



LA DIRECTIVA DE SERVICIOS Y LAS ENTIDADES LOCALES

Madrid, 25 y 26 de junio de 2009

Ignacio Molina Florido
Subdirector General de Organización y Régimen Jurídico
Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública
Ayuntamiento de Madrid

Mediante el presente trabajo se pretende exponer de forma resumida la regulación que de los regímenes autorizatorios de las actividades de prestación de servicios se realiza por la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante, Directiva de Servicios) y, en transposición de la misma, por el proyecto de Ley sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su ejercicio (en adelante, el Proyecto).

En segundo lugar, se analizará la problemática que su aplicación práctica pueda plantear en el ámbito concreto de la Administración local. Ha de destacarse, no obstante, que este análisis se ciñe a las novedades introducidas por ambas regulaciones en lo que se refiere al régimen autorizatorio de las actividades de servicios, sin tratar, por lo tanto, de otras cuestiones planteadas por la Directiva de Servicios, como son la simplificación administrativa o la “*ventanilla única*”¹.

1. ANTECEDENTES.

La Directiva de Servicios nace como consecuencia de la constatación del hecho de que no se ha conseguido establecer, tras 5 décadas de vigencia del Tratado de la Comunidad Europea, un auténtico mercado único de servicios, que permita a los prestadores, en particular a las pequeñas y medianas empresas, extender sus operaciones más allá de sus fronteras nacionales y beneficiarse plenamente del mercado interior.

En este sentido, el objeto de la Directiva consiste en facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, siendo su ámbito de aplicación el de los servicios prestados a cambio de una contraprestación económica por prestadores establecidos en un Estado miembro.

No obstante, la Directiva de Servicios no afecta a cualquier tipo de prestación de servicios, ya que existen determinados servicios excluidos². La mayoría de estas

¹ Respecto de esta última cuestión, los artículos 6 y 7 de la Directiva, relativos a ventanilla única y al derecho de información de prestadores y destinatarios, quedan transpuestos en el artículo 6.3 de la Ley 11/2007, de 22 de junio de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, en la redacción dada al mismo por la Ley Ómnibus. Asimismo, el artículo 8 de la Directiva (relativo a los procedimientos por vía electrónica) se traspone en el artículo 44.2 de la Ley 11/2007. Asimismo, respecto de las reglas de interoperabilidad de los sistemas de información y la utilización de los procedimientos electrónicos que se prevé en el artículo 6.3 de la Directiva, a nivel nacional, esta cuestión ya ha sido objeto de regulación para las Administraciones públicas españolas en el Título IV de la citada Ley 11/2007.

² Servicios no económicos de interés general; Servicios financieros (bancarios, de crédito, de seguros y reaseguros); Servicios de redes y comunicaciones electrónicas; Servicios en el ámbito del transporte; Servicios de Empresas de Trabajo Temporal; Servicios sanitarios; Servicios audiovisuales; Actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías,

excepciones se motivan en que en determinados sectores, se ha avanzado ya en la aplicación de criterios favorables al libre establecimiento y a la libre prestación de servicios y por ello resulta conveniente preservar su normativa específica.

Asimismo, han de considerarse también otras exclusiones relevantes, como las relativas a las subvenciones y ayudas públicas (Considerando 10 de la Directiva), la contratación pública (Considerando 57 de la Directiva), la fiscalidad (artículo 2.3 de la Directiva) o a las normas que deban ser respetadas por la sociedad en su conjunto como, por ejemplo, las normas de circulación, ordenación del territorio, urbanismo o normas de construcción (Considerando 9 de la Directiva).

La Directiva prevé fundamentalmente 4 mecanismos para facilitar la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios: la simplificación de procedimientos, el establecimiento de una ventanilla única para realizar los trámites necesarios para el ejercicio de actividades de servicios (autorizaciones, inscripciones en registros, etc.), una regulación detallada de las obligaciones de información de los prestadores de servicios y del derecho de acceso a la misma por parte de los consumidores y, finalmente, el impulso de los procedimientos por vía electrónica.

Junto a ello, la Directiva lleva a cabo una nueva formulación de los regímenes y procedimientos de autorización vigentes en los distintos Estados miembros, al considerar que las autorizaciones constituyen uno de los trámites más comunes aplicados a los prestadores de servicios en los Estados miembros, así como una restricción a la libertad de establecimiento, como se reconoce de manera permanente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas³. En definitiva, la Directiva obliga a que los Estados miembros revisen sus regímenes de autorización de las actividades de servicios según las reglas y principios que la misma formula.

El 27 de marzo de 2009, el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio (en adelante, el Proyecto), mediante el cual se transpone a nuestro ordenamiento jurídico la mencionada Directiva, con los siguientes objetivos:

- Suprimir las barreras que restringen injustificadamente el acceso y ejercicio de actividades de servicios. Con la eliminación de estas trabas injustificadas se espera crear un entorno más favorable a la actividad, a la creación de empleo, a la puesta en marcha de nuevos proyectos emprendedores y, en general, a la dinamización del sector servicios con repercusiones positivas en el conjunto de la actividad económica.

juego en los casinos y apuestas; Actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública; Servicios sociales; Servicios de seguridad privados y servicios prestados por notarios y agentes judiciales.

³ En este sentido, puede verse la sentencia de 22 de enero de 2002, Canal Satélite, asunto C-390/99.

- Establecer criterios de actuación para las Administraciones Públicas cuando se enfrentan a la tarea de diseñar una nueva regulación.
- Suprimir las autorizaciones y, si es necesario, sustituirlas por notificaciones, reduciendo así las trabas y obstáculos al acceso y ejercicio de una actividad de servicios. En particular, como consecuencia de la aplicación de la Directiva y de esta ley, deberán eliminarse aquellas autorizaciones administrativas que no estén justificadas por razones de interés general, o sean innecesarias para atender esos fines. Esto supone que, en general, se eliminarán procesos de autorización administrativa previa (que suponen dilaciones temporales) o, cuando sea necesario, se sustituirán por declaraciones o notificaciones que, posteriormente, podrán ser controladas por las autoridades competentes. Igualmente, se suprimirán aquellos requisitos cuyo cumplimiento se exige para la prestación de un servicio que resulten discriminatorios o desproporcionados en relación con el fin que persiguen⁴.
- Establecer directrices para la cooperación de las distintas Administraciones y autoridades competentes de otros Estados miembros.
- Establecer un programa de simplificación administrativa. La simplificación de procedimientos, la eliminación de los que no son realmente necesarios y la implantación de la ventanilla única impulsarán la modernización de las Administraciones, adoptando nuevos comportamientos más centrados en las demandas tanto de las empresas como de los usuarios⁵.
- Reforzar los derechos de los consumidores. Así, la Ley garantiza que cualquier usuario de servicios tenga acceso a los servicios ofertados por cualquier prestador de la Unión Europea, en condiciones no discriminatorias.

