 bis. *Declaración responsable y comunicación previa.*

1. A los efectos de esta ley, se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio.

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

2. A los efectos de esta ley, se entenderá por comunicación previa aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1.

3. Las declaraciones responsables y las comunicaciones previas producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente y permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas⁹.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad, cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente.

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

Asimismo, la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias, podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del

⁹ Ésta previsión no creo que sea la más adecuada. Hasta ahora en la regulación contenida en el ROAS y otras normas referidas a las comunicaciones previas establecían que si transcurrido un determinado plazo a contar desde la presentación de la comunicación la Administración no comunicaba de manera motivada la disconformidad, la actuación comunicada quedaba legitimada, siempre que fuera conforme con la normativa aplicable. Ahora, la posibilidad de reacción de la Administración con carácter previo al inicio de la actividad es prácticamente nula, lo que parece un cambio demasiado rotundo para determinadas actividades. Por ejemplo en materia de seguridad industrial donde la modificación de la Ley de Industria operada por el artículo 13 de la Ley Ómnibus introduce este nuevo régimen.

derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un periodo de tiempo determinado, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación.

5. Las Administraciones Públicas tendrán permanentemente publicados y actualizados modelos de declaración responsable y de comunicación previa que en todo caso se podrán presentar por vía electrónica.»

A pesar de la advertencia hecha más atrás sobre lo poco oportuno que las entidades locales se anticipen a las decisiones normativas que deben adoptar el Estado y las Comunidades autónomas sobre la transposición de la Directiva de Servicios lo cierto es que el tiempo se nos está echando encima, el 28 de diciembre está a la puerta de la esquina, y ya conocemos las intenciones básicas del Estado que afectan a las entidades locales. Cosa distinta es el gran desconocimiento que tenemos sobre lo que van a hacer las Comunidades autónomas que todavía no han anunciado el contenido de sus futuras leyes Ómnibus y nada sabemos sobre lo que pasará con sus muchos reglamentos que nos afectan directamente.

2. INCIDENCIA EN EL PROCESO DE REVISIÓN NORMATIVA DE LAS ORDENANZAS LOCALES DE LA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA POTESTAD NORMATIVA LOCAL CONTENIDA EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA DE NUEVA GENERACIÓN.

A mi juicio desde la perspectiva de las entidades locales el momento actual es histórico respecto a la nueva configuración de la potestad normativa local. Por un lado es necesario revisar toda la normativa local existente (y la del resto de Administraciones Públicas) para realizar la transposición de la Directiva de Servicios, cosa que no se ha producido nunca en la historia de España; por el otro, los nuevos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas han introducido una nueva regulación substantiva de las entidades locales, fuertemente inspirada en la Carta Europea de la Autonomía local, que potencia mucho la potestad normativa local.

Creo que una interpretación sensata de los nuevos Estatutos de Autonomía de Cataluña, Andalucía, y de los otros, conduce irremediabilmente, a que la potestad normativa local ha surgido reforzada con las nuevas regulaciones.

Manuel ZAFRA defiende muy gráficamente que los gobiernos locales no son una materia, como el urbanismo o el medio ambiente, son un nivel de gobierno distinto del Estado y de los de las comunidades autónomas. Por algo el Estado se organiza territorialmente en municipios, provincias y comunidades autónomas y todas estas entidades gozan, sin excepción, de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, conforme a lo que establece el artículo 137 de la Constitución española.

En el caso catalán, de entrada la misma norma que crea a la Comunidad Autónoma y le confiere competencias es la norma que reconoce, con igual grado jerárquico, que municipios, veguerras y comarcas se integran también en el sistema

institucional de la Generalidad, como entes en los cuales ésta se organiza territorialmente, sin perjuicio de su autonomía (Art. 2.3 EAC).

Ésta pretendida interiorización tiene algunas ventajas. Por un lado, el artículo 71.1 del EAC precisa que la Administración de la Generalidad de Cataluña es la organización que ejerce las funciones ejecutivas atribuidas por el Estatuto a la Generalidad, "sin perjuicio de las competencias que corresponden a la Administración Local", o sea que el listado de materias contenido en capítulo II del Título IV del EAC, artículos 116 a 173, sólo opera en las relaciones Estado-Comunidad Autónoma pero no en las relaciones Comunidad Autónoma-gobiernos locales respecto el reparto de funciones ejecutivas.

Dicho en otras palabras, hasta ahora la doctrina advertía que a diferencia de las comunidades autónomas las entidades locales no disponen de una garantía institucional precisa porque conforme a lo establecido en el artículo 149 de la Constitución Española todas las competencias, legislativas y de ejecución, se encuentran repartidas entre el Estado y las comunidades autónomas. Las materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución, dispone el artículo 149.3 de la Constitución, pueden corresponder a las comunidades autónomas en virtud de los respectivos Estatutos de autonomía. Las competencias sobre las materias que no hayan sido asumidas por los Estatutos de Autonomía corresponden al Estado. En definitiva, las competencias de las entidades locales antes de la aprobación del nuevo EAC eran las que el legislador, estatal o autonómico según el orden constitucional de distribución de competencias, quiera conferirles según su libérrima voluntad.

Ahora, esto ya no es así desde el punto de vista del derecho positivo, ya que por un lado las competencias ejecutivas de la Generalidad de Cataluña lo son, porque así lo dispone el propio Estatuto, sin perjuicio de las competencias que corresponden a las entidades locales y, además, y esto es lo más importante, el legislador catalán se encuentra obligado a conferir competencias a los gobiernos locales en las materias a que se refiere el artículo 84.2 del EAC porque así lo establece el propio Estatuto, norma a la que se encuentran subordinadas todas las leyes autonómicas. Además, las potestades que debe conferir el legislador autonómico a los gobiernos locales no son sólo de gestión, sino que la mayoría de veces lo son también de regulación u ordenación, es decir el EAC ha reservado potestades normativas sobre materias concretas a las entidades locales, en los términos que determinen las leyes.

Si lo he entendido bien, esto supone una gran revolución para el mundo local. Cuando los Estatutos de autonomía reconocen que las competencias propias de regulación a los gobiernos locales, están reconociendo implícitamente que en el derecho interno hay dos poderes legislativos, el estatal y el autonómico, a cuyos mandatos está subordinados los tres niveles de gobierno, estatal, autonómico y local, pero también hay tres niveles de gobierno dotados de potestad reglamentaria, el estatal, el autonómico y el local. Las relaciones entre las normas reglamentarias dictadas por los tres niveles de gobierno no se rigen por el principio de jerarquía sino por el principio de competencia, justamente porque existen dos legislativos pero tres niveles internos de gobierno. Por tanto, en aquellas materias en que el EAC o las leyes confieran la potestad normativa a los entes locales, los reglamentos estatales o autonómicos quedan desplazados en su aplicación por las ordenanzas locales, cuyos preceptos deben prevalecer en caso de conflicto en todas aquellas materias que sean de competencia local, al estar configuradas las entidades locales en los nuevos Estatutos de autonomía como auténticos gobiernos, al igual que el Gobierno del

Estado o los gobiernos de las comunidades autónomas y haberlos dotado de competencias normativas propias.

Así lo viene a reconocer el artículo 4.4 del anteproyecto de Ley de los gobiernos locales de Cataluña (en adelante, APLGL) cuando establece que “en aquellas materias en las cuales la potestad normativa corresponda a los entes locales, las normas reglamentarias estatales y autonómicas tendrán carácter supletorio respecto de las que aprueben las entidades locales”, siguiendo el trazo marcado por el libro blanco para la reforma del gobierno local en España. El giro es copernicano respecto al tenor literal del artículo 237.1 del TRLMRLC vigente en la actualidad, conforme al cual “Las ordenanzas y los bandos no pueden contener preceptos contrarios a las leyes y a otras disposiciones generales”.

Esas otras disposiciones generales son, como sabemos, los reglamentos estatales o autonómicos, cuyos gobiernos ahora sólo estarán legitimados para regular aquellas materias cuya competencia normativa haya sido atribuida a los gobiernos locales cuando las aprueben con carácter supletorio, para evitar posibles lagunas legales. O sea, que si lo he entendido bien, dichos reglamentos quedarán desplazados por las ordenanzas locales cuando las entidades locales hagan uso de su potestad normativa.

Me parece muy acertada esta idea, porque pensar que los siete mil municipios españoles menores de 5.000 habitantes, la mayoría de los cuales no tienen destinados a las funciones administrativas más de 10 funcionarios por municipio, pueden realizar la enorme tarea que tienen encargada aplicando la mismas normas y los mismos criterios y procedimientos que utilizan para resolver tareas similares la Administración del Estado o la de la Comunidad Autónoma respectiva siempre me ha parecido, y lo he padecido en carnes propias en mi primer destino como funcionario, un autentico despropósito. Luego sucede que existen normas y procedimientos que se aplican en los municipios pequeños y otras que no pueden ser aplicadas y naturalmente no se aplican, con todo el peligro que ello conlleva. En cada municipio existe alguien, normalmente el alcalde, un concejal o el propio secretario/interventor que decide según su criterio, la mayoría de veces de forma honesta, qué normas se aplican o qué procedimientos legales se tramitan y cuáles no, lo que resulta peligrosísimo desde el punto de vista del estado de derecho, pilar que no deberíamos abandonar nunca si queremos ser un país serio. Y es que las cosas no se pueden hacer de la misma manera cuando se dispone de una gran organización burocrática que cuando no. Lo importante es saber diferenciar y poder adaptar las reglas y los procedimientos que utilizamos a los recursos humanos con que contamos.

