

XXV EDICIÓN DEL LIBRO MARRÓN

El Libro Marrón cumple en 2009 su edición número XXV. Año tras año, desde 1984, esta emblemática publicación del Círculo de Empresarios viene ofreciendo a expertos de las más variadas procedencias una tribuna desde la que aportar sus reflexiones y propuestas sobre la política económica que precisa nuestro país para su mejor desarrollo. El Libro Marrón contribuye así a uno de los objetivos fundacionales del Círculo como centro de opinión que anima y promueve el debate sobre cuestiones esenciales en beneficio de la sociedad española en su conjunto.

CÍRCULO DE EMPRESARIOS
P^º DE LA CASTELLANA 15, 6^º. 28046 MADRID
TEL 915781472. FAX 915774871
www.circulodeempresarios.org



Círculo de Empresarios

Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios

OCTUBRE 2009

XXV EDICIÓN DEL LIBRO MARRÓN

ÁLVAREZ ARCE Y RÁBADE HERRERO /
BERENGUER FUSTER / EGUIDAZU PALACIOS /
FERNÁNDEZ DÍAZ / FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ /
GRADOLPH CADIerno / LINDE PANIAGUA /
MARCOS FERNÁNDEZ / MUÑOZ MACHADO /
RIVERO ORTEGA / SALVADOR ARMENDÁRIZ /
SÁNCHEZ ARMAS / VILLAREJO GALENDE

Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios

 Círculo de Empresarios

Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios

Libro Marrón
Madrid, octubre 2009

EDICIÓN PATROCINADA POR

BBVA



Circulo de Empresarios

© 2009, Círculo de Empresarios
Pº de la Castellana 15, 28046 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de esta publicación, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio ya sea electrónico, mecánico, por fotocopias, por registro u otros métodos, sin permiso previo y por escrito de los titulares del *copyright*.

Los trabajos reflejan las opiniones de los colaboradores, sin implicar necesariamente identificación del Círculo de Empresarios en su contenido.

Depósito legal:
Diseño de la colección: Miryam Anllo
m.anllo@telefonica.net
Realización editorial: Loft Producción Gráfica
C/ Martín Machío, 15-1º. 28002 Madrid
Imprime: Atig, S.L.
Parque Empresarial Neinor - Henares
edificio 3 - nave 10

Índice

Prólogo	9
<i>Silvia Iranzo Gutiérrez</i>	
Introducción	13
1. La Directiva de Servicios: una oportunidad para la innovación y el emprendimiento en los servicios españoles Panorama actual de la lucha internacional contra la falsificación de marcas	23
<i>José Luis Álvarez Arce</i>	
<i>Luis Arturo Rábade Herrero</i>	
2. Comisión Nacional de la Competencia y transposición de Directiva de Servicios	63
<i>Luis Berenguer Fuster</i>	
3. Consecuencias económicas de la regulación, la Directiva de Servicios y la unidad de mercado	111
<i>Fernando Eguidazu Palacios</i>	
4. Transposición de la Directiva de Servicios al Estado de las Autonomías	133
<i>Andrés Fernández Díaz</i>	

5. La larga marcha por la libertad de empresa 161
Tomás Ramón Fernández
6. El impacto de la Directiva de Servicios en la
economía española 185
Juan Enrique Gradolph Cadierno
7. Libertad de establecimiento de los prestadores
de servicios en la Directiva relativa a los
servicios en el mercado interior 219
Enrique Linde Paniagua
8. Una oportunidad para reforzar la libertad de
empresa y la libre competencia: la transposición
de la Directiva de Servicios en la regulación
autonómica 251
Francisco Marcos Fernández
9. Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva
de Servicios 297
Santiago Muñoz Machado

10. Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid: análisis del Proyecto de Ley Ómnibus 327
Ricardo Rivero Ortega
11. Repercusiones de la transposición de la Directiva de Servicios en la libertad de empresa 355
María Amparo Salvador Armendáriz
12. El régimen de autorizaciones en la Directiva de Servicios: ¿Hacia un nuevo Derecho Administrativo? 405
Teresa de Jesús Sánchez Armas
13. Simplificación administrativa al servicio del Mercado Interior Europeo 433
Helena Villarejo Galende

Prólogo

Constituye para mi una satisfacción realizar el prólogo al Libro Marrón 2009 que el Círculo de Empresarios dedica este año a la Directiva de Servicios de la Unión Europea. Como es sabido, el objetivo principal de la Directiva es la consecución de un verdadero mercado interior en el sector servicios, de forma que se ejerzan las dos libertades fundamentales que consagra el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea: la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento de los prestadores de los mismos. Por ello, su transposición en el ordenamiento jurídico español será un hito crucial en el proceso de modernización y apertura de un sector tan trascendental para la economía española como es éste.

El sector servicios es un importante motor de crecimiento y creación de empleo en España, y no sólo por su importancia cuantitativa en términos de PIB y de empleo total (68% en ambos casos), sino también porque de él depende el crecimiento y la competitividad del resto de los sectores económicos. Sin embargo, su regulación no siempre ha sido capaz de responder a las necesidades dinamizadoras del sector, convirtiéndose a veces más en una rémora que en un marco eficiente para el desarrollo de su potencial productivo.

El Gobierno no ha querido perder esta oportunidad única para realizar una revisión en profundidad del marco regulatorio del sector, a través de un ambicioso programa de trabajo puesto en marcha en 2007 y que deberá estar concluido a finales de 2009. En algunos casos este trabajo ha ido más allá de las obligaciones impuestas por la propia Directiva. Su objetivo básico es la introducción de nuevas vías de control administrativo más eficaces y efectivas, de modo que se permita mejorar la protección del consumidor, sin por ello convertirse en un obstáculo para la actividad económica.

Si bien la transposición de la Directiva es de una gran importancia para toda la economía española en su conjunto, me gustaría subrayar la enorme relevancia que tiene para las áreas que entran bajo la competencia de la Secretaría de Estado de Comercio que dirijo.

En el comercio interior, los servicios implicados en la cadena de distribución comercial representan un 15% del total del sector. En lo que refiere al sector exterior, los servicios juegan un papel cada vez más protagonista: los intercambios internacionales representan actualmente más del 20% del comercio mundial y, en el caso de España, suponen alrededor de un tercio de nuestras exportaciones totales. De hecho, somos el sexto país exportador de servicios, y la internacionalización es una de las claves de la fortaleza actual del sector en España. Así, si en 1993 el turismo representaba el 64% del total de las exportaciones en este ámbito, y los servicios avanzados a empresas solamente suponían el 9%, hoy en día el primero se sitúa

en el 48% del total, mientras que los segundos alcanzan ya más del 20%, con una trayectoria siempre ascendente en los últimos años.

El hecho de que los servicios se hayan convertido a nivel mundial en el principal receptor de los flujos de inversión directa extranjera es asimismo muy significativo. Nuestro país no ha sido ajeno a este hecho: en este sector la inversión española en el exterior supera el 84%, y la inversión extranjera recibida alcanza el 75% de los flujos totales.

La principal conclusión a la luz de estos datos es que nos encontramos ante un sector clave tanto para el comercio como para la competitividad del conjunto de la economía. De la transposición de la Directiva de Servicios esperamos mejor regulación, menores trabas al desarrollo de la actividad, más competencia, más eficiencia en la asignación de recursos y, en consecuencia, mayor crecimiento a medio y largo plazo, mayor competitividad y más empleo.

Concluyo afirmando que la decisión del Círculo de Empresarios de dedicar su Libro Marrón 2009 al nuevo marco legal derivado de la transposición de la Directiva de Servicios y sus implicaciones no ha podido ser más acertada, al acercarnos a este gran e ineludible reto abierto a la Administración y a la sociedad española en su conjunto.

Silvia Iranzo Gutiérrez

Secretaria de Estado de Comercio

Introducción

En 2008 la por entonces recién aprobada Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007), que reemplazaba a la anterior, vigente durante los dos decenios previos, significó una excelente oportunidad para ahondar en el análisis de las muchas dimensiones que presentan las políticas orientadas a la promoción y defensa de la competencia. Como algunos lectores recordarán, entonces se consideró oportuno que nuestra institución dedicara a este tema, dada su estrecha conexión con los objetivos del Círculo de Empresarios, la XXIV edición del Libro Marrón, una de sus publicaciones más emblemáticas.

En el año en curso, otra importante transformación del marco legal ofrece de nuevo una excelente oportunidad para la reflexión sobre cuestiones relacionadas con la defensa de la libre empresa, de la iniciativa privada y de la economía de mercado; esto es, sobre cuestiones que atañen directamente a los propios objetivos fundacionales del Círculo de Empresarios. Al igual que el resto de miembros de la Unión Europea, en 2009 España debe transponer a su legislación 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. Se trata de una directiva concebida para impulsar la creación de un mercado europeo único de servicios mediante la simplificación administrativa y el incremento de la competencia.

Nos encontramos, indiscutiblemente, ante una tarea compleja. El intenso proceso de descentralización del sector público en nuestro país hace necesario un enorme esfuerzo de coordinación de unas administraciones –central, autonómica y local- cuyos objetivos y motivaciones difieren. Son muchas las leyes y normas que deben modificarse y no menos los procedimientos administrativos que han de revisarse. Además, la puesta en marcha de diferentes reformas, como pudiera ser la creación y el funcionamiento de ventanillas únicas o la informatización de trámites y procedimientos, supondrá costes económicos más difíciles de asumir en un momento como el actual, en el que las arcas públicas sufren un intenso deterioro.

Pero es mucho lo que está en juego. El sector servicios es el más importante de la economía española, tanto por el peso que tiene en el empleo y la producción –supone más de dos terceras partes de ambos-, como por su carácter de proveedor del resto de sectores. Una mejora en su marco regulatorio, que permita eliminar ineficiencias, barreras desproporcionadas a la competencia y restricciones de todo tipo, resulta imprescindible para relanzar la productividad y el empleo. Según las estimaciones gubernamentales, la transposición de la Directiva puede suponer una ganancia directa de más del 1% del PIB, además de la creación de cerca de 200.000 puestos de trabajo. A esto habría que sumar las ganancias dinámicas de eficiencia, que se irían produciendo a lo largo del tiempo conforme la competencia incentivara la innovación y la mejora de procesos productivos. Sin olvidar tampoco la mayor

variedad y calidad de servicios a que tendrían acceso los consumidores y usuarios de nuestro país.

Desde el Círculo consideramos que la transposición de la Directiva puede significar un cambio profundo en el sector servicios, con efectos para el conjunto de la economía española, y merecedor por tanto de un análisis profundo y riguroso. Estamos convencidos, por otra parte, de que la crisis en que está sumida la economía española requiere una reflexión serena, pero realista, sobre las deficiencias de carácter estructural e institucional que no sólo agravan la actual situación coyuntural, sino que amenazan el futuro de nuestra competitividad y dificultan el retorno a una senda de crecimiento sostenible. En esa misma línea argumental, creemos que una adecuada transposición de la Directiva puede y debe convertirse en el catalizador de una auténtica reforma modernizadora de la economía española, que nos haga avanzar en la dirección que han tomado los países más prósperos y competitivos.

Por todo ello, hemos querido dedicar una publicación tan especial como esta vigésimo quinta edición de nuestro Libro Marrón al tratamiento de diferentes aspectos de la transposición de la Directiva 2006/123/CE. Participan en este proyecto, respetando la que es ya una clara seña de identidad de esta publicación anual, diversos autores, todos ellos expertos en distintos campos académicos y profesionales.

Si bien los trabajos se presentan ordenados alfabéticamente según los apellidos de los autores, los temas que se han tratado podrían organizarse en tres grandes áreas relacionadas con la transposición de la Directiva de Servicios: los aspectos jurídicos de esta transposición; el análisis del impacto económico de la liberalización del sector de servicios impulsada por la Directiva; y, finalmente, las peculiaridades de la transposición derivadas del carácter descentralizado del sistema político y jurídico español, así como la coordinación entre las distintas administraciones a la hora de llevarla a cabo.

Respecto al primer grupo de temas, la Directiva de Servicios, en su afán de liberalizar el sector, implica cambios legales profundos, principalmente en el ámbito administrativo.

En su artículo, **Helena Villarejo Galende** se centra en el análisis de la simplificación administrativa, que consiste en reducir los trámites del procedimiento administrativo y suprimir las barreras burocráticas, y en agilizar y mejorar el servicio de las Administraciones Públicas. La Directiva de Servicios, así como los proyectos de ley que la transponen al ordenamiento español (*Ley Paraguas* y *Ley Ómnibus*), dedican especial atención a la simplificación administrativa, entendida como una acción de modernización. Entre las medidas tendentes a la simplificación destaca la modificación de los regímenes de autorización establecidos por los Estados miembros para el acceso a la prestación de servicios. Otras previsiones concretas recogidas en la Directiva son: la simplificación

de procedimientos, la creación de ventanillas únicas o la generalización de la realización de trámites por vía electrónica. En el artículo se subraya la importancia de las nuevas tecnologías en este proceso de simplificación administrativa.

En este orden de cosas, **Teresa de Jesús Sánchez Armas** destaca la aparición de un nuevo Derecho Administrativo a raíz de la transposición de la nueva Directiva. Ésta introduce sustanciales cambios normativos, administrativos y en la relación de los poderes públicos con los ciudadanos, al convertirse el ciudadano o prestador de servicios en el núcleo central de cualquier procedimiento administrativo. El artículo trata en detalle el nuevo régimen de autorizaciones comunitario, en el que la autorización administrativa, como requisito de acceso a la prestación de servicios, debe ser la excepción y no la regla.

Santiago Muñoz Machado hace hincapié en las reformas de los procedimientos de actuación de las Administraciones planteadas por la Directiva para eliminar las barreras todavía existentes en el mercado interior de servicios y garantizar la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios. Se centra especialmente en los cambios introducidos en el régimen de las autorizaciones administrativas, donde la no intervención se establece como principio general de actuación. Asimismo se afirma en el artículo la complejidad del proceso diseñado para la transposición de la nueva norma comunitaria, proceso que se considera lento y sembrado de conflictos, y se

proponen alternativas a este programa. **Enrique Linde Paniagua** hace también en su artículo un análisis detallado de las características del nuevo régimen de autorizaciones administrativas. El autor pone de manifiesto la paradoja que supone el hecho de que con la globalización económica, en lugar de reducirse, haya aumentado el intervencionismo. El nuevo régimen de autorizaciones es una buena muestra del espíritu liberalizador de la Directiva de Servicios, que trata de contrarrestar ese aumento de intervención pública.

Tomás Ramón Fernández Rodríguez, siguiendo la línea de los anteriores autores, destaca como objetivo último de la Directiva la liberalización del sector servicios, aunque se muestra pesimista acerca del fin del intervencionismo. Distingue dos grandes modelos de intervención, uno de signo represivo y otro de signo preventivo, que supone una intervención más intensa. La modificación ya comentada del régimen de autorizaciones va encaminada a reducir la intervención que se considera abusiva e innecesaria, teniendo la reforma sus raíces en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia y en la doctrina. Asimismo, en el artículo se comentan los problemas derivados de la transposición de la Directiva a nuestro ordenamiento, así como la adaptación a los ordenamientos de los distintos Estados miembros.

Por su parte, **María Amparo Salvador Armendáriz** analiza las repercusiones de la transposición de la Directiva de Servicios en la libertad de empresa. Comenta tanto las cuestiones materiales o sustantivas de la misma, como las formales y competenciales.

Asimismo, analiza con detalle el método fijado para la transposición y sus fases, instrumentadas a través de las denominadas *Ley Paraguas* y *Ley Ómnibus*, destacando la complejidad del proceso. **Ricardo Rivero Ortega** analiza en su artículo esta última Ley. Realiza una valoración formal de la misma destacando su enfoque ambicioso, ya que regula incluso materias excluidas de la Directiva. El autor lamenta, sin embargo, la oportunidad perdida de reformar más ampliamente las leyes administrativas. En cuanto al contenido de la Ley llama la atención la ausencia de reformas en el comercio minorista, cuya Ley está recibiendo un tratamiento independiente.

Un segundo grupo de artículos hace referencia a los aspectos económicos relacionados con la aplicación de la Directiva. Estos artículos parten de una idea común: las distorsiones generadas por la regulación existente en el sector servicios. En este ámbito, **Luis Berenguer Fuster** resalta la importancia del sector servicios para la economía y comenta sus principales debilidades. Dados los problemas de competitividad en el sector se justifica el afán de la Directiva por eliminar las restricciones regulatorias que obstaculizan su desarrollo. Las políticas de oferta son las que deben asumir el protagonismo para lograr los cambios necesarios para crear un verdadero mercado único. El autor pone de manifiesto el importante papel de la Comisión Nacional de la Competencia en el debate sobre la transposición de la nueva norma comunitaria y comenta este proceso atendiendo al punto de vista de este organismo. Al igual que Ricardo Rivero comenta la reforma independiente del sector del comercio minorista.

En clave económica analiza también **Fernando Eguidazu Palacios** la Directiva de Servicios. La regulación tiene costes en términos económicos, principalmente en la asignación de recursos, y por ello es necesaria la simplificación y racionalización de la misma. No se discute la necesidad de la regulación pero se pide prudencia a la hora de implantarla. La UE, y España en concreto, presentan un mal posicionamiento en los *ranking* internacionales debido a la carga regulatoria que caracteriza a sus sistemas. En el caso español la situación se ve agravada por las dificultades añadidas por nuestro sistema autonómico. Por ello se considera positivo el enfoque de la nueva Directiva, tendente a la liberalización y, por tanto, al crecimiento y al empleo. Un análisis detallado del comercio minorista refleja adecuadamente la problemática existente.

Juan Gradolph Cadierno ve en la transposición de la Directiva de Servicios una oportunidad para mejorar la regulación del sector servicios en España, y de esta forma la eficiencia y el crecimiento. Para ello se basa en los resultados positivos obtenidos por diversos estudios destinados a medir los efectos macroeconómicos de la transposición de la Directiva a nuestro ordenamiento. De esta forma se han hallado efectos positivos sobre variables como el producto interior bruto, la inflación, el consumo, el empleo, los salarios reales o la inversión.

Por último, en el ámbito económico, **José Luis Álvarez Arce** y **Luis Arturo Rábade Herrero** ven en la transposición la oportunidad para insuflar vitalidad al sector servicios. En su artículo plante-

an reflexiones acerca del positivo impacto que la simplificación administrativa y el incremento de la competencia derivadas de la aplicación de la Directiva tendrán sobre dos facetas esenciales para el futuro del sector servicios y de la economía española: la actividad emprendedora y la innovación, dimensiones en las que España se encuentra en situación de retraso respecto a la mayoría de nuestros socios europeos. Destacan, además, que la regulación se ha convertido en uno de los principales lastres para el sector servicios en nuestro país.

Finalmente, un último grupo de artículos se centra en las implicaciones que el carácter descentralizado del sistema político y jurídico español tiene sobre la transposición de la Directiva. Así, tanto **Andrés Fernández Díaz** como **Francisco Marcos Fernández** analizan la problemática derivada para la transposición de la existencia del Estado de las Autonomías, básicamente enraizada en la complejidad regulatoria resultante del mismo, con la proliferación de normas estatales, autonómicas y locales. Andrés Fernández se centra en los problemas existentes en dos sectores muy concretos: el comercio minorista y la gran distribución. Francisco Marcos, por su parte, analiza en detalle las modificaciones llevadas a cabo en normas estatales, así como las llevadas a cabo por las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales.

La Directiva de Servicios: una oportunidad para la innovación y el emprendimiento en los servicios españoles

1. Introducción

A pesar de la controversia que la ha acompañado desde sus inicios, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del

* Es profesor adjunto del Departamento de Economía de la Universidad de Navarra, donde imparte docencia en las asignaturas de Economía Española y Economía Aplicada. Su investigación se ha centrado en los aspectos institucionales -corrupción, libertad económica, libertad política,...- y en el impacto que éstos tienen sobre la actividad económica. Ha publicado artículos en revistas internacionales, como Cato Journal o Journal of Business Ethics, y nacionales como Universia Business Review, además de capítulos en obras especializadas. Asimismo es autor de libros de carácter divulgativo en el área de la economía. Colabora habitualmente en prensa escrita con artículos de opinión.

** Es Ingeniero Industrial y de Sistemas, Master en Business Administration y Doctor en Dirección de Empresas por el IESE de la Universidad de Navarra. Es profesor en la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Navarra en el área de Márketing y Recursos Humanos desde el año 1994. Sus intereses en investigación están centrados en la importancia que tienen las redes sociales en la innovación empresarial.

La Directiva de Servicios: una oportunidad para la innovación y el emprendimiento en los servicios españoles

Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior¹ –la Directiva de aquí en adelante-, responde plenamente al espíritu y a los principios del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Así, la Directiva pretende impulsar la creación de un mercado único de servicios, tal y como se especifica en el artículo 14 del Tratado, relativo a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en un mercado interior sin fronteras. Lo hace, además, garantizando la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, bajo el amparo de diversos artículos de los capítulos 2 y 3 del título tercero del Tratado.

Por otro lado, la Directiva debe considerarse parte del esfuerzo que, desde 2000 y en el marco de la Estrategia de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo, ha emprendido la Unión Europea con el ambicioso fin de incrementar la competitividad de su economía.² Esa estrategia, cuyos resultados iniciales no fueron satisfactorios en absoluto, se modificó y simplificó en 2005. Poco después, en el Consejo Europeo de primavera de 2006, los Estados miembros acordaron que el desarrollo de un entorno empresarial más dinámico constituiría una de las prioridades de la nueva estrategia. Varios de los que entonces fueron designados ámbitos

1 La Directiva, conocida como “directiva Bolkestein” en referencia a Frits Bolkestein, comisario europeo que la propuso, vivió un larguísimo trámite de aprobación, de más de dos años, en medio de un intenso debate acerca de su compatibilidad con el modelo social europeo. La propuesta original fue modificada para garantizar, entre otras cuestiones, el respeto de los derechos laborales que, en opinión de diferentes grupos,

clave de actuación para la dinamización empresarial –las pymes, el mercado único, el fomento de la competencia y la reducción de las cargas administrativas y regulatorias- definen ahora el área sobre la que la Directiva tendrá mayores efectos.

En ese sentido, la transposición de esta norma europea a la legislación española ofrece una magnífica oportunidad para insuflar vitalidad al sector servicios, el más importante de nuestra economía. El propio Libro Blanco sobre la reforma del sector señala que el marco regulatorio de los servicios *“presenta ineficiencias, introduce restricciones desproporcionadas y resulta poco transparente. Como consecuencia de todo ello, más inflación, menor avance de la productividad y menor crecimiento económico. Luego, la transposición de la Directiva constituye una gran oportunidad para dinamizar el sector”*.³ El presente artículo suscribe esa opinión, planteando una serie de reflexiones acerca del positivo impacto que la simplificación administrativa y el incremento de la competencia tendrán sobre dos facetas esenciales para el futuro no sólo del sector servicios, sino del conjunto de la economía

podrían verse amenazados por la aplicación del principio del país de origen que la Directiva proponía.

2 El lanzamiento de la Agenda de Lisboa, en el Consejo Europeo de marzo de 2000, marcó de hecho el inicio del proceso de liberalización del sector servicios que ahora se culmina con la transposición de la Directiva por parte de los Estados miembros. Aquella reunión fue el marco en que el Consejo solicitó la puesta en marcha de estrategias que pudieran impulsar la creación del mercado único en los servicios.

3 *La Directiva de servicios como oportunidad de reforma del sector*, p.1.

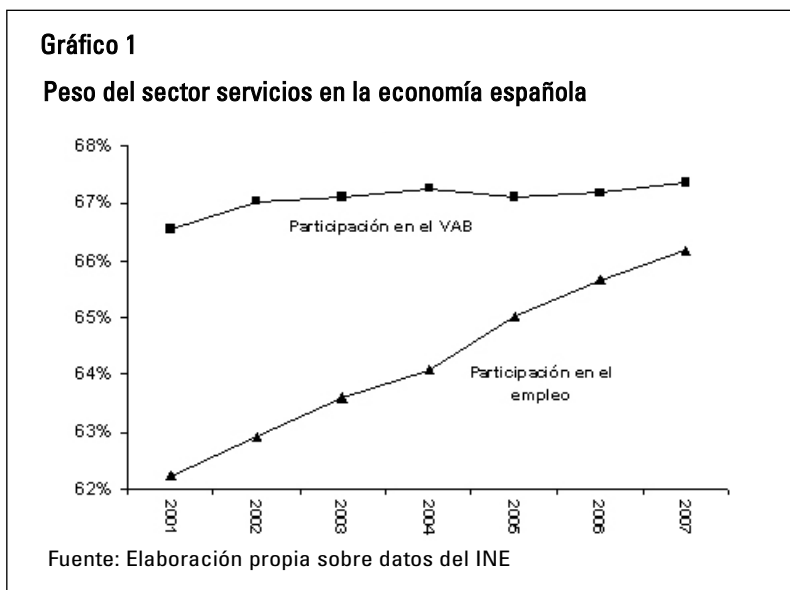
española: la actividad emprendedora y la innovación, dos dimensiones en las que nos encontramos en situación de claro retraso con respecto a la mayoría de nuestros socios europeos.

El artículo se estructura del siguiente modo. En primer lugar, se realiza una breve descripción de las principales características del sector de los servicios en España, para dar paso a otra sección que identifica los mayores problemas que en este sector se asocian a su actual regulación. En las secciones posteriores se abordan las negativas consecuencias que la mala regulación tiene para el conjunto de la economía española, incluidos los servicios, en forma de peores resultados en innovación y emprendimiento. Asimismo, se plantea y defiende la hipótesis de que la Directiva puede corregir esos defectos en tanto su transposición garantice una regulación de calidad para el sector terciario. El artículo se cierra con una breve reflexión final.

2. El sector servicios en España

Uno de los rasgos comunes a todas las economías desarrolladas en las últimas décadas es su progresiva terciarización. El caso español no es ninguna excepción a la regla general. Incluso en un tejido productivo desequilibrado, con un sector de la construcción hipertrofiado durante la larga etapa de crecimiento reciente (1995-2007), los servicios representan hoy más de dos terceras partes de la actividad económica. En el primer trimestre de 2009, en un

momento de fuerte contracción económica, empleaban al 70% de las personas ocupadas y suponían un 69% del Valor Añadido Bruto en precios corrientes (VAB). Esas magnitudes son el resultado de una tendencia al alza en el peso del sector (gráfico 1), que sólo entre 2001 y 2008 generó nada menos que 3,7 millones netos de ocupados, equivalentes al 90% del empleo creado por nuestra economía en ese periodo.



Los servicios son también un puntal para el sector exterior de la economía española. Según los datos de la Organización Mundial del Comercio, España es la quinta exportadora de servicios comerciales en el planeta,⁴ con una cuota del 3,83% mundial en 2007.

⁴ Nuestro país ocupa el 2º puesto en los exportadores mundiales de servicios relaciona-

Asimismo, los servicios constituyen la única rúbrica que ha mantenido un superávit continuado en la balanza por cuenta corriente de nuestro país (cuadro 1), gracias fundamentalmente al turismo, aunque en este apartado comienzan a acusarse síntomas de debilitamiento.

Cuadro 1

Balanza de pagos española. Saldos (% PIB)

Sub Balanzas	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Capacidad (+) Necesidad (-) Financiación	-2,2	-2,5	-4,2	-6,5	-8,3	-9,7
Cuenta corriente	-3,3	-3,5	-5,3	-7,4	-8,9	-10,1
<i>Mercancías</i>	-5,0	-5,1	-6,4	-7,6	-8,5	-8,6
Servicios	3,1	3,0	2,6	2,4	2,3	2,1
Turismo y viajes	3,5	3,5	3,2	2,9	2,8	2,6
Otros servicios	-0,4	-0,5	-0,6	-0,5	-0,5	-0,5
<i>Rentas</i>	-1,7	-1,3	-1,4	-1,9	-2,1	-3,0
<i>Transferencias corrientes</i>	0,3	-0,1	0,0	-0,4	-0,6	-0,6
Cuenta de capital	1,1	1,0	1,0	0,9	0,6	0,4

Fuente: Banco de España

No obstante su importancia creciente para España, el sector de los servicios se ha visto tradicionalmente aquejado por una serie de deficiencias, muchas de las cuales aún persisten y le restan capacidad como motor del crecimiento y la competitividad de nuestra

dos con los viajes, el 14º entre los exportadores de servicios de transportes y el 12º en el ranking de exportadores de otros servicios comerciales.

economía. Por supuesto, las actividades que forman parte de esta amplia rama productiva son de naturaleza muy heterogénea, por lo que no resulta fácil hacer una caracterización general. Ahora bien, la evidencia apunta a que el patrón de especialización relativa de la economía española en servicios relacionados con el turismo, por ejemplo la hostelería, supone un obstáculo para los avances de productividad y, por ende, para la competitividad. A esto ayuda que el sector de los servicios empresariales, considerado estratégico por su influencia sobre la competitividad del conjunto del tejido productivo, no sólo tiene menor peso en España que en EEUU o la Unión Europea, sino que sus avances de productividad son menores que los experimentados en esas dos áreas económicas. Asimismo, las empresas pequeñas o muy pequeñas, que suponen una mayoría aplastante en casi todas las actividades de servicios en España, obtienen peores resultados en términos de productividad que los observados en otros países. Lo anterior tiene que ver con el menor esfuerzo en innovación tecnológica realizado por las empresas españolas de servicios, cuya inversión se orienta más a las infraestructuras y la construcción que a los bienes de equipo.⁵

Esa estructura de especialización de los servicios, con las limitaciones que la acompañan, es el resultado, lógicamente, de las ventajas comparativas que España encuentra en sus condiciones naturales y de clima. Sin embargo, otros factores influyen de manera

5 Para un análisis detallado de esas y otras características de los servicios en España, véase Gordo y otros (2006).

decisiva sobre el patrón productivo del sector terciario, a la vez que condicionan sus posibilidades para ganancias sostenidas de eficiencia y productividad. No es difícil, por ejemplo, encontrar canales a través de los que el mal funcionamiento de nuestro sistema educativo o las rigideces del mercado laboral español influyen sobre las posibilidades de desarrollo de un sector servicios más moderno y competitivo. Es el caso de la temporalidad, uno de los grandes males de nuestro mercado de trabajo, con gran incidencia en los servicios y una de cuyas consecuencias más negativas se halla en la escasa inversión en formación de los trabajadores.

Sin menoscabo de la importancia de esos factores, puede afirmarse que la regulación del sector es uno de sus mayores lastres. Los servicios demandan una regulación diferente de la que rige la actividad en otros mercados porque así lo exigen sus propias características: la naturaleza intangible de muchos de ellos, la asimetría informativa entre prestador y cliente, la aparición de externalidades o la producción de bienes públicos, como en el caso de una buena administración de justicia.

Pero la necesidad de una regulación no garantiza, desde luego, que cualquier norma reguladora sea la adecuada. La intervención pública, sea para tratar de corregir los fallos de mercado o para perseguir otros objetivos socialmente deseables, también se ve aquejada por distintos fallos, que incluso pueden superar a los del mercado. Así ocurre en el sector de los servicios en España, donde durante años se ha vivido una proliferación de normas y organismos

reguladores que ha desembocado en una maraña regulatoria totalmente desproporcionada e injustificada, uno de cuyos efectos más perjudiciales ha sido restringir la competencia.

3. La regulación española en el Sector de los Servicios

La regulación de los servicios adopta diferentes formas en nuestra economía. Existen barreras de carácter económico, técnico o burocrático, como el régimen de autorización previa vigente, que dificultan la libre entrada en el mercado para el ejercicio profesional o la prestación de un servicio. Distintos entes reguladores –Administraciones Central, Autonómicas y Locales, comisiones sectoriales, colegios profesionales,...- intervienen en los mercados sobre los que tienen algún tipo de autoridad, estableciendo requisitos de acceso y prestación del servicio, fijando precios de venta y llevando a cabo controles que, en no pocas ocasiones, provocan duplicidades innecesarias, fuertes cargas administrativas para las empresas, fragmentación del mercado e, incluso, incoherencias entre diversas exigencias regulatorias. La falta de calidad y transparencia normativas, así como la imprevisibilidad resultantes de ese afán regulador, impiden a las empresas el conocimiento correcto de las condiciones de entrada y de desarrollo de la actividad en el mercado de que se trate. El resultado de todo ello es la reducción de la competencia, con el consiguiente efecto desincentivador sobre la eficiencia del sistema productivo español.