El método elegido por España para transponer la Directiva ha consistido, por tanto, en la elaboración de una ley horizontal (o ley “paraguas”) que incorpore al ordenamiento jurídico español los principios establecidos en la normativa comunitaria y constituya un marco general para todas las Administraciones públicas que establezca unos criterios claros de actuación para ellas cuando se enfrenten a la tarea de diseñar una nueva regulación.

⁴ Por otra parte, también se reducirán otro tipo de cargas administrativas para los prestadores de servicios: inscripciones en registros, renovación de autorizaciones, duplicación de trámites para la apertura de nuevos establecimientos, exigencia de copias compulsadas o traducciones juradas, etc. En general, se simplificarán los procedimientos y se estandarizarán, estableciendo plazos sin dilaciones innecesarias y garantizando una respuesta explícita.

⁵ A través de la ventanilla única electrónica, cualquier ciudadano podrá obtener la información y realizar telemáticamente los trámites necesarios para la puesta en marcha de una actividad de servicios. Esta posibilidad incluye los trámites de todos los niveles de las Administraciones Públicas (estatal, autonómico y local), que deberán coordinarse entre sí (y con las Administraciones de otros Estados), para facilitar la tramitación a los ciudadanos. Tan sólo se excluyen aquellos trámites que, por su naturaleza, requieran una comprobación presencial.

Junto a ello, el proyecto de ley se acompañará de la Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio (o Ley “Ómnibus”), cuyo proyecto ha sido aprobado por Consejo de Ministros de 16 de junio de 2009. Mediante esta Ley se modifican 46 leyes estatales con el objetivo de adaptarlas a la Directiva de Servicios⁶.

2. REGÍMENES DE AUTORIZACIÓN.

2.1. Carácter excepcional de los regímenes de autorización.

Con carácter general, puede decirse que, tanto el artículo 9 de la Directiva, como el artículo 5 del Proyecto, establecen un principio general conforme al cual, el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio no estarán sujetos a un régimen de autorización. Únicamente podrán mantenerse los regímenes de autorización cuando no sean discriminatorios, estén justificados por una razón imperiosa de interés general⁷ y el objetivo perseguido no pueda lograrse con otra medida menos restrictiva.

En este sentido, el artículo 5 del Proyecto indica que, en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios se sujetará 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.

Con el objeto de dotar a las Administraciones públicas de fórmulas jurídicas con las que sea posible eliminar las autorizaciones previas, la Ley Ómnibus incluye una modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) y del artículo 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local

⁶ Las Áreas afectadas y el número de leyes modificadas son: Administración pública (3), consumo (1), servicios profesionales (3), empleo (4), servicios industriales y construcción (6), energía (3), transporte y comunicaciones (7), medioambiente y agricultura (13), sanidad (3), propiedad intelectual (1), otras (2).

⁷ No obstante, debe tenerse presente que el concepto de “razón imperiosa de interés general” no es un concepto jurídico indeterminado que cada Administración pública pueda interpretar libremente. Por el contrario, en el Considerando 40 de la Directiva se establece que dicho concepto ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de Europea, y debe ser interpretado de conformidad con la misma, comprendiendo, al menos, los siguientes ámbitos: “el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.”

(LBRL)⁸, con el objeto de dar carta de naturaleza a las “*comunicaciones previas*” y “*declaraciones responsables*”⁹, como nuevos mecanismos de intervención administrativa que permiten el inicio de las actividades de prestación de servicios sin necesidad de una resolución administrativa previa.

⁸ La nueva redacción propuesta para el artículo 84 LBRL 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 incluidas en el ámbito 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 XXX 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 no discriminación, 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 correspondiente leyes sectoriales”.

⁹ En particular, se pretende introducir un nuevo artículo en la LRJPAC donde se definan tanto las comunicaciones previas como las declaraciones responsables, con el siguiente tenor literal “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 y clara 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 hechos o elementos relativos al ejercicio de un derecho o al inicio de una actividad, indicando los aspectos que puedan condicionar la misma y acompañándola, en su caso, de cuantos documentos sean necesarios para su adecuado cumplimiento, de acuerdo con lo establecido en la legislación correspondiente. 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 que tengan atribuidas las Administraciones Públicas. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad, cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente. 4. La inexactitud o falsedad en cualquier dato, manifestación o documento, de carácter esencial, que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o a una comunicación previa implicará la nulidad de lo actuado, impidiendo desde el momento en que se conozca, el ejercicio del derecho o actividad afectada, 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 ejercicio del derecho o actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un periodo de tiempo determinado, todo ello en los términos establecidos en las normas sectoriales que resultaran de aplicación. 5. Las Administraciones Públicas tendrán permanentemente publicados y actualizados los correspondientes modelos de declaración responsable y de comunicación previa, que en todo caso se podrán presentar por vía electrónica”.

En definitiva, puede decirse que tanto la Directiva como el Proyecto establecen 4 niveles distintos de intervención administrativa en las actividades de servicios, de menor a mayor intensidad:

1. Libre acceso y ejercicio de actividades de servicios. El prestador de servicios puede operar sin más limitaciones que las que se le imponen a cualquier otra actividad económica. Es el régimen general.
2. Libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios, si bien se exige el cumplimiento de determinados requisitos que no precisan de comunicación previa o declaración responsable.
3. Régimen de notificación o declaración responsable. El prestador puede operar desde el momento en que notifica el cumplimiento de los requisitos necesarios para llevar a cabo la actividad. En tales casos podrá realizarse un control *a posteriori*.
4. Régimen de autorización. Implica el cumplimiento de requisitos que exigen una comprobación previa por parte de la autoridad competente. Es el tradicional régimen de autorización *a priori*.