A mi juicio, la obsesión del nuevo EAC en referirse a las entidades locales catalanas como gobiernos locales, obsesión que se refleja en las rúbricas del capítulo VI “El Gobierno Local” del Título II y del capítulo III “La finanzas de los Gobiernos Locales” Título VI del EAC y en muchos preceptos del texto articulado, artículos 83, 84, 85, 90.2 218 y 219 no es una equivocación¹⁰, sino que constituye el reconocimiento estatuario expreso de que las entidades locales son auténticos gobiernos locales,

¹⁰ De otro modo, se podría pensar que referirse a las entidades locales como gobiernos locales es un claro error puesto que en seno de cada entidad local, ayuntamiento, diputación, etc., hay, además de Juntas o Consejos de Gobierno, Plenos, dotados de básicamente de competencias normativas, presupuestarias y de control al Gobierno y, debajo de los órganos de gobierno existen organizaciones burocráticas administrativas que se dedican, fundamentalmente, a tareas de administración y prestacionales. En definitiva, las entidades locales no son únicamente gobiernos locales.

dotados de autonomía política, porque la elección de dichos gobiernos proviene de unas elecciones democráticas directas¹¹.

La misión que los artículos 86.2 y 91.1 del EAC confiere a ayuntamientos y consejos de veguería es gobernar y administrar, respectivamente, los municipios y las veguerías catalanas. En cambio, el artículo 68.1 del EAC dispone que el Gobierno de la Generalidad de Cataluña es el órgano superior colegiado que dirige la acción política y la Administración de la Generalidad, no de la de los gobiernos locales. Es verdad que el precepto añade que dicho Gobierno ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria, pero es más cierto que dichas atribuciones las ejerce "de acuerdo con este Estatuto y las leyes".

Con ello no estoy negando que el Gobierno de la Generalitat de Cataluña mantenga competencias para aprobar planes o reglamentos que afecten de manera específica a los gobiernos locales, en determinados casos excepcionales puede aprobarlos. Lo que sucede es que ya no puede hacerlo con carácter general sino sólo en aquellos casos en que la competencia para reglamentar la materia no la tengan atribuidas los gobiernos locales y, además, en dichos supuestos debe oír, de forma preceptiva, al Consejo de Gobiernos Locales (Art.85 EAC). La cuestión de la competencia para normar con carácter reglamentario se convierte en la clave de bóveda de todo el sistema.

Tomemos como ejemplo las habilitaciones contenidas en las Disposiciones Finales tercera y quinta del APLGLC para aprobar, en el plazo de un año, un nuevo reglamento de personal al servicio de las entidades locales y las normas reglamentarias necesarias para complementar las disposiciones del APLGLC. El artículo 136 del EAC establece que corresponde a la Generalidad, en materia de función pública y respetando el principio de autonomía local, la competencia exclusiva sobre el régimen estatutario del personal al servicio de las administraciones públicas catalanas y en materia de personal laboral mientras que el artículo 160 EAC atribuye a la Generalidad la competencia exclusiva en materia de régimen local, respetando también el principio de autonomía local. Ninguna de estas competencias figura en el listado de competencias de los gobiernos locales del artículo 84.2 EAC. *Prima facie*, por tanto, parece no existir reproche estatutario alguno.

Las cosas no son siempre lo que parecen. Como he afirmado en el inicio del estudio el artículo 71.1 del EAC precisa que la Administración de la Generalidad de Cataluña es la organización que ejerce las funciones ejecutivas atribuidas por el Estatuto a la Generalidad, "sin perjuicio de las competencias que corresponden a la Administración Local", o sea que el listado de materias contenido en capítulo II del Título IV del EAC, artículos 116 a 173, sólo opera en las relaciones Estado-Comunidad Autónoma pero no en las relaciones Comunidad Autónoma-gobiernos locales respecto el reparto de funciones ejecutivas. Además, a mi juicio existe una relación directa indudable entre la regulación legal de los empleados públicos y la potestad de autoorganización de los Gobiernos locales, puesto que sin recursos humanos ninguna organización puede existir y, menos aún, un gobierno local. Creo que estamos, por tanto, ante el núcleo duro de todos los gobiernos dotados de autonomía

¹¹ La propia Constitución establece, artículo 140, que el gobierno y administración municipal corresponde a los respectivos ayuntamientos, integrados por el alcalde y los concejales. Asimismo, en el artículo 141 la Constitución dispone que el gobierno y la Administración autónoma está encomendada a las Diputaciones u otros órganos de carácter representativo. En idéntico sentido, puede verse los artículos 86.2 referido al municipio y el artículo 91.1 referido al gobierno y la administración de la veguería.

política y, por tanto, también estamos ante el núcleo duro de los gobiernos locales. Pues bien, el EAC es bastante claro al respecto cuando establece respecto de los municipios, artículo 87.2, pero que entiendo extensible a las veguerías, una clara reserva de ley en materia de organización, al disponer que “los municipios disponen de plena capacidad de autoorganización dentro del marco de las disposiciones generales establecidas por ley en materia de organización y funcionamiento municipales”¹².

En materia de la regulación de los empleados públicos, ¿existe mejor manera de respetar la autonomía local que permitir a las entidades locales adaptar las leyes estatales y autonómicas a sus propias peculiaridades de tamaño, organizativas y de medios humanos con los que contar? ¿Cómo se justifica desde el punto de la existencia de tres niveles de gobierno que los gobiernos estatal o autonómico regulen hasta el mínimo detalle las relaciones entre los gobiernos locales y sus empleados? ¿Es que el gobierno del Estado regula a través de sus reglamentos las relaciones de las Comunidades autónomas y sus reglamentos, o las Comunidades autónomas hacen lo propio respecto a los empleados destinados en los servicios periféricos del Estado?

A mi juicio, los constantes recuerdos que hace el EAC a que las entidades locales son auténticos gobiernos locales, al respeto a la autonomía local y a que las competencias de la Generalidad se entienden sin perjuicio de las que corresponden a las entidades locales impiden que la Generalidad apruebe un nuevo reglamento de personal al servicio de las entidades locales o que se dicte una especie de reglamento general de la Ley de Gobiernos locales que, como hemos visto, no tiene cabida en la nueva concepción estatutaria de los gobiernos locales. Creo, además, que la tesis que postulo es aplicable, *mutatis mutandis* a la regulación contenida en el proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla la Mancha, a tenor de lo dispuesto en sus artículos 77, 83 y 109 y a la configuración de sus entidades locales como gobiernos locales.

El Estatuto de Autonomía de Andalucía no utiliza ciertamente la expresión gobiernos locales para referirse a las entidades locales; pero eso no significa que no le sea de aplicación casi todo de lo expuesto al hablar del Estatuto catalán. En efecto, al referirse a su estructura territorial, artículo 89.2, el Estatuto establece que la Administración de la Comunidad Autónoma y las Administraciones locales ajustarán sus relaciones a los principios de información mutua, coordinación, colaboración y respeto a los ámbitos competenciales correspondientes determinados en el presente Estatuto, en la legislación básica del Estado y en la normativa autonómica de desarrollo, con plena observancia de la garantía institucional de la autonomía local reconocida por la Constitución y por la Carta Europea de Autonomía Local.

La Carta Europea de Autonomía Local, que es un tratado internacional elaborado en el seno del Consejo de Europa y suscrito por el Reino de España y otros 39 países europeos para ponerse de acuerdo sobre lo que deben entenderse por autonomía local en toda Europa dispone, en su artículo 3.1, que por autonomía local se entiende “el derecho y la capacidad efectiva de las Entidades locales de ordenar y

¹² Precepto estatutario que concuerda con el artículo 21.2 del ALGLC que establece que en el marco de la leyes, los municipios, las veguerías y las comarcas podrán autoorganizarse y ordenar con autonomía todos los asuntos que afecten a los intereses que les son propios y con el apartado 3 del mismo precepto cuando establece que en el marco de las leyes las ordenanzas regularán las materias de competencia local y los otros ámbitos sobre los cuales se proyecta su autonomía.

gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su responsabilidad y en beneficio de sus habitantes” y, en su artículo 4.3, que el ejercicio de competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. La atribución de una competencia a otra autoridad debe tener en cuenta la aptitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía”.

Aunque a algunos autores, y a veces el propio Tribunal Constitucional en *obiter dicta*, han entendido que este concepto de autonomía local es similar a la concepción de la autonomía local contenida en la jurisprudencia constitucional, yo creo que no es así. En efecto, la definición que recoge la STC 159/2001, de 5 de julio, de la autonomía local como el “Derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen” viene a significar que el gobierno y la administración de los asuntos que atañen a los gobiernos locales son ordenados y gestionados por gobiernos estatal o autonómicos, de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias. Los gobiernos locales tan sólo gozan en los asuntos que les atañen de un derecho de participación, de ser oídos, lo que resulta muy distinto al derecho y capacidad efectiva de los gobiernos locales para ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos y al principio de subsidiariedad que contiene la CEAL.

De hecho, cuando al Tribunal Constitucional le ha sido alegado que un precepto es inconstitucional por contrariar lo establecido en la CEAL, ha dicho claramente que la CEAL, como el resto de los tratados internacionales, no son parámetros de constitucionalidad, es decir, que la contradicción entre la CEAL y una norma de derecho interno no es cosa que tenga que enjuiciar el Tribunal Constitucional¹³. Quizás esta doctrina del Tribunal Constitucional cambiará a partir de ahora con las previsiones contenidas en el artículo 89.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía sobre la obligada plena observancia de la Administración de la Comunidad Autónoma de la garantía institucional de la autonomía local contenida en la CEAL y con la definición de autonomía local contenida en el artículo 83.1 del proyecto de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, puesto que los Estatutos de autonomía sí forman parte del denominado bloque de la constitucionalidad¹⁴.

¹³ Vid la STC 235/2000, especialmente su fundamento jurídico 11.