Una de las instituciones que ha venido cuantificando las restricciones a la competencia existentes en los mercados de servicios de los países desarrollados es la OCDE. En su presentación de los resultados para España⁶ de un reciente estudio sobre el tema, esta organización (OCDE, 2009) observa que el nuestro es uno de los países desarrollados que mayor avance ha experimentado en el fortalecimiento de la competencia de sus mercados a lo largo de la última década. Este estudio, basado en el Sistema de Indicadores de Regulación del Mercado de Productos de la propia OCDE, aplaude el esfuerzo realizado por nuestro país en esta esfera de la política económica, así como la continuidad en el mismo durante diez años, con resultados especialmente positivos en la reducción del control estatal sobre las empresas y en la supresión de ciertas barreras al emprendimiento, al comercio exterior y a la inversión.

Pero no todo son buenas noticias, ni mucho menos. La OCDE subraya que, incluso habiendo experimentado ese significativo progreso, la economía española permanece, en muchas áreas, lejos de las mejores prácticas registradas en otros países. Esto ocurre con las cargas administrativas para la creación de una empresa, muy superiores a las del promedio de la OCDE. A pesar de cierto avance en la simplificación de trámites y requisitos para la apertura de empresas, los emprendedores españoles siguen teniendo que lidiar con numerosos

⁶ Presentación de los resultados de España en los indicadores de regulación de mercados de productos de la OCDE, realizada por Angel Gurría, Secretario General de la OCDE, el 16 de febrero de 2009.

procedimientos burocráticos, tal y como también señala el Banco Mundial (2008). En concreto, según el ranking de esta última institución, España ocupa nada menos que la posición 140ª del mundo en términos de las facilidades existentes para iniciar un negocio; sólo la rigidez de los mercados laborales se presenta como un factor más negativo para la actividad empresarial en nuestro país (Cuadro 2). Ese mal dato es fruto de los 10 procedimientos administrativos que deben cumplimentarse para iniciar un negocio (la media de la OCDE es de 5,8), equivalentes a unos 47 días de trámites (por los 13,4 de la media de la OCDE) y con un coste que, en términos de la renta per cápita, triplica al de la media de los países desarrollados.

Cuadro 2

España en el "Doing Business 2009"

Componentes del indicador	Posición de España
Facilidad para hacer negocios	49
Iniciar un negocio	140
Obtención de permisos de construcción	51
Emplear trabajadores	160
Registro de la propiedad	46
Obtención de crédito	43
Protección de los inversores	88
Pago de impuestos	84
Comercio internacional	52
Cumplimiento de los contratos	54
Cierre del negocio	19

Fuente: Banco Mundial (2008)

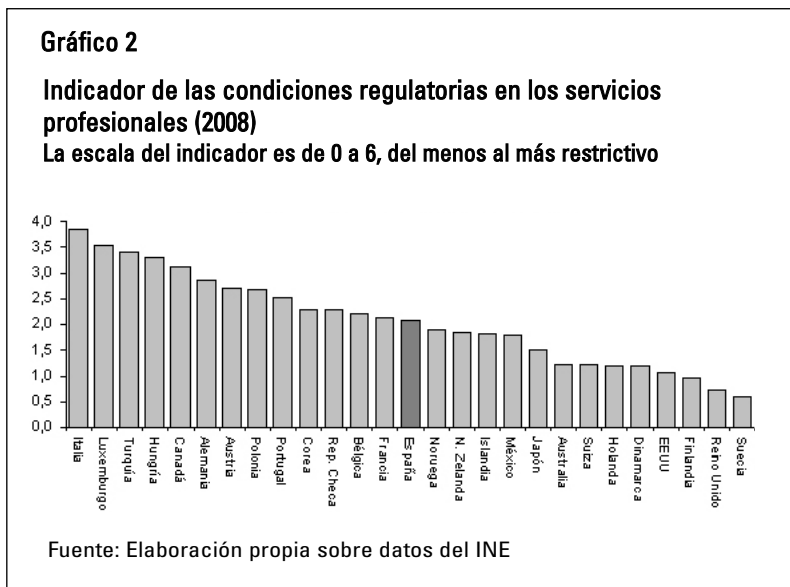
Otra esfera de actuación que requiere de un mayor esfuerzo, en opinión de la OCDE, es la simplificación de las condiciones para el acceso y el ejercicio de las profesiones liberales. En torno a este particular, resulta muy clarificador que, en su informe sobre los servicios profesionales, la Comisión Nacional de la Competencia (2008) señalara que, entre 1992 y 2008, los expedientes sancionadores relacionados con los servicios profesionales y, en concreto, con los Colegios Profesionales, habían supuesto el 9,7 % del total de expedientes instruidos por las autoridades de la competencia.

Y es que, más allá de algunos pasos liberalizadores, el acceso y el ejercicio en condiciones competitivas de profesiones como la contabilidad, la arquitectura, la ingeniería o los servicios legales siguen viéndose obstaculizados (gráfico 2) por la vigencia de numerosas normas que establecen derechos de exclusividad y límites territoriales a la libre circulación de profesionales, amén de restricciones en los precios o limitaciones sobre la publicidad.⁷ Tamañas barreras introducen mayores niveles de rigidez e ineficiencia en el mercado de servicios profesionales, lo que termina siendo un coste adicional para empresas y consumidores que operan en nuestro país.⁸

La regulación del comercio minorista es otro más de los motivos de preocupación a los que se hace mención, no sólo por parte de la

7 El informe de la Comisión Nacional de la Competencia (2008) sobre este sector incluye un amplio listado de las restricciones regulatorias existentes.

8 Según la Comisión Europea -Comunicación (2005) 405 final Seguimiento del Informe



OCDE, sino también por parte de la Comisión Europea y el FMI.⁹ Se trata de una regulación que se ha tornado más restrictiva para la competencia en el transcurso de los últimos diez años (De los Llanos y Mora, 2009), en especial por la intensa producción normativa de las CCAA en materias que incluyen la exigencia de una segunda

sobre la competencia en los servicios profesionales-, España estaba en el octavo lugar del ranking de los países de la Unión Europea con una regulación más restrictiva en este mercado.

⁹ Véase el Informe de Evaluación Anual de 2006 de la Comisión Europea en el Marco del Programa Comunitario de Lisboa, que requiere del programa nacional de reformas un mayor énfasis en incrementar la competencia en los mercados minoristas. El FMI (2009) sugiere igualmente la necesidad de eliminar regulaciones restrictivas en ese sector y, en general, en todos los mercados de servicios. La OCDE ya se había expresado

licencia, la apertura en domingos y festivos, los horarios comerciales, las temporadas de rebajas, la definición de gran superficie, la exigencia de licencia autonómica a las tiendas de descuento duro, las moratorias comerciales y los impuestos específicos que gravan a las grandes superficies, por citar sólo algunas de las más significativas.

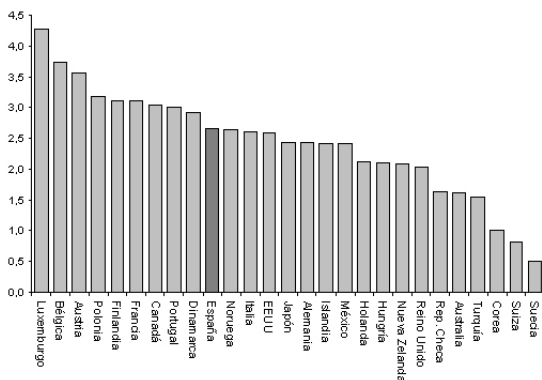
La Comisión Nacional de la Competencia (2009a) se pronunciaba sobre este particular, precisamente en el marco de la transposición de la Directiva y, más exactamente, ante la necesaria reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista. En su informe, la autoridad de la competencia recuerda que los beneficios esperados de la regulación comercial, tales como la modernización de las estructuras comerciales españolas y la corrección de los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas del sector, no se han alcanzado. De hecho, durante el periodo de vida de la Ley, el comercio tradicional ha perdido cuota de mercado, no en favor de los hipermercados, cuyo peso relativo ha caído, sino de los supermercados medianos y grandes. De esta forma, la Ley ha significado importantes distorsiones al no alcanzar las metas propuestas y sí restringir la libre competencia, cuya defensa se incluía paradójicamente en la exposición de motivos de la Ley. Esto coloca a España entre los países desarrollados con una regulación más restrictiva de su comercio minorista (gráfico 3).¹⁰

con anterioridad en idénticos términos, por ejemplo en su último informe sobre la economía española (OCDE, 2008).

Gráfico 3

Indicador de las condiciones regulatorias en el comercio minorista (2008)

La escala del indicador es de 0 a 6, del menos al más restrictivo



Fuente: OCDE

El estudio de la OCDE destacaba, por último, que los reguladores sectoriales no disfrutaban en España del nivel de indepen-

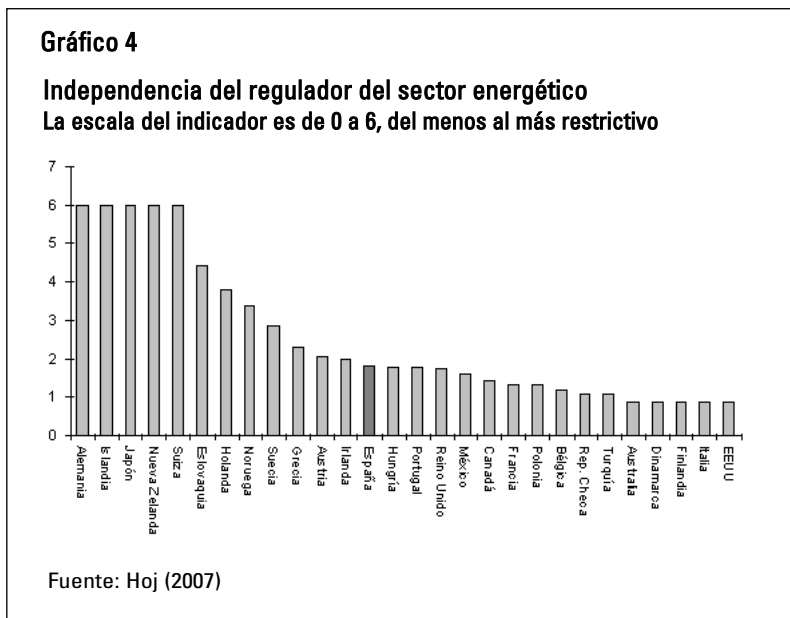
10 En el momento de redactar el presente artículo, existe un Anteproyecto de Reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista sobre el que el Consejo de Ministros informó favorablemente el 24 de abril de 2009. Los ejes esenciales de la reforma son la eliminación de la definición de gran establecimiento comercial, para evitar discriminaciones desde la ley básica estatal, y la supresión del requisito de autorización para la instalación como principio general. Por otra parte, se prohíben los requisitos de naturaleza económica y la intervención de competidores en los procedimientos de autorización. Uno de los problemas del anteproyecto es que éste contempla la creación de un régimen que permite someter a autorización la instalación de establecimientos comerciales cuando concurren razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial -la protección del medio ambiente y el entorno urbano, la ordenación del territorio o la conservación del patrimonio histórico y artístico-. Si bien se exige que

dencia necesario.¹¹ Por un lado, sectores clave para el resto del tejido productivo, como puedan ser los servicios aeroportuarios o la distribución de agua, siguen careciendo de reguladores sectoriales específicos, independientes de los ministerios del gobierno. Por otro lado, distintos reguladores sectoriales siguen sujetos a esos ministerios, como en el sector de la energía, donde el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio puede revocar las decisiones del regulador sectorial, lo que impide considerar a éste como un agente independiente con capacidad para impulsar la competencia en el sector, uno de los más determinantes para la economía. Este es un problema que afecta a España y a un número importante de países desarrollados (gráfico 4).

dicho régimen, regulado por las Comunidades Autónomas, tendrá que satisfacer los requisitos propios de la buena regulación (necesidad, proporcionalidad, no discriminación y mínima distorsión de la competencia en el mercado), la dificultad para medir las razones imperiosas de interés general puede erosionar la eficacia de la reforma.

Desde el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia ha habido un pronunciamiento claro sobre esta cuestión en los siguientes términos: “este Consejo considera que la fundamentación para permitir el establecimiento de licencias comerciales para determinados establecimientos no resulta admisible ni en base a su necesidad ni con arreglo a su proporcionalidad”. (Comisión Nacional de la Competencia, 2009b, p.10).

11 El Círculo de Empresarios (2008) abordó recientemente este problema. En ese documento, en relación con el problema de la falta de independencia de los reguladores, se señalaba la necesidad de dotar a estos organismos de los medios humanos, técnicos y económicos suficientes para desarrollar su actividad con eficacia. Esto exige de la claridad del mandato y de las competencias otorgadas; de la puesta en marcha de buenos mecanismos de rendición de cuentas y, desde luego, de la cualificación y la valía profesional de las personas elegidas para desempeñar los cargos de responsabilidad.



Esas y muchas otras deficiencias en la regulación de los servicios afectan, evidentemente, al comportamiento de las empresas del sector, al dinamismo empresarial en los mercados correspondientes y a los niveles de eficiencia en la prestación de los servicios. En concreto, la falta de competencia, producto de la mala regulación, se traduce en niveles insatisfactorios de emprendimiento e innovación.

4. Emprendimiento e innovación en España

Todos los diagnósticos al respecto han venido señalando el continuo deterioro experimentado por la competitividad de la

economía española, incluso cuando ésta atravesaba una extensa etapa de crecimiento sostenido. Poco a poco, pero de manera inexorable, nuestro país ha ido agotando la capacidad de empuje de su modelo económico, conforme éste se tornaba obsoleto ante la aparición de importantes competidores en un entorno global cada vez más integrado, competitivo y sofisticado.

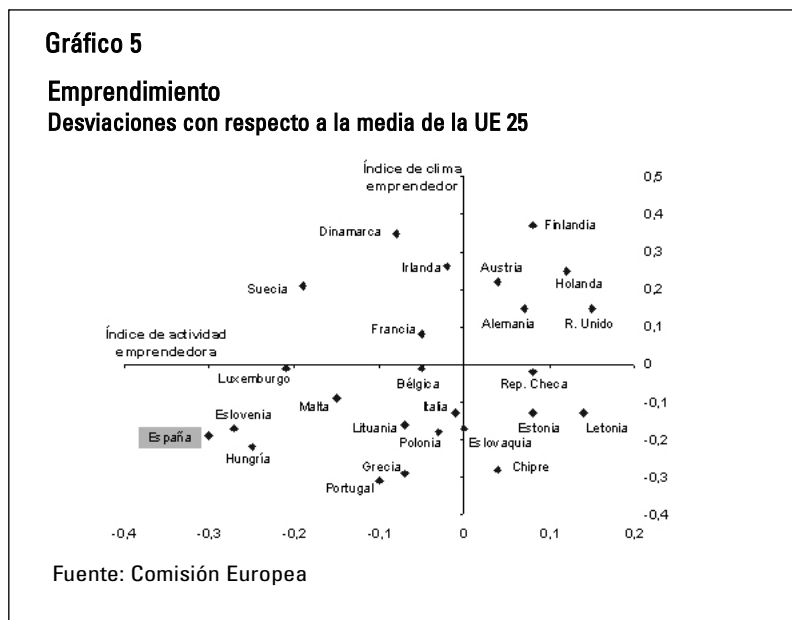
Dos de los principales componentes de lo que ha de entenderse por una economía dinámica y moderna se han mostrado especialmente débiles en el caso español. Nos referimos a la innovación y el emprendimiento, cuya presencia constituye de hecho una condición *sine qua non* para catalizar el cambio hacia una especialización con la que retomar la senda de la prosperidad. Veamos alguna evidencia ilustrativa de la debilidad de nuestra economía en ambos frentes.

- Emprendimiento

En materia de emprendimiento o "*entrepreneurship*", España se sitúa en el furgón de cola de la Unión Europea. El gráfico 5 muestra la situación relativa en 2007 de las economías de la UE-25 en dos dimensiones relacionadas, la actividad emprendedora y el clima emprendedor, cuya medición se realiza con sendos indicadores sintéticos desarrollados por la Comisión Europea.¹² El pri-

¹² Para una explicación rigurosa de las variables y métodos empleados en el estudio sobre el emprendimiento en Europa, véase Comisión Europea (2007), donde también están disponibles todos los datos.

mero de ellos, según el cual España ocupa el último lugar entre los países de la UE-25, trata de capturar los aspectos fundamentales de la demografía empresarial –nuevos negocios y cierre de empresas–, así como los del perfil de los emprendedores y del emprendimiento –por oportunidad o por necesidad¹³-. El segundo, para el que nuestro país se queda en la posición 21ª de los 25 países analizados, pretende resumir los factores que dificultan o facilitan la actividad emprendedora, desde los elementos regula-



¹³ Por emprendedor por necesidad se entiende aquella persona que decide iniciar un negocio porque no encuentra ninguna alternativa mejor, y carece de empleo y remuneración. El emprendedor por oportunidad lo hace “por vocación”, realizando una búsqueda sistemática de opciones en el mercado. Este último tipo de emprendimiento se considera más positivo para una economía (Mueller, 2007).

torios y legales, hasta las condiciones financieras, pasando por los condicionantes de carácter sociocultural.

España queda relegada al tercer cuadrante del gráfico, es decir, se encuentra por detrás de la media europea en las dos dimensiones, en compañía de Eslovenia, Hungría, Grecia y Portugal. En el extremo opuesto, con valores superiores a la media comunitaria en ambos indicadores, encontramos a Finlandia, Holanda y Reino Unido como países más destacados.

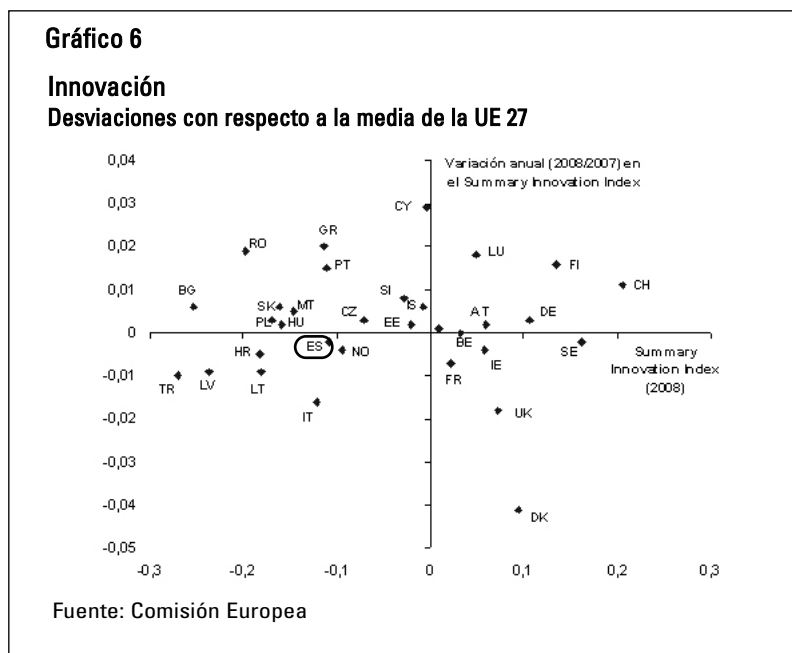
- Innovación

Desde la innovación no llegan mejores noticias sobre nuestra economía. Las comparativas internacionales vuelven a colocar a España entre los países con notables carencias en este campo. El gráfico 6, por ejemplo, ilustra cuáles han sido los resultados de la última edición del *European Innovation Scoreboard*, publicada por la Comisión Europea (2009a).

En esta oportunidad, los puntos del gráfico corresponden a las coordenadas de los países en dos dimensiones: el valor que cada economía obtiene en un indicador sintético de innovación¹⁴ (*Summary Innovation Index*) y el incremento experimentado en dicho indicador durante el último año. Como se puede

14 Este indicador se construye sobre los valores obtenidos en 29 variables diferentes, agrupadas en 7 dimensiones que, a su vez, forman 3 bloques (facilitadores o enablers, actividades de las empresas y resultados de la innovación).

observar, España se sitúa de nuevo en el tercer cuadrante, esto es, entre las economías cuyos registros en el indicador están por debajo de la media de la UE-27 y con un avance inferior al de dicha media entre 2007 y 2008. Según la terminología utilizada en el informe de la Comisión Europea (2009a), estos datos hacen de la economía española una innovadora moderada, que permanece por detrás del nivel medio de innovación europea, con el que no converge por su menor crecimiento relativo, y que pierde ventaja con respecto a varios de los países que vienen por detrás.



5. El impacto de la regulación sobre emprendimiento e innovación

Sería tan absurdo atribuir a la regulación la total responsabilidad en el insuficiente avance español en innovación y emprendimiento, como eximirla de toda culpa. En mayor o menor medida, y en interacción con otros muchos factores, los obstáculos a la competencia erigidos por la mala regulación desalientan la actividad emprendedora e innovadora, en España y en cualquier otra economía. Esa es la conclusión a la que lleva toda la evidencia disponible, sea la basada en las opiniones de los propios agentes involucrados, sea la resultante de estudios empíricos de corte estadístico o econométrico.

- Regulación y emprendimiento

Los encuestados en un estudio de la Comisión Europea (2007) consideran que las complejidades de los trámites administrativos representan el segundo mayor problema a la hora de iniciar un negocio, sólo ligeramente por detrás de las dificultades para obtener financiación. Nada menos que un 71% de quienes respondieron a la encuesta en los países de la UE-25 (el 70% en el caso de España) se mostró de acuerdo con que comenzar una aventura empresarial resulta difícil por los trámites administrativos. Ese dato contrasta con el 57% de adhesión que esa misma afirmación recibe en los Estados Unidos, donde la regulación y el entorno sociocultural son mucho más favorables al emprendedor.

La evidencia empírica respalda plenamente esa percepción. Hasta hace no mucho tiempo, la literatura especializada en el estudio de los efectos de la regulación se centraba en sus consecuencias macroeconómicas –crecimiento, inversión, empleo, etc.–, sin prestar demasiada atención a los canales microeconómicos a través de los cuales se ejercía esa influencia. Sin embargo, en los últimos años ha ido aumentando el número de estudios que se fijan en esos canales. En ese cuerpo de literatura asoma la dedicada al modo en que la regulación y el marco legal influyen en las decisiones de emprendimiento de los individuos y en las tasas de entrada de nuevos competidores en distintas industrias.

Las conclusiones a que llegan los autores que tratan el tema son inequívocas: la regulación es un obstáculo para los emprendedores. Freytag y Thurik (2007) aclaran que las regulaciones desincentivan la actividad emprendedora, pero no las preferencias de los emprendedores, distinguiendo así entre actividad y actitud/aptitud emprendedora. Ardagna y Lusardi (2009), en un estudio sobre datos de países desarrollados y en desarrollo, detectan que la regulación va en detrimento de la actividad emprendedora para cualquiera de las medidas de regulación que utilizan, entre las que destacan las referidas a requisitos de entrada. Sus datos apuntan a que la regulación reduce más el emprendimiento por oportunidad que el emprendimiento por necesidad. Klapper y otros (2006), utilizando una base de datos con información sobre 3,5 millones de empresas europeas, observan que, especialmente

en las economías desarrolladas, las regulaciones de entrada en un mercado reducen la creación de empresas en el mismo, sobre todo si se trata de un mercado que de manera natural debería tener elevadas tasas de entrada. Además, sus resultados indican que los nuevos entrantes son grandes, lo que sugiere que la regulación es más disuasoria para las pequeñas empresas.

Por supuesto, no todas las regulaciones, ni siquiera todas las que limitan la entrada en un sector, tienen las mismas consecuencias. Van Stel y otros (2007), por ejemplo, especifican que son los requisitos de un capital mínimo los que reducen la tasa de formación de nuevas empresas, mientras que el tiempo y número de procedimientos para constituir un nuevo negocio no parecen ejercer ese efecto. No obstante, estos resultados dependen de la muestra y metodología empleadas. Así, Ciccone y Papaioannou (2007) encuentran que, en aquellos países donde menos tiempo lleva iniciar un negocio, mayor entrada de empresas se produce en industrias cuya demanda global se expande y en las que más rápido es el cambio tecnológico. En cualquier caso, los resultados coinciden en el aspecto esencial: la mala regulación es desincentivadora para los emprendedores (Nyström, 2008).

- Regulación e innovación

Aunque estrechamente relacionada con el emprendimiento, la innovación presenta vínculos con la regulación que son más

complejos que los existentes entre ésta y la actividad emprendedora. Por un lado, la regulación puede estimular la innovación en la medida en que esta última sea necesaria para cumplir con aquélla. Es lo que por ejemplo sugiere la denominada hipótesis de Porter, según la cual una regulación medioambiental estricta puede incentivar el desarrollo y aplicación de tecnologías más limpias y eficientes, cuyos beneficios compensen los gastos de la innovación y los costes de cumplimiento de la regulación. Un 35% de las empresas consultadas por la Comisión Europea (2009b) declaran que los requisitos impuestos por las nuevas regulaciones y estándares medioambientales condujeron a actividades de innovación. Ese porcentaje alcanza el 30% en el caso de restricciones derivadas de nuevas regulaciones y estándares fuera de los medioambientales. En el sector de los servicios, las empresas europeas encuestadas también afirman que el cumplimiento de las regulaciones es uno de los principales motivos para la innovación (Howells y Tether, 2004).

Pero, por otro lado, la regulación impone unas cargas, mayores conforme esa regulación es más abundante y de menor calidad, que desincentivan la innovación. Así, el mismo estudio de Howells y Tether (2004) sitúa a la regulación entre los mayores impedimentos para la innovación según la opinión de las empresas europeas de servicios. Las empresas españolas del sector no difieren de ese punto de vista, pues perciben que la regulación supone una barrera para la innovación, aunque no tan importante como los costes y riesgos de la innovación o las dificultades

para acceder a la financiación necesaria (Camacho y Rodríguez, 2005). En otro estudio realizado sobre empresas de la UE, Arundel y otros (2007) apuntan que, entre las que habían introducido innovaciones en los dos años anteriores a la encuesta, las empresas de servicios indicaban haber detectado impedimentos regulatorios en menor medida que las empresas industriales, con una clara salvedad: las regulaciones dirigidas a la protección de los consumidores, que suponen mayores dificultades para la innovación en el sector servicios (cuadro 3).

Cuadro 3

Carga regulatoria sobre la innovación

Porcentaje de PYMES innovadoras que declaran que las regulaciones nacionales para las innovaciones de productos y procesos les sitúan en desventaja competitiva

	Medioambiental	Protección del consumidor	Seguridad	Diseño del producto
Innovaciones de producto y servicio				
Empresas industriales	26,2	12,1	25,5	17,9
Empresas servicios	15,8	15,0	19,4	12,1
Innovaciones de proceso				
Empresas industriales	22,2	9,6	25,2	-
Empresas servicios	16,4	14,4	21,6	-

Fuente: Comisión Europea

La teoría económica también identifica una importante variedad de efectos negativos de la regulación sobre la innovación. En general, se entiende que el sistema de libre mercado genera los incentivos adecuados para la innovación, la eficiencia y el crecimiento, por lo que cualquier regulación que constriña la competencia afecta negativamente al carácter innovador que es propio de las fuerzas del mercado (Baumol, 2004). Ese mecanismo general se concreta de diferentes maneras. Por ejemplo, las regulaciones que limitan la competencia al dificultar la entrada en un sector, desincentivan la innovación por parte de las empresas ya instaladas en el mismo. Si existe mayor facilidad de acceso al sector, las empresas asentadas en el mercado tienen mayores alicientes para innovar, pues ésta es la estrategia correcta para enfrentarse a la amenaza de potenciales competidores, sobre todo en el caso de empresas en la vanguardia o frontera tecnológica (Aghion y otros, 2009). En ese mismo sentido, la supresión de barreras de entrada libera las fuerzas competitivas que conducen a la adopción y difusión de tecnologías con las que mejorar la eficiencia de los procesos y la calidad de los productos, en especial de los servicios, como ha sucedido en el caso del transporte por carretera (Joskow, 2005).

6. La reforma del sector servicios en España: el papel de la Directiva

A pesar de su importancia cuantitativa, el sector servicios ha sido objeto, tradicionalmente, de un menor interés analítico que la

industria. En parte, esa menor atención se ha debido a la creencia de que las condiciones estructurales de las actividades de servicios, tales como la proximidad cliente-proveedor o el uso intensivo de mano de obra, impedían avances significativos de su eficiencia productiva. Sin embargo, la evidencia más reciente comienza a ofrecer argumentos para rebatir esa conclusión (Cuadrado y Maroto, 2006). De la mano del intenso avance tecnológico y la liberalización comercial, se está produciendo la transformación estructural de muchas ramas de los servicios, sobre todo de aquellas mejor capacitadas para incorporar los avances en las tecnologías de la información y la comunicación. Fruto de esta nueva realidad, el sector servicios ha visto incrementarse el ritmo al que avanza su productividad, así como su contribución al crecimiento de esa variable para el conjunto de la economía.

Pero no todos los países desarrollados experimentan ese cambio en idéntico grado, sino que el provecho que obtienen del avance tecnológico queda condicionado por elementos institucionales. En el cuadro 4 puede apreciarse que la productividad de los servicios crece en los EEUU a un ritmo superior al europeo, convirtiéndose en un factor decisivo para comprender el origen de la brecha de productividad que separa a ambas economías. Entre los países europeos, sólo Reino Unido y Holanda han sido capaces de seguir la estela estadounidense en este apartado, mientras que España ha visto como su sector servicios apenas aportaba alguna décima a la tasa de crecimiento anual de la productividad.

Según van Ark y otros (2008), ese dispar comportamiento de la productividad de los servicios es atribuible a las diferencias en los niveles de innovación y adopción de nuevas tecnologías, así como a la regulación europea que, al coartar el libre juego de la competencia en los mercados de nuestro continente, dificulta la innovación y agrava el resto de causas estructurales del problema. Una regulación más favorable a la competencia en los servicios se erige, de ese modo, en factor de ventaja competitiva.

Cuadro 4

Descomposición sectorial de las ganancias de productividad Contribución (puntos porcentuales) a las tasas anuales medias de incremento de la productividad del trabajo, periodo 1995-2004

	Total (economía de mercado)	Producción de TICs	Producción de bienes	Producción de servicios de mercado	Reasignación del trabajo
Austria	2,2	0,3	1,7	0,3	-0,1
Bélgica	1,8	0,3	1,0	0,5	-0,1
Dinamarca	1,4	0,3	0,8	0,3	0,0
Finlandia	3,3	1,6	1,3	0,4	0,0
Francia	2,0	0,5	1,0	0,6	0,0
Alemania	1,6	0,5	0,9	0,2	0,0
Italia	0,5	0,3	0,3	-0,1	0,0
Holanda	2,0	0,4	0,6	1,1	-0,1
España	0,2	0,1	0,1	0,1	-0,1
Reino Unido	2,7	0,5	0,7	1,6	-0,2
Unión Europea (los 10 países anteriores)	1,5	0,5	0,8	0,5	-0,2
EEUU	3,0	0,9	0,7	1,8	-0,3

Fuente: van Ark y otros.

Nota: el efecto reasignación del trabajo se refiere a las ganancias de productividad derivadas de los desplazamientos del trabajo entre sectores.

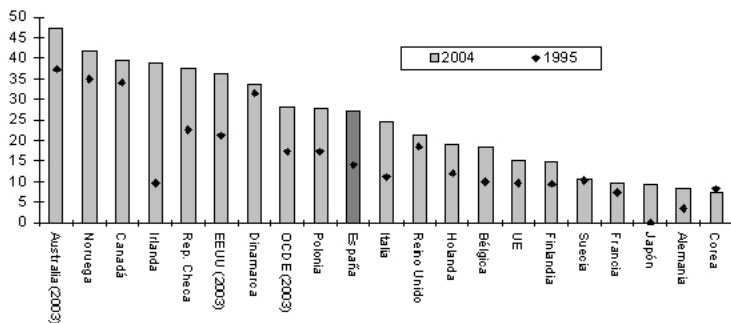
Hay que tener presente, en esa misma línea argumental, que la desregulación o flexibilización, todavía insuficiente, de los mercados de servicios parece haber animado el esfuerzo en I+D de las empresas del sector durante los últimos años. Al menos esto es lo que sugieren los datos, según los cuales se ha incrementado el peso relativo de los servicios en el gasto total de las empresas en la partida de I+D, tanto en España como en el resto de naciones desarrolladas (gráfico 7), si bien queda un amplísimo margen de progreso. Convendría, por tanto, seguir avanzando en esa flexibilización.