2.2. Requisitos exigibles.

A continuación se examinarán los distintos tipos de requisitos previstos en la Directiva y en el Proyecto, que pueden ser exigidos a las distintas actividades de prestación de servicios. Con carácter general, puede decirse que todos ellos deben ser tenidos en cuenta por las distintas Administraciones públicas a la hora de establecer el marco regulatorio de una determinada actividad de servicios.

2.2.1. Principios generales.

En todos aquellos supuestos en los que se establezcan requisitos para la prestación de servicios, con independencia de que los mismos precisen o no de comunicación o estén o no sujetos a autorización previa, la Directiva señala que los regímenes de autorización deberán 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 exija de forma arbitraria. Todos los requisitos que supediten el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio deberán ajustarse a los siguientes criterios (artículos 10 Directiva y 9 del Proyecto):

- No ser discriminatorios.
- Estar justificados en una razón imperiosa de interés general y ser proporcionados a dicho objetivo de interés general.
- Ser objetivos, claros e inequívocos.

- Ser hechos públicos con anterioridad, transparentes y accesibles.

2.2.2. Requisitos prohibidos.

Junto con los principios generales que han de guiar los posibles requisitos que puedan exigirse a la prestación del servicio, se establecen una serie de requisitos prohibidos a los que en ningún caso podrá supeditarse el acceso a una actividad de servicios (artículos 14 Directiva y 10 Proyecto):

- Requisitos discriminatorios basados directa o indirectamente en la nacionalidad¹⁰.
- Prohibición de estar establecido en varios Estados miembros o de estar inscrito en los registros o colegios o asociaciones profesionales de varios Estados miembros¹¹.
- Limitaciones de la libertad del prestador para elegir entre un establecimiento principal o secundario¹².
- Condiciones de reciprocidad con otro Estado miembro en el que el prestador tenga ya su establecimiento, con excepción de las previstas en los instrumentos comunitarios en materia de energía.
- Requisitos de naturaleza económica¹³.
- Intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes relativas al establecimiento para el ejercicio de una actividad de servicios¹⁴.

¹⁰ P.e. que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente, o el domicilio social; y, en particular, el requisito de la nacionalidad o de residencia para el prestador, su personal, los partícipes en el capital social o los miembros de los órganos de gestión y supervisión.

¹¹ Se incluirían en este supuesto los requisitos mediante los cuales se prohíba a un prestador registrarse si ya está inscrito en otro Estado miembro o aquellos otros mediante los que se obliga a un prestador a renunciar a su establecimiento previo en otro Estado miembro para establecerse en el territorio de otro.

¹² Especialmente, la obligación de que el prestador tenga su establecimiento principal en el territorio español, o limitaciones de la libertad de elección entre establecimientos en forma de sucursal o filial. Quedarían prohibidas las obligaciones de establecer una filial, con personalidad jurídica propia, y no una sucursal u otra forma de establecimiento secundario que no tenga personalidad jurídica o los requisitos que otorguen a cierta forma de establecimiento secundario un trato más favorable que otras.

¹³ En particular, los que supediten la concesión de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica establecidos por la autoridad competente.

¹⁴ Sin perjuicio de la actuación de colegios profesionales como autoridad competente, en el ámbito de las competencias que les otorga la ley. Esta prohibición se extiende a organismos como las cámaras de

- Obligación de que la constitución de garantías financieras o la suscripción de un seguro deban realizarse con un prestador u organismo establecido en el territorio español¹⁵.
- Obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un período determinado en los registros de prestadores existentes en el territorio español o de haber ejercido previamente la actividad durante un período determinado en dicho territorio.

2.2.3. Requisitos sujetos a evaluación previa.

Junto a los requisitos prohibidos, se regulan otros que, en función del caso concreto podrán ser o no permitidos. Así, la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o de su ejercicio no deberá supeditar dicho acceso o ejercicio a (artículos 15 Directiva y 11 Proyecto):

- Restricciones cuantitativas o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores¹⁶.
- Requisitos que obliguen al prestador a constituirse adoptando una determinada forma jurídica; así como la obligación de constituirse como entidad sin ánimo de lucro¹⁷.
- Requisitos relativos a la participación en el capital de una sociedad, en concreto la obligación de disponer de un capital mínimo para determinadas actividades o tener una cualificación específica para poseer el capital social o gestionar determinadas sociedades¹⁸.

comercio y a los interlocutores sociales en lo que concierne al otorgamiento de autorizaciones individuales.

¹⁵ Este requisito no impide que se exija al prestador la suscripción de seguros o avales, sino que lo que se prohíbe es que se establezca la obligación de que estos se contraten con prestadores españoles.

¹⁶ Sería el caso de aquellas limitaciones que establecen un número máximo de prestadores autorizados para establecerse en el territorio de un Estado miembro o de un área específica o aquellos otros en virtud de los cuáles se determina el número máximo de prestadores admitidos en función de la población.

¹⁷ Este sería el caso de los requisitos con arreglo a los cuales sólo a los operadores económicos que adopten la forma de personas jurídicas se les permita emprender ciertas actividades en su territorio (excluyendo del mercado a las personas físicas), los requisitos que impidan a los prestadores ofrecer sus servicios adoptando la forma de una determinada entidad jurídica o de una asociación, los requisitos que permiten el ejercicio de una determinada actividad únicamente a las sociedades unipersonales, o a las que son propiedad exclusivamente de personas físicas, los requisitos que excluyen del ejercicio de una actividad a ciertas categorías de empresas (como por ejemplo las sociedades cuyas acciones cotizan en Bolsa) y los requisitos que reservan ciertas actividades a entidades sin ánimo de lucro.