¹⁴ La STC 247/2007, de 12 de diciembre, al examinar la posible inconstitucionalidad de la reforma del Estatuto de Autonomía de Valencia, ha permitido al alto Tribunal precisar la posición ordinamental de los estatutos de autonomía en relación con las leyes estatales y autonómicas de la forma siguiente (FJ 6): (...).Sin embargo, la integración de los Estatutos en el bloque de la constitucionalidad, su consiguiente consideración como parámetro para el enjuiciamiento de las normas legales y, sobre todo, la función que los Estatutos desempeñan y su muy especial rigidez, les otorgan una singular resistencia frente a las otras leyes del Estado que hace imposible que puedan ser formalmente reformados por éstas. Esta afirmación opera, sin duda, con carácter general frente a las leyes estatales ordinarias. Respecto de las otras leyes orgánicas, la relación de los Estatutos se regula, como ya se ha adelantado, por la propia Constitución, según criterios de competencia material, de modo que el parámetro de relación entre unas y otras es, exclusivamente, la Norma constitucional. En este sentido, los Estatutos de Autonomía no pueden desconocer los criterios materiales empleados por la Constitución cuando reenvía la regulación de aspectos específicos a las correspondientes leyes orgánicas (arts. 81.1, 122.1, 149.1.29, 152.1 ó 157.3 CE), pues dichos criterios, referidos a materias concretas para cada ley orgánica, determinan el

Volviendo al caso andaluz, cuando el artículo 92.2 del EAA dispone que los ayuntamientos tienen competencias propias sobre un listado de materias, en los términos que determinen las leyes, está obligando al legislador a conferir competencias a los municipios sobre dichas materias muchas veces referidas a la normación. Ese es el caso de los apartados a) ordenación urbanística; d) ordenación de los servicios básicos relacionados; f) ordenación de la movilidad y accesibilidad de las personas y vehículos en las vías urbanas; i) regulación de las condiciones de seguridad en las actividades organizadas en los espacios públicos y en los lugares de pública concurrencia y ñ) las restantes materias que con este carácter sean establecidas por las leyes. Por tanto, creo al caso andaluz son extensibles las consideraciones realizadas más atrás para el caso catalán sobre el significado de que el Estatuto de autonomía confiera competencias de normación a las entidades locales.

Todo lo expuesto en este epígrafe es traído a colación porque a la vista de lo que se desprende de la regulación de la potestad normativa contenida en los Estatutos de autonomía de nueva generación, lo que apunta el caso catalán de ley de desarrollo, lo que establece la Carta Europea de Autonomía Local sobre el concepto de autonomía local y el principio de subsidiariedad y la necesidad de revisar toda la normativa estatal, autonómica y local para adaptarla a las previsiones contenidas en la Directiva de Servicios hace que nos encontremos en un momento idóneo para introducir un nuevo artículo en la proyectada modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las bases del régimen local, que disponga para toda España lo que ya dispone el artículo 4.4 del anteproyecto de Ley de gobiernos locales de Cataluña -por cierto que sigue las propuestas formuladas en el libro blanco

ámbito que la Constitución les reserva a cada una de ellas, ámbito que, por tal razón, se configura como límite para la regulación estatutaria.

Por lo demás, en el sistema de relaciones existente entre los Estatutos de Autonomía y las leyes orgánicas previstas en la Constitución no puede desconocerse tampoco la diferente posición de los Estatutos respecto de las leyes orgánicas como consecuencia de la rigidez que los caracteriza. Su procedimiento de reforma, que no puede realizarse a través de su sola aprobación por las Cortes Generales, determina la superior resistencia de los Estatutos sobre las leyes orgánicas, de tal forma que éstas (salvo las de su propia reforma ex art. 147.3 CE), por la razón señalada, no pueden modificarlos formalmente.

En todo caso, de acuerdo con lo que indicábamos con anterioridad, las relaciones entre los Estatutos de Autonomía y las leyes orgánicas previstas en la Constitución, están sujetas a lo que al respecto dispone esta última. De ahí que la reserva material que, en términos específicos para cada caso, realiza la Constitución a favor de determinadas leyes orgánicas, suponga que cada una de dichas leyes pueda llevar a cabo una delimitación de su propio ámbito (STC 154/2005, de 9 de junio, FFJJ 4 y 5, con referencia a otras), circunscribiendo la eficacia de las normas estatutarias de acuerdo con dicha delimitación. Pues bien, en caso de colisión, será competencia de este Tribunal la apreciación del alcance de la correspondiente reserva y sus efectos sobre la validez o eficacia de la normativa estatutaria.

En cuanto al ordenamiento autonómico, el Estatuto de Autonomía constituye su norma de cabecera, esto es, su norma superior, lo que supone que las demás le estén subordinadas. (...)"

para la reforma del gobierno local en España¹⁵-, cuando establece que “en aquellas materias en las cuales la potestad normativa corresponda a los entes locales, las normas reglamentarias estatales y autonómicas tendrán carácter supletorio respecto de las que aprueben las entidades locales”. Además, yo añadiría en una disposición transitoria que “las disposiciones reglamentarias estatales o autonómicas aprobadas hasta la fecha sobre materias de competencia normativa de las entidades locales conservaran su eficacia hasta que sean sustituidas por las correspondientes ordenanzas locales”.

De esta forma las entidades locales podrán no sólo gestionar sino también ordenar una parte importante de los asuntos públicos. ¿Cuál? Aquella que las leyes le atribuyan como de su competencia pero, y esto es importante, con sometimiento pleno a la Ley, con lo que se conseguirá un adecuado equilibrio entre el principio de autonomía local, entendido como facultad de autonormación de las entidades locales, y la soberanía y autonomía política de las Cortes Generales y los parlamentos autonómicos que se impone a la normativa local pero dejándole cierto margen de actuación para adecuar la aplicación de la norma a su propia estructura y capacidad de gestión.

Naturalmente, introducir el precepto propuesto en el proyecto de Ley *Ómnibus* que se está tramitando en las Cortes Generales facilitaría mucho las cosas a las entidades locales españolas a la hora de realizar una correcta transposición de la Directiva de Servicios, ya que de forma simultánea a la tramitación de la modificación de las diversas leyes en las Cortes Generales y los parlamentos autonómicos se podrían redactar los proyectos de ordenanzas de desarrollo. Creo que ha llegado el momento de abrir cuanto antes este debate.

En el Parlamento catalán se está tramitando actualmente una nueva Ley de Policía de espectáculos públicos y actividades recreativas, una nueva Ley de la prevención y control ambiental de las actividades y otra Ley de prevención y seguridad en materia de incendios en establecimientos, actividades, infraestructuras y servicios. Dichos proyectos de Ley podrían estar ya siendo desarrollados por los respectivos proyectos de ordenanzas locales, puesto que dichas normas afectarían de forma nuclear a las competencias locales. Parece del todo lógico, por tanto, que sean las propias entidades locales las que completen mediante las ordenanzas la nueva regulación en la parte de la materia que les afecta, aquella parte en que son las entidades locales las llamadas a aplicar la nueva ley, ya que nadie está en mejores condiciones de hacerlo que los propios ayuntamientos y poder normar sobre las materias que les afectan de forma fundamental, y son ellos los llamados a aplicarlas, forma parte de la esencia de la autonomía local.

Otro ejemplo. El Gobierno acaba de anunciar, en la página Web del Ministerio de Economía y Hacienda que entre las normas reglamentarias susceptibles de adecuación en la transposición de la Directiva de Servicios se encuentra el viejo Reglamento de servicios de las Corporaciones locales del año 1955, reglamento que sigue siendo de aplicación en aquellas comunidades autónomas que no han normado sobre la materia como es el caso de Andalucía. Pero conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional contenida en la STC 61/1997, de 20 de marzo, el Estado no puede normar con carácter supletorio ni le permite derogar su propio derecho en casos como el que nos ocupa en el que todas las comunidades autónomas han

¹⁵ Vid la propuesta segunda de la página 42 del mencionado libro blanco editado por el entonces Ministerio de Administraciones Públicas...

asumido competencias en materia de régimen local, por lo que no parece que el Estado pueda modificar el viejo Reglamento de Servicios de 1955.

Por tanto, lo lógico sería que dentro del marco de la ley andaluza correspondiente, si la hay, corresponda a las ordenanzas locales completar la regulación y el procedimiento para la concesión de licencias municipales, que ahora requerían su establecimiento por norma de rango de ley cuando afecten al establecimiento de una actividad de servicios o a su ejercicio, así como las nuevas actividades comunicadas y las declaraciones responsables referidas al ámbito local.

3. LOS PRINCIPALES ÁMBITOS DE COMPETENCIA MUNICIPAL AFECTADOS POR LA DIRECTIVA DE SERVICIOS.

Como ha quedado expuesto, lo primero que tienen que hacer las entidades locales para transponer la Directiva de Servicios y adaptarse a lo dispuesto en el proyecto de Ley Paraguas es revisar su normativa que regula el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, la que regula las comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas, si la hay, y la que limita el ejercicio conjunto de diferentes actividades de servicios por un mismo prestador. Una vez revisada, deben evaluarla de acuerdo con las determinaciones de la DS y, de entrada, eliminar las licencias o autorizaciones administrativas que no estén justificadas por razones de interés general o sean innecesarias para atender esos fines. También se deben suprimir los requisitos discriminatorios o desproporcionados para el fin que se persigue.

En una primera aproximación creo que las ordenanzas que vamos a encontrar, si las hay, serán normas que desplegaran previsiones contenidas en la normativa estatal o autonómica reguladora de las materias siguientes:

1. Normativa de régimen local.

En primer lugar, aquí vamos a identificar las ordenanzas locales que regulan, con carácter general, las licencias municipales y los otros actos de control preventivo previstos en la nueva redacción del artículo 84 de la Ley de Bases de Régimen Local y sus normas de desarrollo; el ROAS en Cataluña y el Reglamento de Servicios del año 1955 en aquellas comunidades autónomas que no disponen de normativa propia.

Si dichas licencias o autorizaciones regulan el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio deberemos examinar, conforme lo previsto en el artículo 5 del Proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios o su ejercicio (en adelante PLAASE), si existe una norma con rango de ley que establezca la licencia o autorización previa y, cuando exista, si dicha norma con rango de ley se adapta a las condicionamientos previstos en el mencionado artículo 5 del PLAASE, puesto que si no se ajusta deberemos entender derogada dicha licencia, con lo que se nos producirá un vacío legal.