De lo ya comentado en páginas precedentes, se desprenden también argumentos a favor de la mejora de la regulación como factor dinamizador del emprendimiento. La mala regulación no sólo es más onerosa para las empresas pequeñas (Nijssen y Vellinga, 2002), sino que, como hemos visto, las disuade más de la entrada en los mercados. Éste es un resultado importante para comprender el impacto de la sobrerregulación en el dinamismo empresarial del sector servicios y en el conjunto de la economía española, donde predominan las pequeñas empresas. Según López-García y otros (2009), entre 1996 y 2003 las empresas con menos de 10 empleados supusieron casi el 25% de los ocupados en los servicios y cerca del 36% del nuevo empleo generado en el sector, del que aproximadamente una tercera parte correspondió a la entrada neta de empresas. Luego, una mejora de la regulación de los servicios, además de favorecer la productividad a través de la innovación, impulsaría la creación de empleo a través de la entrada de nuevas empresas.

A esas razones en defensa de una mejora en el marco normativo de los servicios se debe añadir que el exceso de regulación de este sector o la mala calidad de la misma limitan el avance de la productividad en otras ramas de la actividad económica. No olvidemos que la creciente presencia y peso de los servicios en prácticamente todas las fases del proceso productivo han convertido a dichas actividades en insumos básicos para la industria. Así ocurre, de hecho, en los ámbitos de la innovación y el emprendimiento aquí tratados. Por ejemplo, los servicios, sobre todo los intensivos en conocimiento, desempeñan en España un papel relevante como difusores del I+D incorporado en los productos (Rodríguez y Camacho, 2007).

Gráfico 7

Participación de los servicios en el I+D empresarial



Fuente: OCDE (2007)

Si España desea un cambio de modelo económico, apoyado en la actividad emprendedora e innovadora, no hay duda, a la luz de todo lo comentado, de que debe avanzar por la senda de las reformas en el sector servicios, buscando un marco normativo que favorezca la competencia y, con ella, la innovación, el dinamismo empresarial, la productividad y la creación de empleo. Es mucho el potencial de este sector desaprovechado por causa de una regulación de mala calidad. Un potencial que, de materializarse, impulsaría la competitividad del conjunto del sistema productivo español. En otras palabras, la modernización del sector servicios debe convertirse en pieza central del cambio de modelo que precisa nuestra economía.

La Directiva apuesta precisamente por esa modernización mediante la competencia, la simplificación administrativa y la libertad de establecimiento.¹⁵ Por tanto, su transposición se antoja un excelente pistoletazo de salida para la reforma de los servicios, especialmente en un país como España, donde el esfuerzo liberalizador de la economía durante los últimos 20 años ha sido, en gran parte, el producto de compromisos con el

¹⁵ Los capítulos II y III de la Directiva se dedican a la simplificación administrativa y la libertad de establecimiento, respectivamente. Por supuesto, el objetivo de la Directiva va más allá de la introducción de mayor grado de competencia en los mercados nacionales de servicios, pues pretende acabar con las barreras que impiden la libre circulación de servicios en el mercado europeo, lo que, por otra parte, supone un impulso para la competencia en cada mercado doméstico.

exterior, concretamente de las exigencias de armonización regulatoria asociadas a la integración europea.

Se trata de una transposición compleja, que obliga a modificar alrededor de 100 leyes, casi 400 decretos, y más de 6.000 normas de carácter autonómico y local. Por otra parte, quedan fuera de su alcance ramas importantes de los servicios, como las agencias de trabajo temporal, los sectores con normativas específicas para su liberalización –servicios financieros, comunicaciones electrónicas, energía,...–, o los servicios no económicos de interés general sujetos a obligaciones de servicio público.

Es cierto que, con esos condicionantes, la transposición de la Directiva no bastará para terminar con los obstáculos que impiden el desarrollo de un clima de competencia en el sector de los servicios. Pero las limitaciones de la Directiva no pueden servir de coartada para la inacción. Tampoco pueden tomarse en clave de simple cumplimiento de mínimos, tratando de aprovechar simultáneamente cualquier resquicio legal para una interpretación inmovilista. Al contrario, esas limitaciones deben constituir un acicate para abordar una agenda más amplia de reforma, basada en el espíritu de la propia Directiva, que no es otro que el del establecimiento de condiciones favorables para la competencia en el mercado de servicios. Así las cosas, la genuina transposición de la Directiva no consiste sólo, que también, en una reforma cabal y en profundidad de la legislación en vigor, sino que requiere algo más; requiere una nueva cultura de la regulación,

sostenida sobre los principios de la buena regulación: necesidad, proporcionalidad, eficacia, mínima distorsión de la competencia, transparencia y predicibilidad. Con una regulación de esas características, la innovación y el emprendimiento encontrarán condiciones más favorables para desarrollarse tal como la economía española precisa.

7. Una breve reflexión final

La economía española está necesitada de profundas reformas que la capaciten para recobrar un ritmo de crecimiento sostenido y sostenible. Muchas de las necesarias transformaciones estructurales entrañan enorme complejidad, y difícilmente se podrán llevar a cabo en ausencia de un consenso político amplio y con vocación de futuro. La reforma de la educación o la del mercado laboral son dos buenos ejemplos al respecto

En el ámbito de la adecuación de la regulación económica a las mejores prácticas internacionales surgen también grandes obstáculos. Así, la revisión completa del marco regulador requiere un descomunal esfuerzo en términos económicos, pero también políticos dado el nivel de descentralización de nuestras Administraciones Públicas. Bajo esas premisas, es imprescindible que la economía española aproveche la oportunidad única que se presenta con la transposición de la Directiva de servicios. Puesto que estamos obligados a trasladar la norma europea a nuestra legislación, deberíamos hacer todo lo posible para obtener el

máximo provecho del esfuerzo a realizar, tratando de llevar el espíritu de la Directiva a todo el sector servicios. Difícilmente se presentarán en el futuro ocasiones como ésta para asentar una cultura de la competencia basada en la buena regulación. Como se ha explicado a lo largo de estas páginas, uno de los beneficios de esa cultura habrá de ser un mayor dinamismo en la actividad emprendedora e innovadora en los servicios, con las consiguientes ganancias de bienestar para el conjunto de la sociedad.

Bibliografía

Aghion, P., Blundell, R., Griffith, R., Howitt, P. y S Prantl (2009). The Effects of Entry on Incumbent Innovation and Productivity. *Review of Economics and Statistics*, 91(1), 20-32.

Ardagna, S. y A. Lusardi (2009). Explaining International Differences in Entrepreneurship: The Role of Individual Characteristics and Regulatory Constraints. NBER Working Paper 14012.

Arundel, A., Kanerva, M., van Cruysen, A. y H. Hollanders (2007). "Innovation Statistics for the European Service Sector". Pro Inno Europe.

Banco Mundial (2008). "Doing Business, 2009". World Bank and Palgrave Macmillan, Washington D. C.

Baumol, W. J. (2004). "The free-market innovation machine: Analyzing the growth miracle of capitalism". Princeton: Princeton University Press.

Camacho, J. A. y M. Rodríguez (2005). How innovative are services? an empirical analysis for Spain. *The Service Industries Journal*, 25(2), 253-271.

Ciccone, A. y E. Papaioannou (2007). Red tape and delayed entry. *Journal of the European Economic Association*, 5(2-3), 444-458.

Círculo de Empresarios (2008). "La calidad institucional, elemento básico para garantizar la competitividad: sistema judicial y organismos reguladores". Documentos Círculo de Empresarios, junio/julio 2008.

Comisión Europea (2009a). “European Innovation Scoreboard 2008. Comparative Analysis of Innovation Performance”. Pro Inno Europe.

Comisión Europea (2009b). “Innobarometer 2009”. Flash Eurobarometer 267. The Eurobarometer Team of the European Commission and the Gallup Organization.

Comisión Europea (2007). “Entrepreneurship Survey of the EU (25 Member States), United States, Iceland and Norway”. Flash Eurobarometer 192. The Eurobarometer Team of the European Commission and the Gallup Organization.

Comisión Europea (2005). “Comunicación (2005) 405 final Seguimiento del Informe sobre la competencia en los servicios profesionales”.

Comisión Nacional de la Competencia (2009a). “La reforma de la Ley del comercio minorista en el marco de la transposición de la directiva de servicios”.

Comisión Nacional de la Competencia (2009b). “Informe de la Reforma de la Ley del Comercio Minorista”.

Comisión Nacional de la Competencia (2009c). “Guía para la elaboración de memorias de competencia de los proyectos normativos”.

Comisión Nacional de la Competencia (2008). “Informe sobre el sector de servicios profesionales y colegios profesionales”.

Cuadrado Roura, J. R. y A. Maroto Sánchez (2006). La productividad y los servicios: la necesaria revisión de la imagen tradicional. *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, 829, 93-121.

De los Llanos Matea, María y Juan S. Mora (2009). “La evolución de la regulación del comercio minorista en España y sus implica-

ciones macroeconómicas”. Documento de Trabajo 0908, Banco de España.

FMI (2009). “Spain: Selected Issues”. IMF Country Report No. 09/129. International Monetary Fund, Washington D. C.

Freytag, A y A. Roy Thurik (2007). Entrepreneurship and its determinants in a cross-country setting. *Journal of Evolutionary Economics*, 17, 117–131.

Gordo, E., J. Jareño y A. Urtasun (2006). “Radiografía del sector servicios en España”, Banco de España, Documentos Ocasionales, nº 0607.

Høj, J. (2007). “Competition Law and Policy Indicators for the OECD countries”. OECD Economics Department Working Papers, No. 568. OECD Publishing.

Howells, J. y B. Tether (2004). “Innovation in Services: Issues at Stake and Trends. Studies on Innovation Matters Related to the Implementation of the Community 'Innovation and SMEs Programme'.” INNO-Studies 2001: Lot 3 (ENTR-Cj2001).

Joskow, P. L. (2005). Regulation and Deregulation after 25 Years: Lessons Learned for Research in Industrial Organization. *Review of Industrial Organization*, 26:169–193.

Klapper, L., Laevena, L. y R. Raghuram (2006). Entry regulation as a barrier to entrepreneurship. *Journal of Financial Economics*, 82: 591–629.

López-García, P., Puente, S. y A. L. Gómez (2009). “Employment generation by small firms in Spain”. Documento Ocasional 0903, Banco de España.

Mueller, P. (2007). Exploiting Entrepreneurial Opportunities: The Impact of Entrepreneurship on Growth. *Small Business Economics* 28 (4), 355-362.

Nijssen, A., y N. Vellinga (2002). A Model to Measure the Administrative Burden of Businesses, Scientific Analysis of Enterprises and SMEs Research Report 0110.

Nyström, K. (2008). The institutions of economic freedom and entrepreneurship: evidence from panel data. *Public Choice* 136, 269-282.

OCDE (2009). "Indicators of Product Market Regulation, 2009". Disponible en http://www.oecd.org/document/1/0,3343,en_2649_34323_2367_297_1_1_1_1,00.html

OCDE (2008). "OECD Economic Surveys: Spain". Volume 2008/19, Supplement 1. OECD Publishing.

OCDE (2007). "OECD Science, Technology and Industry: Scoreboard 2007".

Rodríguez, M. Y J. A. Camacho (2007). El papel difusor de los servicios intensivos en conocimiento en España: un estudio de los flujos de I+D incorporado. *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, 834,. 259-272.

Van Ark, B., O'Mahony, M. y M. P. Timmer (2008). The Productivity Gap between Europe and the United States: Trends and Causes. *Journal of Economic Perspectives*, 22(1), 25-44.

Van Stel, A., Storey, D. J. y A. Roy Thurik (2007). The Effect of Business Regulations on Nascent and Young Business Entrepreneurship. *Small Business Economics*, 28, 171-186.

Comisión Nacional de la Competencia y transposición de Directiva de Servicios

1. Introducción

Durante la última década se ha asistido a un lento desarrollo del sector servicios en Europa en relación con el de EE.UU. Diversos estudios económicos muestran que la contribución al

* Nacido en Alicante el 19 de enero de 1946. Casado, dos hijos. Licenciado en Derecho en 1968, con Premio Extraordinario por la Universidad de Valencia. Abogado en ejercicio entre 1968 y 1993, especialista en Derecho Mercantil. Diputado en las Cortes Generales de 1979 a 1993. De 1993 a 1995, Conseller de Administración Pública y Portavoz del Gobierno de la Generalitat Valenciana. De 1994 a 1995, Miembro del Comité de las Regiones. En 1995 es nombrado Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia, siendo su Vicepresidente desde 1998 hasta 1999. En las elecciones de junio de 1999 fue elegido Diputado al Parlamento Europeo. En mayo de 2005 fue designado Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, cargo en el que cesó al ser nombrado por el Consejo de Ministros de 30 de septiembre del mismo año Presidente del Tribunal de la Competencia. Ha sido profesor del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia (1975-1977) y del

crecimiento de la productividad del sector servicios europeo entre 1995 y 2004 es inferior a la tercera parte de la lograda en EE.UU. Las estadísticas de comercio exterior confirman igualmente que en 2007 las exportaciones de servicios suponen en la UE, en relación con su exportación total, un porcentaje cinco puntos porcentuales menor que en EE.UU. Parece claro que el intenso proceso de liberalización de la economía europea todavía se muestra insuficiente para que nuestros servicios puedan desarrollarse más intensamente.

Puede, por tanto, afirmarse que “algo” está lastrando el desarrollo de un sector de extraordinaria relevancia para la economía. La importancia del sector servicios no sólo se deriva de su creciente peso sobre el PIB –más de dos tercios en un país desarrollado- sino también de su papel como sector instrumental para el buen funcionamiento y la dinamización de otros sectores. Las telecomunicaciones y las tecnologías de la sociedad de la información, por ejemplo, contribuyen a aumentar la competitividad de otros ámbitos de la economía. La distribución comercial, de igual modo, facilita el acceso de los consumidores a una amplia gama de bienes y servicios.

Colegio Universitario de Alicante (1977-1982). En el curso 2004-2005 fue profesor asociado de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid. Ha dado clases en los cursos de Master de Derecho Comunitario de la Universidad Complutense, de Derecho Europeo y de Ejercicio Profesional, ambos de la Universidad Carlos III, de Derecho de la Competencia de la Universidad Juan Carlos I y de Arthur Andersen.

Entre las causas que explican este menor desarrollo relativo en Europa se encuentra el bajo nivel comparativo de innovación, la menor adopción de nuevas tecnologías y una regulación excesiva que restringe la entrada en el mercado a nuevos operadores. Resulta evidente que la eliminación de obstáculos regulatorios a esta entrada en el mercado y al comercio de servicios puede contribuir a resolver otros problemas estructurales ya que la existencia de dichos obstáculos dificulta la difusión de tecnologías existentes y la innovación por parte de nuevas empresas.

Obviamente, eliminar la regulación que obstaculiza la competencia no implica prescindir totalmente de ella sino sólo de aquella que restringe innecesariamente la competencia sin otro motivo legítimo de interés general que lo justifique. ¿Qué justificación tiene que sea necesaria una licencia para la apertura de una gran superficie comercial y que ésta se conceda o no en función de la valoración administrativa del impacto que ésta tenga sobre la actividad económica de la zona? ¿Está justificado que un profesional, para ejercer su actividad, esté obligado a pertenecer a un colegio profesional local al que debe abonar un elevado canon? En otros casos, las restricciones de la actividad tienen justificación por motivos de capacidad técnica o determinados supuestos de protección del medioambiente, entre otros.

La necesaria reforma del sector servicios no implica eliminar aquellas regulaciones que poseen un fin legítimo y justificado de carácter no económico sino las que restringen la actividad econó-

mica sin otro fin, y modificar esas otras que, teniendo un fin justificado, imponen restricciones sobre la economía que van más allá de las necesarias para la consecución de dicho fin. Ese es el espíritu de la *Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior*, -conocida como directiva Bolkestein o de servicios-, que ha de ser traspuesta en los ordenamientos normativos de todos los Estados miembros antes de finalizar el presente año.

El objetivo último de la Directiva de Servicios no es otro que consolidar el mercado interior de la UE basado en la libertad de circulación de personas, bienes, servicios y capitales y reafirmar la vigencia de los objetivos fijados en el Consejo Europeo de Lisboa del año 2000: conseguir que la economía europea se convierta en la más dinámica y competitiva del mundo, capaz de crecer de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social.

2. La reforma del sector servicios en España

El diagnóstico de la evolución del sector servicios en España en los últimos años es todavía más preocupante que el caso de la UE en su conjunto. Muchos especialistas argumentan que gran parte de nuestros problemas de competitividad, motivados en un bajo crecimiento de la productividad y en una inflación diferencial con nuestros socios comunitarios, nace de las ineficiencias del sector servicios y revela la existencia de importantes

obstáculos al ejercicio de la libre competencia en muchos ámbitos del sector terciario de nuestra economía.

Parece claro que la introducción de reformas liberalizadoras en el sector servicios adquiere en España un carácter de urgencia en el actual contexto de crisis económica y que la transposición de la Directiva de Servicios supone una magnífica oportunidad, que no debe ser desaprovechada, para hacerlo. Con escaso margen para la estimulación adicional de nuestra economía a través de impulsos fiscales y presupuestarios, son las políticas de oferta las que deben asumir el protagonismo para recuperar el crecimiento económico sobre unos fundamentos más sólidos, que se asienten en el dinamismo de la productividad y la mejora de la competitividad de la economía española.

La transposición de la Directiva de Servicios debe ser el motor de la reforma del sector servicios en España. Dicha transposición exige la modificación de un centenar de leyes y 370 decretos, además de cerca de 6.500 normas de carácter autonómico y local. La Directiva excluye de su ámbito, entre otros, los servicios sanitarios, de seguridad privada, agencias de trabajo temporal, así como servicios liberalizados por normativas específicas como la energía, los servicios financieros, los servicios audiovisuales y las comunicaciones electrónicas. También se excluyen los llamados “servicios no económicos de interés general” sujetos a obligaciones específicas de servicio público. Pero en cualquier caso, afecta al 87% del valor de los servicios, algo más de la mitad del PIB español.

He requerido de unos párrafos introductorios previos de exposición del trasfondo tanto de índole económica como de los elementos básicos de la introducción de la Directiva de Servicios para centrar los aspectos principales que definen uno de los mayores retos a los que nos enfrentamos como sociedad y cuya progresiva resolución condicionará nuestro potencial económico y el bienestar de los ciudadanos durante la próxima década. La magnitud del reto liberalizador puede compararse a otros de nuestro pasado reciente como nuestra incorporación a la CEE en 1986 o la entrada en la Unión Económica y Monetaria hace ya más de diez años, ambos determinantes de importantes impulsos al crecimiento y modernización de nuestra economía. En aquellos hitos, aprovechamos las oportunidades y superamos las dificultades que entrañan una mayor competencia y liberalización. Podemos y debemos volver a hacerlo ahora.

Como posteriormente detallaré la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) está jugando, y seguirá haciéndolo porque es su obligación, un papel extraordinariamente relevante en el debate que ha suscitado la transposición de la Directiva en el ordenamiento jurídico español. En línea con la vieja batalla de los ilustrados españoles que propugnaban reformas racionalizadoras de la vida económica de la España del siglo XVIII, la CNC ha querido jugar en este debate un papel dinamizador, intentando aprovechar las oportunidades que brindaba la transposición de la Directiva. Intentando, además, que los actores públicos y privados, participantes en la discusión, no vieran la Directiva

como una amenaza. Antes al contrario, que comprendieran precisamente la virtualidad dinamizadora de la misma.

El Gobierno está estructurando el proceso de transposición, de gran complejidad por afectar a un elevado número de normas de carácter legal y reglamentario -que afectan a multitud de subsectores- y por concurrir títulos competenciales de los tres niveles de la Administración, en distintas fases. Me consta que el esfuerzo que están desplegando todos los departamentos afectados es de enorme intensidad y el trabajo de calidad. Considero, con independencia de otras cuestiones de posicionamiento que posteriormente iré desgranando y en las que centraré el resto de este artículo, que merecen un reconocimiento todos los funcionarios que están implicados en el ímprobo trabajo de transposición. Es evidente que la revisión general del marco jurídico del sector servicios es una tarea que supone un gran esfuerzo en tiempo y en recursos humanos y materiales, y que además no se realiza frecuentemente. De ahí que estemos ante una oportunidad única.

3. La Ley Paraguas

El inicio del proceso de transposición de la directiva por parte del Gobierno se ha acometido mediante la aprobación el pasado 27 de marzo de 2009 del *Proyecto de Ley sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios* –conocida como Ley Paraguas– que es un texto de carácter general cuyo objetivo es establecer las disposiciones necesarias para facilitar el libre establecimiento, la

libre circulación de prestadores de servicios, simplificando los procedimientos y fomentando, al mismo tiempo, un nivel adecuado de calidad en los servicios. La Ley se aplica a los servicios que son ofrecidos en España por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro de la UE.

Desde la CNC se participa del enfoque ambicioso del que hace gala el Proyecto de Ley, al tener como fin, en palabras de su Exposición de Motivos, el *“impulsar la mejora de la regulación del sector servicios, reduciendo las trabas injustificadas o desproporcionadas al ejercicio de una actividad de servicios y proporcionando un entorno más favorable y transparente a los agentes económicos que incentive la creación de empresas y genere ganancias en eficiencia, productividad y empleo en las actividades de servicios, además del incremento de la variedad y calidad de los servicios disponibles para empresas y ciudadanos”*. En efecto, el espíritu y los objetivos que pretende alcanzar el Proyecto de Ley en los mercados de servicios coinciden en gran medida con los objetivos propios de la CNC de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados, fines que quedan reflejados, en términos generales, en el texto dispositivo.

En relación con el contenido del Proyecto de Ley, si bien las medidas destinadas a facilitar la reducción de cargas administrativas pueden favorecer un avance importante en el desarrollo de las actividades de servicios en el mercado interior, son las previsiones sobre libre establecimiento y libre circulación de presta-

dores de servicios las que desde el punto de vista de la competencia tienen mayor interés. Esto es así porque dichas medidas tienen una proyección que excede el objetivo prioritario a nivel comunitario de crear un verdadero mercado único de servicios. Se están eliminando ineficiencias indeseables, que repercuten negativamente en el grado de competencia de los mercados nacionales, y, por ende, en el desarrollo económico y empresarial y en la productividad.

Precisamente este mensaje de eliminación de restricciones regulatorias ha sido trasladado por la CNC al sector público, en el reciente documento *“Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación más eficiente y favorecedora de la competencia”*, publicado en junio de 2008. Este informe establece una serie de principios como son los principios de necesidad y proporcionalidad, mínima distorsión de la competencia, eficacia, transparencia, y predecibilidad que, en opinión de la CNC, deben siempre informar la práctica regulatoria desde una perspectiva de promoción de competencia. Muchos de estos principios son precisamente también los que debe caracterizar la regulación del acceso y prestación de servicios según el Proyecto de Ley, en particular el principio de necesidad, de proporcionalidad y mínima distorsión posible.

El punto de partida en el informe de *Recomendaciones* (y de la *Guía* a la que posteriormente me referiré) es que la defensa de la competencia es un objetivo que compete a todos los poderes

públicos, puesto que el artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y, al mismo tiempo, encomienda a los poderes públicos su garantía y protección. Por ello, se debe evitar que sea el propio poder público el que, a través de sus actuaciones normativas o administrativas, introduzca restricciones injustificadas a la competencia.

A la hora de valorar debidamente la capacidad del Proyecto de Ley de impulsar y catalizar la mejora de la eficiencia en los mercados de servicios en España, debe partirse del hecho de que su futura aprobación por el Parlamento constituye un primer estadio en ese ejercicio, si bien su importancia, al asentar los principios generales de la libre prestación de servicios y el libre establecimiento, excede al mero hecho jurídico-formal de incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva. La transposición supone un primer paso que debe dar lugar a una secuencia de modificaciones normativas. Así, la primera medida del éxito de la transposición de la directiva radicará no tanto en la incorporación del Proyecto de Ley al ordenamiento jurídico, sino en el compromiso de que el ulterior proceso de revisión normativa acabe cumpliendo efectivamente las previsiones de ésta para alcanzar los objetivos perseguidos.

En este sentido, el Proyecto de Ley, y su mencionada vocación ambiciosa, han de resultar necesariamente valiosos en la señalización de los estándares a emplear en la adaptación de la normativa vigente. Existen varios ejemplos que pueden ilustrar

dicho carácter, y evidencian la voluntad del Gobierno de incluso superar las implicaciones de la propia Directiva de Servicios. Por ejemplo, en el texto se hace referencia al carácter excepcional –y sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones- de la instauración de regímenes de autorización para el acceso y el ejercicio de las actividades de servicios en España. Hacer uso de esta excepcionalidad exige justificar debidamente los motivos y beneficios inherentes a la instauración o perpetuación de dichos regímenes, de manera que se evite la posibilidad de que dicho ejercicio se vacíe de contenido mediante remisiones vagas a motivos de interés general.

Otro de estos ejemplos es la rotundidad que emplea al establecer que con carácter general no serán posibles los regímenes de autorización (artículo 5), o al determinar que, en caso de que existan tales regímenes, el principio general es que no habrá limitaciones en el número de autorizaciones, éstas se otorgarán por tiempo indefinido y para todo el territorio nacional. Otro caso es en relación con la libre prestación de servicios para prestadores de otros Estados miembros, a propósito de la cual el Proyecto de Ley, en su artículo 12.3, resalta de nuevo el carácter excepcional de cualquier limitación en este sentido, cuestión que queda más abierta en el artículo 16 de la Directiva.

De cualquier manera, el carácter ambicioso del proceso vendrá verdaderamente derivado no sólo del contenido de la Ley Paraguas que finalmente se apruebe en el Parlamento, sino tam-

bién –y especialmente– del ejercicio de adecuación normativa que a partir de aquél se realice.

Debe tenerse en cuenta además que la fase de evaluación del ordenamiento jurídico no se agota a nivel nacional. A partir de finales de diciembre de 2009 se abrirá la fase de evaluación recíproca entre los Estados miembros. Esta evaluación se realizará sobre la presentación de determinados informes, a partir de los cuales los Estados miembros podrán exponer el grado de satisfacción que presenta el proceso de transposición que han llevado a cabo los restantes Estados. De esta manera, se asegura que no existan disparidades de criterio en la interpretación y aplicación de las obligaciones previstas en la Directiva.

En este sentido, sí habría resultado deseable una mayor precisión en los siguientes pasos, a nivel interno, en la tarea de revisión y adecuación que las Autoridades responsables deberán llevar a cabo, así como a los controles de calidad del proceso que se contemple realizar. La Disposición Adicional tercera del Proyecto de Ley, por toda descripción, establece la creación de un Comité para la mejora de la regulación de las actividades de servicios, el cual, facilitará la cooperación entre Administraciones Públicas, así como el seguimiento y la coordinación de las distintas actuaciones.

La verdadera fuerza del Proyecto de Ley, una vez quede incorporado al ordenamiento jurídico, se mide en su finalidad de evi-

tar pro futuro la aparición de ulteriores restricciones al acceso o al ejercicio de las actividades de servicios. Y es ésta una finalidad en la que, de nuevo, las autoridades responsables seguirán sometidas al escrutinio de las autoridades comunitarias y el resto de Estados miembros.

En definitiva, el proceso de transposición constituye una ocasión única de someter a revisión las existentes restricciones normativas a la actividad de servicios, no ya para la consecución de las libertades de circulación y libre establecimiento entre los Estados Miembros de la Unión Europea –lo que parece garantizado por sistema de *peer-review* a instrumentar-, sino con el fin de eliminar todas las restricciones normativas que impiden el acceso a los mercados de servicios constituyendo barreras a la entrada, y que favorecen a los ya implantados al relajar la tensión competitiva a la que se enfrentan.

A la luz de la coincidencia entre los fines de la Directiva y la promoción del funcionamiento eficiente de los mercados, resulta evidente que la CNC seguirá con suma atención las distintas etapas del proceso de transposición de esta Directiva, y vigilará, en el marco de sus atribuciones, que dicho proceso es efectivamente aprovechado para eliminar restricciones injustificadas al funcionamiento de estos mercados, en particular en ejercicio del artículo 25 a) (dictamen sobre proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia) y 26.1 e) (elevación de propuestas a las Administraciones Públicas para la modificación o

supresión de las restricciones a la competencia efectiva derivadas de su actuación) de la *Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia*.

Precisamente también con esta vocación de aprovechar al máximo la oportunidad que brinda el proceso de transposición de la Directiva iniciado con el Proyecto de Ley Paraguas, la CNC publicó a principios de año una “*Guía para la Elaboración de Memorias de Competencia de los proyectos normativos*”. Sin perjuicio de la finalidad más amplia de dicha Guía destinada a servir de instrumento para conseguir una mejor regulación en cualquier sector de actividad, la misma puede asimismo ser de utilidad para facilitar la revisión de la regulación vigente en los distintos mercados de servicios por parte de las autoridades responsables de la producción normativa y evaluar el impacto de la futura regulación sobre la competencia, impidiendo la introducción de obstáculos innecesarios.

En este sentido, el Gobierno está tramitando en los últimos meses un *Real Decreto de Técnica Normativa* que incrementa el grado de exigencia de todos los poderes reguladores a la hora de evaluar todos los impactos (económicos, presupuestarios, medioambientales, sobre la seguridad social...) que se deriven de una nueva norma emitida por ellos, con vistas al equilibrio y proporcionalidad de los impactos de la norma. La CNC está haciendo esfuerzos, como no podía ser de otra forma, para que los elementos principales de la Guía para la elaboración de Memorias de Competencia queden recogidos en el texto del RD de Técnica Normativa.

Nuestras “Recomendaciones” hace un año se convirtieron en “Guía” y, esperemos que pronto sean “obligatorias” para los poderes normativos. Estos tendrían que intentar equilibrar y calibrar los distintos objetivos perseguidos sin dañar innecesariamente a la competencia. El momento en el que se produce este cambio es óptimo, no sólo por los cambios motivados en la revisión de la regulación actual, obligados por la transposición de la Directiva, sino por la “filosofía” a seguir en la regulación futura.

4. La Ley Ómnibus

Una ley horizontal donde se establecen las líneas generales por las que se regirá la regulación de las actividades de servicios y que tiene por objetivo consolidar los principios regulatorios compatibles con las mencionadas libertades básicas de establecimiento y prestación de servicios es condición necesaria pero no suficiente para una adecuada transposición de la Directiva. El Gobierno ha optado por complementar la Ley Paraguas con otra ley que efectúe las adaptaciones sectoriales necesarias para asegurar, caso por caso, un marco normativo claro y simplificado en los principales sectores afectados por la norma europea.

El objetivo del Proyecto de Ley Ómnibus (PL Ómnibus), aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 12 de junio de 2009, es adaptar la normativa estatal de rango legal vigente a las disposiciones de la futura Ley sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios. Para clarificar desde el punto de vista

sistemático esta tarea, las modificaciones se han llevado a cabo de manera que cada artículo reforme uno o varios artículos de una misma Ley, y se han agrupado en títulos buscando una cierta homogeneidad.

Así, los contenidos materiales del proyecto normativo se agrupan en 46 artículos integrados en seis títulos. Las modificaciones tienen efecto en muy diversos sectores. Así, se reforman Leyes estatales en materia de Administraciones Públicas (3), consumo (1), servicios profesionales (3), empleo y Seguridad Social (4), servicios industriales (4), servicios de construcción (2), servicios energéticos (3), servicios de transporte (5) servicios de comunicaciones (2), servicios relativos al medioambiente (9), servicios de agricultura (4), sanidad (3), propiedad intelectual (1) y otras (2).

El eje de las reformas gira, con carácter general, en torno a la eliminación o reducción de requisitos para el acceso a los servicios y la reducción de cargas administrativas. En particular, dependiendo de los casos, se elimina la obligación de figurar, con carácter constitutivo, en un registro para acceder u operar el servicio, y se sustituye esta obligación por una inscripción a los meros efectos de publicidad, inscripción que la Administración realizará de oficio. Igualmente, se elimina la exigencia de autorización para el acceso a la actividad, y se sustituye dicha exigencia por las figuras, que se establecen con carácter general en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de la declaración responsable o de la comunicación previa.