¹⁸ El TJCE ha considerado que este tipo de requisitos no pueden justificarse por razones relativas a la protección de los acreedores, dado que se consigue el mismo objetivo con medidas menos restrictivas, que obliguen, por ejemplo, al prestador a obtener un aval o suscribir un seguro, o incluso, la imposición

- Requisitos distintos de los exigidos para el acceso a las profesiones reguladas, contemplados en la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, que reserven el acceso a una actividad de servicios a una serie de prestadores concretos debido a la índole específica de la actividad.
- La prohibición de disponer de varios establecimientos en el territorio español.
- Requisitos relativos a la composición de la plantilla, tales como la obligación de disponer de un número mínimo de empleados, ya sea en el total de la plantilla o en categorías concretas.
- Restricciones a la libertad de precios, tales como tarifas mínimas o máximas, o limitaciones a los descuentos.
- La obligación del prestador de realizar, junto con su servicio, otros servicios específicos o de ofrecer una determinada gama o surtido de productos¹⁹.

No obstante excepcionalmente, se podrá supeditar el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, al cumplimiento de alguno de los requisitos mencionados cuando no sean discriminatorios, estén justificados por una razón imperiosa de interés general y sean proporcionados. En tales casos, la concurrencia de estas condiciones deberá ser notificada a la Comisión Europea²⁰. La notificación no impedirá al Estado miembro adoptar las disposiciones en cuestión. La Comisión, en el plazo de 3 meses a contar desde la notificación examinará si estas nuevas disposiciones son compatibles con el Derecho comunitario y adoptará, si procede, una decisión en la que solicite al Estado miembro que las derogue o no.

2.2.4. Requisitos prohibidos respecto de prestadores de otro Estado miembro.

Junto a los requisitos prohibidos señalados anteriormente, existen otros que se prohíben específicamente respecto de los prestadores de servicios establecidos en otro

de requisitos de transparencia e información podrían considerarse suficientes para proteger a los acreedores.

¹⁹ No obstante, se exceptúan de esta prohibición los prestadores que realicen servicios de certificación, acreditación, control técnico, pruebas o ensayos (artículos 25 Directiva y 24 Proyecto).

²⁰ Para tales casos, la disposición adicional cuarta del Proyecto señala que “*El órgano administrativo competente comunicará al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, antes de su aprobación y en los términos y por los cauces que se establezcan reglamentariamente, cualquier proyecto de norma legal o reglamentaria en el que se prevean requisitos del artículo 11.1, incorporando una memoria justificativa en la que se motive su compatibilidad con los criterios del artículo 11.2, o requisitos del artículo 12.2, incorporando una memoria justificativa en la que se motive su compatibilidad con los criterios del artículo 12.3, para su posterior notificación a la Comisión Europea.*”

Estado miembro que presten sus servicios en España. Así, se prohíbe²¹ (artículos 16 Directiva y 12 Proyecto):

- La obligación de que el prestador esté establecido en el territorio español.
- La obligación de que el prestador obtenga una autorización concedida por autoridades españolas, o deba inscribirse en un registro o en un colegio o asociación profesional españoles.
- La prohibición de que el prestador utilice en el territorio español la infraestructura necesaria para llevar a cabo las correspondientes prestaciones.
- Exigencias que impidan o limiten la prestación de servicios como trabajador autónomo.
- La obligación de que el prestador obtenga de las autoridades españolas un documento de identificación específico.
- La exigencia de requisitos sobre el uso de determinados equipos y material que formen parte integrante de la prestación del servicio, salvo por motivos de salud y seguridad en el trabajo.
- Las restricciones prohibidas respecto de los derechos de los destinatarios de los servicios (artículos 19 y 20 Directiva y 16 Proyecto).

2.2.5. Requisitos prohibidos respecto de los destinatarios de los servicios.

Finalmente, para asegurar la libre prestación de servicios, no sólo hay que facilitar la libertad de los operadores para prestarlos, sino que también hay que garantizar a los destinatarios el ejercicio sin trabas de su libertad para recibirlos. De esta forma, se establece con carácter general la prohibición de imponer a los destinatarios de los servicios requisitos que restrinjan la utilización de los servicios ofrecidos por un prestador establecido en otro Estado miembro y, en particular, los que impliquen (artículos 19 y 20 Directiva y 16 Proyecto):

- La obligación de obtener una autorización o de hacer una declaración ante las autoridades españolas.
- Limitaciones discriminatorias en las posibilidades de concesión de ayudas o ventajas económicas en función del lugar de establecimiento del prestador o del lugar de ejecución de la prestación.
- Discriminación por razón de su nacionalidad o lugar de residencia, sin que ello

²¹ Existen determinados servicios en los que estas prohibiciones no son de aplicación (artículos 17 Directiva y 13 Proyecto). Además, existe también la posibilidad de adoptar medidas restrictivas de la libertad de prestación de servicios de prestadores de otro Estado miembro cuando existan motivos de seguridad (artículos 18 Directiva y 14 Proyecto) y siguiendo el procedimiento establecido al efecto (artículos 35 Directiva y 15 Proyecto)

menoscabe la posibilidad de establecer diferencias en las condiciones de acceso directamente justificadas por criterios objetivos.

2.3. Requisitos específicos respecto de los regímenes de autorización.

En aquellos supuestos en los que el establecimiento de un régimen de autorización sea o no de carácter previo, esté justificado según lo indicado en el punto 2.1, tanto la autorización, como el procedimiento para su concesión han de cumplir con determinados requisitos.

2.3.1. Requisitos del procedimiento.

Por lo que se refiere al procedimiento, éste debe ser claro, darse a conocer con antelación y ser adecuado para garantizar a los solicitantes que su solicitud reciba un trato objetivo e imparcial (artículos 6 Proyecto y 13 Directiva). A falta de respuesta en el plazo fijado, se considerará que la autorización está concedida, tan sólo se podrá prever un régimen de silencio administrativo negativo cuando exista una razón imperiosa de interés general que así lo justifique²².

2.3.2. Requisitos de la autorización.

Con carácter general la autorización tendrá una **vigencia indefinida**, si bien, únicamente se podrá limitar su duración en determinados supuestos (artículos 7 Proyecto y 12 Directiva):

- Cuando se renueve automáticamente o sólo esté sujeta al cumplimiento continuo de los requisitos.
- Cuando el número de autorizaciones sea limitado por una razón imperiosa de interés general.

