
La aplicación material de la Directiva de servicios

Eduardo Paricio Rallo

Magistrado

- 1. Introducción**
- 2. El proceso de transposición hasta el momento**
 - 2.1. Alcance de la obligación municipal
 - 2.2. La transposición de la Directiva en la normativa del Estado
 - 2.3. La transposición en la normativa de las comunidades autónomas
 - 2.4. Algunos casos de transposición municipal
- 3. Situación actual y régimen transitorio**
- 4. La proyección de la Directiva en la gestión del dominio público**
- 5. La aplicación de la Directiva en materia urbanística**
 - 5.1. Planeamiento
 - 5.2. Licencias
 - 5.3. Silencio administrativo
- 6. Razones imperiosas de interés general**
- 7. Establecimiento de sucursales**
- 8. Servicios de interés general y servicios de interés económico general**
- 9. Ventanilla única y procedimientos virtuales**
- 10. Requisitos inherentes a las solicitudes de autorizaciones y actos de control**
- 11. Otros**
 - 11.1. El régimen de los nuevos controles
 - 11.2. La responsabilidad de la Administración

1. Introducción

La interpretación y aplicación de la Directiva 2006/123/CE admite un margen ciertamente amplio. Ciertamente la legislación de desarrollo cierra en parte ese margen, aunque la cuestión sigue en buena medida abierta.

El proceso de transposición se ha visto dominado inicialmente por un espíritu liberalizador convencido de que el desarme de controles y restricciones, esto es, la desburocratización en el establecimiento y prestación de actividades por parte de particulares, solo puede producir efectos positivos, entre ellos los económicos. Sin embargo, en el proceso de implantación de la Directiva se ha puesto de manifiesto la reacción defensiva de algunos de los sectores administrativos más afectados. Así ha sucedido en materia de espectáculos y actividades recreativas, medio ambiente, y también en el ámbito del comercio

interior. Junto a esta reacción defensiva, otras reacciones responden a un cierto pánico a la inseguridad, lo que ha llevado a ceder el terreno que haga falta con tal de situar la gestión municipal en un ambiente de indiscutibilidad jurídica.

Ciertamente estamos educados en la creencia de que el ordenamiento legal está perfectamente predeterminado, que las consecuencias jurídicas son previsibles y, en definitiva, que el sistema es estable y comprensible. Unas características todas ellas inherentes al Estado de Derecho. Sin embargo, nos consta que la realidad es muy diferente, puesto que la legislación es cambiante, asistemática, a menudo contradictoria e insegura en su interpretación y en las consecuencias que depara. Esta es la situación en la que nos encontramos particularmente a propósito de la transposición de la Directiva de servicios.

En efecto, la Directiva es en primer lugar una norma de principios, una norma por tanto cargada de ambigüedades y redactada con una flexibilidad calculada como es tradicional en una normativa europea que ha de adaptarse a contextos jurídicos nacionales muy variados. Por otro lado la Directiva, como en general las normas comunitarias, no responde a nuestra cultura jurídica en cuanto a los planteamientos y a la forma de definir las reglas de comportamiento.

En este contexto la operación de transposición debería abordar en primer lugar la adaptación de la Directiva a nuestra cultura jurídica, a nuestro lenguaje conceptual. En segundo lugar la transposición debe establecer puentes con la normativa interna vigente en cada sector afectado. Unas funciones que no cumple en absoluto la Ley de transposición dictada por el Estado español, que se limita a copiar simplemente la Directiva, en ocasiones a copiar con errores, manteniéndose en el terreno de los principios en vez de descender a la arena de lo concreto.

En definitiva, aun después de las primeras normas generales de transposición, continuamos estando en un contexto notablemente inseguro. Ahora bien, la fluidez del entorno y la desaparición de la tierra firme bajos los pies de los juristas no es un fenómeno nuevo. Se trata de una situación ya conocida en Derecho Público. La cuestión está, por tanto, en no quedarse añorando los tiempos de seguridad. Por el contrario, nos corresponde aprender a movernos en un entorno que ya hace tiempo que está dejando de ser sólido para volverse líquido, en ocasiones gaseoso.

Inevitablemente en este nuevo contexto toma fuerza la idea del riesgo jurídico. El jurista ha dejado de ser un erudito en certezas legales para convertirse en un evaluador y gestor de riesgos. Se trata, pues, de diseñar y gestionar los planteamientos y la derrota de navegación que mejores perspectivas de éxito ofrezca, minimizando el riesgo en lo posible, aunque sabiendo que el riesgo cero no existe.

El caso es que, habiendo opciones, antes de optar por una opción restrictiva de las potestades municipales en la línea de la Ley de transposición, pueden considerarse otras alternativas menos radicales valorando los riesgos que comportan, en el bien entendido que la asunción de un riesgo calculado es aceptable, incluso inevitable, en un contexto tan inseguro como el que nos ocupa.

2. El proceso de transposición hasta el momento

2.1. Alcance de la obligación municipal

La Directiva de servicios contiene un conjunto de mandatos que deben ser aplicados por los diversos niveles de gobierno según la distribución de competencias interna en cada país de la Unión.

Consiguientemente, los gobiernos locales quedan directamente vinculados en el ámbito de sus responsabilidades. Sustancialmente, las obligaciones que comporta la aplicación de la Directiva en el ámbito local son las siguientes:

- Eliminación de autorizaciones y otras restricciones al establecimiento y prestación de actividades, excepto en los casos expresamente admitidos y justificados.
- Clarificación y simplificación de procedimientos, con el objetivo de eliminar obstáculos, retrasos, costes y restricciones. Específicamente, se impone la tramitación por medios electrónicos.
- Ventanilla única. La Directiva dispone la articulación de un sistema virtual para informar a los prestadores sobre el establecimiento de actividades, a los usuarios sobre aquellas, y para tramitar los procedimientos.

Así pues, la Directiva impone la obligación de revisar la normativa local y los procedimientos vigentes, con el fin de evaluar cada una de las previsiones que afecten al establecimiento y a la prestación de servicios, las autorizaciones exigibles, y también los restantes requisitos o imposiciones. El resultado de este proceso de análisis y modificación debía ser comunicado a la Comisión Europea antes del 28 de diciembre de 2009, momento a partir del cual se inició una fase de evaluación recíproca entre los estados miembros.

Ello no obstante, la aplicación de la Directiva por parte de las administraciones locales queda condicionada directamente por la normativa general que corresponde tanto al Estado como a las comunidades autónomas, de forma que la transposición no es posible en el ámbito local sin que los niveles de gobierno superiores definan la aplicación de la Directiva en el sistema normativo que enmarca la actividad local. Una transposición que, en el caso del Estado, ha empezado a llegar al final del período de tres años previsto al efecto, y, en el caso de buena parte de las comunidades autónomas, aún no ha sido resuelta.

Esta situación plantea problemas serios respecto al régimen transitorio, y también en el ámbito de la

responsabilidad de los diversos niveles de gobierno afectados frente a la Comunidad Europea.

2.2. La transposición de la Directiva en la normativa del Estado

En el ámbito estatal la transposición de la Directiva de servicios se ha concretado esencialmente en dos leyes estatales, la Ley 17/2009 de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y la Ley 25/2009 de modificación de diversas leyes para su adaptación a la anterior Ley.

– La **Ley 17/2009** tiene carácter básico, y consiste, esencialmente, en la reproducción de la Directiva. Se trata, en este sentido, de proyectar transversalmente los principios y contenidos de la Directiva en todo el ordenamiento interno.

Ahora bien, la Ley va más allá en algunos aspectos, de forma que no solo se pretende la mera transposición, sino que además se aprovecha la ocasión para ahondar en un modelo de desregulación.

En este sentido, la Ley incluye las siguientes novedades:

- El listado de razones imperiosas de interés general que justifican el mantenimiento de restricciones, que en la Directiva es un listado abierto, queda, en la Ley, cerrado a las expresamente relacionadas.

- El establecimiento de autorizaciones queda reservado a una Ley, que además debe motivar específicamente tal restricción (artículo 5). Un planteamiento que va más allá de la Directiva que, ni exige norma con rango formal de Ley, ni motivación previa (artículo 9).

- En un planteamiento confuso, la validez territorial de las autorizaciones y comunicaciones y el establecimiento de sucursales parecen extenderse tanto en lo referido a la Administración autorizante –cualquier Estado miembro– como en lo referido a su alcance territorial –todo el Estado español–.

- También puede advertirse una novedad significativa respecto a los requisitos sometidos a evaluación; esto es, sobre la posibilidad de establecer restricciones como por ejemplo la limitación cuantitativa o territorial de las actividades, o el control de precios y tarifas. En la Directiva tal posibilidad dependía exclusivamente de la concurrencia de una razón imperiosa de interés general. La Ley de transposición califica además tal posibilidad como excepcional.