Puede decirse que el PL Ómnibus pretende participar de un objetivo ambicioso, que trasciende el mero ejercicio de la transposición, y en consecuencia incluye modificaciones normativas de espíritu liberalizador, que resultan de una interpretación ambiciosa de la Directiva, objetivo que la CNC comparte. No obstante, considero importante señalar que consideramos que en la Exposición de Motivos del proyecto debería quedar remarcado inequívocamente que éste no es un proceso que quepa dar por zanjado con la presente norma.

Si nos ceñimos a la regulación modificada, el tenor general responde a la finalidad de eliminar trabas al acceso y al ejercicio de las actividades objeto de las distintas leyes afectadas. Así, en una pluralidad de supuestos se sustituye el régimen de autorización previa al ejercicio de la actividad por mecanismos menos gravosos, en términos de plazos de acceso y coste económico, como son las comunicaciones (previas o posteriores) del inicio de la actividad, o por la remisión de declaraciones responsables, que suponen la mera puesta en conocimiento de la Administración correspondiente, con distintos matices, del inicio de la actividad.

El establecimiento del régimen concreto de acceso a la actividad es el nivel que típicamente regula la normativa de rango legislativo, siendo propia del ámbito reglamentario la determinación precisa de los requisitos de actividad.

En cualquier caso y en determinados aspectos, el esfuerzo realizado resulta particularmente apreciable, tanto desde el punto de vista de la eliminación de restricciones como en lo referente a la reducción de cargas administrativas. Así, pueden destacarse los avances en las relaciones entre particulares y Administración mediante el favorecimiento de las mencionadas declaraciones responsables y comunicaciones previas, la introducción de la obligación de la Administración de escoger la “medida menos restrictiva”, o la vocación de incrementar la exigibilidad de la calidad en los servicios por parte de los consumidores y usuarios.

Una vez señalados los aspectos positivos de la reforma, deben también ponerse de manifiesto algunas inconsistencias o insuficiencias en el tratamiento de determinados elementos y ámbitos, en los que sería conveniente una homogeneización en la línea del propio Proyecto de Ley Paraguas.

En primer lugar, se echa en falta que no se haya aprovechado la ocasión para reformar algunas leyes que se entiende se encuadrarían dentro del ámbito objetivo de la Directiva. Es el caso, por ejemplo, de determinados regímenes de acceso al mercado existente en materia de actividades de servicios relacionados con el transporte -como las autorizaciones para determinadas actividades náuticas o aéreas-, de determinadas autorizaciones recogidas en la normativa reguladora de educación, o de la normativa de envases y residuos de envases. No considero en este ámbito la reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista que se

está realizando de forma independiente y a la que me referiré en la parte final de este artículo.

En segundo lugar, como ya he comentado, existen aspectos, no estrictamente derivados de la obligación de transposición de la Directiva, en los que el PL Ómnibus realiza un apreciable esfuerzo de liberalización. Sin embargo, en alguno de estos sectores sería altamente recomendable aprovechar el impulso para acometer otras reformas que eliminarían restricciones a la competencia y facilitarían, en línea con el objetivo pretendido del PL Ómnibus, el acceso a determinadas actividades. Por ejemplo, en materia de transporte interurbano de viajeros por carretera, actividad considerada de servicio público sometida a concesión, sería altamente conveniente incluir en el paquete de reforma de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre la eliminación de la previsión del llamado “derecho de preferencia” del antiguo adjudicatario de la concesión en supuestos de similitud de ofertas. Como tiene dicho la CNC, tal previsión distorsiona la competencia, favoreciendo que el antiguo titular del contrato no presente una oferta verdaderamente competitiva, así como disuadiendo la participación de terceros operadores.

Del mismo modo, en el ámbito de los servicios profesionales, no puedo sino reiterar la opinión ya manifestada por al CNC en otras ocasiones, en el sentido de que es precisa una revisión amplia del marco normativo de las actividades profesionales tituladas y colegiadas. Posteriormente me referiré a este aspecto con

mayor detalle, por merecer un epígrafe diferenciado dentro de la Ley Ómnibus.

En tercer lugar, la CNC observa posibles inconsistencias en la aplicación de la previsión de la validez en todo el territorio nacional de los regímenes para el ejercicio de actividad (sean autorizaciones, comunicaciones o declaraciones responsables). Se encuentra que, mientras que en algunas ocasiones sí figura expresamente dicha previsión (por ejemplo a propósito de la Ley de Industria), en otras no existe tal alusión. En este sentido, la CNC considera preferible que, cuando estos regímenes dependan de Administraciones infraestatales y se refieran al ejercicio de la actividad, la mencionada previsión figure expresamente en todos estos casos.

En cuarto término, y quizá el esfuerzo de homogeneización más importante que demandar por parte de la CNC sería el relativo a la determinación *ex lege* de las características que deben cumplir los requisitos que se exijan para el acceso o ejercicio de una actividad de servicios.

Como ya se ha mencionado, en el Proyecto se introducen varios supuestos en los que, atendiendo a la Directiva, se pasa de una situación en la que se exige autorización para el acceso a una actividad de servicios a una situación en la que se exige comunicación previa. Siendo ello importante y positivo, en opinión de la CNC puede no resultar suficiente si al mismo tiempo no se intro-

duce otro elemento exigido por la Directiva en el sentido de que los requisitos que se exijan para el ejercicio de la actividad sean: no discriminatorios, estar justificados por una razón imperiosa de interés general, ser proporcionados a dicha razón imperiosa de interés general, ser claros e inequívocos, ser objetivos, ser hechos públicos con antelación y ser transparentes y accesibles.

En efecto, la mera eliminación de un sistema de autorización y su sustitución por uno de comunicación previa puede tener efectos positivos desde el punto de vista de la reducción de dilaciones y la eliminación de costes, pero puede no ir más allá si al mismo tiempo no se asegura una revisión de los requisitos exigidos.

Si bien es cierto que normalmente los requisitos no se contienen en las normas de rango de ley que se modifican con el Proyecto de Ley, lo cierto es que, en opinión de la CNC, sería necesario introducir en las leyes que se modifican alguna previsión explícita en este sentido. En todo caso, y dado que la determinación precisa de los criterios a los que se sujeta el ejercicio de una actividad figura en las normas reglamentarias, habrá que estar atentos a la modificación del desarrollo reglamentario de ámbito estatal, que marcará el próximo hito en el proceso de transposición.

Por último, es preciso recordar que otro de los ámbitos en que se medirá el éxito de este proceso es en la adecuada coordinación por parte de todas las instancias legislativas -estatal y autonómi-

ca- en la transposición. A este respecto, las autoridades encargadas de la transposición deben encarar el proceso de manera responsable, compatibilizando el legítimo ejercicio de sus competencias regulatorias con la necesidad de evitar una excesiva dispersión normativa que redunde en la segmentación del mercado mediante el establecimiento de barreras adicionales a la entrada.

En este sentido, la correcta y homogénea realización de la transposición, en cuanto a su procedimiento y criterios, ha sido demandada por el propio Consejo de Estado en su dictamen relativo a la Ley Paraguas, proponiendo incluso el hasta ahora inédito mecanismo de la Ley de armonización, previsto en el artículo 150.3 de la Constitución. En su opinión, tal mecanismo facilitaría, habida cuenta de la existencia de potestades normativas de distinto alcance, la coordinación entre las distintas instancias normativas involucradas en el proceso, y garantizaría el adecuado cumplimiento por España de sus obligaciones de transposición.

5. Artículo 5 Ley Ómnibus. Modificación de la Ley sobre Colegios Profesionales

El PL Ómnibus introduce una serie de modificaciones en materia de Colegios Profesionales a través de la modificación de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales (LCP). Tales modificaciones se dirigen a eliminar restricciones al acceso y al ejercicio profesional en materias como cuotas colegiales, visados, publicidad, incompatibilidades, ejercicio conjun-

to, ejercicio en forma societaria, baremos de honorarios orientativos, movilidad de profesionales. Asimismo, se potencian las funciones de atención a los consumidores y usuarios, la transparencia en la actividad colegial y la aplicación de técnicas telemáticas y ventanillas únicas.

Con carácter general, la CNC valora positivamente el impulso que supone la modificación propuesta para la introducción de mayor competencia en el ámbito de las profesiones colegiadas. Las propuestas se encuentran en la misma línea de apertura y liberalización que la CNC (y antes el TDC/SDC) ha defendido en diversas ocasiones y, de forma muy especial, en su reciente informe de septiembre de 2008 titulado *Informe sobre el sector de Servicios Profesionales y Colegios Profesionales*.

Algunas de las modificaciones concretas incluidas en el PL son acordes con las propuestas realizadas por la CNC en el informe mencionado. La CNC no plantea observaciones a estas modificaciones concretas. Bien al contrario, considera que las mismas son relevantes para avanzar en una mayor competencia en el sector.

La CNC considera muy conveniente la introducción de mayor transparencia en la actuación de los colegios profesionales, exigiendo a estos la especificación de sus fines y funciones en materia de defensa de los derechos de los consumidores y estableciendo la obligación de que elaboren y hagan pública una memoria anual de su actuación.

En relación a la prohibición de establecer por los colegios profesionales baremos de honorarios orientativos, la CNC ha reiterado que la fijación de tarifas orientativas es lo que en términos de derecho de la competencia se entiende por “prácticas conscientemente paralelas”, con efectos finales similares a la fijación de precios. Las recomendaciones de precios no sólo presentan ventajas extremadamente dudosas, sino que son susceptibles de reforzar las posibilidades de coordinación de precios entre los operadores instalados en el mercado. Además, la Directiva prevé reforzar la información al consumidor de servicios, pero mediante instrumentos que son realmente eficaces en ese objetivo, como los presupuestos previos o la publicidad.

En cuanto a la exigencia de una norma con rango de Ley para el establecimiento de restricciones a la publicidad, no pudiéndose establecer éstas en normas de rango inferior o en normas colegiales, supone claramente una herramienta para los que están en el mercado y para los nuevos entrantes, por lo que la eliminación de restricciones colegiales a esta forma de comunicación y promoción tendrá efectos positivos sobre la competencia.

En relación con las modificaciones introducidas en el ámbito de los visados colegiales, de los que los colegios profesionales ostentan el monopolio, se hace necesario que los consumidores (entre ellos, la propia Administración Pública) conozcan exactamente qué prestaciones o garantías les ofrece el visado y cuál es su precio, para, a partir de esa información clara y transparente,

tomar la decisión sobre si lo consideran preciso y lo quieren solicitar. Según la redacción del PL Ómnibus los visados sólo pueden ser ahora exigidos por Real Decreto o por el propio cliente, debiendo la Ley sobre Colegios Profesionales especificar su contenido y la responsabilidad colegial del visado.

En cuanto a las cuotas colegiales, desde el punto de vista de la competencia, el margen de arbitrariedad colegial para la fijación de las cuotas que se deben pagar de forma obligatoria para poder comenzar a ejercer una actividad profesional es susceptible de provocar potenciales efectos sobre la competencia, puesto que unas cuotas de ingreso excesivamente elevadas pueden desanimar o retrasar la entrada de nuevos competidores. El PL Ómnibus introduce una regulación en la forma de cálculo de las cuotas colegiales que reduce la arbitrariedad colegial en la fijación de estas.

Finalmente, la CNC considera muy positiva la eliminación de obstáculos para la libre circulación de profesionales dado que las barreras territoriales a la prestación de servicios compartimentan la oferta en mercados geográficos estrechos, con la consiguiente pérdida de presión competitiva. Igualmente, la exigencia de norma con rango de ley para el establecimiento de restricciones al ejercicio conjunto o de obligaciones de ejercicio de forma exclusiva de una profesión, no pudiéndose establecer en normas de rango inferior o en normas colegiales, también coadyuvan a eliminar la compartimentación de la oferta en mercados profesionales estrechos.

Aunque nos parezcan coherentes las medidas anteriores, sólo constituyen una reforma parcial del marco normativo de los servicios profesionales. La CNC estima que resulta necesario que la reforma se aborde con un carácter más global y estructural, como así lo señaló en el mencionado Informe de septiembre de 2008. La reforma parcial de una Ley de Colegios Profesionales que fue aprobada en 1974 (aunque haya tenido reformas parciales posteriores) puede tener un difícil encaje con la realidad socioeconómica actual en la que además se está produciendo una reforma relevante en un ámbito muy relacionado con los colegios profesionales y con las reservas de actividad para profesionales titulados: las titulaciones académicas.

En efecto, el conocido como Proceso de Bolonia ha dado lugar a la desaparición del “catálogo de titulaciones”, lo que abre las puertas para la innovación en la creación de nuevos títulos universitarios, con unos efectos inmediatos en el proceso que se ha venido siguiendo habitualmente en la creación de colegios profesionales y en el establecimiento de reservas de actividad.

Se corre, por tanto, el riesgo de que las nuevas titulaciones que se creen, incentivadas por el Proceso de Bolonia, se encuentren con mercados acotados y reservas de actividad para otras titulaciones, lo cual puede tener un efecto muy pernicioso para la competencia en los servicios profesionales, dado que las nuevas titulaciones podrían buscar su propia reserva de actividad y se fueran constituyendo así múltiples mercados acotados cada vez más reducidos.

Siguiendo con lo anterior, los aspectos que, en opinión de la CNC, son una parte fundamental de ese enfoque más global y ambicioso de reforma son básicamente la limitación legal de la posibilidad de creación de reservas de actividad y de colegiación obligatoria.

En primer lugar, se deberían limitar las posibilidades de creación de reservas de actividad o actividades profesionales tituladas, de tal forma que sólo puedan crearse por norma con rango de ley que, además, según puede desprenderse de la jurisprudencia, debería ser una ley estatal.

En este sentido, sólo deberían crearse estas reservas de actividad cuando de forma clara y explícita se justifique la existencia de razones concretas de interés general que justifiquen la necesidad y proporcionalidad de la exigencia de titulación para el ejercicio de una actividad profesional. En particular, la justificación anterior debería explicitar los motivos que lleven a la determinación de las titulaciones necesarias, puesto que es preciso recordar que una actividad profesional titulada no debe estar necesariamente ligada a un único título.

En segundo término, sería preciso limitar las posibilidades de creación de la obligación de colegiación, de tal forma que sólo una norma con rango de ley pueda obligar a la colegiación para el ejercicio de una actividad profesional. Sin perjuicio del oportuno análisis competencial, el establecimiento de la obligación de colegiación no debería conllevar la ruptura de la unidad de mercado.

De nuevo, de forma clara y explícita se tendría que justificar la existencia de razones concretas de interés general que justifiquen la necesidad y proporcionalidad de la obligación de colegiación (que no debe confundirse con la exigencia de titulación, que es un requisito distinto y que deberá cumplir lo señalado anteriormente), así como las ventajas que en su caso tenga frente a otras alternativas, en particular, la de que los profesionales sean controlados directamente por la Administración (como sucede en el caso de profesionales no colegiados). En definitiva, se trata de aplicar a la obligación de colegiación, entendida como un requisito para el acceso y el ejercicio profesional, los principios y requisitos exigidos por la Directiva de Servicios.

Por último, sería necesario aplicar todo lo anterior también a las actividades profesionales tituladas y colegiadas existentes, de tal forma que se revisen atendiendo a los principios expresados, no pudiéndose discriminar entre profesiones tituladas y colegiadas existentes y de nueva creación.

Si bien no se dispone de información al respecto, debe recordarse que el Gobierno anunció un Proyecto de Ley para la regulación de los servicios profesionales. La CNC quiere insistir en la idea manifestada en su Informe de 2008 sobre la conveniencia de que la reforma de este sector se aborde de forma global y coherente, sin limitarse a modificaciones parciales de la Ley de Colegios Profesionales.

Sin perjuicio de la preferencia de la CNC por la adopción de una reforma global cuyos principios he anunciado anteriormente, somos partidarios, si se decide mantener el enfoque de reforma parcial actual del PL Ómnibus, de introducir mejoras y avances para asegurar la efectividad de las modificaciones introducidas. En particular, sería conveniente incluir en el Proyecto la derogación explícita de toda norma, incluidas las colegiales, que no cumpla con los nuevos requisitos legales.

Por otro lado, y para evitar problemas de interpretación de la norma, sería conveniente analizar la forma de aplicación práctica de estas derogaciones y de otras cuestiones previstas en el PL Ómnibus como la revisión de las cuotas colegiales, la responsabilidad colegial en materia de visados, o la entrada en vigor de obligaciones colegiales como la presentación de memorias anuales, las disponibilidades telemáticas o el sistema de quejas y reclamaciones.

Reservo para el final de esta sección un último comentario que desearía realizar sobre la reforma de la Ley de Colegios Profesionales. La CNC observa con cierta preocupación la constatación de que se están produciendo recortes en las reformas estructurales inicialmente propuestas por el Ministerio de Economía y Hacienda como consecuencia de la presión organizada por determinados grupos de interés que desean mantener la situación de *status quo*. En este sentido, la redacción final del artículo 5 del PL Ómnibus rebaja el rango normativo necesario

para la exigencia de visados colegiales desde el rango de ley que figuraba en el Anteproyecto hasta el de Real Decreto finalmente aprobado por el Consejo de Ministros en el Proyecto de Ley. De hecho el Gobierno ha anunciado que tras tres meses desde la entrada en vigor de la Ley Ómnibus promulgará un Real Decreto donde explicitará aquellos visados colegiales que tienen la consideración de obligatorios.

La CNC mantendrá en este sentido una posición activa y vigilante en la defensa de la competencia en los mercados y se planteará la utilización, hasta ahora inédita, del instrumento de la legitimación activa con la que la dota la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia en su artículo 12.3 donde reza el siguiente texto: *La Comisión Nacional de la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.*

6. Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 7/1996 del Comercio Minorista

Como antes comentaba, el Gobierno ha decidido acometer de forma independiente la transposición de la Directiva de Servicios en el ámbito del comercio minorista. Los motivos de este tratamiento separado descansan en la importancia diferencial del sector y en la complejidad de su regulación. La distribu-

ción comercial es el subsector más importante dentro del sector servicios, tanto por su peso económico (un 18,5% del Valor Añadido Bruto del sector servicios, según datos del INE) como por el impacto directo que tiene sobre el bienestar de los ciudadanos al tratarse de un sector instrumental que contribuye a promover el dinamismo en otros sectores económicos. Es, por otro lado, un sector de regulación muy compleja, con títulos competenciales concurrentes del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales.

Como no podía ser de otra forma, este ámbito es el que ha centrado buena parte del debate de la transposición de la Directiva y en el que la CNC se ha mostrado más beligerante y activa en la defensa de la competencia. Merece la pena destacar que, de forma similar a lo que ocurre con los servicios profesionales, la normativa estatal vigente en la materia, la *Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LORCOMIN)*, es altamente insatisfactoria y restrictiva de la competencia. Se trata de un conjunto normativo claramente intervencionista que no ha logrado cumplir los objetivos que se buscaban con su promulgación al incurrir en múltiples contradicciones intrínsecas. De ahí la importancia diferencial que concede la CNC a su necesaria reforma en la dirección adecuada.

Como describe la CNC en su reciente documento *La Reforma de la Ley del Comercio Minorista en el marco de la transposición de la Directiva de Servicios*, publicado en abril de 2009, tras trece años

de aplicación de la LORCOMIN puede afirmarse que no se han cumplido dos de sus principales objetivos, según recogía su Exposición de Motivos. Por un lado, ser la base para la modernización de las estructuras comerciales, contribuyendo a corregir los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas comerciales. Por otro, el mantenimiento de la libre y leal competencia en los mercados de distribución.

A pesar de una regulación pretendidamente favorecedora del pequeño comercio que supone la LORCOMIN, la participación en el mercado del comercio tradicional ha continuado su reducción en el periodo de vigencia de la Ley: con arreglo a los datos de AC Nielsen, desde un 13% de la superficie comercial en 1994 a un 4,4% en 2006. De nuevo según esta fuente, los hipermercados mayores de 2.500 m² han reducido su cuota de superficie, como consecuencia de la introducción de mayores trabas a su apertura, pasando del 30% al 25%. Este sorprendente resultado se explica por el espectacular aumento, tanto en términos relativos como absolutos, del supermercado mediano y grande que han más que doblado su cuota de superficie para representar en la actualidad el 52% del total. Así, en contra de lo pretendido por la regulación, se ha incrementado sustancialmente la presión competitiva hacia el “comercio de proximidad”, nicho clásico del comercio tradicional, ya que estos supermercados suelen actuar en los nichos urbanos y no a las afueras, como ocurre con los hipermercados.

En relación con el objetivo de la libre y leal competencia, las excesivas restricciones a su mantenimiento, a las que luego me referiré, y el insuficiente grado de competencia en el mercado han sido puestos de manifiesto repetidamente no sólo por la CNC, antes TDC-SDC, sino por otras instituciones como el Banco de España, el FMI o la OCDE. Algunos estudios sitúan nuestro nivel de restricciones regulatorias en el sector de la distribución comercial entre los más elevados del mundo desarrollado, sólo por detrás de Bélgica y Portugal. Otros señalan que como consecuencia de estas restricciones al acceso y al funcionamiento, el nivel de productividad de nuestro comercio minorista queda por debajo del promedio de la UE-27, ocupando el tercer lugar por la cola entre los países de la UE-15. Por último, también se han publicado estudios que responsabilizan a la regulación del sector del menor nivel de ocupación y de una presión inflacionista diferencial.

La CNC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los elementos y principios que debería incorporar la reforma de la LORCOMIN en el documento citado que publicó el pasado mes de abril. Este documento de posición incide en una serie de aspectos que resulta necesario reformar a juicio de la CNC, prestándose particular interés al tratamiento del régimen de autorización para la apertura de establecimientos comerciales y, en particular, de Grandes Superficies o Grandes Establecimientos Comerciales. Adicionalmente, la CNC se ha pronunciado sobre otras reformas necesarias a la luz de la Directiva de Servicios, e incluso va más

allá y plantea reformas normativas que trascienden el ejercicio de transposición.

En relación con el régimen de autorización para la apertura de grandes superficies comerciales, la CNC opina que la obligación de contar con una licencia comercial autonómica establece una barrera de entrada regulatoria para potenciales entrantes en el mercado, limita el número de posibles competidores y permite la consolidación del poder de mercado de los operadores ya establecidos. De esta forma, las Comunidades Autónomas intervienen en la configuración de la oferta comercial, con la finalidad de alcanzar determinados objetivos de ordenación de la actividad económica, o de proteger o promover el comercio tradicional. El resultado, como ya hemos comprobado es que las fórmulas comerciales de tamaño medio son las beneficiarias de dicha distorsión.

Fundamentar la licencia autonómica de apertura de grandes establecimientos o de otros formatos comerciales en motivos de carácter económico es insostenible de acuerdo con la Directiva y la futura Ley Paraguas (actualmente en tramitación parlamentaria), por lo que o se suprime esta licencia, opción que la CNC considera más conveniente para eliminar el control de la oferta comercial por parte de las Autoridades Autonómicas, o se fundamenta, con carácter excepcional y muy preciso, en razones de interés general no protegidas por otras administraciones (en particular, las licencias municipales), evitando que la autorización

produzca daños desproporcionados a la libertad de empresa y que dichos fines de interés general sirvan para amparar encubiertamente un control de la oferta comercial.

El respeto al principio de proporcionalidad es absolutamente decisivo. La CNC ha manifestado de forma reiterada que “la instauración de restricciones al establecimiento afecta negativamente a la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 CE. En consecuencia, se debe ser cauteloso en la defensa a sus expensas de otros objetivos de interés general, sobre todo, si estos cuentan, a nivel constitucional, con un ámbito de protección inferior al de la libertad de empresa.

El Consejo de la CNC también ha identificado otras reformas que resultan necesarias a la luz del proceso de transposición de la Directiva. Así, se demanda la reconsideración de otros regímenes de autorización específicos, como el de la instalación de máquinas para la venta automática y del ejercicio de la venta ambulante. La nueva Ley debería asegurar que el otorgamiento de dichas autorizaciones se realizara de acuerdo a lo establecido en la Directiva y su norma de transposición, debiendo incluirse las referencias pertinentes a las condiciones que debe cumplir el procedimiento de autorización. También debe eliminarse la obligación de inscribirse en determinados registros para prestar una determinada actividad. Es el caso del Registro de ventas a distancia y del Registro de franquiciadores. Deberían sustituirse, en su caso, por obligaciones de comunicación ex post del inicio de la actividad.

Finalmente, la CNC considera, y así se desarrolla ampliamente en el documento mencionado, que la necesidad de liberalizar este sector trasciende el mero ejercicio de transposición de la Directiva, destacando que, en particular, resultaría altamente conveniente aprovechar el impulso de reforma actual para, entre otras actuaciones: eliminar la prohibición de venta de mercaderías en establecimientos financieros (debe regir el principio de no discriminación de formatos comerciales), modificar el régimen de fijación de precios por parte del Gobierno (el catálogo de motivos debe resultar más justificado, proporcional y tasado), eliminar la regulación de la prohibición de venta a pérdida (esta figura ya está presente en la Ley de Competencia Desleal, no siendo necesaria una protección cualificada en este ámbito) y eliminar la restricción de las rebajas a períodos determinados (introduce un elemento adicional de coordinación entre operadores).

Una vez descrita con cierto detalle la posición de la CNC en relación con las reformas que se consideran necesarias en la LORCOMIN, paso a describir los elementos principales desde el punto de vista de la competencia que incorpora el llamado *Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 7/1996 del Comercio Minorista y otras normas complementarias* que ya ha culminado su sometimiento a audiencia pública. La CNC recibió solicitud de informe de este texto por parte del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio el pasado 4 mayo, junto con sus memorias justificativa y económica. Tal es el conocimiento del sector y su

regulación, tal es la claridad de la posición de la CNC sobre este trascendental asunto, que el Consejo sólo necesitó 2 días para emitir su informe. El Consejo entiende que el texto actual es manifiestamente mejorable, que vuelve a entrar en contradicciones internas, que permite una interpretación laxa por parte de las autoridades autonómicas de la prohibición de las autorizaciones administrativas necesarias para el ejercicio de determinados formatos de comercio y que se inhibe de acometer algunas reformas de relevancia.

El objetivo que persigue la reforma de la LORCOMIN es incrementar el valor que genera la distribución comercial mediante la liberalización de la prestación de los servicios y la supresión de las cargas para las empresas. Para ello la futura ley parte del principio de libertad de empresa, y busca facilitar el establecimiento de servicios en el ámbito de la distribución comercial, a la vez que garantizar la coexistencia entre el pequeño y mediano comercio y los grandes establecimientos. En esencia, se trata de los mismos objetivos que ya persiguiera la ley en vigor desde su promulgación en 1996 pero adaptado al contexto comunitario actual.

De acuerdo con la Exposición de Motivos, el APL de reforma de la LORCOMIN se articula en torno a dos aspectos fundamentales. En primer término, se modifica la regulación existente en materia de establecimientos comerciales, para eliminar cualquier traba injustificada que pueda afectar a la libre prestación de ser-

vicios y la libertad de establecimiento. En segundo lugar, se introducen modificaciones en materia de inspección y sanciones. Tan sólo me detendré en los dos aspectos más relevantes de la reforma -la nueva regulación de la autorización administrativa de los establecimientos y el principio de compensación de deudas en el supuesto de sanción comunitaria- antes de proceder con la valoración de la CNC del texto actual del APL.

El apartado segundo establece que, con carácter general, la instalación de establecimientos no quedará sujeta a autorización comercial administrativa. No obstante, se establece la posibilidad de que las legislaciones autonómicas instauren regímenes de autorización cuando concurren, de manera clara e inequívoca, razones imperiosas de interés general, sin que dicho régimen de autorización pueda fundarse en razones económicas. La regulación proyectada precisa que los requisitos para la concesión de dichas autorizaciones deben atender conjuntamente a criterios basados en razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial, y prohíbe que en dicho otorgamiento sean tenidos en cuenta requisitos de naturaleza económica.

En la parte dispositiva adicional, por otro lado, se contempla la posibilidad de que en el supuesto de sanción por parte de las instituciones comunitarias, la Administración Pública competente se responsabilice de la sanción en la parte que le sea imputable, para lo cual se establece el principio de compensación de

deudas con cargo a las transferencias financieras que reciba la Comunidad Autónoma en cuestión.

Desde un punto de vista general, la CNC aprecia que algunas de las preocupaciones manifestadas en el documento antes aludido se solucionan en el texto redactado, como la regulación de determinados registros o la eliminación del régimen de autorización previa para la venta automática. Sin embargo, los aspectos más importantes de dichas preocupaciones no han encontrado el mismo eco y, en particular, las reformas que la CNC demandaba encaminadas a superar el ejercicio estricto de adecuación a la Directiva de Servicios.

De la misma manera, se considera que el tratamiento de la venta ambulante es mejorable. Así, se debería precisar en mayor medida cuál es el interés general protegido con arreglo al cual se van a determinar los criterios de otorgamiento de la autorización. También debería mencionarse expresamente la sumisión de dichos criterios al principio de proporcionalidad. Finalmente, se debería ajustar el ámbito temporal de la autorización al período estrictamente necesario para la amortización de las inversiones y la remuneración equitativa de los capitales invertidos, sin que quepa extender más allá de este período la autorización.

Sin perjuicio de lo anterior, no cabe duda de que el elemento más importante de la reforma es la modificación del régimen de licencia comercial específica para las grandes superficies, y a este

aspecto dedicaré el resto de este artículo. En principio, comparo la pertinencia de mencionar expresamente la no sujeción de la instalación de establecimientos a autorización comercial. La CNC ha manifestado reiteradamente su preferencia por esta opción, por considerarla menos restrictiva de la libertad de empresa por principio. Esta formulación tiene carácter general y, por tanto, se entiende aplicable a todos los formatos comerciales, incluyendo, por ejemplo, las tiendas de descuento o los “grandes establecimientos”.

En segundo lugar, también se valora positivamente la eliminación de las razones económicas para establecer el régimen de autorización y de los criterios económicos para determinar los requisitos de las autorizaciones, elementos insostenibles de acuerdo con la Directiva de servicios y que han originado la iniciación de actuaciones por parte de la Comisión Europea por incumplimiento del derecho comunitario, que en algún caso ya ha culminado en una demanda contra España ante el Tribunal de Justicia.

Pero con independencia de todo ello, la CNC entiende que las previsiones del APL podrían tener un alcance muy limitado en relación con la modificación de la situación actual, y resultar insuficientes a la hora de eliminar el principal riesgo que ha fundamentado la crítica de la CNC, y antes del TDC-SDC, hacia el sistema de segundas licencias comerciales: el potencial cierre del mercado a los operadores interesados en la instalación de nuevos

establecimientos comerciales, en particular grandes establecimientos. De hecho, la prensa económica se hace eco de que hasta seis Comunidades Autónomas (Cataluña, Baleares, Andalucía, Asturias, Canarias y Aragón) están elaborando proyectos legislativos que establecen la obligación de obtener una licencia para la apertura de nuevos establecimientos comerciales a partir de un determinado número de metros cuadrados.

Fundamentalmente, la nueva formulación deja a la determinación de las distintas legislaciones autonómicas, en términos absolutos, la posibilidad de instaurar este tipo de regímenes de autorización y sus detalles. Y lo hace, sin hacer mención explícita al carácter excepcional de esta posibilidad y sin acotar en todo lo necesario las posibilidades normativas de estas legislaciones a la hora de establecer regímenes o requisitos restrictivos de la competencia, más allá de la prohibición de utilizar razones o criterios económicos para la instauración del régimen o el otorgamiento de autorizaciones, respectivamente. Simplemente se alude a la necesidad de que la regulación autonómica justifique el régimen de autorización en razones imperiosas de interés general “relacionadas con la distribución comercial”, -destacando a título de ejemplo algunos de los motivos que pueden ser considerados como tales-, y a la aplicación del test de proporcionalidad en la regulación de las distintas Comunidades Autónomas.

En otros proyectos normativos relacionados con la transposición de la Directiva, el órgano proponente ha invocado su inten-

ción de transponer la Directiva de manera ambiciosa, e incluso una vocación de ir más allá de la misma para eliminar restricciones injustificadas a la competencia. Este no ha sido el caso del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio en el ámbito de la reforma del comercio minorista.