²² En este sentido, la Ley Ómnibus también incluye una modificación del art. 43 LRJPAC, cuyo apartado primero se redacta de la siguiente forma: “1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de Ley por causas justificadas de interés general o una norma de Derecho Comunitario Europeo establezcan lo contrario. Asimismo, el silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a los que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo.”

- Cuando la duración limitada esté justificada por una razón imperiosa de interés general.

Asimismo, la autorización, con carácter general, habilita para la prestación de servicios en la **totalidad del territorio nacional** (artículos 10.4 Directiva y 7 Proyecto), salvo cuando exista una razón imperiosa de interés general que justifique una autorización individual para cada establecimiento²³ o una autorización que se limite a una parte específica del territorio²⁴.

Finalmente, el **número de autorizaciones a conceder sólo podrá limitarse** (artículos 12 Directiva y 8 Proyecto) cuando esté justificado por la escasez de recursos naturales o físicos o por limitaciones de las capacidades técnicas a utilizar en el desarrollo de la actividad. En tales casos, existen 2 requisitos adicionales:

- El procedimiento de selección entre los distintos candidatos garantizará el cumplimiento de los principios de imparcialidad²⁵, publicidad y transparencia²⁶.
- La autorización que se conceda tendrá una duración limitada²⁷, no dará lugar a un procedimiento de renovación automática una vez extinguida, ni conllevará ningún otro tipo de ventaja para el prestador cesante o para personas especialmente vinculadas con él.

2.4. Forma de acreditar los requisitos.

Para acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos a una determinada actividad de servicios, las Administraciones públicas españolas aceptarán los documentos procedentes de otros Estados miembros de los que se desprenda que se cumplen tales requisitos. En el caso de documentos emitidos por una autoridad

²³ Dicha excepción será normalmente aplicable en los supuestos en los que la autorización se vincule a una determinada instalación o infraestructura física que, por ejemplo, requiera ser inspeccionada por motivos de seguridad o salud pública dada la necesidad de evaluación individual de la actividad, p.e. una planta industrial.

²⁴ Sería el caso, por ejemplo, de las autorizaciones de venta ambulante que se conceden en un mercadillo.

²⁵ Ha de primar en todo caso el enjuiciamiento de los méritos de cada solicitud, impidiéndose la concesión de ventajas, ni siquiera de facto, a cualquiera de ellas.

²⁶ En este sentido, debe darse una adecuada publicidad al procedimiento de selección, publicándose toda la información relevante sobre el procedimiento, incluido el objeto del régimen de autorización, las razones por las que se limita el número de autorizaciones, el plazo límite aplicable y los criterios que se emplearán para seleccionar a los candidatos elegidos.

²⁷ Al contrario de lo que sucede cuando el número de autorizaciones es ilimitado, la duración ha de fijarse de forma que no se restrinja ni se limite la libre competencia más allá de lo necesario para garantizar la amortización de las inversiones y una remuneración equitativa de los capitales invertidos.

competente, no se exigirá la presentación de documentos originales o copias compulsadas ni traducciones juradas, salvo en los casos previstos por la normativa comunitaria o justificados por motivos de orden público y de seguridad pública (artículos 5 Directiva y 17 Proyecto)²⁸.

Finalmente, 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 (artículos 8 Directiva y 17 Proyecto).

3. LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.

Tras el análisis de las líneas maestras del nuevo régimen autorizatorio establecido por la Directiva y por el Proyecto, se analizarán a continuación los principales problemas e interrogantes que suscita su aplicación en el ámbito local.

3.1. Tiempo y forma de la transposición.

Todas las Administraciones públicas (y entre ellas todas las entidades locales) deberán adaptar su normativa a la Directiva de Servicios y asegurar su compatibilidad con la futura Ley sobre el Libre Acceso y Ejercicio de las Actividades de Servicios antes del 28 de diciembre de 2009. Asimismo, durante el periodo de transposición, las entidades locales deberán garantizar que no se aprueban nuevas normas contradictorias con la Directiva.

Debe tenerse también presente que según establece la disposición transitoria única del Proyecto, los procedimientos de autorizaciones iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley se tramitarán y resolverán por la normativa vigente en el momento de la presentación de la solicitud. Si la tramitación y resolución se produce a partir del 28 de diciembre de 2009 y la normativa de aplicación incluye requisitos prohibidos según el artículo 10 del Proyecto, éstos no se tendrán en cuenta por el órgano competente, de forma que las entidades locales se verán obligadas a aplicar las previsiones de la futura Ley, aún cuando no tengan adaptadas sus respectivas ordenanzas, lo cual puede ser una fuente inagotable de conflictos y dificultades interpretativas.

²⁸ Como fácilmente se puede comprender, la aplicación de esta obligación seguramente generará numerosos problemas, al obligar a las entidades locales a dar por válidos documentos desconocidos y redactados en otros idiomas, que deberán ser objeto de traducción por la entidad local a través de sus propios medios, ya que sólo en los casos previstos por la normativa comunitaria o justificados por motivos de orden público y de seguridad pública pueden exigirse traducciones juradas.

No obstante, son numerosos los supuestos en los que las distintas Ordenanzas municipales desarrollan o complementan la normativa estatal o autonómica, de forma que, hasta que no se proceda a la adaptación de aquellas a la Directiva, las entidades locales no podrán disponer de un marco jurídico estable en el que poder proceder a la adaptación de las normas municipales. Este hecho, unido al mínimo plazo de tiempo que transcurrirá entre la entrada en vigor de la Ley sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio y la finalización del plazo de transposición, prácticamente aboca a las distintas entidades locales a incumplir el plazo de transposición y a una posible sanción de la Comisión Europea²⁹.

En cuanto a la forma a utilizar para realizar las modificaciones precisas en las ordenanzas y reglamentos municipales, puede resultar de utilidad (a semejanza de la práctica seguida por el Estado) aprobar una “*Ordenanza Omnibus*”, que permita modificar, a través de un único procedimiento normativo, todas las normas municipales que contengan previsiones contrarias a la Directiva. No obstante, esta posibilidad, aún siendo la más recomendable por su mayor sencillez y rapidez, puede llegar a no ser posible si la modificación de determinadas ordenanzas ha de esperar a que se proceda a la adaptación a la Directiva de las leyes estatales o autonómicas de las que son desarrollo.