- La reserva de Ley para la exigencia de seguros de responsabilidad civil a los prestadores.

- La **Ley 25/2009** modifica un conjunto de leyes estatales, singularmente la Ley de bases del régimen local, la Ley 30/1992 y la Ley de acceso electrónico.

Respecto a la Ley de bases del régimen local, las modificaciones se refieren, en primer lugar, al reconocimiento del derecho de los prestadores a la ventanilla única y al procedimiento electrónico. En segundo lugar, la Ley limita la potestad municipal de sometimiento de la actividad de particulares a licencia en el ámbito de la Directiva; asimismo, se incluyen específicamente entre los sistemas de control la comunicación previa y la declaración responsable, y se establece la potestad genérica de control posterior. Una potestad que incorpora la facultad de inspección, que es una facultad que, hay que decirlo, no quedaba incluida en el haz de potestades generales que el artículo 4 LBRL establece con carácter general respecto a las entidades locales territoriales.

La reforma de la Ley 30/1992 tiene el mismo objetivo, aunque desarrolla específicamente el procedimiento de declaración responsable. Incluye también el reconocimiento genérico de la potestad de inspección de las administraciones públicas.

Cabe destacar de la Ley 25/2009 que se extiende a sectores económicos no afectados por la Directiva, introduciendo modificaciones liberalizadoras en materias como transportes, telecomunicaciones o sanidad.

Esta Ley proyecta asimismo la Directiva a la gestión del dominio público del Estado, como sucede en materia de puertos, costas, aguas o montes; y también a sectores que han de ser considerados como servicios de interés general, sectores que sin embargo están inicialmente excluidos de la Directiva. En el mismo sentido, el Real decreto 367/2010, de modificación de diversos reglamentos del área de medio ambiente.

- También hay que citar en este proceso de adecuación de la normativa estatal la modificación del **Reglamento de servicios** de las corporaciones locales de 1955, en concordancia con la modificación de la LBRL. Una modificación que viene a complicar el sistema de fuentes, puesto que se le atribuye carácter básico, de forma que se sitúa en el escalón más alto del sistema de fuentes normativas.

- Finalmente destacan la **Ley 1/2010 de ordenación del comercio minorista** y el Real decreto 199/2010 de regulación de la venta ambulante, al que se aludirá más adelante.

La Ley de comercio minorista ratifica la regla de no sujeción a licencia, excepto en los casos de concurrencia de razones imperiosas de interés general, razones que, por otro lado, deben identificar las comunidades autónomas mediante Ley específicamente motivada al efecto. Ello no obstante, la propia Ley identifica un impacto ambiental que justifica la licencia respecto a los establecimientos comerciales de superficie superior a 2.500 m².

Respecto a los requisitos exigibles para la instalación de comercios, se admiten, además de los medioambientales, los referidos al entorno urbano y ordenación del territorio. Destaca asimismo la legitimación del urbanismo comercial, al menos en algunos aspectos.

2.3. La transposición en la normativa de las comunidades autónomas

La situación es muy variable en los ordenamientos autonómicos. En efecto, algunas comunidades no han dictado todavía ninguna norma de transposición; entre las que lo han hecho, en general la opción mayoritaria ha consistido en afrontar la cuestión mediante normas ómnibus que incluyen modificaciones puntuales en la normativa sectorial afectada (es el caso de Andalucía, Madrid, Navarra o Galicia), mientras que en otros lugares, como Cataluña, la opción ha sido la de emitir algunas normas sectoriales completas y anunciar sendos decretos legislativos que refundan las restantes normas afectadas.

No se va a abordar un análisis exhaustivo de la situación en las diversas comunidades autónomas, aunque sí se pueden advertir algunas de las características o constantes que más afectan a las licencias y controles locales:

En materia **medioambiental**, ya se ha indicado que Aragón emitió, ya mediado el año 2009, una Ley de urbanismo de carácter general (Ley 3/2009), que incluye referencias no solo a las licencias urbanísticas, sino también a las medioambientales y las de apertura de actividades, sin variar el régimen tradicional. En el caso de Cataluña se ha promulgado una Ley medioambiental (Ley 20/2009), que mantiene el régimen de autorización y el régimen de restricciones tradicionales; esto es, la clasificación de actividades por grupos, uno sometido a autorización autonómica, otro a licencia municipal, un tercero sometido a mera comunicación. La novedad está en la posibilidad de desarmar autorizaciones municipales, transformándolas en controles menos intensos, en cambio se proscribía la posibilidad contraria, esto es,

la transformación de la comunicación en licencia en los sectores sometidos por la Ley a aquella.

En cuanto a la normativa sobre **espectáculos públicos y actividades recreativas**, cabe entender que las comunidades autónomas no consideran afectado el tradicional régimen de licencia, puesto que, o bien no entienden necesario abordar la cuestión en sus respectivas leyes ómnibus, o bien lo hacen sin afectar a las restricciones tradicionales (Ley 8/2009 de Madrid). En Cataluña se ha dictado una Ley específica (Ley 11/2009), aunque igualmente se limita a convalidar la situación, basando las licencias en objetivos como la convivencia, la salud y la seguridad.

En materia de **comercio** algunas leyes autonómicas legitiman de forma abierta el urbanismo comercial, esto es, la posibilidad de introducir restricciones en el emplazamiento de actividades comerciales mediante el planeamiento territorial y urbanístico. Se establece en este sentido un abanico de intereses públicos o bienes jurídicos a proteger más allá del listado de razones imperiosas de interés general, como la cohesión y equilibrio territorial, la protección del comercio de proximidad o el tradicional, el paisaje urbano o la movilidad y la circulación. Respecto a las grandes superficies comerciales se prevén licencias municipales siempre previa previsión del establecimiento en el planeamiento general (Decreto ley 3/2009 de Andalucía) o plan especial *ad hoc* (Ley 6/2010 de Navarra).

El grado de sensibilidad local en cuanto a la licencia es variado. Así, en Andalucía y Madrid (Ley 8/2009) se dispone al efecto que sea la licencia municipal de obras la que asuma la fiscalización de la normativa comercial, mientras que en Cataluña (Decreto ley 1/2009) la licencia pasa a ser autonómica, no quedando a los municipios más margen que el de la inspección. En Baleares, se prevé una licencia autonómica de grandes establecimientos que es concurrente con una licencia municipal específica (Ley 8/2009).

Por lo demás, en materia comercial se implanta el régimen de libre prestación, o en algunos casos un régimen de comunicación y declaración responsable según la dimensión del establecimiento.

2.4. Algunos casos de transposición municipal

El marco descrito constituye el sistema legislativo que en estos momentos enmarca la aplicación de la Directiva que los municipios deben afrontar.

Como se ha dicho, la operación incluye la modificación de la normativa municipal, la adaptación de los procedimientos hasta ahora vigentes, y la puesta en marcha de la ventanilla de información y tramitación.

Respecto a la modificación normativa, se han planteado hasta ahora dos modelos. Por un lado, la aprobación de una ordenanza transversal, a modo de la Ley 17/2009; una alternativa que puede servir para modificar de un golpe las ordenanzas vigentes. El segundo modelo consiste en la modificación puntual de las ordenanzas municipales, operación esta que de todas maneras hay que afrontar, aunque la ordenanza transversal puede servir para ganar tiempo, hasta que se complete la modificación del marco normativo que depende de las administraciones superiores, y hasta que se aclaren las muchas dudas que en estos momentos se plantean respecto al alcance real de la Directiva.

Algunos ayuntamientos han abordado ya la transposición, aunque sea parcialmente:

– El Ayuntamiento de Vitoria ha escogido el segundo modelo. En efecto, ha aprobado ya inicialmente un proyecto de ordenanza que modifica el conjunto de ordenanzas municipales para su adaptación a la Ley 17/2009.

El planteamiento de Vitoria parte de clasificar las actividades en tres grupos: las que requieren licencia según la legislación ambiental, las exentas según tal legislación, pero respecto a las cuales el Ayuntamiento mantiene la licencia municipal, y, finalmente, un tercer grupo de actividades inocuas sometidas a mera comunicación. Este tercer grupo queda limitado a las actividades relacionadas en un anexo, pero además, para quedar exentas, las actividades han de cumplir unos requisitos generales, como ejercerse solo en horario diurno y tratarse de un uso permitido por la normativa urbanística. Como se decía, estos casos residuales quedan sometidos a comunicación, aunque la misma debe ir acompañada de memoria e informe suscrito por el técnico correspondiente y visado.

El Ayuntamiento de Vitoria mantiene, asimismo, la necesidad de la licencia urbanística de usos, tanto para la primera ocupación (primera ocupación y apertura se denomina) como para el cambio de uso.