Es cierto que la CNC apuntaba en el citado Documento que sólo si, de manera excepcional, se encontrasen razones de imperioso interés general suficientemente justificadas, y sólo de resultar ello proporcionado en relación con el daño causado a la libertad de empresa, podría plantearse la instauración de un régimen de autorización. En este sentido, el Consejo de la CNC considera que la fundamentación del Anteproyecto de Ley para permitir el establecimiento de licencias comerciales para determinados establecimientos no resulta admisible ni en base a su necesidad ni con arreglo a su proporcionalidad.

En primer lugar, y a pesar de la consabida imposibilidad de fundamentar el establecimiento de regímenes de autorización en criterios económicos, no dejan de advertirse resabios de la voluntad de ordenar el mercado en la justificación del modelo escogido. Ya en la propia Exposición de Motivos se deja traslucir que el APL tiene como objetivo garantizar la coexistencia de los diferentes modelos comerciales, buscando una suerte de efecto redistributivo entre los distintos formatos comerciales que ya no debería tener cabida. La memoria justificativa menciona esta finalidad sin ambages, estableciendo además que *“el pequeño y*

mediano comercio, junto con los grandes establecimientos comerciales, han de desarrollarse de manera paralela para que este sector mantenga su papel fundamental como motor económico”, cuando desde ahora el único motor ha de ser el de la eficiencia del mercado, y además, los intentos de protección del comercio tradicional se han revelado ineficaces, como ya sabemos.

Por añadidura, se intenta justificar el intervencionismo en materia comercial en la relación existente entre política comercial y determinados intereses generales como la protección del medio ambiente o del entorno urbano, en virtud del impacto ambiental o territorial de determinado tipo de establecimientos. A este respecto, la Exposición de Motivos alude vagamente a los *“estudios de la doctrina científica”*, y la memoria justificativa directamente da por hecho que *“los grandes establecimientos deben condicionarse a la obtención de una autorización que controle el uso del suelo que requieren, los problemas de tráfico y de seguridad que puedan generar las aglomeraciones y los daños al medioambiente que su actividad ocasione”*.

La justificación facilitada acerca de la validez de las razones señaladas es insuficiente, toda vez que tanto la legislación sectorial como el sistema municipal de licencias ya garantizan adecuadamente la protección de dichos intereses generales sin necesidad de establecer una licencia comercial. Han de ser las normativas correspondientes (medio ambiente, patrimonio histórico y artístico y urbanismo) distintas de la distribución comercial

las que protejan estos intereses, para no discriminar dicha actividad en relación con otras, y ser consecuentes con la no sujeción de las instalaciones comerciales al régimen de autorización, según se establece con carácter general.

En la valoración de dicho daño a la libertad de empresa que suponen estas licencias (derecho constitucional protegible ex artículo 38 CE) se deben tener en cuenta todos los intereses generales en juego y realizar una ponderación de cuál es el que tiene que prevalecer, para determinar que resulta justificado dicho régimen. En este sentido, se debe ser cauteloso en defender, a expensas de la libertad de empresa, otros objetivos de interés general, algunos de los cuales, cuentan, a nivel constitucional, con un ámbito de protección inferior al de la libertad de empresa.

Además, la vaga remisión a la legislación autonómica que opera la regulación propuesta supone en cierta medida una inhibición a favor de la dispersión a nivel normativo de la regulación sobre licencias comerciales, dejando la puerta abierta al mantenimiento injustificado del sistema actual de licencias, y ello a pesar del principio general de no establecimiento de regímenes de autorización que el APL enuncia.

Así, la opción escogida puede implicar que un número no despreciable de Comunidades Autónomas, si no todas ellas, opte por el establecimiento de estos regímenes de autorización, utili-

zando razones inapropiadas para justificar la existencia de la autorización, o introduciendo soslayadamente criterios de valoración económica en el propio ámbito de aplicación del régimen de autorización (tales como sujetar a autorización la apertura de establecimientos de tamaño mediano), que causen un daño desproporcionado a la libertad de empresa en relación con el interés general que se pretenda proteger. La posibilidad de tal opción se deduce también de la experiencia de lo sucedido con la LORCOMIN, en la que la exigencia de la licencia para los grandes establecimientos comerciales llegó a extenderse a las pequeñas tiendas de confección e, incluso, a los establecimientos mayoristas como los “cash & carry”.

En definitiva, ante este incierto panorama la CNC concluye que es preferible la supresión, de plano, de dicho régimen en la LORCOMIN, en beneficio de la seguridad jurídica, de la eficiencia en los mercados y de los consumidores.

Desde la CNC se entiende, además, que esta opción no supone merma de la habilitación competencial de las Comunidades Autónomas en materia de comercio interior, pudiendo encontrar amparo en el art. 149.1.13 de la Constitución (que habilita al Estado para dictar las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica). Incluso podría contemplarse la posibilidad de recurrir a fórmulas hasta ahora no exploradas con éxito, tales como la ley de armonización. Este instrumento ha sido propuesto por el propio Consejo de Estado en su informe

sobre la Ley Paraguas para asegurar una correcta transposición de la Directiva, habida cuenta de la existencia de potestades normativas de distinto alcance, en aras de garantizar el adecuado cumplimiento por España de sus obligaciones de transposición.

Conviene no perder de vista, por último, que lo que las autoridades públicas no hagan ahora por las buenas, acabarán haciéndolo a instancias del Tribunal de Justicia de Luxemburgo por las malas. Sin excluir eventuales reclamaciones por daños y perjuicios por parte de aquellos operadores que hubieran visto lesionados sus intereses por la no autorización de apertura de establecimientos durante el período de incumplimiento. En este punto, es cuestionable la tesis que se ha esgrimido por algunos como mal menor y que insiste que estas multas y reclamaciones serán asumidas por las Comunidades Autónomas. Son los Estados soberanos los que tienen el compromiso de las directivas comunitarias y en cualquier caso, los fondos del Estado o de las Comunidades Autónomas provienen siempre de una misma fuente: del bolsillo de todos los ciudadanos. Seremos todos nosotros los que paguemos dos veces las consecuencias de un proyecto de adaptación al marco comunitario poco riguroso.

Con independencia de que con esa propuesta se está reconociendo la debilidad de los argumentos a favor del mantenimiento de la segunda licencia, de la más que probable condena del Reino de España ante el Tribunal de Justicia y, lo que resulta más lamentable, de asegurar que el Estado, que sería el responsable

en un procedimiento de infracción por indebida adaptación de la Directiva, renuncia a asegurar que las Comunidades Autónomas vayan a realizar una transposición adecuada.

Consecuencias económicas de la regulación, la Directiva de Servicios y la unidad de mercado

La obligada transposición de la Directiva 2006/123/CE de la Unión Europea, más popularmente conocida como “Directiva

* Nacido en Bilbao en 1944, es licenciado en Ciencias Económicas y Derecho, y Técnico Comercial y Economista del Estado. Ha sido Jefe del Gabinete Técnico del Ministro de Comercio y Turismo (1978-1981), Director General de Ordenación Económica (1981-1982) y Director General de Transacciones Exteriores (1991-1993) en el Ministerio de Economía, y miembro de los Comités de Mercados Financieros, y de Asuntos Monetarios y de Cambios de la OCDE (1972-1976). En el sector privado ha sido Consejero Delegado y Presidente de Sovhispan, Presidente de Fintrade S.A., Consejero Delegado de Gulf Ibérica S.A. y Vicepresidente del Banco Árabe Español, y miembro de los Consejos de Administración, entre otras, de la Compañía General de Tabacos de Filipinas S.A., Entursa, CABSAs, Cabsafrica S.A., IPPV, Focoex S.A. y Banco Exterior de España. Actualmente es Director General de Fraternidad-Muprespa, consejero de Asociart S.A, Vicepresidente del Círculo de Empresarios y Presidente de su Comité de Política Económica y Vicepresidente de la Fundación Transición Española.

Ha sido asimismo profesor de Política Económica de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales (Universidad Complutense), profesor invitado en la cátedra de Derecho Internacional Privado (Universidad Autónoma de Madrid) y miembro de EADI y de la Society for Spanish Portuguese Historical Studies (USA). Es autor de 10 libros y un centenar de artículos sobre política monetaria, control de cambios, inversiones extranjeras, economía internacional, historia económica, y política económica española.

Bolkenstein” o Directiva de Servicios, parece haber suscitado por fin, aunque todavía de forma insuficiente, el interés público sobre las distorsiones y obstáculos que el marco regulatorio impone a la actividad económica.

Es una lástima que esta cuestión se plantee en un momento en que la crisis económica, y la polémica sobre sus causas y sus responsables, hayan dado alas a quienes abogan por mayores controles y regulaciones más estrictas (más Estado y menos mercado, como con notable simpleza reclaman algunos). Aunque no es menos cierto que la liberalización de actividades y la simplificación de la maraña legislativa no es algo que en principio parezca suscitar rechazo de los ciudadanos, sino más bien lo contrario. Sí parece haber una intuición entre éstos de que reducir trabas es algo en principio bueno. No en vano la desconfianza hacia “los funcionarios”, y la aversión a la burocracia y al papeleo son también una tradición española.

Antes de abordar esta cuestión, convendría hacer una advertencia previa: nadie, entre los defensores de la libertad económica, ha discutido nunca la necesidad de regulación. No porque el mercado tenga fallos, sino, simplemente, porque sin un determinado marco regulatorio el mercado no puede funcionar. Normas que aseguren la competencia, el cumplimiento de los contratos, la protección de la propiedad privada, la transparencia de la información, o la defensa de los consumidores frente al fraude, son necesarias para el funcionamiento del mercado, y para que

los precios, resultantes del libre juego de la oferta y la demanda, sean indicadores fiables de las situaciones de escasez relativa, y por tanto sirvan para una eficiente asignación de recursos.

Y por supuesto se requieren también normas en materia fiscal, laboral o medioambiental, por no citar sino algunos ámbitos obvios.

El hecho es, sin embargo, que las normas, por necesarias que puedan ser, y por muy acertadas que resulten en su materialidad, suponen una distorsión en la actividad económica: modifican o condicionan las decisiones de los agentes económicos, alteran la asignación de recursos, y generan costes. Y en consecuencia, afectan de forma positiva o negativa a variables macroeconómicas básicas como el PIB, el nivel de empleo o el índice de precios. Y no siempre es fácil determinar los efectos directos e indirectos sobre estas variables.

El marco regulatorio tiene costes: en primer lugar, el coste de implementarlo (lo que los anglosajones denominan “enforcement”) en términos de organismos, funcionarios, dependencias administrativas, etc. En segundo lugar, el coste para las empresas en términos de tiempo, trámites, asesores, empleados, reasignación o modificación de actividades, etc. Y por último, el coste global para la economía en su conjunto en términos de alteración en la asignación de recursos productivos, que puede ser más o menos eficiente que la que en ausencia de estas normas se habría producido.

Y si el marco regulatorio, aunque necesario, produce efectos no bien conocidos, ni fáciles de prever y cuantificar, lo lógico sería ejercer la actividad normativa con gran cautela, procurando que fuera lo más simple y menos intervencionista posible.

Entre quienes se han ocupado de esta cuestión,¹ se enumeran algunas de las condiciones que el marco regulatorio debiera cumplir para atender a este requisito fundamental de prudencia:

- Ser eficiente, esto es, servir de forma efectiva para alcanzar el fin que persigue.
- Ser mínimo, en el sentido de causar el menor grado posible de perturbación sobre la actividad económica.
- Ser proporcionado, esto es, (en relación con los dos puntos anteriores), asegurar que los beneficios esperados de la norma sean mayores que sus costes, entendidos éstos como el grado de distorsión que producen.
- Ser coherente, de forma que sus normas sean las adecuadas al fin perseguido, y a su vez no entren en contradicción con otras normas.

¹ Ver, por ejemplo, Inmaculada GUTIÉRREZ CARRIZO: "Marco regulatorio y unidad de mercado: una perspectiva desde el análisis económico". E igualmente, Manuel BALMA-SEDA DEL CAMPO y Ángel MELGUIZO ESTESO: "Mejor regulación: ni más ni menos". Ambos en la obra colectiva "Marco regulatorio y unidad de mercado" (Círculo de Empresarios. Mayo 2006). Ver asimismo F. FERNÁNDEZ, I. GUTIERREZ, J. MARTÍNEZ-ARÉVALO, J. REQUEIJO, B. ROMANA, J.J. TORIBIO Y M.J. VALDEMOROS: "Informe Círculo sobre la economía española. Cómo garantizar el futuro" (Círculo de Empresarios. Julio 2006).

- Ser transparente, de forma que sus objetivos estén enunciados con claridad, y sus normas estén expresadas de forma simple e inteligible.
- Por último, ser evaluable, esto es, permitir un cálculo coste-beneficio ex -ante, y una valoración ex -post que determine si logró los objetivos que pretendía, y si los beneficios globales de la norma fueron o no superiores a sus costes.

Un marco regulatorio que cumpliera estos requisitos sería en principio adecuado. Garantizaría el buen funcionamiento del mercado, aseguraría el cumplimiento de objetivos básicos del Estado, y no produciría distorsiones en la actividad económica cuyos efectos negativos fueran superiores a los beneficios de la norma. Ello, por supuesto, sin olvidar que nos movemos en el terreno de lo meramente razonable, del juego de prueba y error, lejos por tanto del terreno de las certezas. No existe método ni sistema que permita cuantificar a priori, de forma concluyente, los efectos directos e indirectos de una norma sobre el sector regulado ni sobre la actividad económica.

En el caso de la Unión Europea en general, y de España en particular, y siempre con la cautela antes formulada, existe la impresión generalizada –que además avalan algunos estudios- de que el marco regulatorio es excesivamente voluminoso, y que su complejidad y falta de coherencia aconsejarían una urgente tarea de simplificación y racionalización.

Las 90.000 páginas que aproximadamente ocupa la normativa europea ya han sido objeto de reflexión por parte de las autoridades comunitarias, y en su momento condujeron a propuestas (recuérdese el Informe Mandelkern) tendentes a simplificarla, con un ahorro estimado del orden del 2 al 5% del PIB europeo. O a iniciativas de Bruselas como la reciente orientada a reducir las cargas administrativas en la UE en un 25% antes del año 2012.

Es precisamente en esta línea en la que se inscribe la Directiva de Servicios, que pretende no sólo garantizar la libre circulación de servicios dentro de la Comunidad (arts. 43 y 49 del Tratado) sino, gracias a ello, y además, “fomentar el crecimiento económico y la creación de puestos de trabajo”, según enuncia la exposición de motivos de la norma.

No entraremos aquí en el largo viacrucis que el primitivo proyecto hubo de atravesar –y en el que se dejaron numerosas plumas- para sortear las presiones de los grupos de interés afectados por la liberalización, y hacer frente a las políticas proteccionistas de algunos países miembros. Pero, aunque el texto finalmente aparecido en 2006 no recogiera todas las pretensiones del primitivo proyecto de Bolkenstein, cabe afirmar que ha dado un muy importante paso en la línea liberalizadora, por más que las condiciones, salvedades y excepciones que introduce puedan ofrecer pretextos a las autoridades nacionales, a la hora de trasponerla, para desvirtuar sus reglas. Riesgo más que evidente – y ahora nos

ocuparemos de España – al que las autoridades de Bruselas deberían hacer frente de forma vigorosa.

En el caso de España, los defectos de nuestro marco regulatorio, y sus efectos negativos sobre la actividad económica, vienen siendo ya objeto de atención –afortunadamente- en los últimos tiempos. Aunque ya se ha citado y comentado con cierto detalle en publicaciones recientes, no está de más traer a colación, en primer lugar, el informe de la OCDE de 2001 (Business View on Red Tape) efectuado sobre la base de un estudio relativo a los efectos de la normativa fiscal, laboral y medioambiental sobre 8.000 pymes de 11 países. Tal estudio indicaba que el coste de dicha normativa era del orden del 5,6% del PIB en el caso de España, frente al 1,8% de Bélgica o el 1% de Finlandia.

Ya se señaló antes que es inevitable que el marco regulatorio tenga un coste; por tanto, no cabría en absoluto deducir que ese 5,6% del PIB es un coste a eliminar, puesto que ello llevaría a abonar la conveniencia de suprimir toda regulación, cosa evidentemente disparatada. Pero la diferencia del coste español con el de otros países cuyo comportamiento económico no parece ofrecer indicios de insuficiencia regulatoria sí hace sospechar la existencia de un sobrecoste regulatorio en el caso español. Sobrecoste que podría razonablemente evaluarse en el diferencial respecto de la media de la OCDE, posiblemente del orden del 2 al 3% del PIB.

En fecha mucho más reciente (2009) el informe periódico “Doing Business” del Banco Mundial, también comentado con profusión en diversos trabajos,² coloca a España, entre los 181 países censados, en el puesto número 49 en cuanto a “facilidad para hacer negocios”, en el puesto número 140 en cuanto a “empezar un negocio”, y nada menos que en el demoleedor puesto número 160 en cuanto a “contratación de empleados”. Si tomamos estas evaluaciones como un indicador de la calidad y efectos de nuestro marco regulatorio, la valoración no puede ser más negativa.

Aún cabe citar un tercer estudio: el informe del Fraser Institute titulado “Libertad económica en el mundo”, en su edición de 2009.³ Tampoco deja bien parado a nuestro país. Según dicho informe, entre los 141 países estudiados, España ocupa el lugar número 32, por detrás de, por ejemplo, Costa Rica, El Salvador, Malta o Panamá, y apenas por encima de Honduras o Chipre. Se encuentra situada en el puesto número 54 respecto a “estructura jurídica y garantía de los derechos de propiedad”, y

2 Uno de ellos, un reciente documento del Círculo de Empresarios: “La calidad institucional, elemento básico para garantizar la competitividad: sistema judicial y organismos reguladores” (Madrid, 21 de julio de 2008). La cita de este documento del Círculo se refería a la anterior entrega de “Doing Business” correspondiente a 2008, respecto a la cual la de 2009 empeora los datos para España.

3 James Gwartney, Robert Lawson y Seth Norton: Libertad económica en el mundo. Informe Anual 2008 (Economic Freedom Network. The Fraser Institute). Edición española de Red de Libertad Económica, 2008.

en el número 75 en cuanto a “regulación crediticia, laboral y de la empresa”. Y aunque el objeto del documento no es evaluar los costes del marco regulatorio en términos de PIB, sí advierte de la correlación negativa existente entre el grado de libertad económica (medida según los parámetros del Informe) y el nivel de pobreza. No parece por tanto una pirueta conceptual excesiva deducir que los malos datos en estos índices suponen menores tasas de crecimiento del PIB. Se da además la circunstancia de que España, que venía mejorando persistentemente desde 1975 (con un pequeño bache en 2001), está retrocediendo a partir de 2004.

Los defectos de nuestro marco regulatorio, que en tan mala posición nos sitúan en los informes antes mencionados, ya han sido objeto de análisis en trabajos recientes, algunos de ellos debidos al Círculo de Empresarios, y que ya han sido citados en anteriores páginas. Parece por tanto innecesario entrar aquí en un comentario pormenorizado. No sería en cambio inoportuna una relación resumida de tales defectos.

Expuestos de forma esquemática, cinco son los grandes problemas de nuestro actual marco regulatorio.

1) Excesivo número de normas.

De lo torrencial de nuestro marco regulatorio en sus tres niveles (estatal, autonómico y local), y sus consecuencias en términos de trabas burocráticas y peregrinación administrativa, da idea,

por ejemplo, la CECA, que en un reciente estudio ha llegado a identificar hasta 584 trámites administrativos a los que deben someterse las empresas. Un caso muy citado, no sólo en los estudios sobre la materia, sino incluso en los medios de comunicación, es el del sector de la distribución comercial, en el que, sumando los tres niveles antes indicados, el total de normas aplicables es del orden de las 700.

2) Excesivo intervencionismo.

No sólo son más frecuentes las normas imperativas que las dispositivas, sino que con harta frecuencia se incurre en un casuismo excesivo, con profusión de requisitos de justificación no siempre suficiente y que complican la tramitación. (Aunque sea un caso rigurosamente menor, sirva de ejemplo la normativa sobre consumo de tabaco en establecimientos públicos, que llega incluso a tasar el porcentaje de superficie y el número máximo de metros cuadrados que deben tener las zonas de fumadores).

3) Mala calidad.

La mala calidad general del marco regulatorio se manifiesta en la excesiva complejidad de las normas; la contradicción entre distintas normas (en materia fiscal, por ejemplo, se conceden desgravaciones, bonificaciones y subvenciones a determinadas actividades, al tiempo que se les grava fiscalmente; el caso más llamativo son las recientes ayudas a la compra de automóviles que, al tiempo, está gravada por el impuesto de matriculación); la exigencia de una pluralidad de autorizaciones por distintas

Administraciones para una misma actividad; la defectuosa determinación de los criterios de autorización, que derivan en un excesivo margen de discrecionalidad, e incluso arbitrariedad en las autorizaciones administrativas; o la redacción vaga o confusa, cuando no incomprensible gramaticalmente, de no pocas normas. Todo ello plantea problemas de interpretación que alargan los procesos administrativos, emplean tiempo y recursos excesivos y generan inseguridad jurídica.

4) Inestabilidad.

La mala calidad del marco regulatorio obliga a modificar las normas con excesiva frecuencia, a veces mediante “parches” (muchas veces por otras normas de inferior rango), lo que introduce complejidad, confusión, problemas interpretativos y una mayor inseguridad jurídica.

En otras ocasiones –también frecuentes- el cambio normativo no está provocado por la necesidad, sino por el revanchismo político: un cambio de partido en el poder lleva a revocar la normativa anterior por la sola razón de que se dictó por otro equipo gobernante.

5) Falta de valoración.

No se efectúa ningún estudio previo sobre los efectos económicos directos e indirectos de las normas a implementar; esto es, no se efectúa ningún cálculo coste-beneficio, ni se realiza ninguna valoración posterior que determine si tales normas cumplieron los fines perseguidos y no causaron perjuicios o daños no

previstos. Aquí los ejemplos son abundantes: nadie evaluó jamás los resultados de recientes medidas sobre arrendamiento de viviendas (¿contribuyeron efectivamente a estimular la oferta de viviendas en alquiler?)⁴ o sobre horarios comerciales y, en general, sobre comercio minorista (¿es cierto que las normas restrictivas en esta materia han protegido al pequeño comercio?; o bien, ¿tuvieron o no efectos perjudiciales sobre precios y empleo?).

Otros países ofrecen experiencias que demuestran la posibilidad de evaluar los costes y beneficios macroeconómicos de las normas (caso, por ejemplo, de la BRTF británica).

Los problemas del marco regulatorio español, que se acaban de resumir de forma obligadamente escueta, se agravan como consecuencia del sistema autonómico. Las CCAA son, actualmente, un catalizador de los problemas antes anunciados. Y ello en varios frentes. Provocan un efecto multiplicador del número de normas. Parece como si cada competencia cedida debiera dar lugar a una o varias normas reguladoras, todas distintas para diferenciarse tanto del Estado como de las restantes CCAA. Lo

4 Resulta particularmente llamativo el caso de la Sociedad Pública de Alquiler, creada con el propósito de estimular el mercado de viviendas en alquiler. El mecanismo elegido fue la intermediación de la SPA, actuando como agencia de colocación, y garantizando al propietario el cobro de los alquileres y la conservación del inmueble. Pues bien, en 4 años de funcionamiento (2005-2009), la SPA no logró formalizar más de 9.900 contratos, e incurrió en un déficit acumulado del orden de los 20 millones de euros. Un elemental análisis coste-beneficio aconsejaría su cierre inmediato.

que multiplica por 17 el marco regulatorio, rompe la unidad de mercado, aumenta la carga burocrática para las empresas, aumenta el gasto público por el mayor número de funcionarios⁵ y de organismos administrativos, y aumenta el riesgo de incurrir en contradicciones, cuando no de enfrentamientos explícitos que terminan remitidos al Tribunal Constitucional.

Esta eclosión normativa de las CCAA crea riesgos graves en materia de distorsión del libre mercado: riesgos de captura del regulador por lobbys locales, riesgos de favorecer supuestos “campeones regionales” en perjuicio de la competencia de empresas “extranjeras” (es decir, de otras CCAA o de ámbito estatal), riesgos de corrupción, y en definitiva, riesgos de ruptura de la unidad de mercado.

No es posible deslindar los efectos perversos de una mala regulación, en general, de los de la ruptura de la unidad de mercado como consecuencia de la construcción de 17 marcos regulatorios distintos y, con frecuencia, contradictorios. Son dos problemas distintos pero que por desgracia se suman, con efectos multiplicadores. Una normativa excesiva, intervencionista, confusa e

⁵ El número de empleados públicos en las CCAA aumentó entre 1990 y 2009 en unas 800.000 personas –y sigue aumentando– con un total ya cercano a los 1.700.000 empleados y un coste del orden de 55.000 millones de euros en nóminas (y con Comunidades, como Extremadura, en que el empleo público autonómico supone nada menos que un tercio del empleo total).

inestable multiplicada por 17 conduce a un marco regulatorio global cuyo coste para empresas y consumidores, y cuyos efectos desincentivadores de la inversión –por los sobrecostes empresariales y por la inseguridad jurídica- sería irresponsable minimizar o ignorar.

Son ya cada vez más numerosas y más claras las voces que reclaman tanto una racionalización y simplificación decididas del marco regulatorio como una coordinación y delimitación del ámbito normativo autonómico. Desgraciadamente, la reciente deriva estatutaria, y en concreto el reciente Estatut de Cataluña, parecen haber marcado el rumbo en sentido contrario.

La nueva generación de estatutos autonómicos inaugurada por el texto catalán ha terminado por consolidar lo que la deriva del día a día venía ya anunciando: la incapacidad del Parlamento español y del Gobierno de la Nación para adoptar programas de política económica. La triste realidad de muchas de las medidas anunciadas por el Gobierno en los últimos tiempos es que no pueden ser aplicadas porque invariablemente invaden competencias autonómicas. Éstas han alcanzado ya tal extensión que no existe prácticamente medida que no entre de una u otra forma en colisión con ellas.

La trasposición a la legislación española de la Directiva Bolkenstein plantea, a este respecto, un doble problema: por un lado, la dificultad de articular una norma de carácter general con

la reserva de competencias de los distintos estatutos. Y por otro lado, la dificultad añadida, ésta de carácter político, de hacer frente a las presiones de los poderes autonómicos que, con criterios con frecuencia proteccionistas, intervencionistas y restrictivos, pretenden impedir o devaluar las normas liberalizadoras.⁶

Quizá el sector en que esto se manifiesta de forma más clara sea el del comercio minorista. Un reciente documento del Banco de España, obra de María de los Llanos Matea y Juan S. Mora⁷ analiza la evolución, y los efectos sobre la economía, de la normativa estatal y autonómica aplicable al comercio minorista.

Varios son los aspectos del comercio minorista que han sido objeto de regulación, y en ellos se constata un doble fenómeno a lo largo de los 10 últimos años: una creciente discrepancia entre los marcos regulatorios de las distintas CCAA (lo que supone una mayor fractura de la unidad de mercado) y un grado creciente de restricción (lo que supone, como luego se señalará, consecuencias más negativas en materia de crecimiento económico, inflación y nivel de empleo).

⁶ Es harto frecuente que las normativas autonómicas sean más intervencionistas que las de ámbito estatal, y que cuando una norma estatal ha remitido al ámbito regulatorio de las CCAA, las normas emanadas de ésta hayan sido generalmente restrictivas. Como tampoco es infrecuente que proyectos de normas estatales de carácter liberalizador hayan sido recortados por la presión de determinados poderes autonómicos.

⁷ María de los Llanos Matea y Juan S. Mora: "La evolución de la regulación del comercio minorista en España y sus implicaciones macroeconómicas". Documento de trabajo nº 0908, Banco de España, Madrid 2009.

La normativa autonómica en materia de horarios comerciales, apertura en festivos y rebajas ha venido siendo, en general, más restrictiva que la estatal (por ejemplo, los horarios comerciales máximos en la mayoría de las CCAA coinciden con los mínimos fijados por la legislación estatal). Y en materia de grandes establecimientos comerciales, la generalización de la exigencia de la segunda licencia (autonómica), además de la municipal, se ha traducido, de hecho, en una severa restricción a la apertura de grandes superficies.⁸

El carácter restrictivo de esta segunda licencia se ha visto además agravado por varias vías: en primer lugar, porque el propio concepto de lo que es un “gran establecimiento” se ha ido ampliando a comercios cada vez menores (de los 2.500 metros convencionales, algunas CCAA han rebajado el listón a superficies de 2.000, 1.500 y hasta 250 metros). En segundo lugar, porque la exigencia de licencia se ha aplicado incluso a comercios distintos del gran establecimiento, como por ejemplo, las tiendas de descuento. En tercer lugar, porque en algunas CCAA se han implantado incluso impuestos específicos a las grandes superficies (casos de Cataluña, Aragón, Navarra y Asturias), cosa por cierto ilegal desde el punto de vista de la UE, y que ha dado origen al correspondiente procedimiento. Y en cuarto lugar, porque

⁸ La posibilidad de exigir una segunda licencia por parte de las CCAA se estableció por la Ley 7/1996, de 15 de enero, y se aplicaba a los grandes establecimientos comerciales, entendidos como aquellos con una superficie igual o superior a los 2.500 m².

diversas CCAA han establecido moratorias comerciales que implican la completa prohibición de abrir grandes superficies comerciales durante el período establecido (período que se ha prolongado en algunos casos por un tiempo considerable).

El citado estudio de Llanos y Mora ofrece conclusiones que ya habían sido mantenidas, aunque con menor rigor científico, en otras publicaciones: que “una menor regulación está asociada a una menor inflación”, y que “el grado de regulación está asociado de forma negativa con el número de ocupados del sector”.

Ya antes de este estudio, las comparaciones entre la variación del IPC y el nivel de empleo en el comercio minorista en dos CCAA de dispar normativa, Madrid, relativamente liberal, y Cataluña, más restrictiva, son claramente favorables a la primera. Obviamente este tipo de comparaciones debe tomarse con cautela a la hora de aventurar conclusiones, pero al menos cabe intuir que la restrictiva legislación comercial catalana, orientada a proteger al pequeño comerciante y preservar el “tejido urbano”, no produce como resultado ni un mayor nivel de empleo en el sector minorista ni precios más bajos para el consumidor. Está también por ver si protege al pequeño comercio del avance de quienes al final se han aprovechado de esta regulación restrictiva: los supermercados.

Es dable suponer que tras la defensa numantina del pequeño comercio subyace un interés político, cual es el de cultivar los

votos de los pequeños comerciantes. De ser así, constituiría un ejemplo palmario de uno de los graves riesgos que se generan en el ámbito normativo de las CCAA, cual es el de la captura del regulador por los grupos de interés.

La trasposición de la Directiva Bolkenstein debería llevar, según opinión de organismo tan cualificado como la Comisión Nacional de la Competencia, a eliminar la segunda licencia, y a suprimir la definición de “gran establecimiento comercial” fijada en 2.500 m² por ser éste un criterio intrascendente.

Es cierto que la Directiva, aunque elimina las autorizaciones específicas, las permite en condiciones excepcionales, siempre que se atengan a criterios proporcionales y se justifiquen por intereses de carácter general (la protección del medio ambiente, el urbanismo, el patrimonio cultural...). Pero la CNC advierte que estos fines cuentan, a nivel constitucional, con un ámbito de protección inferior al de la libre empresa. De lo cual se deduce en todo caso que no cabe esgrimirlos para perpetuar unas restricciones al libre comercio que la Directiva de Servicios prohíbe tajantemente.

Lo cierto es que en esta materia la presión política de algunos poderes autonómicos, y en concreto el gobierno de la Generalitat, en la medida en que fuercen una redacción de la Ley de Trasposición de la Directiva que remita la regulación del comercio minorista a las CCAA, tendrá como consecuencia la

consagración del actual marco restrictivo. Las CCAA –o muchas de ellas- aprovecharán la salvedad del “interés general” que la Directiva contempla para, interpretándola torticeramente, enroscarse en la restricción a la libertad comercial. Lo que tendrá varias consecuencias: seguirá produciendo efectos negativos sobre el crecimiento económico, el empleo y el nivel de precios al consumo, seguirá manteniendo la ruptura de la unidad de mercado, y, con toda seguridad, acarreará a España un más que merecido expediente sancionador por parte de la Unión Europea. Es de desear que la sanción sea lo más dura posible, aunque difícilmente servirá para reducir el oportunismo político y el torpe análisis económico que con frecuencia respaldan estas políticas restrictivas de la actividad comercial.