Los criterios que nos señala el artículo 5 del PLAASE es que sólo excepcionalmente, lo que supone una interpretación restrictiva, la Ley puede someter el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio a un régimen de autorización previa, cuando cumpla los requisitos de no discriminación; necesidad entendida como que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general y proporcionalidad, entendido como que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existan otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado. Así, en ningún caso dice el precepto, 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.

Ahora bien, interesa remarcar que el concepto de autorización que utiliza la Directiva de Servicios –Art. 4.6- abarca también a las “decisiones implícitas sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio” .En este sentido, en el Manual de transposición de la Directiva de Servicios elaborado en el seno de la Comisión Europea se dice:

“El término «régimen de autorización» engloba todo procedimiento en virtud del cual se obliga a un prestador o destinatario a obtener de una autoridad competente un documento oficial o una decisión tácita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio.

En la revisión que deben hacer los Estados miembros de su legislación para identificar los regímenes de autorización vigentes, el principal elemento que han de considerar es si esa legislación exige la adopción de una decisión, expresa o tácita, de una autoridad competente con carácter previo al ejercicio de la actividad por el prestador de servicios. A sí, debe incluirse en el concepto de régimen de autorización, por ejemplo, un procedimiento en virtud del cual un prestador de servicio haya de presentar una declaración ante una autoridad competente y deba esperar el transcurso de un plazo, en caso de silencio administrativo, para iniciar el ejercicio de la actividad. Deber incluirse asimismo los casos en que el prestador de servicios haya de presentar declaraciones que, posteriormente, deban obtener el reconocimiento de la autoridad competente para poder iniciar la actividad en cuestión o para que ésta sea lícita. (...).”

Quizás ésta sea la razón por la que la Ley Ómnibus establece que las declaraciones responsables y las comunicaciones previas producen sus efectos desde el día de su presentación¹⁶, lo que deja a esos instrumentos fuera del concepto de “autorización” de la DS, los que permitirá que sean de aplicación aunque no exista una imperiosa necesidad de interés general, al no requerirse ninguna decisión implícita de la Administración para acceder a una actividad de servicios o a su ejercicio. Si fuera esta la *ratio decidendi* de la nueva regulación su compatibilidad con la DS dependerá de lo que entendamos de si en estos casos la presentación de la comunicación previa o de la declaración responsable conlleva, o no, el hecho de que el interesado deba esperar el acuse de recibo para iniciar la actividad en cuestión o

¹⁶ Vid la redacción del artículo 71.1 bis de la LPAC, operada por el artículo 2.3 del proyecto de Ley Ómnibus.

para ejercerla legalmente, en los términos que describe el considerando 39 de la Directiva¹⁷.

A mi juicio, esta configuración de las declaraciones responsables y de las actividades comunicadas puede no ser la más conveniente para determinadas actividades. Hasta ahora, en la regulación contenida en el ROAS y otras normas referidas a las comunicaciones previas se establecía que si transcurrido un determinado plazo a contar desde la presentación de la comunicación la Administración no comunicaba de manera motivada la disconformidad, la actuación comunicada quedaba legitimada, siempre que fuera conforme con la normativa aplicable. Ahora, la posibilidad de reacción de la Administración con carácter previo al inicio de la actividad es prácticamente nula, lo que parece un cambio demasiado rotundo para actividades en materia de seguridad industrial donde la modificación de la Ley de Industria operada por el artículo 13 de la Ley Ómnibus introduce este nuevo régimen o de licencias de obras o instalaciones donde el resultado desfavorable de la comprobación posterior supone el derribo de las construcción o instalación, aunque se trate de simples obras menores.

En cambio, me parece plausible que la nueva redacción del artículo 84 de la LBRL otorgada por el proyecto de Ley *Ómnibus* posibilite a las Entidades locales a intervenir la actividad de los ciudadanos mediante el sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma, la intervención, opción que convive con la clásica de sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo, así como con el sometimiento a comunicación previa y a declaración responsable.

Desde otra perspectiva material como la Directiva de Servicios solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o su ejercicio (considerando 9) y excluye de su ámbito de aplicación las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública, creo que las concesiones demaniales y las licencias sobre bienes de dominio público, uso público, previstas en la normativa sobre el patrimonio de las Administraciones Públicas quedan claramente fuera del ámbito de aplicación de la DS, no así las concesiones y licencias sobre bienes de uso público, servicio público, como pueden ser los mercados, las lonjas, etc. Ahora bien, las ordenanzas reguladoras de kioscos, mercados ambulantes, etc., en cuanto afectan y regulan una actividad de servicios creo que caen claramente dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios.

2. Normativa de espectáculos y actividades recreativas.

Los profesores Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ en su magnífico curso de Derecho Administrativo, cuando explican

¹⁷ El Considerando 39 de la DS establece: "El concepto de <régimen de autorización> debe abarcar, entre otros, los procedimientos administrativos mediante los cuales se conceden autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones, pero también la obligación, para poder ejercer la actividad, de estar inscrito en un colegio profesional o en un registro, en una lista oficial o en una base de datos, de estar concertado con un organismo o de obtener un carné profesional. La concesión de una autorización puede ser el resultado no solo de una decisión formal, sino también de una decisión implícita derivada, por ejemplo, del silencio administrativo de la autoridad competente o del hecho de que el interesado deba esperar el acuse de recibo de una declaración para iniciar la actividad en cuestión o para ejercerla legalmente".

la técnica autorizatoria¹⁸ -a los que sigo en este epígrafe-, argumentan acertadamente que no parece discutible que la elección de la técnica de intervención tiene que ser congruente y proporcionada con los valores constitucionales que con ella quieren protegerse. Quiere esto decir que si en un caso concreto es suficiente a estos fines con la mera regulación de la actividad y la represión *a posteriori* del mal uso de la libertad reconocida, es decir, con la implantación de un sistema de corte represivo, no debe imponerse un control preventivo de carácter general y, si las circunstancias obligan a establecer éste, debe elegirse la técnica de declaración o comunicación previa con preferencia a la autorización y la modalidad de autorización reglada antes que la discrecional, el silencio positivo mejor que el negativo, etc.

En materia de nuevas construcciones parece lógica y plausible la opción por el sistema preventivo y el consiguiente sometimiento de los proyectos de obra a la previa licencia, ya que de otro modo sería difícil depurar *a posteriori* los eventuales excesos. Muy distinto es, sin embargo, el caso de los espectáculos, cuyo sometimiento a un régimen de autorización o permiso previo carece de justificación en la medida en que las eventuales alteraciones del orden público, que es lo que tradicionalmente quiere evitarse con la exigencia de tal autorización o permiso, pueden ser eliminadas, caso de llegar a producirse por otros medios, sin necesidad de restringir *a priori* la libertad de todos.

La decisión, exige necesariamente una valoración individualizada de cada supuesto, a partir del cual podrán detectarse -y combatirse por los procedimientos que la Constitución habilita- los posibles excesos. La proporcionalidad que debe existir siempre entre la limitación de la libertad y los fines que en cada caso se persiguen y la obligada valoración *pro libertate* constituyen hoy dos test de cuya superación depende la constitucionalidad misma de las normas y, por supuesto, la de su concreta aplicación por la Administración.

En consecuencia, creo que será posible mantener las licencias de obras en los locales de pública concurrencia, pero no la licencia de actividad, la comprobación inicial ni la autorización de espectáculos concretos.

3. Normativa de actividades clasificadas o de incidencia ambiental.

Será difícil justificar, *prima facie*, la necesidad de mantener dicha licencia cuando la incidencia ambiental sea media o baja, sobre todo a la vista de la amplia liberalización existente en materia de seguridad industrial. Con ello quiero decir que aquellas actividades contenidas en el anexo I de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integral de la contaminación y en la legislación de desarrollo de las Comunidades Autónomas se mantendrán, puesto que tienen fundamento en la nueva Directiva 2008/1/CE, de 15 de enero.

Ahora bien, cuando la propia normativa reconozca que la incidencia ambiental es baja y en el caso de la licencia de actividades inocuas o de apertura de establecimientos no creo que pueda justificarse que exista una imperiosa necesidad de interés general que obligue a someter a autorización previa la actividad, y tampoco creo que una vez obtenida la licencia la actividad no pueda iniciarse sin el control inicial, pues ello supone someter a una misma actividad a

¹⁸ La edición que manejo es el volumen II, octava edición, Civitas ediciones 2002, página 116.

un régimen de doble autorización municipal que a mi juicio es incompatible con la regulación contenida en la Directiva de Servicios.

4. Normativa en materia de urbanismo, incluida la contenida en los Planes de ordenación.

Existen argumentos jurídicos para defender o no la aplicación de la directiva de servicios al urbanismo o, para precisar mejor, a las facultades de intervención de la Administración local que sujetan a licencia previa la edificación y el uso del suelo y del subsuelo.

Los defensores de la tesis de la no aplicación de la Directiva de Servicios a las licencias de urbanismo parten de la premisa que conforme el que prevé el considerando 9 de la propia DS ésta sólo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así, no se aplica a requisitos tales como "... normas de tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio urbanismo y ordenación rural, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad de 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". Los defensores de dicha tesis afirman que el mencionado considerando opera como interpretación auténtica de la DS.

A mi juicio, la tesis correcta es la contraria, es decir que el régimen de intervención administrativa de las entidades locales en materia de urbanismo sí entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios y por lo tanto tendremos que revisar y evaluar las facultades de intervención de las Administraciones públicas en esta materia. Los argumentos son varios, a saber:

1. En la página 10 del manual de transposición de la DS de la Comisión Europea, referido al ámbito de aplicación de la misma, se dice que los Estados miembros tendrán que garantizar que las normas de la DS se apliquen a una amplia gama de actividades y pone como ejemplo, entre muchos otros, los servicios de construcción. En idéntico sentido, puede verse el considerando 33 de la propia DS.

Los servicios de construcción no se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la DS (Art. 1.2) ni del anteproyecto de Ley español (Art. 2.2), luego todo indica que sí que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios.