– El Ayuntamiento de Madrid aprobó el 29 de junio de 2009 la Ordenanza del régimen de gestión y control de las licencias urbanísticas de actividades. Como su nombre indica, la Ordenanza efectúa una simbiosis entre la licencia urbanística de usos y la licencia tradicional de actividades en un sistema que parece algo

confuso. El sistema se basa en los siguientes puntos esenciales:

La privatización de una parte significativa del sistema de control, a partir de unas entidades de colaboración que deben fiscalizar la documentación necesaria, a partir de un “certificado de conformidad” expedido por una entidad colaboradora y que resulta necesario para presentar el proyecto y la solicitud en el Ayuntamiento. A su vez, la entidad colaboradora debe supervisar las obras de ejecución.

En los casos en que la instalación de la actividad requiera obras que necesiten proyecto, o se trate de actividades sometidas a evaluación ambiental, debe obtenerse la “licencia de obras para la instalación de actividades”, compuesta de una licencia de obras inicial y una posterior de primera ocupación y funcionamiento que fiscaliza la adecuación de las obras al proyecto autorizado y su conformidad con los requisitos de la actividad.

Las otras actividades que no requieran obras, o solo obras menores, se tramitan mediante el procedimiento de “licencia para la implantación o modificación de actividades”. La documentación debe ser fiscalizada por la entidad colaboradora. Una vez superada esta fase y presentada la solicitud en el Ayuntamiento, se entiende concedida autorización provisional. Si se trata de actividades sometidas a la legislación de espectáculos y actividades recreativas, se requiere la licencia correspondiente para el inicio de la actividad. Esta última licencia refunde la licencia ambiental en los casos en que la misma es necesaria. En tales supuestos, el inicio de la actividad queda sometido a un previo control inicial.

Finalmente hay un tercer grupo de actividades sometidas a mera comunicación. Ahora bien, la documentación también debe ser fiscalizada previamente por una entidad colaboradora, que debe emitir el correspondiente certificado de conformidad.

– La cátedra Prat de la Riba ha propuesto por su parte un modelo de Ordenanza sobre comunicación de obras, y otra sobre limitaciones cuantitativas o territoriales para la implantación de actividades de servicios y su ejercicio. En ellas se parte de la base de que la Directiva afecta de pleno al ámbito urbanístico. La primera Ordenanza motiva la concurrencia de razones imperiosas de interés general y justifica la proporcionalidad en el grueso de licencias urbanísticas excepto las de obras menores, obras en el interior de edificios, instalaciones y otras obras de trascendencia menor o la colocación de publicidad visible desde la vía pública. También las

licencias de primera ocupación y cambio de uso quedan sometidas a mera comunicación.

La segunda Ordenanza establece distancias mínimas respecto a establecimientos públicos de espectáculos y actividades recreativas, previendo al efecto un sistema de concurrencia limitado para el caso que coincidan varias peticiones o comunicaciones nuevas y no sea posible atenderlas todas. No se establece en la Ordenanza la temporalidad del derecho a la prestación por parte del particular. Finalmente, se considera que no hay razón que justifique la limitación en la instalación de locutorios, de forma que se eliminan los límites territoriales o cuantitativos en este ámbito.

– El Ayuntamiento de Alicante coincide en el anterior planteamiento, en el sentido de asumir una operación global que afecta conjuntamente a las licencias o controles de actividades y las urbanísticas. Respecto a las primeras, se opta por una liberalización referida a las licencias de actividades no calificadas, que quedan sometidas a comunicación previa. Se mantiene la licencia en las actividades calificadas por la Ley ambiental, añadiendo a la licencia una declaración responsable para el momento de inicio de la actividad.

Respecto a las licencias urbanísticas, se parte del mantenimiento del grueso de licencias tanto de construcción como de uso, quedando liberalizadas las de obras menores, que pasan a comunicación previa.

3. Situación actual y régimen transitorio

El caso es que, se haya efectuado o no la transposición, la Directiva resulta de aplicación ya desde el 28 de diciembre de 2009, y la Ley 17/2009 lo es desde el 26 de diciembre. Nótese que la Ley no se limita a imponer deberes a los poderes públicos, sino que reconoce directamente derechos a los ciudadanos. Por ejemplo, el artículo 4 determina el derecho de los prestadores a “establecerse libremente en territorio español para ejercer una actividad de servicios, sin más limitaciones que las establecidas de acuerdo con lo previsto en esta Ley”. Asimismo, los preceptos de la Ley quedan formulados en términos que deben entenderse de aplicabilidad inmediata: “La normativa reguladora (...) no podrá imponer (...)”, “Los procedimientos y trámites (...) deberán tener carácter (...) y darse a conocer con antelación”, “Las administraciones públicas no podrán exigir requisitos (...)”.

Este planteamiento supone que los derechos reconocidos a terceros son ya exigibles, lo que coloca a las admi-

nistraciones locales en la situación de dar respuestas adecuadas al nuevo ordenamiento, aun sin haber realizado la transposición, y en muchas comunidades aun sin que la hayan completado los niveles de gobierno superiores.

La cuestión se agrava si se tiene en cuenta que la Ley 17/2009 derogó, a partir del 27 de diciembre pasado, toda la normativa que se oponga a la liberalización que nos ocupa. Ello quiere decir que las restricciones tradicionales han perdido vigencia, incluso en aquellos casos en que las autorizaciones o límites sean susceptibles de justificación si la misma todavía no se ha explicado.

El caso es que la Ley de transposición no aborda prácticamente el período transitorio. Se limita a imponer a las administraciones públicas la obligación de comunicar, antes del 26 de diciembre de 2009, las disposiciones legales y reglamentarias modificadas a estos efectos. Una obligación de cumplimiento prácticamente imposible, puesto que la Ley entró en vigor el mismo día en que debía hacerse la comunicación. Por otro lado, mal se puede efectuar la adaptación de normas y procedimientos si hay que esperar a una legislación general que en muchos casos, a estas alturas, todavía no se ha publicado. Sin embargo, y paradójicamente, la Ley de transposición incluye una disposición adicional que imputa a cada Administración las responsabilidades que la Comisión Europea pueda exigir al Estado español por incumplimiento, obligación recalcada en la Ley de ordenación del comercio minorista.

Como se ha dicho, la transposición debe proyectarse necesariamente respecto al conjunto de ordenanzas y actividades locales. Sin duda, una ordenanza transversal ayuda a afrontar la situación, pero algo hay que resolver respecto a la masa de normas y procedimientos vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Directiva.

En este contexto, y en una primera aproximación, cabe entender lo siguiente:

– Respecto a las licencias y controles sobre actividades que afectan al medio ambiente, ya se ha visto cómo en general no se ha modificado la normativa tradicional. Por tanto, hemos entrado en un período en que la Directiva ya es aplicable sin adaptación de la legislación interna.

Estamos en una materia en que los controles quedan, en general, justificados por una razón imperiosa de interés general –la protección del medio ambiente y entorno urbano–. Otra cosa es que se pueda discutir si el control establecido es proporcionado. Ciertamente,

en este punto hay un margen legítimo de apreciación, especialmente en el ámbito de las actividades que comportan una afectación ambiental menor.

Sea como fuere, como se ha dicho, estamos ante actividades que comportan afectación ambiental y, por tanto, existe ya de entrada una razón imperiosa de interés general que justifica las restricciones. Por otro lado, la legislación general mantiene el sistema de autorizaciones y restricciones una vez agotado el plazo de transposición, de forma que las ordenanzas municipales se mantienen bajo la sombra de la Ley durante este tiempo.

Respecto a las actividades inocuas, entiendo que el mantenimiento de la comunicación se puede justificar en la necesidad de una toma de razón a los efectos de facilitar la inspección para verificar si hay o no afectación ambiental.

– Respecto a las licencias y controles en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas, las licencias quedan salvaguardadas en los mismos términos que las ambientales.

– Licencias referidas a establecimientos de pública concurrencia o las fundamentadas genéricamente en el Reglamento de servicios. Cabe entender que teóricamente podrían mantenerse en la medida en que se justifique su vinculación con la seguridad de las personas, aunque los requisitos exigibles deberán limitarse a tal objetivo y a los relacionados con otras razones imperiosas de interés general, como la protección de los consumidores o la garantía de la convivencia ciudadana. Ahora bien, cabe recordar que la Ley de transposición impone una reserva de Ley para el establecimiento de autorizaciones, y en este caso en general no hay norma de cobertura.

– Respecto a las licencias y actos de control respecto a comercios como tales, ya se ha visto cómo la situación es variable en función de la Comunidad Autónoma. Ahora bien, igual que en los casos anteriores, o bien la norma autonómica instituye la autorización, o bien la misma no es posible. Incluso en algunos casos como el de la Ley catalana, se cierra el paso a cualquier posibilidad de intervención municipal, incluso la introducción de una declaración responsable o comunicación previa.