Entretanto, y sin siquiera respetar los tempos de la nueva Ley de transposición de la Directiva, algunas CCAA como Cataluña y Baleares han avanzado sus propias normas que mantienen, e incluso endurecen, las restricciones a la libertad comercial, limitando la implantación de comercios incluso para superficies de 800 metros cuadrados (Cataluña) o de 700, 400 y aún 200 metros (Baleares), amén de imponer otros requisitos y limitaciones, algunos ciertamente exóticos, sobre los que no hay espacio para entrar aquí.

El comercio minorista no agota por supuesto el campo de los sectores cuya regulación debe modificarse para adoptar nuestra normativa a la Directiva 2006/123/CE, aunque es sin duda el que

ha reflejado con más crudeza las tentaciones intervencionistas y restrictivas de buena parte de las Administraciones autonómicas, su capacidad de presión sobre el gobierno central y las dificultades de conseguir una cierta uniformidad en la legislación y una cierta unidad de acción en materia de política económica.

La fragmentación que la transferencia de competencias ha consagrado, y que hace crecientemente difícil la supervivencia de un mercado único de ámbito nacional, se manifiesta en muchas otras materias. Una de ellas es la referente a los colegios profesionales. La libertad de colegiación, con efectos en todo el territorio nacional, choca frontalmente con los estatutos o reformas de estatutos (Cataluña, Andalucía, Aragón, Canarias...) que reclaman la competencia para regular la colegiación en el ámbito de su Comunidad Autónoma, y por consecuencia, para exigir la colegiación obligatoria en el respectivo colegio autonómico. Que el Consejo de Estado, en igual línea que la CNC, haya podido frenar esta deriva no elimina, y ni siquiera minimiza, el grave problema del uso restrictivo que, con alarmante y creciente frecuencia, vienen haciendo las CCAA del enorme caudal de competencias transferidas.

En conjunto, la Ley que traspone la Directiva Bolkenstein, coloquialmente denominada "Ley Omnibus", supone, por su amplitud, uno de los textos legales más trascendentes en materia económica de los últimos tiempos. Afecta, además de a las materias antes señaladas, a la normativa sobre telecomunicaciones,

servicios postales, puertos, transporte ferroviario, navegación aérea, transporte terrestre, minas, hidrocarburos, electricidad, construcción, patentes, seguridad privada, aguas, residuos, costas, montes, pesca marítima, sanidad, propiedad intelectual... Amplísimo abanico de materias en que la legislación comunitaria propicia la eliminación de restricciones, la sustitución de la exigencia recurrente a las autorizaciones administrativas previas, y la apertura a la competencia no sólo entre empresas nacionales (aún las domiciliadas en CCAA distintas!) sino por parte de empresas extranjeras. Si ello se consigue, y en la medida en que se consiga, puede suponer un hito importante en el proceso de modernización y liberalización de la economía española. Ha tenido que ser una vez más Europa, como en los viejos tiempos, la que nos empuje por un camino que nuestras autoridades nacionales no han sabido, querido o podido transitar.

Con todo, la Ley Omnibus no es el final del camino. Debería ser objeto de desarrollo por normas de inferior rango, y no es pecar de pesimismo ni suspicacia temer que en ese desarrollo normativo se crucen de nuevo las presiones y obstáculos encaminados a devaluar las reformas.

El grado de rigor y juego limpio con que la normativa española trasponga la Directiva Bolkenstein, el grado de resistencia a las reivindicaciones competenciales de las CCAA, el grado de resistencia asimismo a las presiones políticas para descafeinar las normas –incluso vulnerando la Directiva–, y en último extremo, la

reacción de la UE ante formas tramposas o insuficientes de transposición, serán determinantes para que en España se frene el deterioro del marco regulatorio, de la libertad de empresa y de la unidad de mercado. No es seguro que existan muchas oportunidades más en el inmediato futuro.

Transposición de la Directiva de Servicios al Estado de las Autonomías

1. Introducción

El análisis de la Contabilidad Nacional de España pone claramente de relieve el gran peso del sector servicios, que supera los dos tercios de la actividad económica. Por ello resulta de suma

* Es en la actualidad Catedrático de Política Económica de la Universidad Complutense y Consejero Emérito del Tribunal de Cuentas del Reino, habiendo sido el Consejero responsable de Corporaciones Locales en este alto Tribunal durante el período 1994-2001. Doctor en Ciencias Políticas y Económicas por las universidades de Roma (1964), Madrid (1967), y Doctor Honoris Causa por la Universidad de Cádiz (2004), ha sido Decano de la Facultad de Ciencias Económicas de la UCM (1976-1981), Catedrático Extraordinario de la Sorbonne (1983-1985), así como profesor invitado en Universidades europeas (Roma, Nápoles y Bari) y americanas (Berkeley, Wesleyan y la Católica de Buenos Aires). En el Primer Gabinete de Adolfo Suárez fue Director General de Planificación Sectorial y Director General del INE, de la Presidencia del Gobierno. Asimismo ha sido Director Civil Adjunto del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN), 1993-1997. Es autor de cuarenta libros y de doscientos artículos y ensayos publicados en español, francés, inglés e italiano, estando en posesión de diversas condecoraciones españolas y extranjeras.

importancia todo cuanto pueda contribuir a mejorar su mercado y funcionamiento, eliminando toda clase de trabas, restricciones e impedimentos. No es de extrañar, pues, que se reciban con esperanza medidas como la Directiva de Servicios 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en la que se sientan las bases para conseguir un verdadero mercado único de servicios.

Han pasado ya muchos años desde que en enero de 1993 se pusiera en marcha el Mercado Único como un hito en la evolución del proceso de integración europea iniciado en Roma en marzo de 1957, y puede afirmarse que lo que como ideal y conquista parecía haberse alcanzado en ese año 1993, no ha tenido una experiencia enteramente satisfactoria. Y así ha sucedido en el sector más importante de las economías de los distintos países, incluida obviamente España, el de los servicios; y es por ello y con el propósito de subsanar las muchas deficiencias, por lo que la Comisión ha dado un gran paso con la Directiva que hemos mencionado y que ocupará nuestra atención en estas páginas.

Su extenso preámbulo, bajo la forma de “considerando” en un número de 118, nos resulta en ciertas ocasiones confuso y reiterativo, cuando no contradictorio. No obstante, hay que tener en cuenta que tales defectos o imprecisiones pueden corregirse al llevar a cabo la adaptación o transposición de la Directiva al marco legal de cada país miembro.

Pero en el caso de España la transposición puede incrementar más que reducir los problemas o defectos de la Directiva de Servicios, ya que se trata del país más descentralizado de la Unión, con la mayor carga regulatoria y, en algunos sectores de especial relevancia, como el de la distribución comercial, con un elevadísimo número de normas estatales, autonómicas y locales. Por ello, porque tenemos una administración territorial desbordante con amplísimas competencias, que al aplicarlas en 17 modalidades merma la posibilidad de un mercado único interior a lo largo y a lo ancho de nuestra geografía, es preciso disponer de una Ley de transposición extremadamente clara, inequívoca y contundente a los efectos de conseguir lo que realmente persigue la Directiva comunitaria.

La necesidad de esta claridad y contundencia se hace patente cuando se comparan los Índices de Libertad Económica de las distintas Comunidades Autónomas obtenidos sobre la base de los Índices de Regulación y de Dimensión del Sector Público de cada una de ellas.

El proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, aprobado por el Consejo de Ministros de 27 de marzo y enviado a las Cortes, corre paralelo al texto de la Directiva, como por otra parte parece lógico. El contenido de la Ley de adaptación resulta esperanzador al contemplar y recoger un conjunto de medidas tendentes a eliminar barreras y restricciones arbitrarias y excesivas que impiden que el mercado interior en España sea un verdadero mercado único, situación a la que contribuye, como ya

apuntábamos, el enorme poder de regulación de las Comunidades Autónomas. Al respecto, y como ya veremos más adelante, destaca en nuestro Proyecto de Ley de Transposición la disposición final quinta, en la que se obliga a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales a comunicar a la Administración General del Estado cuantas disposiciones legales de su competencia hubiesen modificado para adaptarse a la Directiva y a nuestra propia Ley.

De la amplia gama de subsectores que integran o componen el sector servicios haremos algunas consideraciones sobre el comercio minorista, pues es quizás el más afectado por el azote de una regulación agobiante y desproporcionada. Se hará asimismo, una referencia a la gran distribución, poniendo de relieve que tanto esta última como el comercio minorista reclaman que la Directiva se aplique en nuestro país sin ningún tipo de distorsión confiando en que lo que establezca de forma definitiva la proyectada Ley de Transposición sea particularmente aceptado y aplicado por las Administraciones Territoriales, es decir, por las Comunidades Autónomas, muy especialmente, y las Entidades Locales.

Si llevamos adelante lo que se propone en la Directiva de Servicios y, por ende, en nuestra Ley de adaptación, y las competencias transferidas no suponen un obstáculo o muro infranqueable, nos encontraremos con un mercado único que tendrá efecto sobre la inflación, la productividad, la competitividad, la creación de empleo y la inversión productiva.

2. Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo

La presente Directiva de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior entró en vigor el 28 de diciembre de ese mismo año y se inscribe en el contexto de la estrategia de Lisboa, constituyendo un marco jurídico general que favorece el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios así como la libre circulación de los servicios, sin olvidar garantizar un elevado nivel de calidad de los mismos.

En esencia el objetivo de la Directiva es alcanzar un auténtico mercado único de servicios en la Unión Europea a través de la eliminación de barreras legales y administrativas que actualmente limitan el desarrollo de actividades de servicios entre Estados miembros. Al respecto, el considerando primero o número 1 de la Directiva se expresa con total claridad al afirmar lo siguiente:¹

La Comunidad Europea tiene por objeto estrechar cada vez más los lazos entre los Estados y los pueblos de Europa y garantizar el progreso económico y social. Con arreglo al artículo 14, apartado 2, del Tratado, el mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de servicios. El artículo 43 del Tratado garantiza la libertad de establecimiento y el artículo 49 establece la libre prestación de servicios dentro de la comunidad. La eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios

¹ Diario Oficial de la Unión Europea. L 376 de 27.12.2006, pag. 36.

entre Estados miembros es un medio esencial de reforzar la integración entre los pueblos de Europa y fomentar un progreso económico y social equilibrado y sostenible. A la hora de eliminar estas barreras es esencial velar por que el desarrollo de actividades de servicios contribuya al cumplimiento de la tarea, establecida en el artículo 2 del Tratado, de promover «un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros».

Dado que estamos hablando de forma muy resumida del propósito y del contenido de la Directiva de Servicios, aprovechamos la oportunidad para destacar algunas consideraciones y artículos que guardan una relación estrecha con la peculiar organización territorial del Estado de las Autonomías, punto clave en nuestro análisis de las dificultades que pueden presentarse en la Transposición de la normativa Europea a España.

El considerando número 59, en su primer párrafo, dice que, como norma general, la autorización debe dar al prestador la posibilidad de acceder a la actividad de servicios o de ejercerla en todo el territorio nacional, salvo que una razón imperiosa de interés general justifique una limitación territorial.

Añade el considerado número 60 que la presente Directiva, y en particular las disposiciones referentes a los regímenes de autorización y al ámbito territorial de una autorización, no deben interferir en el reparto de competencias regionales o locales en los Estados miembros, incluidos los gobiernos autónomos regionales y locales y el uso de lenguas oficiales.

La verdad es que el contenido de uno y otro considerando, en nuestra opinión, no se concilian en modo alguno, pues en tanto que el primero parece permitir o garantizar la unidad de mercado, el segundo viene a dificultarla o limitarla en función de las competencias transferidas o reconocidas en la descentralización territorial del Estado. En el caso español, dada su peculiaridad, esto resulta determinante, como ya veremos.

Si nos detenemos en el articulado de la Directiva nos encontramos con una mayor claridad que contrasta con el reiterativo y en ocasiones confuso de ese extenso preámbulo que en definitiva es el conjunto de los 118 considerando.

Resaltamos el artículo 5 sobre simplificación de los procedimientos, por su contundencia e importancia, y el artículo 44, ya en las Disposiciones finales, por su trascendencia. El primero de ellos establece que los Estados miembros verificarán los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio. Cuando los procedimientos y formalidades estudiados de conformidad con este apartado no

sean lo suficientemente simples, los Estados miembros los simplificarán.

El artículo 44, a su turno, se ocupa de la incorporación de la Directiva al Derecho interno, para lo cual recoge en el apartado 1 que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar antes del 28 de diciembre de 2009.

Ambos artículos, contribuyen, al menos en parte, a disipar la preocupación emanada principalmente de la lectura del considerando número 60, cuando pensamos en la transposición de la Directiva de Servicios al caso español.

3. Comunidades Autónomas y Proceso de Transposición

La mayoría de los autores y especialistas coinciden en señalar y admitir que el Estado de las Autonomías es un invento de la democracia española que ha permitido una solución o arreglo razonable al contencioso centenario de los diferencialismos periféricos vasco y catalán, limitándose los nuevos constituyentes a un modelo casi totalmente abierto y flexible consistente básicamente en regular las diversas formas que eventualmente adopta el proceso descentralizador. La Constitución diseñó en su título VIII un “marco confuso en no pocos aspectos principales, jurídicamente complejo de aplicar siempre y, políticamente, abierto a más de una dinámica que

excede de la mera tensión centro/periférica propia de los Estados descentralizados”.²

Una prueba de la indefinición del modelo podemos encontrarla en la extraña distinción, lingüísticamente inadmisibile, entre nacionalidades y regiones del artículo 2º de la Constitución, así como la que se establece entre la vía rápida de acceso a la Autonomía (art.151) y la vía lenta (art.143). Un problema añadido a todo ello surge cuando a partir de un cierto momento (1992) se inaugura una etapa en la que se acentúa claramente la tendencia a la igualación de los techos competenciales, lo que da lugar, como era previsible, a un efecto “leap frogging”, o de salto de la rana, que ha conducido a una constante fuga hacia delante en las reivindicaciones por parte de algunas autonomías, y que parecen no tener un límite o final.

Hay que añadir, como reflejo del nuevo estado de cosas, el predicamento y la importancia que está adquiriendo en estos últimos tiempos el concepto o la idea de “Devolution” entendida como el proceso mediante el cual un Estado con una constitución unitaria puede decidir por un número de razones “retornar” o “traspasar” poderes y competencias a las asambleas regionales. Una de las razones más habituales que suele esgrimirse para descentralizar la autoridad política es la creencia que ello responde de mejor manera a las necesidades de las comunidades locales. Pero al mismo tiempo la

² Portero Molina, José Antonio (2001), pp. 71-79.

“Devolution” puede constituir una respuesta a las presiones políticas por parte de grupos nacionalistas y partidos.³ En ocasiones no resulta fácil determinar si una constitución es federal o unitaria cuando se produce un “retorno” sustancial de poderes. Como dice Eric Barendt,⁴ “The Spanish Constitution of 1978 is particularly hard to characterize”.

El altísimo porcentaje de gasto público que se concentra en las Comunidades Autónomas es sensiblemente más elevado que el que corresponde a cualquiera de los países federales, como se recoge en el cuadro nº 1, pudiéndose comprobar que también ha ido aumentando el peso de las Entidades Locales.⁵

Cuadro 1
Distribución del gasto por niveles de gobierno (%)

País	Años	Central	Regional	Local	Total
USA	2002	54	22	24	100
	2007	47	24	29	100
ESPAÑA	2002	48	36	16	100
	2007	36	45	19	100
Media de países federales *	2002	55	25	20	100
	2007	49	28	23	100

* (Incluye Alemania y Austria)

Fuente: INE, Ministerio de Administraciones Públicas, President's Budget's, Census Bureau y elaboración propia.

3 Fernández Díaz, Andrés (2003): pp. 163-164.

4 Barent, Eric (1998): pp. 59.

5 Fernández Díaz, Andrés (2008): pp. 96-97.

Pero lo que es más preocupante es que al fuerte crecimiento del sector público autónomo hay que añadir la mayor intervención de los gobiernos autonómicos en la regulación de la economía, lo que se traduce en un serio peligro de ruptura de la unidad de mercado como consecuencia de que, al amparo de regulaciones diferentes, los gobiernos regionales tratan de impedir la competencia mediante trabas y todo tipo de obstáculos.⁶

Siguiendo la metodología utilizada por la Heritage Foundation o el Fraser Institute se puede comparar, al igual que se hace entre países, el papel de la regulación y del sector público a escala regional, lo que para el caso de España, por las razones expuestas, resulta especialmente aconsejable e ilustrativo. Partiendo de ello se elaboran los índices de libertad económica que permiten establecer correlaciones interesantes entre el marco regulatorio y la intervención económica del Estado, por una parte, y las tasas de crecimiento y los niveles de desarrollo, por otra. Resulta claro que esta comparación tiene más sentido cuanto más acusado sea el grado de autonomía, lo que sucede de forma excepcional y muy notoria, como ya sabemos, con las Comunidades Autónomas españolas.⁷

6 CABRILLO, Francisco (2008): pp. 9-12.

7 El Índice de Libertad Económica es un índice sintético resultante de combinar el Índice de Regulación y el Índice de Dimensión del Sector Público. Los indicadores toman valores comprendidos entre 0 y 1, cuanto más se aproxima el indicador final a la unidad, menor es el grado de libertad económica.

Para más detalle ver: CABRILLO, Francisco (2008): pp. 27-45.

El cuadro nº 2, a partir de los índices parciales recoge el Índice de Libertad Económica para las Comunidades Autónomas, excluyendo Navarra y País Vasco por sus especiales características de financiación.

Cuadro 2
Índice de libertad económica

CCAA	Índice de Regulación	Índice de Dimensión del Sector Público	Índice de Libertad Económica
Madrid	0,316	0,072	0,194
Baleares	0,387	0,185	0,286
Rioja	0,392	0,221	0,306
C. Valenciana	0,324	0,303	0,313
Canarias	0,377	0,301	0,339
Cataluña	0,429	0,300	0,364
Murcia	0,337	0,504	0,42
Castilla y León	0,452	0,410	0,431
Aragón	0,515	0,355	0,435
Cantabria	0,472	0,493	0,482
Asturias	0,520	0,492	0,506
Castilla-La Mancha	0,430	0,586	0,508
Galicia	0,489	0,599	0,544
Andalucía	0,508	0,651	0,579
Extremadura	0,532	0,876	0,704
Navarra	0,482	*	*
País Vasco	0,443	*	*

Fuente: Francisco Cabrillo, op. cit. p. 15.

Como puede comprobarse, existen diferencias entre las distintas Comunidades Autónomas, tanto en las políticas regulatorias como en la dimensión del Sector Público, lo que se traduce en las correspondientes diferencias en el Índice de Libertad Económica.

4. Adaptación de la directiva: proyecto de ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio

El pasado 27 de marzo el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios, que fue publicado posteriormente en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Este proyecto de Ley, conocido como “Ley Paraguas”, constituye la transposición a la normativa española del texto de la Directiva de Servicios en el Mercado interior, de la que nos venimos ocupando.

En la exposición de motivos se reconoce que el sector servicios, por sus características, está sometido a una regulación compleja, tanto en España como en el resto de países de la Unión Europea, y que en ocasiones esta regulación puede resultar obsoleta o inadecuada, dando lugar a distorsiones en el funcionamiento de los mercados de servicios, como son la falta de competencia, las ineficiencias en la asignación de los recursos, o la estrechez de los mercados.

En España, dada la importancia del sector servicios, como ya vimos en la introducción, estas distorsiones generan efectos negativos en el conjunto de la economía, contribuyendo al diferencial de

inflación con los países de nuestro entorno, limitando el avance de la productividad, el crecimiento, la creación de empleo y, en definitiva, la mejora del bienestar económico.

La Ley, que consta de un total de 32 artículos, agrupados en seis capítulos, seis disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y seis disposiciones finales, establece como régimen general el de la libertad de acceso a las actividades de servicios y su libre ejercicio en todo el territorio español y regula como excepcionales los supuestos que permiten imponer restricciones a estas actividades. Todo esto se hará, según se recoge en la exposición de motivos, simplificando los procedimientos y fomentando al mismo tiempo un nivel elevado de calidad en los servicios, promoviendo un marco regulatorio transparente, predecible y favorable para la actividad económica, impulsando la modernización de las Administraciones Públicas para responder a las necesidades de empresas y consumidores. La esencia es la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios a través de sustituir la supervisión *ex ante*, por la supervisión *ex post*. Esto significa que, por regla general, un prestador de servicios podrá operar sin más limitaciones que las que se le imponen a cualquier otra actividad económica. Sólo podrán exigirse requisitos a la libre prestación de servicios cuando estén debidamente justificados por razones de salud pública, de protección del medio ambiente, de orden público o de seguridad pública, sean proporcionados y no sean discriminatorios por razón de nacionalidad o domicilio social.

Por primera vez se van a establecer obligaciones legales para que todas las Administraciones evalúen sus autorizaciones, trámites y cualquier requisito que exija para el desarrollo de una actividad con criterios objetivos, transparentes y contrastables. Los ciudadanos podrán exigir la supresión de requisitos no justificados, desproporcionados o discriminatorios. Se crea un instrumento legal para que todas las administraciones se pongan de acuerdo entre ellas y eviten solicitar trámites por duplicado y presenciales. Para ello, se creará una ventanilla única, donde se podrán realizar de manera ágil todos los trámites administrativos –europeos, nacionales, autonómicos y locales- para poder desarrollar la actividad de servicios en cualquier país europeo.

También se reforzarán los derechos y garantías de los consumidores, ya que se impondrán mayores obligaciones de información sobre el prestador y sus servicios. Además, se establece la obligatoriedad de dar respuesta a las reclamaciones en el plazo de un mes, a partir de la fecha en que hayan sido formuladas.

Concedemos una importancia especial a la disposición final quinta, que en su apartado segundo establece que, a fin de hacer posible el cumplimiento de la obligación contenida en el artículo 44 de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, 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.

Esta disposición atenúa la preocupación que nos causaba el considerando número 60 de la Directiva europea al llamar la atención en la necesidad de no interferir en las competencias de los gobiernos autónomos regionales y locales, preocupación comprensible dada la muy peculiar organización territorial de nuestro Estado de las Autonomías, ya comentada.

5. Consecuencias previsibles de la transposición

Ya se dijo en la introducción que el sector de servicios supone más de los dos tercios del PIB de la economía española, a lo que podríamos añadir, por una parte, que constituye un pilar básico de la competitividad futura de nuestra economía, y que se encuentra en una situación comparativa más favorable y menos deteriorada que los sectores de la industria y de la construcción, por otra. Por ello la Directiva de Servicios aprobada por la Comisión Europea puede considerarse una valiosa oportunidad para las empresas de servicios en España siempre, por supuesto, que se lleven a cabo las reformas que el mercado requiere, y que la adaptación al marco legal español sea la adecuada.⁸

⁸ MARAVALL, Carlos (2009): pp. 104-105.

Con el fin de valorar los resultados previsibles y los eventuales obstáculos que podamos encontrar en el camino, vamos a considerar el subsector del comercio minorista así como el de la gran distribución.

El comercio minorista en España está sujeto a la regulación más restrictiva de los países de la OCDE si excluimos a Bélgica y Grecia. De ahí la esperanza puesta en la transposición de la Directiva de Servicios como medio de acabar con la proliferación de restricciones al comercio minorista a nivel autonómico y local en España. La eliminación o disminución notable de dichas restricciones hace que el sector minorista sea más eficiente y que discipline a los productores, particularmente afectados por la reducida tasa de crecimiento de la productividad de la economía española en los últimos años.⁹

No podemos dejar pasar el hecho de que hay diferencias importantes en el grado de regulación del comercio minorista, como lo demuestra el Banco de España en su estudio sobre “La Evolución de la Regulación del Comercio Minorista en España y sus Implicaciones Macroeconómicas”.¹⁰ En el mismo queda patente que Cataluña, Asturias, Extremadura, Aragón, Canarias, Baleares y Andalucía son altamente intervencionistas, comprobándose que la Rioja, la Comunidad Valenciana y Galicia son las únicas que han

9 MARAVALL, Carlos (2009): pp. 111-112.

10 de los LLANOS MATEA, M^a y Juan S. MORA (2009): pp. 1-56.

relajado sus controles. Considera el Banco de España que estas diferencias de criterio entre las autonomías constituyen algo especialmente significativo, dado que son ellas las que van a seguir teniendo la última palabra en la regulación dentro de los límites que se deriven de la aplicación de la Directiva y de la Ley de Transposición.

Hay que hacer notar que a pesar de las expectativas que suscita la Directiva de Servicios y la Ley que la adaptará al marco legal español, la gran distribución, en el ámbito comercial, recela y teme que las autonomías, descafeínen la liberalización que exige la Unión Europea. Para evitarlo resulta imprescindible que el Proyecto de Ley que ahora se encuentra en las Cortes termine convirtiéndose, tras el trámite correspondiente, en un soporte legal completo, claro y respetuoso con el espíritu y la letra de la Directiva, salvando incluso alguna contradicción que nos podría afectar muy directamente, como la que percibíamos al comparar los considerandos 59 y 60 de la misma en lo referente a las competencias de las Comunidades Autónomas.

Antes de concluir esta reflexión, obligadamente breve, nos parece conveniente resaltar dos cuestiones de gran relevancia y que refuerzan la argumentación a favor de llevar adelante cuanto se establece y pretende en la Directiva de Servicios 2006/123/CE, así como una aplicación a nuestro país de la misma que contemple las peculiaridades, limitaciones y eventuales problemas consustanciales al Estado de las Autonomías. Nos referimos al impacto de la

regulación del comercio minorista (subsector del sector servicios que hemos tomado como referencia) sobre distintas variables macroeconómicas, por una parte, y sobre la competencia, cuya defensa, a toda costa, debemos garantizar.

En cuanto al primer punto, estudios recientes concluyen que a mayor restrictividad de la normativa menor es el empleo, los salarios y la productividad del sector, con un efecto negativo sobre los precios. La realidad económica avala sin ningún género de duda estas conclusiones obtenidas en los estudios mencionados, por lo que no parece necesario insistir en este punto.

Respecto al impacto de la regulación del comercio minorista sobre la competencia es preciso remitirse al informe aprobado por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en su sesión de 6 de mayo de 2009 en relación al Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero de ordenación del comercio minorista y otras normas complementarias (LORCOMIN). Este documento incide en una serie de aspectos que resulta necesario reformar, prestándose particular interés al tratamiento del régimen de autorización para la apertura de establecimientos comerciales y, en particular, de grandes superficies o grandes establecimientos comerciales, contenido en los artículos 2, 6 y 7 de la LORCOMIN. Así, en cuanto a dicho régimen de autorización para la apertura de grandes superficies comerciales, los puntos principales que defiende la CNC y que se desarrollan en dicho documento son:

1. El carácter restrictivo de la competencia de la actual licencia comercial autonómica regulada en el art. 6 de la LORCOMIN. En particular la CNC considera que la obligación de contar con esta licencia comercial restringe la competencia al establecer una barrera de entrada regulatoria para potenciales entrantes en el mercado, limitar el número de posibles competidores y permitir así la consolidación del poder de mercado de los operadores ya establecidos. De esta forma, las Comunidades Autónomas intervienen en la configuración de la oferta comercial, con la finalidad de alcanzar determinados objetivos de ordenación de la actividad económica, o de proteger o promover el comercio tradicional.
2. La insostenibilidad de fundamentar la licencia autonómica de apertura de grandes establecimientos en motivos de carácter económico, que actualmente se encuentran insertos en el art. 6.2 de la LORCOMIN, así como en relación con otros formatos comerciales. Estos motivos están expresamente prohibidos por la Directiva de Servicios y la futura Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Paraguas) sobre la que ya hemos hablado. La CNC considera que la sumisión de la licencia a dichos criterios supone una grave injerencia sobre el principio de libertad de mercado, dado que debe ser precisamente en el contexto de confrontación de oferta y demanda donde se dirima cuál es el adecuado equipamiento comercial, como resultado de la revelación por parte de los consumidores de sus preferencias a este respecto.

3. La conveniencia de eliminar la licencia comercial específica para grandes establecimientos comerciales. La CNC considera que habida cuenta de que la existencia de la licencia autonómica obedece precisamente a motivos de control de la oferta comercial por parte de esa Administración, una vez que no resulta aplicable ese criterio para determinar la existencia de la licencia, debe derogarse la obligación de obtener una licencia comercial específica para la implantación, modificación o transmisión de un gran establecimiento comercial.

4. La necesidad de fundamentar el establecimiento excepcional de una licencia específica para grandes superficies en razones de interés general no protegidas por otras administraciones, y de evitar que la autorización produzca daños desproporcionados a la libertad de empresa. Manifiesta la CNC que de considerarse pertinente la posible instauración de un régimen de autorización, dicho ejercicio de evaluación debería realizarse de la manera más precisa posible, interpretando de forma restrictiva las razones imperiosas de interés general que fundamentarían tanto la necesidad de autorización como los requisitos en que se basaría su otorgamiento, limitándolas a las verdaderamente relevantes a estos efectos. Estas razones de interés general deberían ser distintas de las ya protegidas por la existencia, en su caso, de licencias municipales y hacerse explícitas en el texto con carácter taxativo, sin que resulte admisible que dichos fines de interés general sirvan para amparar encubiertamente un control de la oferta comercial.

5. La pertinencia de eliminar de la LORCOMIN la definición de “gran establecimiento comercial”. Se concluye en el documento referido que en la medida en que la definición de gran establecimiento comercial debe entenderse en conjunción con la necesidad de solicitar dicha licencia comercial específica, de no existir dicha licencia, la definición tendría escasa virtualidad. Por tanto, de eliminarse la obligación de licencia específica para los grandes establecimientos, el concepto de gran establecimiento comercial resultaría intrascendente, debiendo eliminarse del texto de la LORCOMIN dicha definición.¹¹

Es preciso hacer notar, que la Comisión Nacional de la Competencia ya aprobó el 5 de noviembre de 2008 su Informe PN 0003/08 sobre el “Anteproyecto de Ley sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios”, que pretende aplicar la Directiva 2006/123/CE. Pero es el informe que acabamos de comentar muy sucintamente al que hay que prestar más atención, pues aborda un Anteproyecto de Ley que se ocupa de forma específica y separada de la reforma de la ordenación del comercio minorista y de la distribución comercial en general.

Hemos hablado de la Transposición o Ley Paraguas, del Anteproyecto de Ley que se ocupa de la reforma de la Ley de 1996 sobre comercio minorista, y ahora el círculo se cierra con la aprobación por el Consejo de Ministros el pasado 12 de junio del

¹¹ COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (2009): pp. 4-6.

Proyecto de Ley (ley Ómnibus) que modifica otras 47 normas del mismo rango que afectan a la Administración Pública, al consumo, a los Servicios Profesionales, al empleo, a los Servicios industriales y construcción, a la energía, a los transportes y comunicaciones, al medio ambiente y a la agricultura, y a la sanidad, todo ello con el fin de adaptarnos plenamente a la Directiva de Servicios de la Unión Europea. El impacto económico de esta última Ley parece que puede ser relevante, pues se estima que podría dar lugar a un incremento adicional del PIB del 1,2% y a la creación de 150.000 a 200.000 puestos de trabajo.

6. Conclusiones

De cuanto hemos visto hasta el momento pueden extraerse, entre otras, las conclusiones siguientes:

1ª) A través de su Directiva de Servicios 2006/123/CE la Unión Europea reconoce la necesidad imperiosa de garantizar un mercado único en el sector Servicios, sin trabas, restricciones o impedimentos a la libre circulación y competencia. España, en la que este sector supone el 67 por ciento del PIB y el 70 por ciento de la población activa, constituye un país especialmente afectado por esta importante normativa.

2ª) Dado que el artículo 44 de la Directiva establece que antes del 28 de diciembre de 2009 los países miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas neces-

rias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma, España aprueba en el Consejo de Ministros de 27 de marzo de 2009 el Proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios, publicado posteriormente en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Conocido como “Ley Paraguas”, constituye la transposición a la normativa española del texto de la Directiva de Servicios en el Mercado interior.