2. En nuestro ordenamiento interno no es posible legalmente realizar obra o instalación alguna sin contar con la preceptiva licencia de obras o, al menos, si haber efectuado una comunicación previa¹⁹. Dicha

¹⁹ El artículo 179 del Decreto Legislativo catalán 1/2005, por el que se aprueba el Texto Refundido del Ley de Urbanismo de Cataluña, dispone:

“Artículo 179 Actos sujetos a licencia

1. Están sujetos a la licencia urbanística previa, en los términos establecidos por esta Ley, por el planeamiento urbanístico y por las ordenanzas municipales, todos los actos de transformación o utilización del suelo o del subsuelo, de edificación, de construcción o de derribo de obras.

comunicación, tal y como se encuentra configurada, también se engloba dentro del concepto de autorización comunitaria conforme lo previsto en el considerando 39 de la DS y en su artículo 4.6.

3. La primera utilización y ocupación, y el cambio de uso de los edificios y las instalaciones también se encuentra sometido a licencia previa y parece claro que dichas licencias afectan de manera nuclear a la libertad de establecimiento.

4. El Considerando 56 de la Directiva de Servicios dice que “De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia los objetivos de salud pública, protección de consumidores, sanidad animal y protección del entorno urbano constituyen razones imperiosa de interés general que permiten justificar la aplicación de regímenes de autorización y otras restricciones. No obstante, ningún régimen de autorización o restricción de estas características debe discriminar en razón de la nacionalidad. Además, deben respetarse siempre los principios de necesidad y proporcionalidad”.

2. Restan sujetos a la licencia urbanística las actuaciones siguientes:

- a) Les parcelaciones urbanísticas.
- b) Las obras de construcción y de edificación de nueva planta, y las de ampliación, reforma, modificación o rehabilitación de edificios, construcciones e instalaciones ya existentes. En estos casos, las licencias deben contener necesariamente la previsión del número de viviendas o de establecimientos.
- c) La demolición total o parcial de las construcciones y las edificaciones.
- d) Las obras puntuales de urbanización no incluidas en un proyecto de urbanización.
- e) La primera utilización y ocupación, y el cambio de uso, de los edificios y de las instalaciones.
- f) Los movimientos de tierra y las obras de desmontaje o explanación en cualquier clase de suelo.
- g) La autorización de obras y usos de manera provisional, de acuerdo con lo establecido por esta Ley.
- h) La extracción de áridos y la explotación de canteras.
- i) La acumulación de residuos y el depósito de materiales que alteren las características del paisaje.
- j) La construcción o la instalación de muros y vallas.
- k) La apertura, la pavimentación y la modificación de caminos rurales.
- l) La instalación de casas prefabricadas e instalaciones similares, sean provisionales o permanentes.
- m) La instalación de invernaderos o instalaciones similares.
- n) La tala de masas arbóreas, de vegetación arbustiva o de árboles aislados, en los supuestos en que lo exija el planeamiento urbanístico.
- o) La colocación de carteles y vallas de propaganda visibles desde la vía pública.
- p) Las instalaciones y las actuaciones que afecten el subsuelo.
- q) La instalación de líneas eléctricas, telefónicas u otros de similares y la colocación de antenas o dispositivos de telecomunicaciones de cualquier tipo.
- r) La constitución de un régimen de propiedad horizontal o bien de un complejo inmobiliario privado, o su modificación cuando comporte un incremento del número de viviendas o establecimientos, y también las operaciones que tengan por objeto constituir más elementos susceptibles de aprovechamiento independiente de los que se hayan hecho constar en una declaración de obra nueva precedente. No es precisa la licencia si la licencia de obras ya contiene el número de departamentos individuales susceptibles de aprovechamiento independiente.
- s) Todas las otras actuaciones en que lo exijan el planeamiento urbanístico o las ordenanzas municipales.

3. No están sujetos a la licencia urbanística las obras de urbanización previstas en los planes y los proyectos debidamente aprobados, ni las parcelaciones o la división de fincas incluidas en un proyecto de reparcelación.

4. Las ordenanzas municipales, en los términos establecidos por la normativa de régimen local y en función de la entidad de las obras o las actuaciones a realizar, pueden sustituir la necesidad de obtener la licencia urbanística por una comunicación previa de la persona interesada a la administración municipal. Las licencias se otorgan sin perjuicio del resto de autorizaciones que sean preceptivas de acuerdo con la legislación de régimen local o sectorial.

Creo que de una interpretación cabal de este considerando se deducen dos consecuencias destacadas. Por un lado, que si la propia DS recoge que la protección del entorno urbano puede constituir una imperiosa necesidad de interés general que permite justificar la aplicación del régimen de autorización y otras restricciones, es porque considera que el régimen de intervención administrativa de las autorizaciones y licencias urbanísticas cae dentro del ámbito de aplicación de la DS, aunque sea éste uno de aquellos ámbitos que de forma excepcional, permite la aplicación de regímenes de autorización.

Por otro, que no toda posible afectación a la salud pública, a la protección del entorno urbano o a la protección de los consumidores y usuarios permite someter el establecimiento de una actividad de servicios o su ejercicio a un régimen de autorización, si no que además deben de respetarse los principios de necesidad y proporcionalidad. Y la interpretación que debe darse a dichos principios, según el considerando 54 de la Directiva de Servicios es la siguiente:

“(54) La posibilidad de acceder a una actividad de servicios solo debe quedar supeditada a la obtención de una autorización por parte de las autoridades competentes cuando dicho acto cumpla los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad. En concreto, esto significa que la autorización solo es admisible en aquellos casos en que no resultaría eficaz hacer un control *a posteriori*, habida cuenta de la imposibilidad de comprobar *a posteriori* los defectos de los servicios en cuestión y habida cuenta de los riesgos y peligros que se derivarían de la inexistencia de un control *a priori*”.

En el caso catalán, como ya hemos visto el artículo 179.4 del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña establece que las ordenanzas municipales, en los términos establecidos por la normativa de régimen local y en función de la entidad de las obras o las actuaciones a realizar, pueden sustituir la necesidad de obtener la licencia urbanística por una comunicación previa de la persona interesada a la administración municipal. Como no existe ningún límite más que el de la “entidad de las obras o actuaciones a realizar”, entiendo que los municipios catalanes pueden y deben transponer sus ordenanzas en esta materia a la Directiva de Servicios sin necesidad de ninguna intermediación del legislador catalán, máxime si se tiene en cuenta que ya conocen la posible nueva regulación de los artículos 84 de la LBRL y 39 bis de la LPAC.

Ahora bien, a mi juicio desaparecidas las licencias de actividades inocuas, la de apertura de establecimientos, la de primera utilización, la de cambio de uso, la de actividades con incidencia ambiental baja, etc., los ayuntamientos tendremos que apurar las posibilidades que nos confieren las licencias de obras, tanto las mayores como las menores, para controlar las obras y las instalaciones pero también para controlar los usos. El argumento de que si el control no es *a priori* y hay incumplimiento de la normativa, el resultado sería el obligado derribo de las obras o instalaciones que no se ajustan a la normativa es muy potente y ello nos puede servir también para que a través de la licencia de obras controlemos los usos y las futuras actividades; en cambio, cuando nos movemos en el campo estricto de las actividades nos resultará muy difícil de justificar por qué el control *a posteriori* no es eficaz.

4. LA OBLIGADA SIMPLIFICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS, VENTANILLA ÚNICA Y ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA.

La Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, se ocupa de la simplificación administrativa en el Capítulo II, artículos 5 a 8, inmediatamente después del capítulo I dedicado a las Disposiciones Generales, lo que a mi juicio refleja el profundo interés de la Unión Europea en que se lleve a la práctica la referida simplificación.

El Proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio se regula la simplificación administrativa en el capítulo IV, artículos 17 a 19, lo que pone de manifiesto que en España no se ha considerado tan prioritaria como en Europa la simplificación administrativa. La simple comparación de la redacción del artículo 17.1 del proyecto de ley²⁰ con el tenor literal del artículo 5.1 de la DS²¹ acredita que mientras para la DS la simplificación de los procedimientos y trámites constituye una autentica obligación de los Estados miembros, para el proyecto de Ley interna lo que supone una obligación es revisar los procedimientos y trámites con el objeto de "impulsar su simplificación", expresión que no se corresponde con la del futuro imperfecto "los simplificarán".

De la simplificación administrativa también se ha ocupado, recientemente, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. De hecho, en el apartado IV de su exposición de motivos, se dice:

"Asimismo, el 12 de diciembre de 2006, y con objeto de avanzar en la consecución del objetivo fijado por el Consejo Europeo de Lisboa, se aprobó la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior.

Esta Directiva establece, entre otras obligaciones para los Estados miembros, la de facilitar por medios electrónicos acceso a los trámites relacionados con las actividades de servicios y a la información de interés tanto para los prestadores como para los destinatarios de los mismos.

Por ello, y dada la analogía de esta finalidad con el objetivo de esta Ley, se realiza en la misma una referencia expresa a la información y trámites relacionados con las actividades de servicios, de forma que los artículos 6, 7 y 8 de la Directiva pueden considerarse traspuestos por esta Ley."

Mi intervención podría centrarse en el artículo 5 de la DS. Pero las cosas no son siempre lo que parecen, los artículos 3 y 4 de la LAE proclaman como finalidad de la Ley (Art. 3.6) simplificar los procedimientos administrativos y proporcionar oportunidades de participación y de mayor transparencia, con las debidas garantías legales y como principio general (Art. 4 letra j) el de simplificación administrativa, por el cual se reducen de manera sustancial los tiempos y plazos de los procedimientos administrativos, logrando una mayor eficacia y eficiencia en la actividad

²⁰ Dicho precepto establece: Las Administraciones Públicas revisarán los procedimientos y trámites aplicables al establecimiento y la prestación de servicios con el objeto de impulsar su simplificación.