Así pues, en los dos últimos casos cabe entender que independientemente de que pudiesen existir razones imperiosas de interés general que justifiquen las licencias, la necesidad de su previsión por Ley motivada impide su mantenimiento actual.

4. La proyección de la Directiva en la gestión del dominio público

Cabe entender que la Directiva no afecta inicialmente a las concesiones, licencias y restricciones en general sobre el dominio público. El apartado 9 de la exposición de motivos circunscribe claramente la aplicación de la Directiva a los requisitos que afecten el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio, no a aquellos otros que son de general aplicación a los ciudadanos, aunque puedan ser instrumentalmente necesarios para el establecimiento de una actividad privada de servicios.

En términos generales, las autorizaciones y restricciones tradicionalmente establecidas en relación al dominio público responden a dos motivos principales. El primero consiste en la misma protección del dominio público; el segundo en la garantía de utilización del dominio público conforme a su naturaleza y destino, así como la organización y compatibilización de los usos.

El caso es que ni la protección del dominio público ni la ordenación de los usos son finalidades que hayan quedado incluidas como razones imperiosas de interés general en el listado de la Directiva ni en la Ley de transposición. Parece evidente que si en la intención de una y otra norma hubiera estado proyectar la Directiva de servicios a la gestión del dominio público, sería esta una cuestión de suficiente importancia para mencionarla específicamente en los objetivos y ámbitos de aplicación de las mismas. Desde luego esta situación hubiera obligado a prever al efecto razones imperiosas de interés general, y no es el caso.

Es cierto, no obstante, que la Ley 25/2009 proyecta la Directiva a la gestión de algunos sectores del dominio público del Estado, o así se puede entender desde el momento en que la Ley incluye modificaciones liberalizadoras en la legislación sectorial sobre puertos, costas, aguas o montes. Sin embargo, las transformaciones son relativamente menores, de forma que no cabe entender que el Estado haya proyectado masivamente la Directiva en su propio régimen de gestión del dominio público.

En la misma línea, algunas de las ordenanzas municipales que se promueven en estos momentos incluyen también la extensión de la Directiva de servicios a algunos aspectos de la gestión del dominio público. Sin embargo, cabe considerar que tales modificaciones legislativas son consecuencia de una voluntad de simplificación o de homogeneización de las ordenanzas, y no un imperativo legal.

La proyección de la Directiva de servicios en bloque al dominio público tendría consecuencias muy trascendentes, especialmente si se aplica no solo al establecimiento de actividades en sentido estricto, sino también a su ejercicio, de forma que habría que aplicar el conjunto de principios de la Directiva también a veladores, cajeros automáticos, publicidad, paradas de transportes y cualquier otro supuesto de afectación del dominio público por parte de actividades privadas.

Sin embargo, el objetivo de la Directiva es la libertad de establecimiento y prestación de servicios por parte de particulares, libertad que queda naturalmente referida al establecimiento y ejercicio de la actividad por medios propios, sin que ello comporte derechos sobre la propiedad ajena –incluido el dominio público– más allá de lo previsto en la legislación sobre el patrimonio de las administraciones públicas en cuanto al uso común especial y el uso privativo. En consecuencia, las reglas sobre publicidad y concurrencia han de ser en este ámbito las previstas en la normativa sobre el dominio público, sin más. Ni tan solo en los casos en que la Administración libra al sector privado un espacio y una ocasión para prestar servicios –mercados y mercadillos, por ejemplo– ha de resultar de aplicación la Directiva, puesto que debe respetarse la libertad de la Administración titular de la iniciativa y del espacio afectado para imponer las condiciones que definen el perfil de la prestación del servicio según un modelo propio vinculado a su particular concepción del interés público. Esto es, la libertad de establecimiento y prestación de servicios de los particulares no puede generar derechos sobre el dominio público más allá de los principios de publicidad y concurrencia, inherentes a la gestión patrimonial y a la gestión indirecta de los servicios públicos.

Alguna duda puede plantearse respecto a determinadas situaciones de control en las que se da un uso poco intensivo del dominio público, como la publicidad visible desde la vía pública, o situaciones en que la normativa municipal no distingue entre la ordenación general de la convivencia, los usos admisibles en el dominio público y restricciones aplicadas a alguna determinada actividad económica de particulares. Por ejemplo en casos de venta ambulante itinerante o en camiones-tienda, prostitución u otras profesiones ejercidas en la vía pública sin un uso particularmente intensivo de la misma, o en el caso de la publicidad visible desde la vía pública. En tales supuestos, quizás habría que encontrar alguna razón imperiosa de interés general que dé cobertura.

Un caso especial es el de la **venta ambulante**. En efecto, la Ley de comercio minorista y el Real decreto 199/2010 han considerado este sector como incurso en la Directiva de servicios, y han establecido un régimen caracterizado por la supresión de requisitos relacionados con la valoración de la necesidad o la demanda del mercado, o la programación económica, imponiendo un régimen de concesión de naturaleza pública y transparente. El Real decreto citado prevé el mantenimiento de la autorización municipal, aunque de duración limitada en función del tiempo necesario para amortizar y retribuir la inversión. La norma se remite específicamente a la Ley de transposición, de forma que quede vetada la renovación automática y también el reconocimiento de ventajas al prestador una vez extinguida la autorización.

El anterior planteamiento ha sido secundado explícitamente por buena parte de las comunidades autónomas, aunque con variaciones significativas. Por ejemplo, la duración de la licencia en Andalucía es de 1 a 4 años, mientras que en Madrid tiene un plazo mínimo de 5 años.

5. La aplicación de la Directiva en materia urbanística

Ya se ha visto cómo la Directiva de servicios se aplica solo a los requisitos que afecten al acceso a una actividad o servicio, de forma que no se refiere a otras restricciones, aunque sean instrumentalmente necesarias para ejercer la actividad. Por tal razón, el apartado 9 de la exposición de motivos de la Directiva excluye expresamente las normas relativas a ordenación del territorio, urbanismo u ordenación rural. Debe entenderse que este planteamiento salva no solo las normas urbanísticas, incluido el planeamiento, sino también los actos singulares como las licencias, de la misma forma que no se discute que la exclusión de la normativa de tráfico se proyecta también sobre la autorización de conducir.

En este sentido, destaca cómo las leyes de transposición aprobadas hasta el momento tanto por el Estado como por las comunidades autónomas no incluyen referencias a la normativa urbanística. Es más, las iniciativas legislativas que en materia urbanística han tramitado algunos parlamentos autonómicos, ya al final del período de transposición, ignoran la Directiva de servicios. Tal es el caso de la Ley de Aragón 3/2009 o el Decreto ley 1/2007 y la Ley 26/2009 de Cataluña. En

el primer caso, un olvido ciertamente llamativo, puesto que la Ley incluye referencias al régimen tradicional de licencias ambientales y licencia de apertura sin modificaciones.

En algunos de los planteamientos que se han hecho en el ámbito local se parte de la idea contraria, lo que lleva a la necesidad de justificar la necesidad y proporcionalidad de las diferentes licencias urbanísticas y asimismo las limitaciones establecidas respecto a algún género de establecimientos si fuera el caso, o bien a desarmar los controles previos y a sustituirlos por comunicaciones o declaraciones responsables.

Entiendo que en todo caso una parte sustancial del urbanismo ha de quedar claramente al margen de la Directiva de servicios. Se trata de la parte referida a la planificación y disciplina de las construcciones. La duda se puede plantear en todo caso en materia de planificación y disciplina de usos, que es donde puede haber una repercusión directa sobre la libertad de establecimiento.

5.1. Planeamiento

En el ámbito del planeamiento, la duda puede referirse a las restricciones no formuladas en términos absolutos –prohibición de determinados usos–, sino a las restricciones relativas para determinados servicios o actividades, como por ejemplo la imposición de distancias entre establecimientos o un número máximo de las mismas, o superficies mínimas. La Ley de transposición solo prevé la limitación del número de establecimientos en el supuesto de escasez de recursos naturales o físicos, o por limitación de la capacidad técnica a utilizar en el desarrollo de la actividad (artículo 8.1), posibilidad excepcional que necesita ser motivada en razones imperiosas de interés público (artículo 11.1). Ciertamente hay razones poderosas que justifican limitaciones de tales características en el planeamiento, el límite a la densidad de determinadas actividades puede tener una justificación urbanística para evitar clústeres o guetos urbanos (monocultivo comercial, prostitución), o molestias por concentración (bares y actividades recreativas). Ahora bien, la presencia de una limitación en el número de actividades admisible en una zona, y, al mismo tiempo, la sumisión a licencia de tales actividades, produce una situación difícil desde la perspectiva de la Directiva de servicios, puesto

que en tal supuesto las autorizaciones –las licencias urbanísticas de uso– habrían de ser temporales, y estarían sometidas a concesión mediante licitación pública, según imponen inexorablemente el artículo 12 de la Directiva y el artículo 8 de la Ley de libre acceso.