3ª) Pero en este proceso de transposición no hay que olvidar que España, con el muy peculiar modelo de organización territorial que supone el Estado de las Autonomías, puede encontrarse con problemas y dificultades añadidos como consecuencia de que la Constitución, en su título VIII diseñó un marco confuso en no pocos aspectos principales, jurídicamente complejo de aplicar siempre y, políticamente abierto a más de una dinámica que excede de la mera tensión centro/periferia propia de los Estados descentralizados.

La existencia de regulaciones diferenciadoras en razón de su ubicación territorial o pertenencia a una u otra Comunidad Autónoma confiere a los bienes y servicios en el mercado características y, eventualmente, ventajas añadidas que dan lugar de forma encubierta a situaciones de competencia desleal. Hay que aclarar que lo que resulta espúreo y rechazable es el hecho de que sea una regulación dispar y no uniforme la que provoca este tipo de distorsión en el mercado. Puede decirse, para ser más precisos y contundentes, que las regulaciones diversas en función de la descentralización

territorial equivale en realidad a la imposición de barreras en los mercados interiores, rompiendo así su unidad natural y deseable.¹²

4ª) En el considerando n° 60 de la Directiva de Servicios 2006/123/CE, y en relación con lo manifestado en la conclusión anterior, al hablar de las disposiciones referentes a los regímenes de autorización y al ámbito territorial de la misma, se dice... "que no deben interferir en el reparto de competencias regionales o locales en los Estados miembros, incluidos los gobiernos autónomos regionales y locales." Este punto de la amplia "exposición de motivos" de la Directiva (118 considerando) resulta preocupante y nos tiene que hacer reflexionar a la hora de debatir y aprobar la transposición.

5ª) Un aspecto a destacar lo encontramos en la adaptación "separada" del subsector de servicios que es el comercio minorista, para el que hay un Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista y otras normas complementarias (LORCOMIN). Sobre el mismo, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) aprobó el 6 de mayo de 2009 un informe en el que analiza con todo detalle el impacto de la regulación del comercio minorista sobre la competencia, llevando a cabo una serie de consideraciones, observaciones, puntualizaciones y propuestas que son del máximo interés.

12 FERNÁNDEZ DÍAZ, Andrés (2006): pp.111-112.

6ª) Finalmente, una tercera Ley aprobada por el Consejo de Ministros el 12 de Junio de 2009, conocida como Ley Ómnibus, viene a completar la tarea legislativa imprescindible para aplicar la Directiva de Servicios. La discusión, aprobación y puesta en marcha de esta nueva Ley que modifica otras 47 leyes, y sobre cuyo Proyecto existe mucha polémica, constituye un proceso complicado que hay que manejar con extrema cautela y sin perder de vista lo que realmente se persigue en la normativa “madre”, es decir, en la Directiva de Servicios del Parlamento Europeo y del Consejo.

Bibliografía

BARENDT, Eric (1998): *“An Introduction to Constitutional Law”*, Oxford University Press.

CABRILLO, Francisco (2008): *“Libertad económica en las Comunidades Autónomas”*, Marcial Pons, Madrid.

DE LOS LLANOS MATEA, María., S. MORA, Juan.: *“La evolución de la regulación del comercio minorista en España y sus implicaciones macroeconómicas. 2009”*. Banco de España.

DIARIO OFICIAL de la Unión Europea. L 376 de 27.12.2006.

FERNÁNDEZ DÍAZ, Andrés (2003): *“Descentralización, globalización y pacto local”*, Revista Española de Control Externo, nº 15, Tribunal de Cuentas, Madrid.

FERNÁNDEZ DÍAZ, Andrés (2006): *“Descentralización territorial y regulación: una asignatura pendiente”*, en Libro Marrón: Marco regulatorio y unidad de mercado, Ediciones Círculo de Empresarios, Madrid.

FERNÁNDEZ DÍAZ, Andrés (2008): *“Estabilidad presupuestaria y entidades locales: una visión de conjunto”*, Revista Española de Control Externo, nº 29, Tribunal de Cuentas, Madrid.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA (2009): *“Proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio”*, Madrid.

Transposición de la Directiva de Servicios al Estado de las Autonomías

MARAVALL, Carlos (2009): *“Los Servicios, una base sólida de competitividad de la economía española”*, Economistas, nº 119, Colegio de Economistas de Madrid, Madrid.

PORTERO MOLINA, José Antonio (2001): *“El principio democrático ordenador de las relaciones entre los principios de unidad y autonomía”*. Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, Madrid.

La larga marcha por la libertad de empresa

1. Libertad de empresa e intervencionismo administrativo

Con este título el Boletín del Círculo de Empresarios nº 32 correspondiente al cuarto trimestre de 1985 incluye un breve escrito mío que recoge mi intervención en una jornada de traba-

* Nacido en Burgos el 10 de agosto de 1941, es Catedrático de Derecho Administrativo desde 1973 (Fac. de Derecho de San Sebastián). Ha sido Rector de la UNED desde 1977 a 1982 y desde 1983 desempeña su cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Ha publicado una veintena de libros sobre temas de su especialidad, entre ellos el *Curso de Derecho Administrativo*, en dos volúmenes, con el Prof. García de Enterría, que viene editándose desde 1974 y del que se han hecho catorce ediciones y múltiples reimpresiones y el *Manual de Derecho Urbanístico*, cuya última edición, la 21ª, es de 2008. Sus últimos libros publicados son: *De la arbitrariedad de la Administración* (5ª ed. 2008), *De la arbitrariedad del legislador* (1998) y en colaboración con el Prof. Alejandro Nieto, *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre las leyes, los abogados y los jueces*, aparecido en el mes de octubre de 1998, reimpreso en noviembre de 1998 y 5ª edición 2008, *Estudios de Derecho Ambiental y Urbanístico*, Aranzadi Editorial, 2001, *Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria*, La Ley, Buenos

jo organizada por la entidad con la vista puesta en el ingreso formal de España en las Comunidades Europeas.

En ese escrito comenzaba yo recordando que “no hay actividad privada de signo económico que no esté sujeta a una intervención precisa por los órganos de la Administración, bien bajo la forma de autorizaciones, licencias o permisos, bien bajo la de inscripciones en registros públicos, comunicaciones o declaraciones de muy diversos tipos”, resultado de un conjunto enormemente heterogéneo de normas, de rango muy diverso, que, si bien encontraba un sentido unitario en el escenario económico, jurídico y político anterior a la Constitución de 1978, tenía que ser objeto de una profunda revisión a la luz de la libertad de empresa reconocida por el artículo 38 de ésta.

A estos efectos proponía distinguir “dos grandes modelos o sistemas de intervención, uno de signo represivo y otro de signo preventivo. El primero –decía- supone la existencia de una completa regulación previa de la actividad, dentro de la cual el ejercicio de ésta se entiende enteramente libre y no está sometido *ab initio* a control administrativo alguno. Sólo *a posteriori*, en los casos en que se compruebe que una concreta actividad se desa-

rolla fuera de los cauces de la reglamentación establecida, surge la reacción por vía de sanción, administrativa o penal”.

De esos dos sistemas, “el preventivo supone una intervención más intensa, una mayor restricción de la libertad”, ya que “parte de una prohibición general e implica un control previo individualizado de todas y cada una de las actividades que pretendan emprenderse”, mientras que el sistema represivo “supone sólo un control ocasional de aquellas actividades respecto de las cuales se adviertan indicios de un presunto exceso”. A esto hay que añadir que “el control previo, por ser tal, opera sobre hipótesis, ya que la actividad aún no ha sido emprendida, lo que de facto hace entrar en juego un margen de apreciación notable del que la Administración se beneficia, cosa que no ocurre con el control *a posteriori*, que es el propio del sistema represivo, ya que su objeto no es una mera hipótesis, sino una realidad dada, la concreta realidad de la actividad que se viene ejerciendo.

“El control previo que el sistema preventivo comporta en todo caso –continuaba advirtiendo– admite, sin embargo, modalidades distintas, que suponen grados también diferentes de intervención”. Puede consistir en una simple declaración, comunicación o notificación previa, seguida o no de la inscripción en un registro público, o llegar al nivel máximo de intervención, que es el que resulta de la exigencia de una autorización previa de la actividad, que es –decía– “la técnica más frecuentemente utilizada hoy por hoy entre nosotros y, hasta la liberalización acordada

por el Decreto-Ley de Ordenación Económica de 21 de julio de 1959, prácticamente la única”.

Esa autorización previa “admite también variantes, más o menos agresivas para la libertad, bien por razón del modo de obtención de la misma, que es distinto, obviamente, según que el silencio de la Administración ante la petición del particular juegue en sentido positivo o negativo, bien por razón de la configuración normativa del poder conferido a la Administración para otorgarla o negarla, que puede ser un poder estrictamente vinculado o reglado, o más o menos discrecional y admitir o no condicionamientos”.

Todas estas modalidades de intervención, que son muchas dado el número de elementos susceptibles de combinación, “pueden ser consideradas, en principio, compatibles con la libertad de empresa reconocida por el artículo 38 de la Constitución”, pero “no son ni pueden considerarse indiferentes o de uso puro y simplemente alternativo” porque “cada una de ellas supone un nivel de intensidad de la intervención administrativa también diferente”. La elección de una u otra “ya no es, en consecuencia, enteramente libre para el legislador, que habrá de respetar en todo caso los criterios inmanentes al sistema de libertades que la Constitución ha implantado”.

Me preguntaba a continuación por estos criterios y respondía que el primero de ellos es que “no puede haber intervención

constitucionalmente lícita sin Ley habilitante previa y Ley en sentido formal, pues sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, puede regularse el ejercicio de los derechos y libertades” fundamentales.

“En segundo lugar, que en caso de duda respecto a la técnica de intervención concretamente utilizada por la Ley habrá que optar por la que suponga una menor restricción de la libertad”, porque, en el marco de la Constitución, “la libertad es la regla, la intervención la excepción que, como tal, hay que interpretar restrictivamente”.

“En tercer lugar, que la elección de la técnica de intervención por el propio legislador tiene que ser congruente y proporcionada con los valores constitucionales que con ella quieren protegerse. Quiere esto decir que si en un caso concreto es suficiente a estos fines con la mera regulación de la actividad y la represión *a posteriori* del mal uso de la libertad reconocida, no debe imponerse un control preventivo de carácter general y, si las circunstancias obligan a establecer éste, debe elegirse la técnica de la declaración previa con preferencia a la de autorización, etc.”

“La elección exige necesariamente una valoración individualizada de cada supuesto de intervención”, que no cabe suplir con declaraciones generales, ya que la casuística es muy grande. “Sí puede decirse, sin embargo, que la lógica constitucional de la libertad tiende a reducir, cuando no a excluir totalmente, los

amplios márgenes de discrecionalidad con que la Administración acostumbraba a operar en el pasado, márgenes que más allá de ciertos límites, pueden comportar una completa desfiguración del derecho o, incluso, una sustitución pura y simple de la libertad por el arbitrio de la Administración”.

Nuestra jurisprudencia, constitucional y contencioso-administrativa, no se tomó, sin embargo, tan en serio el artículo 38 de la Constitución como realmente merecía y ha habido que esperar por ello a que el Tribunal Europeo de Justicia extrajera de las libertades básicas, que el Tratado de la Comunidad consagra las conclusiones que era perfectamente posible deducir, si se hubiera puesto algún interés en ello, del citado precepto de nuestra Norma Fundamental.

2. La construcción del mercado único europeo y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia.

Nuestro ingreso en las Comunidades Europeas vino a coincidir con la entrada en vigor del Acta Única Europea y la consiguiente puesta en marcha del ambicioso y complejo proceso de creación de un mercado único europeo en el que las personas, los servicios, los capitales y las mercancías puedan circular con plena libertad sin obstáculos ni barreras nacionales.

En ese nuevo escenario la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia ha jugado un extraordinario papel que es justo destacar.

De esa jurisprudencia, que se consolida en la última década del siglo ya pasado, es buena muestra la Sentencia de 22 de enero de 2002, asunto Canal Satélite Digital S.L., que resuelve la cuestión prejudicial planteada por nuestro Tribunal Supremo a propósito de la exigencia de inscripción en un registro oficial obligatorio de los aparatos decodificadores de señales de televisión por satélite impuesta por el artículo 2 del Real Decreto 136/1997.

Una tal exigencia –dice la Sentencia- restringe tanto la libre circulación de mercancías como la libre prestación de servicios, por lo que para que pueda considerarse conforme con dichas libertades “debe perseguir una finalidad de interés general reconocida por el Derecho Comunitario y respetar el principio de proporcionalidad, es decir, ha de ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que pretende lograr, sin ir más allá de lo necesario para alcanzarlo”.

Para que no haya duda alguna al respecto la Sentencia añade inmediatamente a continuación que “para comprobar si una normativa nacional como la controvertida respeta el principio de proporcionalidad, el órgano jurisdiccional remitente debe, en particular, tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- para que un régimen de autorización administrativa previa esté justificado aun cuando introduzca una excepción a dichas libertades fundamentales, dicho régimen debe, en cualquier caso, basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de

antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera arbitraria,

- no puede considerarse necesaria para alcanzar el objetivo perseguido una medida adoptada por un Estado miembro que, esencialmente, duplica los controles ya efectuados en el marco de otros procedimientos, bien en ese mismo Estado, bien en otro Estado miembro,

- un procedimiento de autorización previa sólo es necesario si se considera que el control *a posteriori* es demasiado tardío para que su eficacia real quede garantizada y para permitirle alcanzar el objetivo perseguido,

- un procedimiento de este tipo no debe, como consecuencia de su duración, de los gastos que genere o de la imprecisión de los requisitos que han de reunirse, disuadir a los operadores de llevar adelante su proyecto”.

Esta clara doctrina es la que ha convertido en norma positiva la Directiva de Servicios 123/2006, de 12 de diciembre, que es, en mi opinión, la norma más importante que la Comunidad Europea ha aprobado hasta hoy y la que tiene un mayor potencial transformador de la economía de los Estados miembros en la medida en que los servicios representan un 70% del PIB y de los puestos de trabajo en la mayoría de ellos.

3. La Directiva 123/2006 como codificación de la referida jurisprudencia

La Directiva 123/2006 no dice, en efecto, nada que no hubiera dicho ya el Tribunal Europeo de Justicia sobre la legitimidad de las restricciones, limitaciones o condicionamientos de las libertades reconocidas por el Tratado. En este punto sus preceptos no hacen sino convertir en prosa legal las declaraciones jurisprudenciales que acaban de recordarse.

Es importante subrayarlo así porque no faltan quienes ven –o interesadamente dicen ver- en la Directiva el fruto de una oleada neoliberal que amenaza con destruir los valores que las políticas progresistas han logrado con esfuerzo preservar en el pasado inmediato. No hay nada de eso, como es fácil comprobar. La Directiva de Servicios no pretende, ni mucho menos, eliminar todo tipo de intervención administrativa, ni desconoce en absoluto que hay intereses generales que reclaman protección y que sólo a través de esa intervención pueden obtenerla.

Lo que la Directiva proscribía son solamente las intervenciones abusivas e innecesarias, los controles previos carentes de verdadera justificación, que es exactamente lo que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia venía sosteniendo en las dos últimas décadas sin protesta de nadie. Un breve repaso del texto de la Directiva permite comprobarlo sin dificultad.

El artículo 9 de la Directiva establece, en efecto, que los Estados miembros sólo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización (en el que se entiende comprendido cualquier tipo de trámite ante una autoridad pública para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio: vid. artículo 4.6) cuando, además de no ser discriminatorio para el prestador, su necesidad esté justificada por una razón imperiosa de interés general y el objetivo perseguido no pueda alcanzarse mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.

Al servicio de esta regla básica, la Directiva precisa luego las condiciones que deben respetar los regímenes de autorización, que “deberán basarse –dice el artículo 10- en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que esa facultad no se ejerza de forma arbitraria”.

El artículo 14 enumera para que no haya la más mínima duda al respecto los requisitos que en todo caso se consideran prohibidos: la discriminación por razón de nacionalidad o residencia, la prohibición de estar establecido en varios Estados miembros, las condiciones de reciprocidad, la intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de las autorizaciones, la obligación de constituir

avales financieros o de suscribir un seguro con un prestador u organismo nacional, la obligación de haber estado inscrito previamente durante un periodo determinado en los registros existentes o de haber ejercido la actividad en el territorio de que se trate un cierto tiempo y la aplicación de la llamada “prueba económica”, entendiéndose por tal todo aquello que consista en supeditar “la concesión de la autorización a que se demuestre 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 fijados por la autoridad competente”.

El artículo 15 enuncia otra lista de requisitos bajo sospecha, que deben por ello ser objeto de una evaluación de su compatibilidad con las exigencias de no discriminación, necesidad y proporcionalidad y que, caso de ser finalmente establecidos por una nueva disposición legal, reglamentaria o administrativa, conlleva la obligación del Estado miembro que adopte ésta de comunicarla a la Comisión, que lo hará, a su vez a los demás Estados miembros, y podrá, de no considerarla compatible con el Derecho comunitario, adoptar una decisión requiriendo su derogación. Entre esos requisitos, que no se excluyen *a radice*, pero que deben probar caso por caso su necesidad, proporcionalidad y carácter no discriminatorio, figuran los límites cuantitativos o territoriales y, concretamente, los fijados en función de la población o de una distancia mínima entre prestadores (como ocurría antes con

las estaciones de servicios), la prohibición de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional, la exigencia de una determinada forma jurídica o la posesión de un cierto capital social, la exigencia de un número mínimo de empleados, la imposición de unas tarifas, mínimas o máximas, obligatorias o la obligación de que el prestador realice, junto con su servicio, otros servicios específicos.

Todos hemos visto muchas veces como este tipo de requisitos se han impuesto no porque fueran imprescindibles, sino para dificultar el establecimiento de competidores, para levantar, en definitiva, una barrera de entrada en el mercado.

Este es el núcleo esencial de la Directiva, que incluye también la prohibición de limitar la duración temporal de las autorizaciones, salvo que el número de las disponibles sea limitado o que exista alguna razón imperiosa de interés general que lo exija (artículo 11), la obligación de aplicar un criterio de selección público, transparente e imparcial cuando el número de autorizaciones sea limitado debido a la escasez de recursos naturales o de las capacidades técnicas que se pueden utilizar (artículo 12), el juego del silencio positivo (artículo 13.4), amén de otras muchas normas instrumentales orientadas a la simplificación de los procedimientos y a facilitar al máximo la información para que la libertad que trata de implantarse no fracase víctima de formalismos burocráticos.

No hay, pues, novedad alguna en lo que a las reglas se refiere. Tampoco la hay en lo que respecta a las excepciones, ya que la Directiva se abstiene de precisar el concepto de “razones imperiosas de interés general” para cuyo desarrollo se remite a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a los artículos 43 y 49 del Tratado. De acuerdo con dicha jurisprudencia el considerando 40 se limita a enunciar una larga lista de ámbitos que se consideran comprendidos en el concepto en cuestión, lista que va desde el orden público al mantenimiento de la diversidad de la prensa, pasando por la prevención de fraudes, el fomento de la lengua nacional o la protección del medio ambiente y del entorno urbano.

La lista es larga y, además, está abierta, de forma que, como el citado considerando advierte expresamente, “puede seguir evolucionando”. La liberalización que la Directiva persigue no es insensible en absoluto a las exigencias de los intereses públicos, que quiere tener siempre muy presentes. Allí donde exista un interés de esta clase podrá establecerse legítimamente una restricción o imponerse un condicionamiento a las libertades que el Tratado reconoce si ese interés es objeto de “una amenaza auténtica y suficientemente importante” (vid. considerando 41), que, por supuesto, no bastará invocar y deberá ser debidamente probada, como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que es muy abundante y muy explícita, subraya sistemáticamente.

La Directiva de Servicios se ha situado, pues, exactamente en el lugar en que lo estaba antes de ella –y lo sigue estando- el Tribunal de Justicia. No se entiende por eso que quienes nunca denunciaron la jurisprudencia establecida por el Tribunal digan ahora que la Directiva va más allá de lo que el Tratado autoriza, como si fuera aquélla y no éste quien se propuso establecer un mercado único a todo lo largo y ancho de la Unión Europea y quien consagró las libertades fundamentales de establecimiento y de servicios, de circulación de mercancías y de capitales.

Es la lógica de la libertad la que ha obligado a la jurisprudencia del Tribunal primero y a la Directiva después a tratar como excepciones esas razones imperiosas de interés general que pueden justificar las intervenciones de la Administración, siempre, claro está, que éstas no resulten excesivas y, por lo tanto, innecesarias para alcanzar el objetivo perseguido.

Sorprende por ello en extremo el empeño que han puesto algunos autores en cuestionar la competencia de la Comunidad para aprobar una Directiva con ese concreto contenido (vid. T. QUADRA-SALCEDO JANINI, *¿Quo vadis Bolkestein? ¿Armonización o desregulación?* en el nº 22 de la Revista Española de Derecho Europeo y, en esa misma línea, más recientemente, L. PAREJO, *La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein*, en el nº 6 de *El Cronista*) y más todavía que llegue a decirse que atenta, incluso, contra nuestro propio orden constitucional, afirmación ésta sencillamente incomprensible cuando, en pleno

franquismo, una norma de segundo grado, el todavía vigente Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, acertó a decir, con el aplauso unánime de los juristas de toda condición que “el contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que los justifiquen” y que “si fuesen varios los admisibles se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual” (como recuerda oportunamente José Carlos LAGUNA en un artículo incluido también en el nº 6 de El Cronista).

Esto es exactamente lo que la Directiva de Servicios dice, pero ahora en serio y con el respaldo que le otorga la opción formal que la Comunidad hizo en Maastricht en favor de “una economía de mercado abierta y de libre competencia”, principio éste que, según proclama el artículo 4 del Tratado constitutivo, ha de presidir la ejecución de la política económica de la Comunidad y de los Estados miembros y del que, por lo tanto, no cabe prescindir a la hora de interpretar nuestra propia Norma Fundamental.

4. El arduo problema de la trasposición de la Directiva y de la consiguiente adaptación de los ordenamientos de los Estados miembros

El problema que la Directiva plantea no está en los principios, que son muy claros y difícilmente discutibles por las razones ya expuestas, sino en su efectividad, que, lógicamente, depende de la

fidelidad con que se traduzcan por los Estados miembros en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Si alguno falla, se resiste o se demora, el objetivo perseguido no se alcanzará del todo y el mercado único europeo seguirá soportando los obstáculos a la libertad correspondientes a ese fallo, esa resistencia o esa demora.

Justamente por eso la Directiva 123/2006 no se ha limitado, como es usual, a fijar un plazo para que los Estados miembros aprueben las normas correspondientes para trasladar a sus propios ordenamientos jurídicos los principios, criterios y reglas que establece. Lo hace, en efecto, en su artículo 44, según el cual todos ellos habrán de poner en vigor las disposiciones precisas para dar cumplimiento a la Directiva a más tardar antes del 28 de diciembre de 2009, pero no se conforma con eso, sino que ha montado un complejo operativo que implica a todos los Estados miembros en la verificación del cumplimiento por cada uno de ellos de las obligaciones que la Directiva les impone.

En lo que se refiere a la producción de disposiciones nuevas, el artículo 15.6 de la Directiva obliga desde el día siguiente a su publicación, esto es desde el 28 de diciembre de 2006, a notificar a la Comisión todas aquellas que establezcan alguno de los requisitos que el propio precepto sitúa bajo sospecha, con la correspondiente motivación de su exigencia. Las normas en cuestión serán comunicadas, a su vez, por la Comisión a los demás Estados miembros, lo que constituye una invitación implícita para que éstos hagan llegar a aquélla las observaciones que esti-

men pertinentes a propósito de su conformidad o disconformidad con las reglas y principios que la Directiva establece.

Se formulen o no observaciones por los Estados miembros la Comisión examinará en los tres meses siguientes a la recepción de la disposición si ésta es compatible con el Derecho Comunitario y adoptará, en su caso, una decisión solicitando al Estado miembro que no apruebe tales disposiciones o que las derogue.

En lo que se refiere a las normas legales, reglamentarias y administrativas anteriores a la Directiva, ésta exige una auténtica criba, como expresivamente dice su considerando 74, una criba en la que también se implica a todos los Estados miembros en un ejercicio de evaluación recíproca rigurosamente inhabitual.

A más tardar el 28 de diciembre de 2009, dice el artículo 39 de la Directiva, los Estados miembros han de presentar a la Comisión un informe comprensivo de los regímenes de autorización existentes en cada uno de ellos y de los requisitos sujetos a evaluación que se proponen mantener y de los que han suprimido o simplificado. Los informes de cada Estado han de ser enviados por la Comisión a todos los demás Estados, que disponen de seis meses para formular cuantas observaciones estimen oportunas sobre cada uno de ellos.

La Comisión someterá a estudio de un Comité especializado los informes y las observaciones formuladas y a más tardar el 28

de diciembre de 2010 presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe de síntesis con las propuestas que considere oportunas.

El proceso no queda, sin embargo, cerrado definitivamente, con esto, porque el artículo 41 incluye una cláusula de revisión que obliga a la Comisión a presentar al Parlamento Europeo y al Consejo un informe completo sobre la aplicación de la Directiva “a más tardar el 28 de diciembre de 2011 y cada tres años en lo sucesivo”.

¿Por qué tantos controles y tantas cautelas si los principios son tan claros? ¿O es que, quizás, no lo son tanto? Sí lo son, sin duda alguna. Lo que ocurre es que depurar unos ordenamientos jurídicos que desde la crisis de 1929 vienen acumulando, muchas veces por simple rutina, múltiples intervenciones de todo tipo de las autoridades administrativas más diversas es una tarea extraordinariamente compleja porque cada una de esas intervenciones, por inocentes que puedan parecer, ha generado intereses que es muy difícil eliminar.

Hay, en efecto, muchos agentes económicos que están o, por lo menos, se sienten protegidos por el sistema en la medida en que éste exige a sus eventuales competidores obtener lo que ellos ya tienen, esto es, una autorización que en el mejor de los casos es, por lo menos, fatigoso o costoso, o las dos cosas al mismo tiempo conseguir.

Hay también muchos administradores de todos los niveles a los que ese mismo sistema asegura una cuota de poder que en un régimen de libertad perderían pura y simplemente.

Y hay, por supuesto, políticos que todo lo traducen en votos, y votos –no hay que engañarse– hay más del lado de la intervención que del lado de la libertad por la sencilla razón de que el intervencionismo administrativo tiene ya ochenta años de historia y en ese tiempo ha echado unas raíces muy profundas y ha generado una cultura, la cultura autoritativa a la que se refiere PAREJO, de la que es muy difícil desprenderse.

De todo ello tenemos a mano múltiples ejemplos en nuestra propia realidad, a la que es imprescindible referirse ahora.

5. La trasposición de la Directiva a nuestro propio Derecho.

Estado actual de la cuestión

Como antes quedó dicho, los Estados miembros vienen obligados a poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva “a más tardar antes del 28 de diciembre de 2009”. Así lo establece el artículo 44 de la Directiva, que, por lo tanto, dio a los Estados miembros tres años completos para realizar la tarea.

La mayor parte de ese tiempo ha transcurrido ya y estamos todavía lejos de la meta. El 27 de marzo pasado el Gobierno aprobó un Proyecto de Ley sobre libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio (la coloquialmente conocida como “Ley paraguas”), que, en rigor, se limita a reproducir el contenido de la Directiva y a anunciar que en el plazo de un mes a partir de su entrada en vigor como Ley el Gobierno habrá de someter a las Cortes otro Proyecto de Ley comprensivo de las modificaciones a introducir en la legislación estatal para la adaptación de ésta al contenido de la Directiva.

Este segundo Proyecto de Ley (la llamada “Ley ómnibus”) se ha demorado en exceso en mi opinión. Fue aprobado por el Gobierno el pasado día 12 de junio y afecta a diez Leyes generales y a otras treinta y seis Leyes específicas que regulan actividades y servicios muy diversos y de importancia económica muy diferente también. Con ello no se agota, ni mucho menos, la adaptación que la Directiva reclama, ya que, como advierte la disposición final segunda del Proyecto en cuestión, se trata sólo de una incorporación parcial, que habrá de ser seguida, por lo tanto, de nuevas reformas.

El Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros el propio día 12 de junio es explícito en este sentido al anunciar un programa de reforma de las disposiciones reglamentarias necesitadas de modificación que comprende no sólo las que desarrollan las Leyes “cargadas en el ómnibus”, sino también otra serie de regla-

mentos correlativos a Leyes diferentes de las anteriores, que, en sí mismas, no requieren corrección alguna por ser su texto conforme con la Directiva.

El Acuerdo al que me refiero incluye un listado de los Reales Decretos y otro de los Estatutos de Colegios profesionales y Consejos de Colegios que deben ser modificados antes del 28 de diciembre próximo (ciento veinticinco y sesenta y dos, respectivamente, aunque el número de unos y otros puede ser ampliado, según se indica), precisa los criterios a los que habrán de ajustarse las reformas, y establece un calendario para la remisión de las propuestas correspondientes al Ministerio de Hacienda, que ostenta la presidencia del Grupo de Trabajo para la Trasposición de la Directiva de Servicios (antes del 19 del corriente mes de junio), para la solicitud al Consejo de Estado del dictamen preceptivo que requieren los reglamentos ejecutivos de las Leyes (antes de octubre de 2009) y para la elevación de los textos definitivos a la Comisión Delegada de Asuntos Económicos (en noviembre de 2009).

El proceso de adaptación del ordenamiento jurídico estatal ha entrado así en la recta final. De su alcance real es prematuro hacer valoraciones, ya que para ello no basta con analizar las modificaciones que el Proyecto de “Ley ómnibus” incluye, que son correctas, sin duda, sino que sería preciso localizar y catalogar lo que no ha podido o, incluso, no ha querido incluir debiendo hacerlo, tarea ésta nada fácil que nadie podrá hacer de un

golpe y que se irá realizando poco a poco a medida que el tráfico cotidiano vaya poniendo al descubierto mecanismos de intervención cuyo ajuste a los principios y reglas que la Directiva establece deja de desear.

Hay ya desde ahora problemas particularmente conflictivos en los que la batalla entre los distintos intereses en presencia va a ser larga y dura. Es el caso del comercio minorista y, en concreto, del régimen de la licencia comercial o segunda licencia establecido para las grandes superficies por el artículo 6 de la Ley estatal 7/1996, de 15 de enero, cuyo tratamiento ha sido derivado por el Gobierno a un texto específico distinto del Proyecto de “Ley ómnibus”.

El Anteproyecto de Ley que conozco afirma en su Exposición de Motivos que, según “los estudios de la doctrina científica”, la instalación y apertura de establecimientos comerciales “podría generar impacto ambiental y territorial a partir de los 2.500 metros cuadrados de superficie comercial”, pero se abstiene de fijar ese parámetro en la nueva redacción que da al artículo 6 de la Ley 7/1996, en el que se limita a decir que la instalación de establecimientos no estará sujeta a régimen de autorización comercial con carácter general, aunque tal autorización podrá exigirse “cuando, una vez aplicado el juicio de proporcionalidad, de manera clara e inequívoca concurren razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial como la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la orde-

nación del territorio y la conservación del patrimonio histórico y artístico”, lo que equivale a dejar el asunto en manos de las Comunidades Autónomas, manos que han demostrado ser muy malas por cierto, como lo acreditan los procedimientos en curso promovidos por la Comisión contra el Reino de España a propósito de la legislación catalana y andaluza.

Las informaciones facilitadas por la prensa a finales del pasado mes de mayo dan cuenta de la normativa comercial que preparan la Generalidad de Cataluña y el Gobierno Balear, Comunidades que, al parecer, pretenden rebajar todavía más el umbral a partir del cual se considera que existe un gran establecimiento (de 1.100 m² a 800 m² en Cataluña y de 1.300 m² a 700, 400 y 200 en las islas de Mallorca, Ibiza y Menorca y Formentera, respectivamente: vid. el diario El Mundo de 29 de mayo último).

Del proceso de adaptación a la Directiva de los ordenamientos jurídicos de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y de las Entidades Locales nada puedo decir porque poco o nada se sabe.

La disposición final quinta del Proyecto de “Ley paraguas” se limita a decir que todas estas entidades habrán de comunicar a la Administración General del Estado las disposiciones legales y reglamentarias de su competencia que hubieren modificado “antes del 26 de diciembre de 2009”, con el tiempo justo, por lo

tanto, para incluir lo que envíen tal y como lo envíen en el informe que “a más tardar el 28 de diciembre de 2009” han de remitir a la Comisión todos los Estados miembros según lo dispuesto en el artículo 39 de la Directiva.