²¹ El artículo 5.1 de la DS dispone: Los Estados miembros verificarán los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio. Cuando los procedimientos y formalidades estudiados de conformidad con este apartado no sean lo suficientemente simples, los Estados miembros los simplificarán".

administrativa. Ambos preceptos tienen carácter básico según la DF 1ª de la LAE, que en cambio no confiere dicho carácter al fundamental artículo 34, referido a los criterios para la gestión electrónica, donde se establece:

“La aplicación de medios electrónicos a la gestión de los procedimientos, procesos y servicios irá siempre precedida de la realización de un análisis de rediseño funcional y simplificación del procedimiento, proceso o servicio, en el que se considerarán especialmente los siguientes aspectos:

a) La supresión o reducción de la documentación requerida a los ciudadanos, mediante su sustitución por datos, transmisiones de datos o certificaciones, o la regulación de su aportación al finalizar la tramitación.

b) La previsión de medios e instrumentos de participación, transparencia e información.

c) La reducción de los plazos y tiempos de respuesta.

d) La racionalización de la distribución de las cargas de trabajo y de las comunicaciones internas”.

También son positivos, a mi juicio, las previsiones contenidas en el artículo 35.3 de la LAE, a tenor del cual “Con objeto de facilitar y promover su uso, los sistemas normalizados de solicitud podrán incluir comprobaciones automáticas de la información aportada respecto de datos almacenados en sistemas propios o pertenecientes a otras administraciones e, incluso, ofrecer el formulario cumplimentado, en todo o en parte, con objeto de que el ciudadano verifique la información y, en su caso, la modifique y complete”, lo que permitiría evitar muchas subsanaciones de la solicitudes (Art. 71 LPAC) y la incorporación de las TIC en las comunicaciones internas prevista en el artículo 36.2 de la LAC, que evitará el trasiego material de los expedientes y una mayor agilidad en las comunicaciones.

Mucho más enigmática y peligrosa desde el punto de vista de las entidades locales, ya que creo que no están en condiciones de llevarla a la práctica, es la previsión contenida en el artículo 6.2 b) de la LAE, cuando yendo mucho más lejos de lo que dispone el artículo 35 f de la LPAC establece como un derecho de los ciudadanos y con carácter básico, el siguiente derecho:

b) A no aportar los datos y documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas, las cuales utilizarán medios electrónicos para recabar dicha información siempre que, en el caso de datos de carácter personal, se cuente con el consentimiento de los interesados en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, o una norma con rango de Ley así lo determine, salvo que existan restricciones conforme a la normativa de aplicación a los datos y documentos recabados. El citado consentimiento podrá emitirse y recabarse por medios electrónicos.

Obsérvese que el precepto habla de documentos, pero también de datos, que obren en poder de las administraciones públicas, no de la administración que tramita el asunto. Si el ciudadano, en el momento que no hace la petición nos confiere el consentimiento, estamos listos, ya que el mandato de interconexión del artículo 43 de la LAU creo que es más un brindis al sol que otra cosa por lo menos por lo que hace referencia a la administración local. Dicho precepto establece:

“Artículo 43. Red de comunicaciones de las Administraciones Públicas

españolas.

La Administración General del Estado, las Administraciones Autonómicas y las entidades que integran la Administración Local, así como los consorcios u otras entidades de cooperación constituidos a tales efectos por éstas, adoptarán las medidas necesarias e incorporarán en sus respectivos ámbitos las tecnologías precisas para posibilitar la interconexión de sus redes con el fin de crear una red de comunicaciones que interconecte los sistemas de información de las Administraciones Públicas españolas y permita el intercambio de información y servicios entre las mismas, así como la interconexión con las redes de las Instituciones de la Unión Europea y de otros Estados Miembros”.

En otro orden de cosas la LAE traspone la parte nuclear que le corresponde de la DS en su artículo 6.3, cuando establece:

3. En particular, en los procedimientos relativos al establecimiento de actividades de servicios, los ciudadanos tienen derecho a obtener la siguiente información a través de medios electrónicos:

a) Los procedimientos y trámites necesarios para acceder a las actividades de servicio y para su ejercicio.

b) Los datos de las autoridades competentes en las materias relacionadas con las actividades de servicios, así como de las asociaciones y organizaciones profesionales relacionadas con las mismas.

c) Los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a prestadores de actividades de servicios y las vías de recurso en caso de litigio entre cualesquiera autoridades competentes, prestadores y destinatarios.

Ahora bien, la implementación de las denominadas ventanillas únicas quedaba claramente condicionada por lo establecido en el artículo 44 y el apartado 4 de la DF tercera de la LAE, cuando establecen:

Artículo 44. Red integrada de Atención al Ciudadano.

1. Las Administraciones Públicas podrán suscribir convenios de colaboración con objeto de articular medidas e instrumentos de colaboración para la implantación coordinada y normalizada de una red de espacios comunes o ventanillas únicas.

2. En particular, y de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, se implantarán espacios comunes o ventanillas únicas para obtener la información prevista en el artículo 6.3 de esta Ley y para realizar los trámites y procedimientos a los que hace referencia el apartado a) de dicho artículo.

Disposición final tercera. Adaptación de las Administraciones Públicas para el ejercicio de derechos.

4. En el ámbito de las Entidades que integran la Administración Local, los derechos reconocidos en el artículo 6 de la presente ley podrán ser ejercidos en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su

competencia a partir del 31 de diciembre de 2009 siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias. A estos efectos las Diputaciones Provinciales, o en su caso los Cabildos y Consejos Insulares u otros organismos supra municipales, podrán prestar los servicios precisos para garantizar tal efectividad en el ámbito de los municipios que no dispongan de los medios técnicos y organizativos necesarios para prestarlos.

Quizás haya tenido algo que ver en la redacción de este precepto lo dispuesto en el artículo 219.3 del EAC, aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, es decir, un año antes que la aprobación de la LAE, pero lo que ahora importa es que los condicionantes de derecho interno no pueden impedir la correcta aplicación del derecho comunitario, por lo que el proyecto de Ley de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio su ejercicio vuelve a incidir sobre la materia como en seguida veremos.

Como ya he dicho la transposición del capítulo II de la DS (Art. 5 a 9) referida a la simplificación administrativa, se encuentra en el capítulo IV del proyecto de Ley de Acceso a una actividad de servicios y su ejercicio, artículos 17 a 19, que tienen carácter básico como toda la Ley y que entrarán en vigor el 27 de diciembre de 2009, excepto el apartado 1 del artículo 17, que dispone que las Administraciones Públicas revisarán los procedimientos y trámites aplicables al establecimiento y prestación de servicios con el objeto de impulsar su simplificación, precepto de como todos los restantes preceptos de la Ley no incluidos en el capítulo IV ni en el capítulo VI (Cooperación administrativa para el control efectivo de los prestadores) entrarán en vigor a los treinta días a partir del siguiente de su publicación en el BOE, todo ello de acuerdo con lo establecido en la Disposición final secta del PLAASE.

Si lo he entendido bien, se pretende que todas las Administraciones Públicas tengan, por medios propios o a través de convenios con otras Administraciones Públicas, a disposición de los prestadores de servicios las denominadas ventanillas únicas, en las que además de ofrecer toda la información y las garantías previstas en los artículos 18 y 19 del proyecto de ley, los prestadores deben poder practicar todas las solicitudes y los trámites preceptivos para el establecimiento y el ejercicio de actividades de servicios, ya que como establece el artículo 17.3 del mismo proyecto de Ley, todos los procedimientos y trámites que supeditan el acceso y ejercicio a una actividad de servicios se podrán realizar electrónicamente y a distancia salvo que se trate de la inspección del lugar o del equipo que se utiliza en la prestación del servicio.

La fecha tope para que el operativo esté en funcionamiento es, como ya sabemos, el 27 de diciembre de 2009, fecha de entrada en vigor de esta regulación, puesto que el artículo 44 de la DS dispone con claridad que los Estados miembros podrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar antes del 28 de diciembre de 2009 y comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones. O sea, que el día de los inocentes ya funcionarán las ventanillas únicas en toda España y en Europa, pero no se porque extraño motivo no tengo ninguna noticia de que alguna entidad local en España esté trabajando intensamente en poner en marcha la referida ventanilla, como tampoco tengo noticia alguna de que ninguna licencia, autorización o requisito de los que regula la normativa que aplican las entidades locales haya desaparecido o vaya a desaparecer con los trabajos e iniciativas legislativas puestas en marcha. Un breve repaso al denominado anteproyecto de Ley Ómnibus o a las medidas de simplificación de

procedimientos administrativos y agilización de trámites de la Junta de Andalucía (Sevilla, enero de 2009) acreditan la realidad y alcance de lo dicho.

Lo que también establece el PLAASE, en su Disposición adicional primera, es que las Administraciones Públicas dispondrán de un sistema electrónico de intercambio de información entre ellas y con los demás Estados miembros que garantice el cumplimiento de las obligaciones establecidas en esta ley (como el proyecto de ley no establece cual será ese sistema creo que se impondrá el correo electrónico, con traducción según los casos). En su Disposición final cuarta el proyecto dispone que las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus competencias, incumplieran lo dispuesto en esta ley o en el Derecho comunitario afectado, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas asumirán, en la parte que sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado y que dicha deuda se compensará con las cantidades que deba transferir el Estado, de acuerdo con el procedimiento regulado en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Ni quiero ni pensar lo que puede suceder si a partir del 28 de diciembre en la esfera local con las ventanillas únicas; en Cataluña ya tengo pensado que nos opondremos a la compensación alegando lo dispuesto en el artículo 219.3 del EAC, pero la verdad es que el resto de España no sé que pasará con esta cuestión.

Ni la Directiva de Servicios ni el PLAASE definen qué debe entenderse por simplificación. Cuando los procedimientos y formalidades verificados no sean lo suficientemente simples, "los simplificarán", conforme lo dispuesto en el artículo 5.1 de la DS, o impulsarán su simplificación en los términos del artículo 17.1 del PLAASE. Según el Diccionario de la Real Academia simplificar es hacer algo más sencillo, más fácil, menos complicado, en nuestro caso hacer más fácil los procedimientos administrativos.