Cabe señalar que la Ley de comercio minorista autoriza la introducción en el planeamiento de restricciones de este tipo, por razones derivadas de la movilidad respecto a comercios situados fuera del núcleo urbano y el favorecimiento de las necesidades de compra en un entorno de proximidad (disposición adicional 10ª). Legitimación que como se ha dicho algunas comunidades autónomas han ampliado notablemente. Por cierto, ninguna de ambas razones, ni en general las ampliadas por la legislación autonómica, consta en las razones imperiosas de interés general de la Ley de transposición. Sea como fuere, al menos las anteriores razones permiten una planificación urbanística de usos comerciales.

5.2. Licencias

Respecto a las licencias, ya se ha adelantado que en principio las licencias de construcción deberían quedar al margen de la Directiva, como también en general las restantes licencias. El problema se plantea en todo caso respecto a las licencias de usos, y solo a las que afectan directamente al establecimiento de actividades.

En materia de licencias, puede ser recomendable la posibilidad de organizar los procedimientos para aprovechar la licencia de obras con el fin de tramitar también, simultáneamente y en unidad de acto, otros controles que afecten a la actividad; esto es, acumular a la licencia urbanística la comunicación o declaración responsable que pueda resultar necesaria desde otras perspectivas no urbanísticas, de forma que la licencia urbanística pueda operar a modo de autobús procedimental. Ahora bien, entiendo que esta posibilidad tiene un límite que está en no confundir el régimen jurídico de las diferentes técnicas de policía, extendiendo materialmente los efectos represivos de la licencia urbanística a materias no urbanísticas. En definitiva se trata de aplicar la previsión tradicional respecto a la tramitación de licencias en expediente único, incluyendo los supuestos de comunicación previa y declaración responsable y operando la licencia urbanística como locomotora procedimental.

5.3. Silencio administrativo

Finalmente, uno de los aspectos que parte de la doctrina pone de relieve respecto a la eventual aplicación de la Directiva de servicios al urbanismo, se refiere al silencio administrativo.

En efecto, la Directiva y la Ley de transposición (artículo 6) recalcan la regla del silencio positivo, permitiendo excepcionalmente supuestos de silencio negativo cuando una Ley así lo establezca y quede motivado por razones imperiosas de interés general. La Ley 25/2009 ha modificado en este sentido el régimen general del silencio regulado en el artículo 43 de la Ley 30/1992, introduciendo ambas condiciones, modificación que por cierto se hace con carácter general y no solo para las solicitudes afectadas por la Directiva de servicios. Por su parte, la disposición adicional 4ª presupone que existen razones imperiosas de interés general en todos los supuestos de silencio negativo establecidos hasta el momento por normas con rango de Ley y normas comunitarias. Se trata sin duda de un supuesto extremo de justificación genérica que plantea serias dudas sobre su adecuación a la Directiva, puesto que esta impone que las excepciones sean reflexivas y motivadas de forma singular, una motivación que incluye no solo la justificación de la concreta razón imperiosa de interés general considerada, sino también la proporcionalidad de tal solución.

En este contexto, se ha planteado si puede mantenerse todavía el silencio negativo en materia urbanística en los supuestos en que la licencia presunta sea *contra legem*. En tal caso se duda de que el silencio negativo sea realmente necesario y proporcional cuando la Administración dispone ya del mecanismo del control previo –licencia–, además de las facultades de inspección, sanción, restauración de la legalidad urbanística y revisión de oficio. En este contexto la razón de ser del silencio negativo no es otra que la incompetencia de la Administración o su incapacidad para resolver en plazo, que es una justificación bien pobre.

6. Razones imperiosas de interés general

La identificación de alguna razón imperiosa de interés general, constituye la condición que permite mantener controles y restricciones municipales en la implantación y prestación de actividades por parte de particulares.

La Directiva se remite, inicialmente, a las razones que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido estableciendo hasta ahora. En este sentido, se acepta expresamente un listado de razones concretas de imperiosa necesidad que, en lo que afecta a la actividad local, incluye las siguientes (DS, artículo 4.5):

Orden público; seguridad pública y protección civil; salud pública; política social; protección de consumidores y usuarios; prevención de fraudes; bienestar animal; prevención de la competencia desleal; protección del medio ambiente y entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural; seguridad vial; política cultural; garantía de un alto nivel de educación; fomento de la lengua; patrimonio nacional, histórico y artístico.

En la Directiva, el anterior listado de motivos que pueden legitimar el mantenimiento de autorizaciones y restricciones no queda formulado en relación cerrada. Esta es una lista de ejemplos extraída de la jurisprudencia europea, que es una jurisprudencia que se ha ido dictando casuísticamente hasta el momento, en un proceso que no se puede tener por finalizado. Se trata de una jurisprudencia en construcción, de forma que no puede excluirse la posibilidad de que el Tribunal admita nuevas razones.

Conviene señalar en este sentido que, hasta ahora, las razones imperiosas de interés general las ha ido identificando el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en un contexto determinado, esto es, a propósito de la libertad de capitales o la libre competencia, también en el ámbito de la libertad de establecimiento, aunque más bien desde la perspectiva de la discriminación entre nacionales de estados diferentes y no desde la concreta perspectiva de la Directiva que nos ocupa. Por consiguiente, las razones imperiosas de interés general no necesariamente tienen que ser las mismas desde una perspectiva que es nueva, ni tienen que operar con la misma intensidad. Por otro lado, la identificación de razones de interés general puede variar cualitativamente en un ámbito tan específico como el local, donde algunos valores de indudable interés público como la convivencia, la cohesión social, el derecho a la circulación o, por ejemplo, la limpieza y el ornato, tienen una singular relevancia.

De hecho, la jurisprudencia comunitaria ha identificado otras razones de interés general aparte de las transcritas en la Directiva, como “la necesidad de preservar la coherencia de un régimen tributario” (TJCE, Sala 5ª, sentencia de 21 de noviembre de 2002, núm. C-436/00) o “la necesidad de incentivar la investigación y

el desarrollo" (TJCE, Sala 3ª, sentencia de 13 de marzo de 2008, núm. C-248/06).

La Ley de transposición incluye también un listado de razones imperiosas de interés general –artículo 3.11–, que es la base para el mantenimiento o introducción de controles previos –artículo 9–, restricciones cuantitativas o territoriales y otras limitaciones –artículos 11.2 y 12.3–. Como se ha apuntado ya, a diferencia de la Directiva, la Ley cierra el listado de razones imperiosas de interés general a las expresamente admitidas, lo que impide inicialmente identificar nuevas razones. Cierto es que, al mismo tiempo, la Ley incorpora una nueva razón no existente en la Directiva, como "la protección de derechos", sin más especificación, circunstancia que ofrece un margen amplio de desarrollo.

En este contexto, y partiendo de una lista cerrada de razones imperiosas de interés general, la alternativa que queda es desglosar las razones admitidas en la Ley, a los efectos de incluir en las mismas objetivos de interés público típicamente locales, como los citados de protección de la convivencia, la circulación de personas y vehículos, la cohesión social o la protección del paisaje.

7. Establecimiento de sucursales

En términos generales, la Directiva de servicios introduce el principio de validez general de las autorizaciones y controles establecidos en un Estado miembro, y la interdicción de duplicidad de requisitos y controles equivalentes. En este sentido, el artículo 10.4 de la Directiva dispone que la autorización concedida en un Estado deberá permitir la prestación de servicios en todo el territorio del Estado en cuestión, incluso mediante la apertura de filiales o sucursales, a menos que una razón imperiosa de interés general justifique una autorización individual de cada establecimiento singular; circunstancia que, dicho sea de paso, debe advertirse específicamente a través de la ventanilla única (artículo 11.3.a). Así pues, se sienta el principio de validez territorial estatal –no comunitaria– de las autorizaciones y el principio de validez comunitaria de las condiciones de concesión ya acreditadas.

Este planteamiento queda reproducido en la Ley 17/2009, aunque de forma confusa. En efecto, el artículo 7.3 sienta el principio general de validez en todo el territorio español de las autorizaciones, comunicaciones o declaraciones responsables, aunque la redacción es ambigua respecto a la de la Directiva,

puesto que no acota el origen nacional o europeo de la autorización como sí hace la Directiva. El caso es que la validez de la autorización en todo el Estado se extiende también al establecimiento de sucursales. El mismo precepto salva la posibilidad de introducir la obligatoriedad de autorizaciones y controles para sucursales en los mismos términos de la Directiva, esto es, a partir de la constatación de una razón imperiosa, y respetando los principios de proporcionalidad y no discriminación.

En todo caso, la regla es la validez en ámbito estatal de las autorizaciones, de forma que, si se quiere someter sistemáticamente la apertura de sucursales a algún control, así tiene que quedar establecido y motivado expresamente en la Ordenanza.