Finalmente, según establece la disposición final quinta del Proyecto, a fin de hacer posible el cumplimiento de la obligación contenida en el artículo 44 de la Directiva de Servicios, las Comunidades y Ciudades Autónomas y las entidades locales comunicarán a la Administración General del Estado, antes de 26 de diciembre de 2009, las disposiciones legales y reglamentarias de su competencia que hubieran modificado para adaptar su contenido a lo establecido en la Directiva y en la presente ley.

3.2. Regímenes autorizatorios afectados.

La transposición de la Directiva que se pretende realizar a través de la futura Ley intenta abarcar el mayor número de actividades de servicios posibles, de hecho el propio Ministerio de Administraciones Públicas ha animado a las entidades locales a “*aplicar un enfoque ambicioso para alcanzar ganancias de competitividad en relación con los*

²⁹ En este sentido, aunque la sanción de las instituciones comunitarias se impusiera al Reino de España, la disposición final cuarta del Proyecto se cuida de preciar 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 les sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. La Administración del Estado podrá compensar dicha deuda contraída por la administración responsable con la Hacienda Pública estatal con las cantidades que deba transferir a aquella, de acuerdo con el procedimiento regulado en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. En todo caso, en el procedimiento de imputación de responsabilidad que se tramite se garantizará, la audiencia de la Administración afectada.*”

otros Estados miembros, aprovechando al máximo la fuerza y el impulso reformador que contiene el anteproyecto³⁰.”, no obstante, lo cierto es que en el concreto ámbito municipal los regímenes autorizatorios afectados son bastantes menos de los existentes en el ámbito estatal y autonómico.

Por citar el caso concreto del Ayuntamiento de Madrid, tras el análisis de todas sus ordenanzas y reglamentos tan sólo se han encontrado 5 supuestos³¹ en los que, en principio, el régimen de autorización a posteriori resulta injustificado, pudiendo plantearse la posibilidad de sustituirlo por regímenes de comunicación previa o declaración responsable. Fuera de estos supuestos, y sin perjuicio del necesario estudio detallado de los posibles requisitos prohibidos que pudieran tener los regímenes autorizatorios establecidos en el resto de ordenanzas, lo cierto es que el régimen de autorización previa se encontraría justificado en el resto de los supuestos, ya que, puede decirse, que la mayoría de las autorizaciones previas que se conceden por la Administración local se centran, fundamentalmente, en dos ámbitos, el urbanismo y el dominio público. Ámbitos, en los que es fácilmente invocable la existencia de razones imperiosas de interés general y en los que el silencio administrativo, a diferencia de la regla general de la Directiva, tiene carácter negativo. Se analizarán a continuación cada uno de ellos.

3.2.1. Las licencias urbanísticas.

La licencia urbanística constituye un acto de intervención administrativa a *a priori* típicamente local, y es, desde luego, la autorización municipal cuya obtención genera mayores quebraderos de cabeza a los titulares de las actividades de servicios, tanto por su complejidad, como por excesiva demora en la que, con carácter general, incurren las entidades locales a la hora de su concesión.

Ciertamente, la apertura de un establecimiento, por ejemplo un hotel, puede requerir de la solicitud y obtención de hasta 4 licencias distintas (de obras, de actividad, de primera ocupación y de funcionamiento) y, aunque han sido diversas las fórmulas ensayadas para intentar su unificación y simplificación³², lo cierto es que puede

³⁰ Directiva de Servicios: Manual de Evaluación para las entidades locales. Guía orientativa para la evaluación de la normativa potencialmente afectada por la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Coedición de las Secretarías Generales Técnicas de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda, febrero 2009, pág. 5.

³¹ Se trata de las distintas ordenanzas en las que se establece una autorización previa para el servicio de incineración de cadáveres, para la prestación de los servicios funerarios, para la realización de servicios de mudanza, para la prestación del servicio de transporte escolar de menores y para el transporte y vertido de tierras y escombros.

³² En el Ayuntamiento de Madrid, por ejemplo, tanto la Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias Urbanísticas de 23 de diciembre de 2004, como el reciente proyecto de Ordenanza por el que se establece el Régimen de Gestión y Control de las Licencias Urbanísticas de Actividades, unifican la

afirmarse que la obtención de las preceptivas licencias urbanísticas constituye uno de los principales obstáculos a los que se enfrentan los titulares de una actividad cuando pretenden su implantación en un municipio.

No obstante, aún siendo una limitación al establecimiento de actividades de servicios, lo cierto es que las licencias urbanísticas pueden considerarse excluidas del ámbito de aplicación de la Ordenanza.

Dicha exclusión se justifica por el propio ámbito de aplicación de la Directiva, ya que la esta se aplica a aquellos requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio y que serán los que, en consecuencia, queden afectados por las prohibiciones y limitaciones que se derivan de ella. Sus determinaciones no se aplicarán a aquellos otros requisitos impuestos por normas que no regulan específicamente la actividad de servicio, pero que tienen que ser respetados por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada (Considerando 9 de la Directiva de Servicios). Es el caso de aquellos requisitos que imponen las normas de tráfico rodado, las normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural y las normas de construcción³³.

Además, incluso en el supuesto de que se considerase que las licencias urbanísticas resultan afectadas por la Directiva de Servicios, estaría igualmente justificado el establecimiento de un régimen de autorización a posteriori. En este sentido, los artículos 9.1 b) de la Directiva y 5 del Proyecto señalan, como ya se ha indicado, que sólo es posible supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización previa cuando esté *“justificada por una razón imperiosa de interés general”*, entendiéndose por tales, según el artículo 4.8 de la Directiva, las relativas a la seguridad pública, protección civil, salud pública, protección del medio ambiente y del entorno urbano o la conservación del patrimonio histórico artístico y nacional, aspectos todos ellos que, de una forma u otra, son o pueden ser objeto de control a través de la correspondiente licencia urbanística.