Como la DS ni el PAASE nos dan pistas sobre como implementar la simplificación de procedimientos y requisitos, creo que debemos acudir con buen criterio a lo dispuesto en el artículo 34 de la LAE, referido a los criterios para la gestión electrónica, donde se establece:

"La aplicación de medios electrónicos a la gestión de los procedimientos, procesos y servicios irá siempre precedida de la realización de un análisis de rediseño funcional y simplificación del procedimiento, proceso o servicio, en el que se considerarán especialmente los siguientes aspectos:

- a) La supresión o reducción de la documentación requerida a los ciudadanos, mediante su sustitución por datos, transmisiones de datos o certificaciones, o la regulación de su aportación al finalizar la tramitación.
- b) La previsión de medios e instrumentos de participación, transparencia e información.
- c) La reducción de los plazos y tiempos de respuesta.
- d) La racionalización de la distribución de las cargas de trabajo y de las comunicaciones internas".

En este caso creo que el orden de los factores es muy importante. Una cosa es simplificar y otra, distinta y complementaria, es la aplicación de medios electrónicos a los procedimientos administrativos. Primero, hay que rediseñar funcionalmente dichos procedimientos administrativos, luego simplificarlos y, por último, diseñar la aplicación informática. Aquí, la falta de un autentico procedimiento administrativo común se hecha en falta.

La parte dispositiva de la DS es, como ya hemos visto, muy parca en el capítulo que se dedica de forma específica a la simplificación de procedimientos, que más bien se ocupa de la ventanilla única y de los procedimientos por vía electrónica; sin embargo, si examinado la regulación de la DS en su conjunto, la cosa cambia radicalmente porque las referencias a la simplificación administrativa o a algunos de sus aspectos es una constante en la regulación de toda la Directiva. La simple lectura de los párrafos 39 a 75 de los considerandos de la DS pone de manifiesto la enorme complejidad que se nos viene encima, complejidad por cierto que no veo reflejada en la normativa de la transposición española que se nos avecina.

“... (42) Las normas relativas a los procedimientos administrativos no deben tener por objeto la armonización de dichos procedimientos, sino suprimir los regímenes de autorización, procedimientos y formalidades excesivamente onerosos que obstaculizan la libertad de establecimiento y la creación de nuevas empresas de servicios que esta comporta.

(43) Una de las principales dificultades a que se enfrentan en especial las PYME en el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio reside en la complejidad, la extensión y la inseguridad jurídica de los procedimientos administrativos. Por este motivo, y a semejanza de otras iniciativas de modernización y de buenas prácticas administrativas a nivel comunitario o nacional, procede establecer principios de simplificación administrativa, en concreto limitando la autorización previa obligatoria a aquellos casos en que sea indispensable e introduciendo el principio de autorización tácita de las autoridades competentes una vez vencido un plazo determinado. El objetivo de este tipo de acción de modernización es, aparte de garantizar los requisitos de transparencia y actualización de los datos relativos a los operadores, eliminar los retrasos, costes y efectos disuasorios que ocasionan, por ejemplo, trámites innecesarios o excesivamente complejos y costosos, la duplicación de operaciones, las formalidades burocráticas en la presentación de documentos, el poder arbitrario de las autoridades competentes, plazos indeterminados o excesivamente largos, autorizaciones concedidas con un período de vigencia limitado o gastos y sanciones desproporcionados. Este tipo de prácticas tienen efectos disuasorios especialmente importantes para los prestadores que deseen desarrollar sus actividades en otros Estados miembros y requieren una modernización coordinada en un mercado interior ampliado a veinticinco Estados miembros.

(44) Los Estados miembros deben introducir, cuando proceda, formularios armonizados a escala comunitaria, establecidos por la Comisión, que puedan utilizarse como equivalentes a los certificados, justificantes o cualquier otra clase de documentos en relación con el establecimiento.

(45) Para examinar la necesidad de simplificar procedimientos y trámites, los Estados miembros han de poder, en particular, tener en cuenta su necesidad, número, posible duplicación, costes, claridad y accesibilidad, así como las dificultades prácticas y retrasos que podrían generarse en relación con el prestador de que se trate.

(46) Con el fin de facilitar el acceso a las actividades de servicio y su ejercicio en el mercado interior, procede establecer un objetivo, común a todos los Estados miembros, de simplificación administrativa y establecer disposiciones relativas, en concreto, al derecho de información, los procedimientos por vía electrónica y la creación de un marco para los regímenes de autorización. A nivel nacional se pueden adoptar otras medidas para cumplir este objetivo, consistentes en reducir el número de

procedimientos y trámites aplicables a las actividades de servicios y en asegurarse de que dichos procedimientos y trámites son indispensables para conseguir un objetivo de interés general y de que no existen solapamientos entre ellos, tanto en el contenido como en la finalidad.

(47) En aras de la simplificación administrativa, no deben imponerse de forma generalizada requisitos formales, como la presentación de documentos originales, copias compulsadas o una traducción compulsada, excepto en aquellos casos en que esté justificado objetivamente por una razón imperiosa de interés general, como, por ejemplo, la protección de los trabajadores, la salud pública, la protección del medio ambiente o la protección de los consumidores. También es necesario garantizar que la autorización dé acceso como norma general a una actividad de servicios o a su ejercicio en todo el territorio nacional, a no ser que esté objetivamente justificado exigir una autorización individual para cada establecimiento — por ejemplo, para cada implantación de grandes superficies comerciales —, o una limitación de la autorización a un lugar específico del territorio nacional, por una razón imperiosa de interés general.

(48) A efectos de una mayor simplificación de los procedimientos administrativos, conviene garantizar que todo prestador disponga de un interlocutor único al que dirigirse para realizar todos los procedimientos y trámites (denominados en lo sucesivo "ventanillas únicas"). El número de ventanillas únicas por Estado miembro puede variar según las competencias regionales o locales o según las actividades de que se trate. En efecto, la creación de ventanillas únicas no debe interferir en el reparto de competencias entre autoridades competentes dentro de cada sistema nacional. Cuando varias autoridades tienen competencias a nivel regional o local, una de ellas puede hacerse cargo del papel de ventanilla única y de coordinador con las demás. Las ventanillas únicas pueden estar constituidas no solo por autoridades administrativas sino también por cámaras de comercio o de oficios, colegios profesionales u organismos privados a los que los Estados miembros encomienden esta función. La finalidad de las ventanillas únicas es desempeñar un importante papel de ayuda al prestador, ya sea como autoridad directamente competente para expedir los documentos necesarios para acceder a una actividad de servicios, ya sea como intermediario entre las prestadoras y dichas autoridades directamente competentes.

(49) La tarifa que puedan cobrar las ventanillas únicas debe ser proporcional al coste de los procedimientos y trámites de que se ocupen. Esto no debe impedir a los Estados miembros encargar a las ventanillas únicas el cobro de otros derechos administrativos tales como los honorarios de los organismos de supervisión.

(50) Es necesario que los prestadores y destinatarios de los servicios accedan fácilmente a determinados tipos de información. Debe corresponder a cada Estado miembro determinar, en el marco de la presente Directiva, la forma en que se facilita información a los prestadores y destinatarios. En particular, la obligación de los Estados miembros de garantizar que los prestadores y destinatarios puedan acceder fácilmente a la información pertinente y que el público pueda acceder a ella sin obstáculos puede cumplirse ofreciendo dicha información en Internet. Toda información suministrada debe comunicarse de manera clara e inequívoca.

(51) La información suministrada a los prestadores y destinatarios de servicios debe incluir, en particular, información relativa a procedimientos y trámites, datos de contacto de las autoridades competentes, condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos e información sobre las vías de

recurso disponibles y datos de contacto de las asociaciones y organizaciones que pueden proporcionar asistencia técnica a los prestadores o destinatarios. La obligación de las autoridades competentes de asistir a los prestadores y destinatarios no debe incluir la prestación de asesoramiento jurídico en casos individuales. No obstante, debe ofrecerse información general sobre la forma en que suelen interpretarse o aplicarse los requisitos. Los Estados miembros deben determinar cuestiones como la responsabilidad en caso de que la información facilitada sea incorrecta o engañosa.

(52) La creación, en un plazo de tiempo razonablemente corto, de un sistema de procedimientos y trámites efectuados por vía electrónica es fundamental para lograr la simplificación administrativa en materia de actividades de servicios, en beneficio de prestadores, destinatarios y autoridades competentes. La observancia de este tipo de obligación puede requerir la adaptación de las legislaciones nacionales y de otras normas aplicables a los servicios. Esta obligación no debe impedir a los Estados miembros prever otros medios de respetar dichos procedimientos y trámites, además de los medios electrónicos. El hecho de que deba ser posible efectuar a distancia esos mismos procedimientos y trámites requiere, concretamente, que los Estados miembros se aseguren de que se pueden realizar a nivel transfronterizo. Esta obligación de resultado no afecta a los procedimientos o trámites que, por su propia naturaleza, no se pueden realizar a distancia. Además, ello no interfiere con la legislación de los Estados miembros sobre el uso de las lenguas.

(63) En ausencia de un régimen distinto y a falta de respuesta dentro de plazo, debe considerarse que la autorización ha sido concedida. No obstante, cabe la posibilidad de aplicar regímenes distintos con respecto a determinadas actividades cuando estén justificadas objetivamente por razones imperiosas de interés general, entre ellas el interés legítimo de terceros. Dicho régimen distinto puede incluir normas de los Estados miembros conforme a las que, a falta de respuesta de la autoridad competente, se considerará denegada la solicitud, denegación que podrá recurrirse ante los tribunales.

(64) Con el fin de crear un auténtico mercado interior de servicios es necesario que se supriman las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios que aún persisten en las legislaciones de algunos Estados miembros y que son incompatibles con los artículos 43 y 49, respectivamente, del Tratado. Las restricciones prohibidas en la presente Directiva afectan especialmente al mercado interior de servicios y deben desmantelarse de forma sistemática lo antes posible.