El planteamiento del artículo 7.3 puede quedar confundido, a causa de la redacción categórica de otro precepto de la Ley de transposición. En efecto, el artículo 9.1 impide taxativamente a las administraciones públicas la exigencia de requisitos, controles previos o garantías equivalentes a las que ya esté sometido el prestador en España o en otro Estado miembro, sin más. Hay en este precepto un error de transposición, puesto que, como se ha dicho, el artículo 10.3 de la Directiva se refiere a la validez en el ámbito comunitario de la acreditación de las condiciones requeridas para la autorización o control, pero no a la validez general de estas últimas. El artículo 9.1 de la Ley, al tomar el principio de no duplicidad en el ámbito europeo de las condiciones de concesión de licencias como no duplicidad de las licencias y los controles mismos, está implantando de hecho la licencia única europea, mucho más allá de lo que la Directiva prevé.

Debe tomarse el redactado del artículo 9.1 de la Ley como un error grueso de transcripción –como ocurre también, por ejemplo, con el artículo 12.3 de la Ley respecto al artículo 16.3 de la Directiva, en relación a los apartados 77 y 78 de su exposición de motivos–.

Cabe entender que la cuestión de las sucursales debe atenderse al planteamiento del artículo 7.3 de la Ley, de forma que no debe cuestionarse la posibilidad de someter las mismas a autorizaciones y controles singulares, siempre que se den las circunstancias generales establecidas para cualquier restricción, aunque, como se ha dicho, probablemente las ordenanzas municipales habrían de abordar esta cuestión a partir de alguna previsión específica y expresa en este sentido, puesto que, de lo contrario, opera el principio de no sumisión de las sucursales a controles.

8. Servicios de interés general y servicios de interés económico general

La Directiva de servicios excluye de su ámbito de aplicación los monopolios prestadores de servicios (DS artículo 1.3). A la vez, excluye también los servicios de interés general (SIG) en la medida que no quedan afectados por el artículo 57 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (DSEM 17 y DS artículo 2.1.a/); esto es, porque en estos casos no hay una prestación de servicios a cambio de remuneración. Por la misma razón se considera que los servicios económicos de interés general quedan inicialmente incluidos, ya que se realizan a cambio de contrapartida económica.

Respecto a los servicios de interés económico general (SIEG), la Directiva establece que su aplicación no tiene que comportar la liberalización del SIEG ni la privatización de la entidad pública prestadora del servicio (DS artículo 1.1). A su vez, el artículo 15.4 admite, en el caso de los servicios de interés general, un margen relativamente amplio para introducir restricciones cuantitativas, territoriales, imposición de servicios de prestación obligatoria, de tarifas u otros.

El caso es que la Directiva marca una línea divisoria entre servicios de interés general y los servicios de interés económico general, dando por sentado que la diferencia entre un concepto y otro está inicialmente en la presencia de una contraprestación. Sin embargo, en la práctica, esta distinción SIG-SIEG no es demasiado significativa para nosotros, si resulta que la existencia de contraprestación económica es habitual también en los supuestos de servicios públicos tradicionales –tasas–.

Los conceptos de servicio de interés general y servicio de interés económico general son ajenos a nuestro Derecho interno. Es más, se puede advertir que, a pesar de tener una gran tradición de servicio público, nuestro ordenamiento no acierta a definir de forma clara las modalidades de intervención de las administraciones públicas y las fronteras de la actividad pública con la libertad de empresa y la libre concurrencia.

La Ley de bases del régimen local admite la libertad de creación de servicios públicos, con la única condición de que respondan a las competencias que los municipios tienen reconocidas (artículo 85), sin perjuicio de que se haga una reserva específica de algunos sectores en favor de las entidades locales en el artículo 86.3.

De este planteamiento se deriva la admisión de una categoría de servicio público de configuración abierta, y que se encuentra más allá de la iniciativa pública y

de la reserva de sectores esenciales. Una categoría genéricamente ligada a las competencias atribuidas a los entes locales, sin más.

Ahora bien, cuando se trata de articular materialmente las fronteras entre estas categorías y su régimen jurídico –servicio público, iniciativa económica, reserva–, las contradicciones y ambigüedades son constantes, en parte por la utilización de conceptos equívocos y en ocasiones transversales, como el de actividad económica.

En la lógica de la Directiva, lo relevante no es si un concreto ente instrumental que presta un servicio público –sea SIG o SIEG– queda incluido en la Directiva, sino en qué medida los eventuales operadores privados del sector económico en el que opera el servicio público reciben los beneficios de la Directiva, o por el contrario pueden quedar afectados por restricciones. Así, por ejemplo, poco sentido tiene excluir los servicios sociales prestados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas, pues desde la perspectiva comunitaria poca relevancia tiene si el Estado o las asociaciones benéficas gozan de suficiente libertad de establecimiento, o si se pueden ahorrar alguna restricción; lo que importa es saber si el sector económico de los servicios sociales, en su conjunto, queda afectado por la Directiva, y si las entidades privadas –incluidas o no en el sistema de servicios públicos– quedan inicialmente afectadas por la liberalización.

La jurisprudencia comunitaria admite que el concepto de SIEG es un concepto jurídico no consolidado, aunque parece que lo identifica como una misión concreta de interés general que se proyecta sobre los operadores de un mercado económico; lo que requiere, en primer lugar, la necesidad de definir de forma precisa la misión en cuestión, y, en segundo lugar, un acto formal de adjudicación de esta misión a uno, a varios, o a todos los operadores que actúan en el mercado afectado.

Por lo tanto, en la lógica de la Directiva, los sectores en los que operan servicios de interés económico general quedan inicialmente sometidos a la misma, aunque la preservación de la misión de interés general inherente al SIEG constituye una razón que permite justificar determinadas restricciones o mantener autorizaciones si las mismas resultan necesarias a tal efecto.

Poco sentido tendría que la Directiva utilice los conceptos de SIG y SIEG para referirse a los entes instrumentales con que las administraciones públicas prestan el servicio o intervienen. El objetivo de la Directiva es

el de facilitar el establecimiento y la prestación de actividades económicas por parte de particulares, de forma que las referencias a los servicios de interés general y a los servicios de interés económico general se han de entender hechas a los sectores materiales en los que se proyectan.

Ciertamente, sería útil incluir una definición práctica y aplicada al ámbito local de los servicios de interés general y los servicios de interés económico general, incluso una lista de sectores o servicios excluidos por responder a la categoría de servicio de interés general o por otras razones, como por ejemplo los servicios objeto de reserva asumidos en régimen de monopolio, mercados municipales, o la distribución y tratamiento de aguas; esto es, sectores en los que no existe plena libertad de establecimiento, por estar mediatizados por un servicio público.

Respecto a los servicios de interés económico general, ya se ha advertido que los sectores de actividad correspondientes quedan incluidos en el ámbito de la Directiva. En la lógica de la Directiva, la presencia de un SIEG simplemente permite justificar determinadas restricciones o autorizaciones, si las mismas resultan indispensables para garantizar la eficacia de la misión inherente al SIEG. Ello pone de relieve que, antes o después, habrá que reordenar nuestro entramado de servicios, definiendo cuáles son de interés general sin más y cuáles son servicios de interés económico general. En este último caso habrá que definir de forma precisa la misión de servicio público que constituye su razón de ser, y en segundo lugar, habrá que dictar un acto formal de adjudicación de tal misión a uno, a varios, o a todos los operadores que actúan en el mercado afectado (TPICE, Sala 3ª, sentencias de 12-2-2008 –núm. T/289/2003–, y de 1-7-2008 –núm. T/266/2002–). Quizás el proceso de transposición sea un buen momento para empezar a pensar en esta reordenación.

Pues bien, las leyes de transposición no avanzan ni mucho menos en esta línea. En efecto, la Ley 17/2009 no aclara cómo debemos interpretar en Derecho interno los conceptos de SIG y SIEG. Al contrario, parece ignorar estas categorías, de forma que no hay referencias excepto la inicial limitada a la exclusión de los servicios de interés general. En este sentido destaca cómo mientras el artículo 15.4 de la Directiva admite la aplicación de restricciones excepcionales, cuando las mismas sean necesarias para preservar una misión SIEG, esta posibilidad queda clamorosamente omitida en el correlativo artículo 11 de la Ley 17/2009.

Los **servicios funerarios** pueden servir de ejemplo. A partir del Real decreto ley 7/1996, los servicios funerarios dejaron de ser una actividad reservada a los municipios para pasar a ser un sector liberalizado, sin perjuicio de la competencia municipal para definir normativamente los requisitos necesarios para su ejercicio y la posibilidad de someter el mismo a licencia. En algunos casos este planteamiento fue matizado por leyes autonómicas, como la Ley 2/1997 catalana, que atribuyó a este sector la condición de "servicio esencial de interés general, servicio que puede ser prestado por la Administración, por empresas públicas o por empresas privadas, en régimen de concurrencia en todos los casos". Una categoría jurídica ciertamente curiosa, puesto que no encaja exactamente ni en el sistema español ni en el europeo.