Por ello, el régimen de autorización previa en materia de licencias urbanísticas se encontraría incluso justificado en la propia Directiva, que lo permitiría cuando se dieran las razones señaladas, ya que las peculiaridades propias del ámbito urbanístico y las razones de interés general apuntadas, impedirían que con carácter general se estableciera un régimen de comunicación previa para todas las actividades sujetas a licencia urbanística.

licencia de obras y la de actividad en una única licencia urbanística e, igualmente, la licencia de funcionamiento y la de primera ocupación se conceden en un único acto.

³³ En este sentido, la exigencia de solicitar licencia urbanística para, por ejemplo, realizar unas obras es un requisito establecido con carácter general para cualquier ciudadano y que no se establece por una norma que regule específicamente una actividad de servicios, en consecuencia, tales licencias se encontrarían excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva.

En cualquier caso, lo cierto es que, a pesar de que las licencias estén excluidas de la Directiva, su carácter de requisito previo que condiciona la libertad de establecimiento, justifica que la regulación que se efectúe de las mismas module el grado de intervención administrativa en esta materia.

El hecho de que estén excluidas de la Directiva de Servicios, no significa que en este ámbito no pueda intentar aplicarse algunos de los mecanismos previstos en la misma. En este sentido, siempre sería posible que la regulación de las licencias urbanísticas permitiera supuestos de comunicación previa o de declaración responsable para la puesta en funcionamiento de actividades de carácter inocuo, que no presenten ninguna implicación medioambiental o de seguridad, e incluso podría plantearse que el sistema de comunicación previa permitiese la obtención de la licencia de primera ocupación y de funcionamiento. No obstante, estas medidas no podrían adoptarse directamente por los municipios afectados a través de sus ordenanzas, sino que se requeriría la previa modificación en este sentido de la ley urbanística autonómica correspondiente, en la que se regule el régimen de las licencias urbanísticas.

Finalmente ha de señalarse que el ámbito de las licencias urbanísticas, a diferencia de lo señalado por los artículos 13.4 de la Directiva y 6 del Proyecto, rige, en determinados casos, la regla del silencio administrativo negativo, lo que no es sino una muestra más de que en este ámbito existen razones imperiosas de interés general que permiten exceptuar la regla general del silencio positivo. Así se establece con carácter general en el artículo 8.1 b) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo, conforme a la cual *“En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística.”* Esta es, por otra parte, una regla sobre el silencio administrativo propia del ámbito urbanístico, que se ha venido recogiendo en todas las leyes estatales sobre suelo y ordenación urbana desde el año 1956 y, entre otras, en el ya derogado texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 junio.

Dicho artículo tiene carácter básico, según la disposición final primera del citado texto refundido, y así lo ha declarado el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de enero de 2009, en la que resolviendo un recurso de casación en interés de ley, establece como doctrina legal que³⁴ *“el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 junio, y el artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley*

³⁴ Se viene así a resolver una ardua polémica doctrinal entre quienes consideraban que la exclusión del silencio administrativo en los supuestos de infracción de la normativa urbanística era conforme a la LRJPAC y quienes consideraban que dicha regla era contraria a la LJPAC, de forma que una vez transcurridos los plazos para resolver y producido el silencio positivo, la Administración quedaba vinculada al sentido del mismo y debía resolver expresamente concediendo la licencia ilegal y posteriormente, proceder a su revisión de oficio en caso de nulidad (art. 102 LRJPAC) o a su declaración de lesividad y posterior impugnación en vía contencioso administrativa (art. 103 LRJPAC)

de suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por Ley 4/1999, de 13 enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística.”, con lo cual queda definitivamente zanjada la polémica existente respecto a la derogación o no de la regla de la inexistencia de silencio en caso de adquisición por silencio facultades o derechos que contravengan la ordenación urbanística.

3.2.2. El dominio público local.

El otro supuesto que concentra la mayor parte de la actividad autorizatoria de las entidades locales, está constituido por los distintos tipos de autorizaciones o concesiones otorgadas por las entidades locales sobre su dominio público. Supuestos típicos de autorizaciones y concesiones demaniales de este tipo son las relativas, por ejemplo, a la instalación en la vía pública de quioscos de prensa, quioscos permanentes, terrazas de veladores o puestos en mercadillos municipales.

En principio, todos estos tipos de concesiones y autorizaciones demaniales, son autorizaciones previas que están sujetas a la Directiva de Servicios, en cuanto que integrantes de regímenes autorizatorios que limitan la libertad de establecimiento y que se refieren a actividades de prestación de servicios.

No obstante, el establecimiento de un régimen de autorización a posteriori para legitimar los distintos tipos de ocupaciones de la vía pública parece quedar amparado en la existencia de razones imperiosas de interés general que excluyen la posibilidad de establecer sistemas de comunicación previa o declaraciones responsables³⁵. De hecho es difícil pensar en algún supuesto en los que este tipo de ocupaciones pueda legitimarse mediante una comunicación previa o una declaración responsable³⁶, ya que siempre, de

³⁵ Puede pensarse por ejemplo, que permitir la ocupación de vías públicas mediante la presentación de declaraciones responsables o comunicaciones previas, sin un previo control municipal sobre las implicaciones que tales ocupaciones puedan tener sobre la seguridad pública (p.e. la colocación de un quiosco en un cruce de calles sin visibilidad para el tráfico rodado), el orden público (piénsese los problemas que podrían originarse en un mercadillo en el que todos los vendedores comenzasen a desarrollar su actividad al amparo de una comunicación previa, sin mayor intervención de la Administración) o el entorno urbano (la utilización generalizada de la comunicación previa o la declaración responsable para autorizar las ocupaciones demaniales originaría seguramente un afeamiento de la estética de la ciudad) puede ocasionar importantes problemas.

³⁶ Tal vez únicamente podrían utilizarse estas fórmulas en aquellos supuestos de ocupaciones del dominio público de corta duración y baja intensidad, como la que se produce, por ejemplo, mediante el reparto de prensa gratuita en la vía pública por la mañana. En estos casos sí podría estar justificado, en aras de la rapidez del sistema de autorización, el establecimiento de un sistema de comunicación previa o declaración responsable. Como confirmación de lo anterior, puede señalarse que en la Ley Ómnibus únicamente se encuentran supuestos de declaración responsable respecto del dominio público, en concreto

una forma u otra, la utilización de los bienes demaniales es susceptible de ocasionar problemas de orden público o de seguridad pública³⁷.