(65) La libertad de establecimiento implica, en concreto, el principio de igualdad de trato, que prohíbe no solo toda discriminación basada en la nacionalidad de un Estado miembro, sino también toda discriminación indirecta basada en otros criterios que puedan conducir, de hecho, al mismo resultado. Así, por ejemplo, el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio en un Estado miembro, tanto si se trata de una actividad principal como secundaria, no debe estar supeditado a criterios como el lugar de establecimiento, de residencia, de domicilio o de prestación principal de una actividad. No obstante, estos criterios no deben incluir requisitos según los cuales el prestador, o uno de sus empleados o un representante, deban estar presentes durante el ejercicio de la actividad cuando se justifique por una razón imperiosa de interés público. Asimismo, los Estados miembros no deben restringir la capacidad jurídica o el derecho de las sociedades constituidas con

arreglo a lo dispuesto en la legislación de otro Estado miembro, en cuyo territorio tengan su establecimiento principal, a interponer acciones judiciales. Más aún, los Estados miembros no deben tener la posibilidad de conceder ventaja alguna a los prestadores que tengan un especial vínculo socioeconómico nacional o local, ni de restringir, invocando el lugar de establecimiento, la libertad del prestador de adquirir, explotar o enajenar derechos y bienes o de acceder a diversas formas de crédito y de vivienda en la medida en que dichas facultades sean necesarias para acceder a su actividad o para su ejercicio efectivo.

(66) El acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio en el territorio de un Estado miembro no debe supeditarse a una prueba económica. La prohibición de pruebas económicas como condición previa para la concesión de una autorización debe aplicarse a las pruebas económicas como tales, pero no a los demás requisitos justificados objetivamente por razones imperiosas de interés general, como la protección del entorno urbano, la política social y la salud pública. Esta prohibición no debe afectar al ejercicio de las competencias de las autoridades encargadas de la aplicación del Derecho de competencia.

(67) En cuanto a las garantías financieras o al seguro, la prohibición de requisitos solamente debe referirse a la obligación de que las garantías financieras o el seguro pedidos deben proceder de una institución financiera establecida en el Estado miembro de que se trate.

(68) Por lo que respecta al registro previo, la prohibición de requisitos solamente debe afectar a la obligación de que el prestador, antes de su establecimiento, deba constar durante un período determinado en un registro del Estado miembro de que se trate.

(69) Con el fin de coordinar de forma coherente la modernización de las reglamentaciones nacionales con los requisitos del mercado interior, procede evaluar determinados requisitos nacionales no discriminatorios, que, por sus características, pueden restringir sensiblemente o, incluso, impedir el acceso a una actividad o su ejercicio acogiéndose a la libertad de establecimiento. Ese ejercicio de evaluación debe limitarse a la compatibilidad de aquellos requisitos con los criterios ya establecidos por el Tribunal de Justicia sobre la libertad de establecimiento. No debe afectar a la aplicación de la legislación comunitaria en materia de competencia. Cuando dichos requisitos sean discriminatorios o no se justifiquen objetivamente por razones imperiosas de interés general, o cuando sean desproporcionados, deben suprimirse o modificarse. El resultado de esa evaluación diferirá conforme al carácter de la actividad y el interés público de que se trate. En especial, tales requisitos podrían justificarse plenamente cuando los motiven objetivos de política social.

(70) A los efectos de la presente Directiva, y sin perjuicio del artículo 16 del Tratado, los servicios solo pueden considerarse servicios de interés económico general si se prestan en ejecución de una tarea especial de interés público confiada al prestador por el Estado miembro en cuestión. Este encargo debe hacerse por medio de uno o varios actos, cuya forma ha de determinar el Estado miembro de que se trate, y debe precisar la naturaleza concreta de la tarea especial.

(71) El ejercicio de evaluación recíproca que dispone la presente Directiva no debe afectar a la libertad de los Estados miembros de fijar en su legislación un elevado nivel de protección de los intereses públicos, en particular con respecto a los objetivos de política social. Además, es preciso que el ejercicio de evaluación recíproca tenga plenamente en cuenta la especificidad de los servicios de interés económico general y de los cometidos

especiales que se les asignan. Esto puede justificar determinadas restricciones de la libertad de establecimiento, en especial cuando tengan por objeto la protección de la salud pública o persigan objetivos de política social y cumplan las condiciones fijadas en el artículo 15, apartado 3, letras a), b) y c). Por ejemplo, en lo referente a la obligación de adoptar una forma jurídica específica para ejercer determinados servicios en el ámbito social, el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que puede estar justificado someter al prestador al requisito de actuar sin ánimo de lucro.

(72) Los servicios de interés económico general tienen confiadas importantes tareas relacionadas con la cohesión social y territorial. La realización de esas tareas no debe obstaculizarse como resultado del proceso de evaluación establecido en la presente Directiva. Los requisitos necesarios para cumplir con esas tareas no deben verse afectados por este proceso, al mismo tiempo que debe hacerse frente a restricciones injustificadas de la libertad de establecimiento.

(73) Entre los requisitos que hay que examinar figuran los regímenes nacionales que, por motivos distintos de los relacionados con las cualificaciones profesionales, reservan a prestadores concretos el acceso a ciertas actividades. Estos requisitos incluyen también la obligación para un prestador de adoptar una forma jurídica particular, concretamente de constituirse como persona jurídica, sociedad de personas, entidad sin ánimo de lucro o sociedad perteneciente únicamente a personas físicas, y requisitos relativos a la posesión de capital de una sociedad, concretamente 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. La evaluación de la compatibilidad de las tarifas fijas mínimas o máximas con la libertad de establecimiento se refiere solo a las tarifas impuestas por las autoridades competentes para la prestación específica de determinados servicios y no, por ejemplo, a las normas generales sobre fijación de precios como las aplicables al alquiler de alojamientos.

(74) El ejercicio de evaluación recíproca significa que los Estados miembros, durante el plazo de adaptación del Derecho interno, tendrán que efectuar un cribado previo de su legislación para determinar si cualesquiera de los antedichos requisitos existen en su ordenamiento jurídico. A más tardar antes de que finalice el período de transición, los Estados miembros deben elaborar un informe sobre los resultados de dicho cribado. Cada informe se presentará a los demás Estados miembros y a todos los interesados. A continuación los Estados miembros dispondrán de seis meses para presentar sus observaciones sobre dichos informes. A más tardar un año después de la fecha de incorporación de la presente Directiva al Derecho interno, la Comisión debe elaborar un informe de síntesis acompañado, en su caso, de las oportunas propuestas de nuevas iniciativas. De ser necesario, la Comisión, en cooperación con los Estados miembros, puede asistirles a fin de elaborar un método común.

(75) El hecho de que en la presente Directiva se fije una serie de requisitos que los Estados miembros deben suprimir o evaluar durante el período de incorporación al Derecho interno no obsta para que se puedan iniciar recursos contra un Estado miembro por incumplimiento de los artículos 43 o 49 del Tratado”.

A parte de todos los problemas que se desprenden de los considerandos, creo que el meollo del asunto en el tema de la simplificación que nos ocupa es el siguiente. Conforme el artículo 9.1 de la DS los Estados miembros solo pueden supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio “a un régimen de autorización”

cuando la autorización no es discriminatoria, la necesidad “de un régimen de autorización” está justificada por una razón imperiosa de interés general y el objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control *a posteriori* se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz. En parecidos términos y requiriendo norma con rango de Ley (los que nos hace polvo en el ámbito local) se pronuncia el artículo 5 del PLAASE. ¿Podemos, por tanto, someter el establecimiento de una nueva actividad de servicios (fábrica, taller, discoteca, comercio, etc.) o a su ejercicio a dos o tres autorizaciones simultáneas o a una autorización, dos declaraciones responsables y una comunicación previa?

El artículo 9.1 del PLAASE, cuando traspone el artículo 10.3 de la DS, dispone que las Administraciones Públicas no podrán exigir requisitos, controles previos o garantías equivalentes o comparables, en lo esencial, por su finalidad a aquellos a los que esté sometido el prestador en España o en otro Estado miembro. Pero los apartados 4 y 5 del artículo 10 de la DS vuelven a referirse a la autorización en singular. A mi juicio, la solución para por crear un nuevo procedimiento de autorización manteniendo como acto final el más importante o el más próximo al ciudadano (sin duda, el municipal) y transformando a las demás autorizaciones, comunicaciones, etc., en informes preceptivos, vinculantes o no según la importancia del tema en juego. Si se opta por la opción de mantener todas las autorizaciones o declaraciones responsables los solapamientos con requisitos y controles equivalentes seguirán produciéndose inevitablemente.

Otra advertencia a tener en cuenta a la hora de simplificar los procedimientos administrativos y los requisitos que deben cumplir los prestadores es la previsión contenida en el artículo 10 de la DS, a tenor del cual los regimenes de autorización deben basarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que dicha facultad no se ejerza de forma arbitraria. Por cierto, el artículo 9.2 del PLAASE no reproduce dicha previsión, pero sí reproduce que los requisitos que supeditan el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, deben ajustarse a los criterios de la DS, a saber: a) No ser discriminatorios; b) estar justificados por una razón imperiosa de interés general; c) ser proporcionados a dicho objetivo de interés general; d) ser claros e inequívocos; e) ser objetivos; f) ser hechos públicos con antelación y g) ser transparentes y accesibles. Nada más pero nada menos.

Finalmente, respecto los procedimientos de autorización propiamente dicho el artículo 6 del PLAASE traspone el artículo 13 de la DS de la forma siguiente:

Los procedimientos 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 diciembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (¿Y las de la LAE?), así como garantizar la aplicación general del silencio administrativo positivo y que los supuesto de silencio administrativo negativo constituyan excepciones previstas en una norma con rango de Ley justificadas por razones imperiosas de interés general.

Veremos lo que nos deparará el futuro inmediato que ya está aquí.