El caso es que la Directiva pone a este sector ante una nueva liberalización, en esta ocasión eliminando restricciones y controles a menos que se justifiquen adecuadamente. Por otro lado, la Directiva abre la posibilidad de prestación del servicio por parte de operadores españoles o europeos ya instalados en otros países, con la salvedad de autorizar el establecimiento o local si lo hay. Pero es que el impacto de la Directiva no acaba aquí, puesto que la disposición adicional séptima de la Ley 25/2009 anuncia una nueva y próxima liberalización de los servicios funerarios.

En definitiva, con independencia de que se identifique una razón imperiosa de interés general o se justifique la necesidad ineludible de la licencia municipal para estas actividades, la intervención municipal puede articularse a partir de la configuración del servicio como servicio económico de interés general y la definición de misiones de interés general, como por ejemplo la prestación de servicios de beneficencia o la imposición de tarifas o la obligación de prestar el servicio con un determinado grado de intensidad y extensión. En este contexto, la licencia puede asumir una razón de ser, que es el control de garantía y compatibilidad del prestador con el SIEG.

9. Ventanilla única y procedimientos virtuales

Los artículos 6 y 8 de la Directiva de servicios imponen un sistema de comunicación virtual entre Administración, prestadores y usuarios a través de una ventanilla única. Este sistema ha de proporcionar la información sobre requisitos y procedimientos de autorización o

establecimiento, y también información sobre los prestadores ya establecidos. Al mismo tiempo, la ventanilla única debe hacer posible la tramitación virtual de los citados procedimientos.

Los artículos 18 y 19 de la Ley 17/2009 recogen el citado derecho de los prestadores a obtener la información completa correspondiente a las condiciones y requisitos necesarios para prestar servicios, y a informarse y tramitar procedimientos a distancia mediante sistemas telemáticos de comunicación, un derecho que incluye el conocimiento del estado de tramitación de los procedimientos iniciados. También debe canalizarse por la ventanilla única el derecho de los usuarios a conocer la información correspondiente a los prestadores establecidos. Unas comunicaciones que hay que proporcionar en las dos lenguas oficiales más una tercera lengua comunitaria.

Por su parte, el artículo 17 dispone que, en los procedimientos instados en esta materia, han de aceptarse los documentos procedentes de otros estados miembros, que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos en España, documentos que serán válidos sin necesidad de traducción, ni siquiera será necesario aportar los originales o copias compulsadas.

Ciertamente, la Directiva ya imponía la necesidad de ventanilla única, pero no definía la articulación específica de tal sistema de comunicación, lo que dejaba abierta la posibilidad de plantearlo de formas diversas, esto es, de forma individualizada para cada Administración, o bien de forma agregada en uno u otro nivel territorial. La Directiva admite que el número de ventanillas únicas puede variar en cada Estado en función del número de administraciones competentes, aunque ello no debe impedir que el prestador tenga un interlocutor único al que dirigirse para realizar todos los trámites. Por tanto, una de las administraciones ha de asumir la interlocución –ventanilla única–, coordinando a las demás administraciones (EMDS 48).

Inicialmente la Administración del Estado se planteó un programa piloto para la puesta en marcha de una ventanilla única para el conjunto de las administraciones españolas. En la práctica tal ventanilla funciona (<http://www.eugo.es>), aunque se limita a ofrecer información de carácter general.

Pues bien, el caso es que la Ley de transposición parece que configura la ventanilla como un sistema de comunicación que cada Administración ha de ofrecer de forma individualizada, puesto que se establece la obligación individualizada de articular este sistema de comunicación,

y sin embargo no se incluye en la Ley un sistema de coordinación o de reconducción a la unidad de las ventanillas establecidas por cada Administración.

Por su parte, la modificación de la LBRL incluye el derecho inequívoco e inmediato de los prestadores de servicios a comunicarse mediante la ventanilla única, a obtener la información necesaria y a tramitar los procedimientos virtualmente. En el mismo sentido algunas leyes autonómicas se han referido explícitamente a la obligación municipal de establecer ventanillas propias (Navarra o Galicia).

Así pues, parece que se impone una ventanilla única en cada Ayuntamiento. Como se ha señalado, ello comporta la necesidad de canalizar, mediante este sistema, la posibilidad de comunicaciones electrónicas y la tramitación virtual de procedimientos, un escenario que supone un auténtico cambio de paradigma en la gestión burocrática de las administraciones públicas, un cambio de gran complejidad.

Precisamente ahora en España se está poniendo en marcha la Administración electrónica. En efecto, la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, definió recientemente el derecho de los ciudadanos a este medio de relación de los vecinos con las administraciones públicas y los parámetros de la Administración electrónica, estableciendo un plazo general de dos años para su puesta en marcha, plazo que concluyó el 31 de diciembre. A partir de tal fecha los ciudadanos habían de poder ejercer plenamente sus derechos por medios electrónicos en cualquier procedimiento y actividad competencia de la Administración. Precisamente en esta línea se publicó el pasado 18 de noviembre de 2009 el Real decreto 1671/2009.

El caso es que el anterior plazo de aplicación no resulta tan perentorio para las administraciones locales. La disposición final tercera de la Ley establece un régimen especial de aplicación para el ámbito local, de forma que el ejercicio de los derechos a la información y tramitación electrónica que la Ley reconoce a los ciudadanos será exigible a partir de 31 de diciembre de 2009 respecto a las administraciones locales, solo si lo permiten sus disponibilidades presupuestarias. Un planteamiento que, pese a su ambigüedad, permite un margen de flexibilidad.

Sin embargo, la Ley de transposición de la Directiva de servicios impone la puesta en marcha de la Administración electrónica sin dilación ni excepciones posibles, en lo que se refiere al establecimiento y prestación de servicios por parte de particulares.

En este contexto, las administraciones locales quedaban formalmente obligadas a disponer de ventanilla telemática de información y tramitación no ya el 31 sino el 28 de diciembre. Es obvio que no puede ponerse en marcha este nuevo sistema de comunicación con los ciudadanos de la noche a la mañana, pero el caso es que las administraciones locales se han de plantear ya a partir de ahora la aplicación de este servicio. Por ello, hay que estar al caso sobre la forma en que la Administración electrónica va tomando cuerpo en nuestro país, puesto que ningún sentido tendría montar un sistema *ad hoc* que luego resulte incompatible o sencillamente diferente al general. En este sentido, conviene tener en cuenta las soluciones que se apuntan ya en el Real decreto 1671/2009 antes citado, soluciones que muy probablemente tendrán repercusión general. Asimismo, debe estarse a lo previsto en el "Esquema Nacional de Interoperabilidad" (Real decreto 4/2010), que define los criterios comunes de gestión de la información que han de permitir intercambiar información entre administraciones, o el "Esquema Nacional de Seguridad" (Real decreto 3/2010), que establece los criterios y niveles de seguridad en los procesos de tratamiento de la información.

Otras novedades a tener en cuenta son las previsiones sobre la efectividad del derecho de los ciudadanos a no presentar documentación que se encuentre en poder de las administraciones públicas, el concepto de sede electrónica y el régimen de creación de las mismas, el punto de acceso común a toda la Administración, los sistemas de identificación y de autenticación, la actuación por representante, la posibilidad de que los funcionarios asuman una intermediación prestando su identificación, la gestión de la documentación electrónica, el cambio de soporte de la misma y su archivo. También la reciente Decisión de la Comisión Europea relativa a la validez de los certificados de firma digital avanzada emitidos en otros países, y la obligación de los estados de emitir una relación de las autoridades de certificación extranjeras reconocidas, a los efectos de que sus certificaciones puedan tener eficacia interna (Decisión de 16 de octubre de 2009, DOUE de 14 de noviembre).

Sea como fuere, parece claro que a estas alturas no puede acometerse una empresa de una magnitud como la descrita, para su incorporación a las ordenanzas que están en ciernes. Por consiguiente, poca utilidad tendría que las mismas incorporen algún intento apresurado en este sentido, si no puede ofrecerse un modelo acabado.

En este marco, lo más razonable es que las ordenanzas municipales reenvíen la cuestión a los medios de información y comunicación telemática ordinarios de la corporación, y al sistema común de Administración electrónica en el momento en que el mismo se ponga en marcha.