Ello viene confirmado además, de forma indirecta, por la modificación que de la LRJPAC realiza la Ley Ómnibus en materia de silencio administrativo, que sigue manteniendo en su art. 43.1 la regla general de que el silencio será negativo en aquellos procedimientos en los que la estimación “*tuviera como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público*”. La excepción a la regla del silencio positivo sólo puede justificarse, como se ha señalado, en razones imperiosas de interés general, las cuáles parecen existir, a juicio del legislador estatal, cuando se trata de la utilización del dominio público, ya que, de otra forma, no se hubiera podido excepcionar la aplicación del régimen general de silencio positivo previsto en el artículo 13.4 de la Directiva.

No obstante, que no se pueda aplicar un régimen de autorización previa, no significa que no hayan de aplicarse el resto de principios generales y de reglas respecto de requisitos prohibidos y sujetos a evaluación contenidos en la Directiva.

De hecho, el análisis de las ordenanzas municipales reguladoras de los distintos supuestos de utilización de la vía pública, depara diversos supuestos de requisitos prohibidos por la Directiva que son comúnmente exigidos por los Ayuntamientos, como ejemplos pueden citarse los siguientes:

- Requisitos discriminatorios basados en la nacionalidad. P.e. exigir para autorizar un puesto en un mercadillo o un quiosco de prensa que el solicitante esté empadronado en el municipio, limitar tal tipo de autorizaciones demaniales a los residentes en el municipio o Comunidad Autónoma correspondiente o exigir, en caso de sociedad mercantiles, que las mismas tengan un capital social de nacionalidad total o parcialmente española.
- Obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un período determinado en los registros de prestadores existentes en el territorio español o de haber ejercido previamente la actividad durante un período determinado en dicho territorio. P.e. la exigencia para conceder autorizaciones de venta ambulante de que el solicitante acredite determinada antigüedad en el pago del Impuesto de Actividades Económicas, de que se encuentre inscrito en un Registro de Vendedores Ambulantes o de que disponga de otro establecimiento en el mismo municipio.

del hidráulico, en las modificaciones previstas de los artículos 51 y 78 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

³⁷ En cualquier caso, aunque tanto la disposición derogatoria del Proyecto como la modificación que el mismo realiza de la LRJPAC otorgan cobertura suficiente, no hubiera estado de más que, para permitir la utilización de las nuevas técnicas de la comunicación previa y la declaración responsable en los bienes demaniales se hubiera incluido una referencia expresa a la posibilidad de utilizar ambas en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

- Obligación de que la suscripción de un seguro deban realizarse con un prestador u organismo establecido en el territorio español. P.e. en aquellos casos en los que al titular de una concesión o autorización demanial se le exija, para responder de los posibles daños causados al dominio público, la suscripción de un seguro con una empresa aseguradora española.
- Obligación de que la autorización demanial (al ser su número limitado) tenga duración limitada, no de lugar a un procedimiento de renovación automática una vez extinguida, ni conlleve ningún otro tipo de ventaja para el prestador cesante o para personas especialmente vinculadas con él. P.e. la posibilidad de efectuar prórrogas automáticas en las concesiones de quioscos de prensa, una vez finalizado el plazo por el que fueron concedidas, o permitir subrogar en la autorización a familiares del concesionario o a trabajadores del mismo.

Finalmente, también debe tenerse presente que, en ocasiones, las autorizaciones o concesiones demaniales se conceden atendiendo preferentemente a las circunstancias económico-sociales de los solicitantes, su situación y cargas familiares o la posesión de una minusvalía, como una forma de facilitar medios económicos de subsistencia a las personas en situación de necesidad que residan en el municipio. Ciertamente, la aplicación de la Directiva hace imposible conceder autorizaciones o concesiones demaniales con esta finalidad, ya que la mayoría de los requisitos exigidos en tales casos son requisitos prohibidos, pero puede reflexionarse sobre la posibilidad de que este tipo de ocupaciones demaniales se encuadren dentro ámbito de los servicios sociales, con lo cual, podrían quedar excluidos de la aplicación de la Directiva (artículos 2.2 j) Directiva y 2.2 i) Proyecto).

4. CONCLUSIONES.

- Existe un plazo temporal muy limitado para que las entidades locales comentan el proceso de transposición de la Directiva de Servicios. Lo deseable sería que cada entidad local pudiera elaborar una “*Ordenanza Omnibus*”, a imagen y semejanza de la ley estatal, si bien esta opción resulta fuertemente limitada por el hecho de que ha de producirse previamente la adaptación a la Directiva de la legislación de cada Comunidad Autónoma, por lo que no siempre será posible acompasar ambos procesos.
- No cabe duda de que la Directiva de Servicios contribuirá a liberalizar determinadas actividades y a eliminar requisitos innecesarios y simplificar procedimientos a través de las nuevas figuras de la comunicación previa y de la declaración responsable.

- No obstante, debe señalarse que la sustitución de los regímenes de autorización previa por regímenes de autorización a posteriori a través de estas figuras, tendrá un alcance muy limitado en el ámbito de la Administración local.
- Ello es debido a que la mayor parte de la actividad autorizatoria de las entidades locales se centra en dos ámbitos, el dominio público municipal y las licencias urbanísticas, en los que o bien existe una exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva, o bien existen razones imperiosas de interés general que justifican el establecimiento de un régimen de autorización a posteriori. Además, en ambos casos existen razones imperiosas de interés general que justifican el establecimiento de regímenes de silencio administrativo negativo.
- Lo anterior no excluye que, en aquellas ordenanzas municipales que regulen licencias urbanísticas u ocupación del dominio, deban eliminarse los requisitos prohibidos por la Directiva que pudieran encontrarse, ni tampoco que, en los supuestos en los que la legislación estatal o autonómica lo permita, las ordenanzas municipales puedan incluir supuestos de comunicación previa o declaración responsable, cuando se considere que ello puede suponer ventajas de cara a la simplificación y agilización en la tramitación e los procedimientos administrativos.