10. Requisitos inherentes a las solicitudes de autorizaciones y actos de control

Las solicitudes de licencia, las declaraciones responsables y las comunicaciones, requieren, de ordinario, la aportación de documentación anexa, y, eventualmente, el cumplimiento de determinadas condiciones. Así, usualmente, con la solicitud o comunicación hay que aportar proyectos, programas, visados y, en general, la documentación que corresponda. La normativa sectorial correspondiente precisa cuál es esa documentación, y las condiciones necesarias. En este sentido, en el caso de que la documentación aportada sea incompleta, la legislación impone, al efecto, un trámite de subsanación previo al decaimiento de la solicitud por desistimiento presunto –artículo 71 de la Ley 30/1992; DS, artículo 13.6–.

Los requisitos iniciales son hasta ahora los establecidos en la legislación específica, pero, al margen del control inicial de documentación, en un procedimiento común de configuración abierta, como es el caso en nuestro país, durante la tramitación del expediente y en el marco de la instrucción la Administración puede requerir documentación complementaria –artículo 78 Ley 30/1992– en los casos en que la documentación y requisitos iniciales no están bien definidos en la normativa específica o, como sucede a menudo, cuando la necesidad de tales requisitos se pone de manifiesto al hilo de la instrucción a la vista de la naturaleza y alcance de la actividad cuya licencia se tramita, requerimiento cuyo incumplimiento comporta la caducidad del procedimiento –artículo 92 Ley 30/1992–.

Pues bien, todos los requisitos que, en un momento u otro del procedimiento, sea necesario cumplir o aportar para tramitar la licencia, o que deben acompañar necesariamente a la declaración responsable, o la comunicación, tanto la inicial como la que se pueda requerir en el transcurso del procedimiento, tienen en la lógica de la Directiva la consideración de restricción para el establecimiento de actividades. En esta línea,

la Directiva se refiere inicialmente a los requerimientos en general, tanto en el apartado 69 de la exposición de motivos, como en el artículo 4.7, precepto este que define los requisitos que son objeto de la Directiva en los siguientes términos:

“7) ‘requisito’, cualquier obligación, prohibición, condición o límite previstos en las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los estados miembros o derivados de la jurisprudencia, de las prácticas administrativas, de las normas de los colegios profesionales o de las normas colectivas de asociaciones o de organismos profesionales y adoptados en ejercicio de su autonomía jurídica; las normas derivadas de convenios colectivos negociados por los interlocutores sociales no se considerarán requisitos a efectos de la presente Directiva;”.

El caso es que, aunque la documentación y condiciones exigidas para tramitar la licencia o el acto de control que corresponda no son requisitos supeditados a evaluación (Ley 17/2009, artículo 11; DS, artículo 15), la Directiva obliga a revisar y simplificar los procedimientos (Ley 17/2009, artículo 17; DS, artículo 5), definiendo de forma clara e inequívoca cuáles son los trámites y requerimientos inherentes a los actos de control, e informando de los mismos a los particulares interesados (DS, artículos 7.1, 7.3). Unos trámites y requisitos que no pueden tener carácter disuasorio, complicar o retrasar indebidamente el inicio de las actividades, ni representar un coste desproporcionado (DS, artículo 13.2). Por su parte, la Ley 17/2009 de libre acceso va un poco más allá, al imponer en su artículo 6 que los procedimientos y trámites para la obtención de autorizaciones sean reglados, claros, inequívocos, objetivos e imparciales, transparentes, proporcionados, y que han de darse a conocer con antelación, incluyendo tales requisitos entre la información a proporcionar a través de la ventanilla única (artículos 18.2.a/ y 19.1.a/ de la Ley 17/2009).

Por consiguiente, la Directiva y la Ley de transposición imponen la predefinición de los requisitos necesarios para tramitar los controles de establecimiento, entre ellos, la documentación a aportar y las condiciones que el prestador debe cumplir, circunstancia que cuestiona la posibilidad de improvisar nuevos requisitos durante la instrucción del procedimiento.

Hay que reconocer la dificultad de prever en este momento, de forma inmediata y por adelantado, la totalidad de documentos, requisitos y condicionantes que el titular de la actividad debe aportar o cumplir.

Para afrontar la situación hay que partir ciertamente de la obligación de predeterminación de requisitos que resulta ineludible por imposición legal; ahora bien, la cuestión es qué sucede cuando se identifica durante la instrucción un requisito nuevo, no incluido entre los establecidos para el procedimiento estándar en cuestión. Cabe entender que si el requisito –como debe ser– está normativamente previsto, resulta ineludible por más que no quedase incluido en la información inicial facilitada al titular de la actividad, de forma que el eventual error no puede generar un derecho del titular a prescindir del mismo con la consiguiente vulneración normativa. Estaríamos, pues, ante un defecto de información que no genera un derecho a prescindir puntualmente de la normativa, una irregularidad que, a lo sumo, comporta responsabilidad patrimonial si el desconocimiento inicial supone algún daño por sí solo.

En este sentido, puede ser útil afrontar la situación acotando mediante Ordenanza la responsabilidad administrativa para evitar el riesgo de una responsabilidad patrimonial ilimitada en estos casos, o bien la posibilidad de que la desinformación acabe por constituir un puente para salvar requisitos legalmente exigibles.

11. Otros

11.1. El régimen de los nuevos controles

La liberalización que comporta la Directiva impone el desarme de los controles previos, de forma que la garantía del cumplimiento de las normativas que incidan en el establecimiento de actividades deberá articularse a partir de la inspección. Sin embargo, la intervención posterior es normalmente más costosa desde el punto de vista económico que la intervención previa. Por otro lado, desde un punto de vista jurídico, la posición de la Administración es más débil. En este sentido, la implantación de la Directiva comporta la necesidad de articular recursos económicos y también recursos jurídicos adicionales.

En este último aspecto, la modificación de la LBRL formula genéricamente la potestad de sometimiento de las actividades de particulares a control posterior. Ahora bien, la regulación se limita a tal formulación genérica. Ocurre que la potestad de inspección y en general los controles de funcionamiento no están regulados con

carácter general. En esta materia las regulaciones son exclusivamente sectoriales. Hace falta una regulación específica, bien en la normativa general, bien al menos en las ordenanzas municipales, particularmente una regulación de la potestad de inspección –caducidad, facultades de la Administración, infracciones y sanciones por desobediencia o resistencia, tasas...–.

También se hace necesario el desarrollo de otros aspectos del control posterior; esto es, la determinación del régimen jurídico de las comunicaciones responsables y las comunicaciones más allá de los enunciados generales introducidos en la Ley 17/2009 y en la Ley 30/1992. Aspectos como la situación derivada de comunicaciones o declaraciones incompletas, erróneas o inadecuadas, su caducidad o ineficacia sobrevenida, los deberes del titular respecto a los controles e inspecciones, la responsabilidad del titular, el procedimiento de clausura o suspensión, infracciones y sanciones y otros tantos.

Esta situación puede influir precisamente en la motivación de ciertos controles. En efecto, según se ha visto, una de las claves en la aplicación de la Directiva y en la adaptación de normas y controles municipales es la proporcionalidad de las restricciones que se quiera mantener. En este sentido las restricciones –singularmente, las autorizaciones– deben justificarse en una razón imperiosa de interés general, y al mismo tiempo debe verificarse la proporcionalidad entre restricción y finalidad. El caso es que el juicio de proporcionalidad no es objetivo, sino que depende de cada situación. Uno de los factores a ponderar es la capacidad de gestión de la Administración en cada caso y la verosimilitud de un control posterior eficaz. La disponibilidad de recursos de inspección, represión y reposición de la legalidad es un factor determinante que no es homogéneo en todas las administraciones. A menor garantía de eficacia del control posterior, mayor justificación del control anterior. Debe tenerse en cuenta también lo que podría denominarse como velocidad jurídica de reacción, esto es, la complejidad de los procedimientos legales que habrá que articular para hacer frente a la situación generada por la implantación ilegítima de una actividad, los tiempos de tramitación hasta la completa ejecución de las medidas de restauración y otros factores como la posibilidad de medidas cautelares e incluso el coste económico no solo en recursos necesarios sino también en riesgo jurídico.

11.2. La responsabilidad de la Administración

En la medida en que se materialice realmente, el paso a un sistema de controles posteriores tiene la ventaja de aligerar la responsabilidad de la Administración. En efecto, al conceder la autorización, la Administración adopta una posición de garante respecto a la seguridad y corrección de la actividad autorizada, y, por tanto, asume parte de la responsabilidad frente a terceros por los daños que esta pueda causar. Bien es cierto que en el nuevo sistema la responsabilidad puede aparecer igualmente por la vía de la culpa en la vigilancia; esto es, por falta o insuficiencia en la función de inspección y control del funcionamiento de la actividad, pero se trata de un ámbito de responsabilidad menor, como ha puesto de relieve la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2009 (recurso núm. 5921/2004).

Uno de los aspectos que puede ayudar es la fijación de estándares de control administrativo, o la periodicidad de los autocontroles por parte de los titulares de las actividades, en su caso con aportación de certificaciones profesionales o intervención de entidades colaboradoras. ■