No hay muchas razones para el optimismo a la vista de este panorama. Muy al contrario, todo hace pensar que el 28 de diciembre próximo no va a ser, como debería, el final de una larga etapa histórica marcada por el intervencionismo sistemático de la Administración, sino, más bien, el principio de una lucha enconada entre los partidarios de la libertad y los beneficiarios de la intervención cuyo resultado final va a depender mucho de las circunstancias y de la energía que las instituciones comunitarias muestren para hacer cumplir la norma por ellas aprobada.

La crisis, tantas veces negada hasta hace bien poco entre nosotros y, sin embargo, tan profunda ya, no va a ayudar en absoluto a progresar en la buena dirección.

El impacto de la Directiva de Servicios en la economía española

1. Introducción

La transposición de la Directiva de Servicios¹ se ha contemplado, en España, como una oportunidad privilegiada para mejorar la regulación del sector más importante de nuestra economía y, de esta forma, contribuir a su eficiencia, dinamismo y potencial de creación de empleo. Se trata de un ejercicio complejo, que afecta a

* Nacido en 1966 en Madrid, es Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad Autónoma de Madrid y Master en Análisis Económico y Hacienda Pública por el Instituto de Estudios Fiscales. Pertenece al Cuerpo Superior de Técnicos Comerciales y Economistas del Estado.

Desde 1992, ha desarrollado su carrera profesional en la Administración General del Estado, donde ha ocupado cargos de diversa responsabilidad. En los últimos años ha trabajado en el Ministerio de Economía y Hacienda, dentro del área de Política Económica. Primero, como Subdirector General Adjunto de Análisis Sectorial, posteriormente, como Subdirector General de Ordenamiento Jurídico Económico y, desde abril de 2006, como Director General de Política Económica.

1 Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior.

competencias de todos los niveles de administración, implica obligaciones de resultados –como la puesta en marcha de una ventanilla única electrónica o de un sistema de cooperación administrativa entre autoridades españolas y de los demás Estados miembros– además de actuaciones normativas, y abarca una amplia –y heterogénea– gama de actividades de servicios.

El programa de trabajo² diseñado para la transposición es coherente con la prioridad con que se enfoca el ejercicio de transposición y con la complejidad de su articulación. Así, establece tres principios que guían el proceso:

- Un enfoque ambicioso, que permita alcanzar ganancias de competitividad en relación con nuestros socios comunitarios que están embarcados en el mismo proceso.
- Una correcta atribución de responsabilidades, de forma que las tareas de transposición corresponden a cada Administración en el ámbito de sus competencias.
- Y una estrecha colaboración entre las distintas Administraciones, así como entre éstas y el sector privado.

² El programa de trabajo se aprobó por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos en julio de 2007.

El avance en el cumplimiento de este programa ha confirmado las expectativas iniciales. El ejercicio de transposición tiene, efectivamente, un potencial muy elevado para la economía española y es también muy complejo.

En el actual contexto económico, caracterizado por la profunda crisis financiera internacional y su repercusión en la economía española, la transposición de la directiva cobra aún mayor importancia. Una mejora del marco regulatorio de las actividades de servicios contribuirá, por un lado, a reforzar la confianza de los agentes económicos españoles y, con ello, a anticipar la salida de la crisis. Pero el efecto más importante es el que puede tener en el potencial de crecimiento en el medio y largo plazo. En este horizonte la economía española deberá recuperar el terreno perdido en el período de crisis y avanzar hacia una senda de crecimiento sostenible que permita la convergencia con las economías europeas más avanzadas. La mejora en la eficiencia del sector servicios, inducida por la transposición de la Directiva, puede ser un factor clave para alcanzar este objetivo.

El objetivo de este artículo es, en primer lugar, analizar las razones que justifican la adopción de “un enfoque ambicioso” para la transposición de la Directiva de Servicios en España. Para ello, en el siguiente epígrafe se revisa la importancia de este sector en la economía española, tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo, y se analiza la necesidad de una mejora de su marco de regulación. En segundo lugar, se trata de analizar desde una pers-

pectiva cuantitativa los efectos económicos que se esperan de la transposición. Y, finalmente, se presenta el estado de situación del proceso, que debe concluir el 28 de diciembre de 2009.

2. ¿Por qué una transposición ambiciosa?

Desde su concepción inicial, la Directiva de Servicios ha generado grandes expectativas y también una cierta controversia. Se trata, en realidad, de dos caras de la misma moneda. Las expectativas nacen de la esperanza de que la Directiva tenga un impacto amplio y positivo en el sector más importante de las economías desarrolladas: el sector servicios. La controversia surge ante el temor de que este impacto derive en pérdidas de calidad en algunos servicios esenciales, en desprotección de consumidores y usuarios, o en un deterioro de condiciones laborales, por citar sólo algunos ejemplos.

No se trata, en realidad, de un debate nuevo, sino de una situación que se repite con frecuencia en los procesos de liberalización económica o de apertura de una economía frente al exterior. En su historia reciente, España ha pasado por varios de estos procesos. Los más significativos son los asociados al plan de estabilización de 1959, la incorporación a la Unión Europea, o la adopción del euro y ha salido siempre reforzada de ellos, tanto en términos económicos como, sobre todo, de desarrollo social.

En el marco de esta controversia, frente al enfoque “a la defensiva” promulgado por algunos, en España se ha optado por una

transposición “ambiciosa” que intensifique la aplicación de los principios que guían la directiva y maximice sus efectos. En este epígrafe se ofrecen algunos argumentos que justifican la adopción de este enfoque.

2.1. El peso del sector servicios en la economía española

El primero es la importancia del sector servicios en España. Al igual que en el resto de países desarrollados, es el de mayor peso económico. Así, en 2008, las actividades de servicios representan en torno al 68,3% del valor añadido generado por las distintas ramas de actividad y al 68,1% del empleo.

Además, en las últimas décadas este sector viene actuando como impulsor del crecimiento económico y la creación de empleo. Muestra de ello es que, entre 1995 y 2008 las actividades de servicios han ganado 2,2 puntos porcentuales de participación en el valor añadido. Esta evolución, que refleja un crecimiento superior al del conjunto del PIB, consistente con el proceso de terciarización de las economías desarrolladas, se ha apoyado en el comportamiento de los servicios de mercado, que han pasado de aportar un 50,6% del valor añadido en 1995, al 53,4% en 2008, frente a un cierto retroceso de los servicios de no mercado.

Sin embargo, la importancia económica de las actividades de servicios va más allá de su participación en el PIB o en el empleo.

En realidad, es la creciente demanda de servicios la que explica el aumento de su importancia relativa en nuestra economía.³

Así, los servicios juegan un papel cada vez más importante en el consumo de las familias y representan en la actualidad en torno al 40% de su gasto, con un aumento del entorno de 10 puntos porcentuales con relación al principio de los noventa. Los seguros, las telecomunicaciones, los servicios de hoteles y viajes, o los de vivienda son algunos de los protagonistas de este comportamiento.

En el sector exterior, los servicios juegan un papel también importante. España se sitúa como el sexto país exportador de servicios. En este ámbito el papel preponderante lo juega el sector turístico, pero hay otros, como el de los servicios a empresas, con un empuje creciente.

Además, los servicios actúan como el principal canal de internacionalización de la empresa española. En torno al 70% de la inversión directa en el exterior y el 60% de la inversión directa recibida se realizan en actividades de servicios. En este ámbito destacan los servicios financieros y de telecomunicaciones.

³ Para un análisis de los factores que impulsan el crecimiento de los servicios puede verse el *Informe Económico. El sector servicios y la transposición de la directiva europea al caso español*. J.R. Cuadrado Roura, A. Maroto y otros, octubre 2008, que está disponible en la página web del Ministerio de Economía y Hacienda. La descripción que sigue se apoya en este trabajo.

Finalmente, los servicios suponen el 38% del total de consumos intermedios en España. Los principales compradores de servicios son los propios servicios y las industrias manufactureras. Estos datos reflejan la importancia que algunas actividades de servicios (como los de transportes, los financieros, los de alquiler, o los servicios a empresas) tienen en los procesos de externalización que llevan a cabo las empresas españolas.

Los datos analizados permiten extraer una clara conclusión: los servicios son un sector clave para la competitividad del conjunto de la economía. En efecto, más allá de su peso específico en el PIB, los servicios contribuyen cada vez en mayor medida a nuestro sector exterior y son insumos relevantes para sectores, como las manufacturas, expuestos a la competencia internacional. Su importancia en la cesta de la compra de las familias indica que las posibles ineficiencias de los mercados de servicios tendrán un reflejo en la evolución de la competitividad económica a través del proceso de formación de precios y salarios.

2.2. La incidencia del marco regulatorio en las actividades de servicios

El segundo argumento para justificar un “enfoque ambicioso” es la importancia del marco regulatorio para el desarrollo de las actividades de servicios. La Directiva de Servicios es, en gran medida, un ejercicio de reforma regulatoria. En efecto, es una apuesta por la mejora del marco regulador de las actividades de servicios, como

vía, no sólo para construir un mercado interior efectivo en este ámbito, sino, sobre todo, para mejorar su eficiencia en beneficio de consumidores y usuarios.

La regulación, entendida como los distintos instrumentos mediante los que el Gobierno establece requisitos para la actividad de empresas y ciudadanos,⁴ se establece, habitualmente, para proteger intereses generales. En el ámbito económico, debe tratar de responder a los denominados “fallos de mercado”, entre los que pueden citarse: la existencia de monopolios naturales –derivados de condiciones tecnológicas y de la demanda-; la presencia de efectos externos –como los de tipo medioambiental-; la existencia de bienes públicos –para cuya provisión el mercado no es un instrumento válido- o la constatación de asimetrías de información –como las que pueden producirse entre una empresa prestadora de servicios y los consumidores, por ejemplo, con relación a la calidad de los servicios que se ofrecen-.

La corrección de los fallos del mercado mejora su funcionamiento, aumenta su eficiencia y contribuye a incrementar el bienestar económico. La regulación de la actividad económica es, por lo tanto, necesaria.

No obstante, existen diversas razones por las que el marco regulatorio puede apartarse de estos objetivos o, al menos, puede estar

4 OCDE, 1997 The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis. París.

cumpléndolos de forma poco eficiente. Por un lado, la regulación puede apartarse de su objetivo último de proteger los intereses generales por la acción de los denominados grupos de presión, colectivos cohesionados y organizados para la defensa de sus intereses que pueden dar lugar a lo que se conoce como la “captura del regulador”. Por otro lado, incluso una regulación inicialmente bien concebida puede devenir inadecuada, tanto por la evolución de las preferencias de la sociedad, que determina cambios en los intereses a proteger o en la intensidad con que se protegen; como por variaciones en la estructura de los mercados, que requieren una adaptación continua de la regulación, o, incluso, por las mejoras de la propia técnica regulatoria, que pueden permitir proteger con la misma intensidad los intereses generales con un menor coste económico.

Una de las razones de las elevadas expectativas puestas en la transposición de la directiva de servicios es la conciencia de que la regulación de las actividades de servicios presenta, con toda probabilidad, un amplio margen de mejora. Esta intuición descansa en los siguientes argumentos:

- Las actividades de servicios han estado tradicionalmente sometidas a un elevado nivel de regulación. La justificación principal es la asimetría informativa entre el prestador y el receptor de servicios, que se agudiza por el carácter inmaterial de los servicios (que impide una evaluación ex ante de su calidad).

- Los servicios se prestan habitualmente en entornos locales. Esto, por un lado, los aísla de los efectos disciplinadores de la competencia internacional y, por otro, facilita los procesos de captura del regulador, dado que éste es, generalmente, más sensible a los intereses de los prestadores locales.
- El sector servicios está conociendo una revolución tecnológica, derivada de la introducción de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Se demandan y se prestan nuevos servicios (o combinaciones de servicios) y, además, los servicios tradicionales se ofrecen por nuevas vías. Sin embargo, la regulación no se ha adaptado al mismo ritmo, por lo que existe una probabilidad elevada de que resulte obsoleta.

Es también probable que este inadecuado marco normativo esté limitando, de forma significativa, el potencial de crecimiento e innovación de las actividades de servicios. En este sentido, conviene recordar algunas ideas generales sobre los efectos económicos de las reformas regulatorias, que han sido objeto de intenso análisis en las últimas décadas.

La regulación en el ámbito económico se refleja frecuentemente en barreras a la competencia: limitaciones de acceso a los mercados –como las exigencias de una autorización para ejercer una actividad- o imposición de requisitos para el ejercicio de la actividad –como las limitaciones a la publicidad, los precios máximos, o las

restricciones geográficas-. Estas barreras reducen la competencia en los mercados y la eficiencia, generando un coste económico que debe tenerse en cuenta.

En una economía cada vez más globalizada estas ineficiencias inciden en la competitividad y, por tanto, constituyen una preocupación esencial de las autoridades económicas. Por ello, desde los años ochenta, en paralelo al desarrollo de una amplia literatura, tanto teórica como empírica, orientada a analizar los efectos del marco regulatorio en la actividad económica, se observa un fuerte impulso de reformas regulatorias. Estas reformas pueden concretarse en procesos de liberalización, desregulación o en actuaciones de mejora y simplificación del marco normativo. Todas persiguen un objetivo común: aumentar la competencia en los mercados y, con ello, la eficiencia económica.

La literatura económica sobre los resultados de estos procesos es amplia y permite anticipar los resultados que cabe esperar de la transposición de la Directiva de Servicios. Como se ha señalado, el objetivo general de una reforma regulatoria es el aumento de la competencia. Mayor competencia en un mercado viene asociada a menores precios. Los menores precios implican más demanda y producción. La mayor producción puede alcanzarse con un mayor empleo de recursos productivos (lo que supone más inversión y más empleo), con un uso más eficiente (reflejado en ganancias de productividad), o con una combinación de ambos procesos.

Las reformas regulatorias de las últimas décadas han generado un cuerpo de investigación empírica dedicado a analizar estos efectos económicos. Algunos de los resultados que pueden identificarse son los siguientes:

- En primer lugar, los marcos regulatorios procompetitivos se asocian a tasas más elevadas de empleo. Este resultado contradice los argumentos de quienes consideran que un proceso de mejora regulatoria, como la transposición de la Directiva de Servicios, amenaza el nivel de empleo.

En efecto, los estudios empíricos muestran cómo las diferencias observadas en las tasas de empleo entre las economías desarrolladas se explican, parcialmente, por diferencias en la regulación de los mercados de bienes y servicios y del mercado laboral.⁵ Marcos regulatorios más favorables a la competencia se asocian con tasas de empleo más elevadas, de forma que las reformas procompetitivas conducen, a largo plazo, a mayores niveles de empleo.

Se constata también que una reforma de los mercados de bienes y servicios procompetitiva tiene efectos particularmente positivos sobre el nivel de empleo cuando los mercados laborales son poco flexibles. En este sentido, existe una cierta relación de sustituibilidad entre flexibilidad entre los mercados de

⁵ Giuseppe Nicoletti y Stefano Scarpetta (2005) Product Market Reforms and Employment in OECD Countries. OECD, Economics Department Working Papers, n° 472.

bienes y servicios y flexibilidad en el mercado de trabajo. La intuición que subyace a este resultado es que la competencia en los mercados de bienes y servicios impone una sana disciplina a las negociaciones y relaciones laborales, facilitando un mejor ajuste entre productividad y salarios.

- En segundo lugar, las reformas regulatorias tienen también efectos positivos sobre la inversión.⁶ Este resultado contradice las tesis de quienes mantienen que las reformas pueden desincentivar la inversión y, por esta vía, poner en riesgo la calidad o la seguridad de la provisión de servicios estratégicos o esenciales (como los de telecomunicaciones, los servicios educativos o los sociales). Así, la investigación empírica apoya la idea de que la eliminación de barreras de entrada y la reducción de costes que resulta de un proceso de reforma regulatoria bien orientado, reduce precios, incentiva una mayor demanda, facilita la entrada de nuevas empresas en el mercado y se asocia también a mayores niveles de inversión para satisfacer la demanda más elevada.
- En tercer lugar, las reformas regulatorias tienden a favorecer la mejora de la productividad a través de varias vías.⁷ Por un

6 Alberto Alesina, Silvia Ardagna, Giuseppe Nicoletti y Fabio Schiantarelli (2003) Regulation and Investment. OECD, Economics Department Working Papers, n° 352.

7 Arnold, J. Nicoletti, G. y Scarpeta, S. (2008), Regulation, Allocative Efficiency and Productivity in OECD Countries: Industry and Firm-Level Evidence, OECD, Working Papers, n° 24.

lado, aumentan los incentivos a las empresas ya instaladas para actuar eficientemente; por otro lado, facilitan la entrada de nuevas empresas y, con ella, la introducción y difusión de innovaciones, además, la competencia aumenta los incentivos para que las empresas, tanto las instaladas como las nuevas entrantes, innoven.

Así, la presión competitiva incentiva a las empresas instaladas a un uso eficiente de los recursos productivos. En efecto, en un mercado competitivo una empresa no puede permitirse ser más ineficiente que sus competidores. Además, en entornos competitivos los recursos económicos se reasignan con mayor facilidad desde las empresas más ineficientes a las más productivas, que pueden remunerar mejor al capital y al trabajo.

La facilidad para crear nuevas empresas (y para abandonar un proyecto empresarial, cuando se percibe como equivocado) fortalece el espíritu emprendedor. Es decir, refuerza la capacidad de una economía para asumir nuevos retos empresariales. Además, un elevado dinamismo empresarial facilita la introducción de innovaciones, tanto organizativas, como comerciales o tecnológicas, más prontamente asumidas por nuevos empresarios que por los que llevan largo tiempo acomodados en un mercado cerrado.

Finalmente, cabe recordar que el mayor incentivo para innovar es “huir de la competencia”.⁸ Es decir, aprovechar la ventaja que reporta la innovación para, al menos temporalmente, situarse por delante de los competidores. De nuevo, un entorno competitivo anima a la innovación, mientras que un mercado más cerrado es más tolerante con la falta de creatividad.

2.3. Las debilidades del marco regulatorio de las actividades de servicios en España

El tercer argumento para abordar la transposición con ambición es la constatación de debilidades en la regulación de los servicios en España. En efecto, las reflexiones del anterior apartado permiten concluir que, en términos generales, el marco regulador de las actividades de servicios es mejorable. Asimismo, la literatura económica apunta a que una mejora de este marco regulador puede generar ganancias de empleo, aumentos de la inversión y aumentos de la productividad, contribuyendo así a un mayor bienestar

⁸ La relación entre competencia (o concentración empresarial) e innovación es una de las más estudiadas por la Economía Industrial. En líneas generales los estudios empíricos apuntan a que la relación no es lineal. Desde una perspectiva teórica este resultado se justifica porque, junto al incentivo a innovar, que esencialmente proviene de la competencia, es necesario tener en cuenta otros factores, como las imperfecciones de los mercados financieros o la necesidad de que el incentivo a la innovación venga acompañado por una garantía de apropiabilidad de los resultados que se obtienen en el proceso. Esta garantía de apropiabilidad –instrumentada, por ejemplo, a través de la protección a las patentes– implica, ex post, estructuras de mercado con mayor poder monopólico.

económico. Sin embargo, es conveniente particularizar este análisis para el caso español.

Pueden utilizarse diversas fuentes para valorar la calidad de los marcos regulatorios. En este trabajo se va a recurrir al Sistema de Indicadores de Regulación de Mercados de Productos (PMR) de la OCDE. Esos indicadores presentan la ventaja de referirse a países relativamente homogéneos (los países miembros de la OCDE, que cuentan con niveles similares de desarrollo), abarcar un período relativamente amplio (se han realizado evaluaciones en 1998, 2003 y 2008), y apoyarse en unos cuestionarios relativamente sofisticados, cuyo objetivo es valorar los efectos de la regulación existente en el grado de competencia en los mercados de productos.

Pues bien, del análisis de estos indicadores⁹ cabe extraer las siguientes conclusiones:

- La regulación de los mercados de bienes y servicios sigue una tendencia de mejora entre los países de la OCDE. En concreto, el indicador agregado ha descendido desde 2,2 puntos en 1998 a 1,3 en 2008.¹⁰ Esta conclusión es consistente con la importancia que, como se ha señalado anteriormente, se

9 Wölf, A., Wanner, I. Tomasz, K., y Nicoletti, G. (2009) Ten years of Product Market Reform in OECD Countries. Insights from a Revised PMR Indicator. OCDE, Economics Department Working Papers, n° 695.

10 El valor teórico del indicador fluctúa entre 0 y 6. Valores más elevados del indicador suponen una regulación más restrictiva de la competencia.

viene otorgando en las últimas décadas a la mejora de la regulación económica.

- Sin embargo, la calidad de la regulación de algunas actividades de servicios empeoró en la última década en 13 de los 27 países analizados.¹¹ De nuevo la evolución de este indicador sugiere que los servicios son un sector con especiales problemas de regulación y dónde el margen de mejora es más amplio.
- El marco regulador de las actividades de bienes y servicios en España presenta una calidad media alta. Así, los datos correspondientes a 2008 sitúan a España como el séptimo país de la OCDE por calidad de su marco regulatorio.
- España presenta, además, un fuerte compromiso con la mejora de la regulación. Así, no sólo el marco regulatorio ha mejorado, como en otros países de la OCDE, sino que lo ha hecho a un ritmo más intenso, permitiendo ganancias de posición relativa. En efecto, España ha pasado de ocupar el puesto 21, por calidad del marco regulatorio, en 1998, al 19 en 2003 y al 7 en 2008.

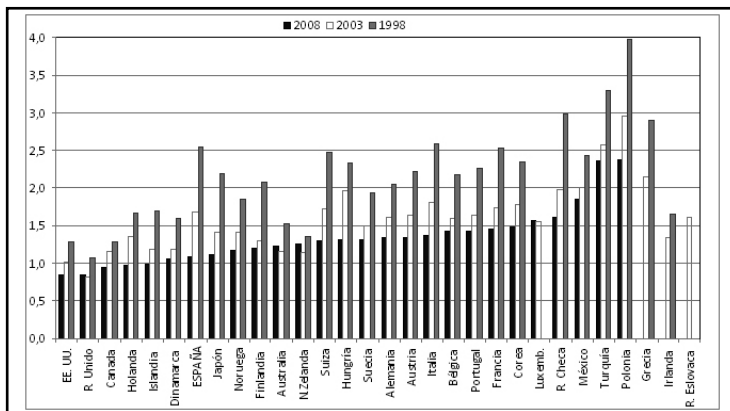
¹¹ De acuerdo con la evolución del indicador de “barreras a la entrada en los servicios”, que evalúa este tipo de barreras en los servicios de distribución comercial y en servicios profesionales. Se trata del componente del indicador general que ha registrado un deterioro, a lo largo de la década, en un mayor número de países.

Sin embargo, el análisis desagregado del indicador pone de manifiesto debilidades de nuestro marco regulador que marcan los retos que, en este ámbito, debe abordar la economía española. Entre estas debilidades y retos destacan algunos que guardan clara relación con la transposición de la Directiva de Servicios.

- El sector servicios en España presenta mayores barreras de entrada que en el promedio de países de la OCDE. Este dato refleja una regulación menos procompetitiva en actividades como los servicios profesionales o la distribución comercial, incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios.
- Los empresarios españoles deben hacer frente a cargas administrativas más elevadas que las que soportan sus competidores en otros países industrializados. Las obligaciones de eliminación de requisitos, simplificación y tramitación electrónica que incluye la Directiva de Servicios pueden ser una herramienta útil para abordar estos problemas.

Gráfico 1

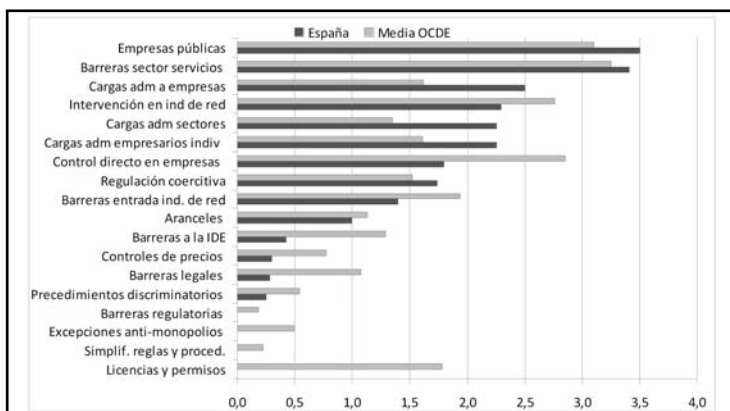
PMR-1998-2008



Fuente: OCDE.

Gráfico 2

DESAGREGACIÓN DEL PMR 2008



Fuente: OCDE.

3. Efectos macroeconómicos de la transposición

Una vez justificada la conveniencia de realizar un ejercicio de transposición riguroso y eficaz, es necesario valorar el efecto que cabe esperar del mismo. Los intentos de cuantificar el efecto económico de la Directiva de Servicios han sido variados¹² y se han enfrentado a dificultades comunes. Entre ellas, la limitada calidad y disponibilidad de datos sobre las actividades de servicios, sobre los que basar las estimaciones, la diversidad de las regulaciones entre los distintos países de la UE en los que se va a realizar la transposición y, por supuesto, el desconocimiento ex ante sobre el grado de rigor con que va a realizarse este ejercicio en cada país.

A pesar de todas estas incógnitas y limitaciones, y de las distintas aproximaciones metodológicas adoptadas, los análisis realizados presentan resultados robustos, al menos con relación al signo de los efectos que cabe esperar de la aplicación de la Directiva. Así, los estudios han partido, por lo general, de estimaciones del posible efecto que puede tener la Directiva en la eliminación de barreras al comercio internacional de servicios, han valorado el impacto que esto tiene sobre la competencia y estimado el efecto en varia-

12 Entre los más significativos pueden citarse, Kox, Lejour y Montizaan (2004), *The free Movement of Services within the EU*; Copenhagen Economics (2005), *Economics Assessment of the Barriers to the Internal Market for Services, Final Report*; De Brujin, Kox y Lejour (2006), *The Trade Induced Effects of the Services Directive*, y BERR (2007), *Impact Assessment for the Implementation of the Services Directive*, además de algunos estudios realizados para países concretos.

bles como el PIB, el empleo, la productividad, los salarios, el consumo o el comercio internacional de servicios. Los resultados apuntan a efectos positivos en estas variables, más intensos en aquellos países que cuentan con mayor presencia de servicios comerciables.

Para el caso de España, se ha realizado una simulación específica empleando el modelo REMS¹³ (Rational Expectations Model of the Spanish Economy). Se trata de un modelo de equilibrio general dinámico, de corte nekeynesiano, con una fuerte fundamentación microeconómica, específicamente diseñado para la economía española. Este modelo se ha diseñado para simular el impacto de shocks o decisiones de política económica sobre el conjunto de la economía.

Para realizar el ejercicio de simulación, se ha partido de los resultados obtenidos por Breuss y Badinger¹⁴ para la economía española. Estos autores estiman que el aumento del comercio de servicios intracomunitario, generado por la directiva, tendrá un efecto de aumento de la competencia en los mercados de servicios españoles que se reflejará en una reducción del margen unitario del 3,8%.

13 Para un análisis más extenso de este ejercicio, puede verse el documento “Efectos Macroeconómicos potenciales de la Directiva de Servicios para España” que describe el ejercicio de simulación realizado por la Subdirección General de Análisis y Modelización Macroeconómica de la Dirección General de Análisis Macroeconómico y Economía Internacional del Ministerio de Economía y Hacienda. El documento está disponible en la página web del citado ministerio.

14 Breuss y Badinger (2005), *The European Services Market in the Context of the Lisbon Agenda*, Institute for Advanced Studies.

Sobre este dato inicial, se han efectuado dos ajustes. Como resultado de las modificaciones de la Directiva durante su proceso de tramitación (en particular, del abandono del principio de país de origen) se han corregido a la baja las estimaciones de crecimiento del comercio (de acuerdo con los trabajos de Kox y Lejour) y, en consecuencia, también se ha modificado la reducción del margen unitario. Este ajuste es significativo y supone que el margen sólo se reduce en un 2,5%. Por otro lado, se ha ponderado la reducción del margen por el peso de los servicios afectados por la Directiva en la economía española (estimado en un 43%) para introducir el shock en el modelo.

Los principales resultados que se obtienen al comparar el escenario construido tras la introducción del shock, con el escenario base, en el que los márgenes unitarios se mantienen estables, son los siguientes (gráfico 3):

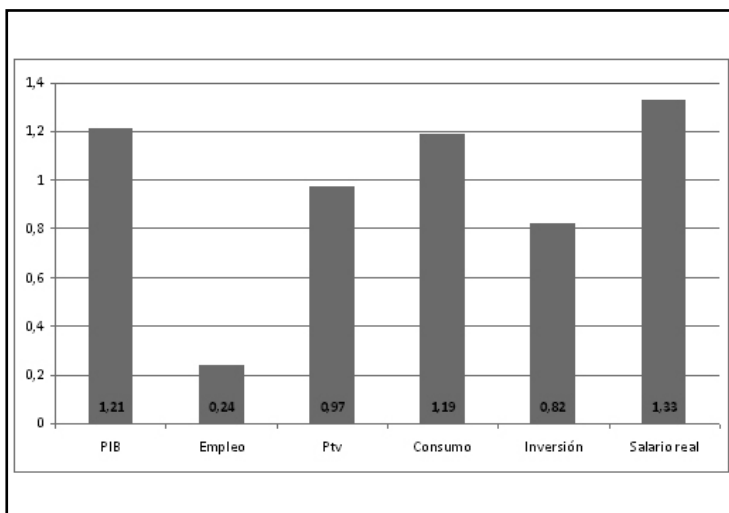
- Un impacto positivo sobre la evolución del PIB que, además, es creciente en el tiempo. A partir del tercer año, este impacto se estabiliza, con un efecto estimado de aumento del producto a largo plazo¹⁵ en el entorno del 1,2%.
- En la tasa de inflación, se observa una caída inicial, con recortes superiores a tres décimas. A largo plazo, este efecto se agota y la inflación vuelve a las tasas del escenario base.

¹⁵ Los efectos a largo plazo son los obtenidos en el horizonte de 60 trimestres que se contempla en el modelo REMS.

- En el empleo, hay un impacto inicial positivo, que alcanza su valor máximo en el entorno del décimo trimestre, en el que la transposición genera en torno a 150.000 puestos de trabajo. A partir de este período, el efecto tiende a moderarse (y es absorbido por aumentos de productividad), aunque mantiene siempre valores positivos.
- El impacto sobre la productividad, el mejor indicador del aumento de eficiencia que produce la transposición, tarda algo más en producirse. En el largo plazo se estabiliza en valores próximos al punto porcentual.
- El crecimiento de la productividad induce, también, aumentos del salario real, en el entorno del 1,3%.
- Desde la óptica de la demanda, se observan aumentos en el consumo (cerca del 1,2%, a largo plazo) y la inversión (en el entorno del 0,8%).

Gráfico 3

EFFECTOS MACROECONÓMICOS DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS
Desviación porcentual respecto al escenario base



Fuente: Dirección General de Análisis Macroeconómico y Economía Internacional. Ministerio de Economía y Hacienda.

Los resultados obtenidos son, pues, plenamente consistentes con la teoría económica y con los resultados empíricos ya comentados sobre los procesos de mejora regulatoria. Aumenta la competencia y, como resultado, la actividad económica, el empleo, la inversión, la productividad y, en definitiva, el bienestar.

Sin embargo, conviene hacer dos reflexiones en torno a la cuantificación de estos resultados.

En primer lugar, el shock introducido en el modelo se apoya en la creación de comercio intracomunitario que induce la directiva y el aumento resultante en el nivel de competencia. Sin embargo, en el caso español (y posiblemente en otros) es probable que algunos de los efectos más significativos de la directiva deriven no tanto del aumento del comercio intracomunitario, como de la propia reducción de costes y eliminación de barreras a la competencia en el propio mercado español. Es probable, en consecuencia, que el ejercicio de simulación esté infraestimando significativamente los efectos económicos de la transposición.

En segundo lugar, el alcanzar efectos más o menos significativos dependerá, en buena medida, del rigor con el que se aborde el proceso de transposición. Ya se ha señalado que el programa de trabajo español impulsa un “enfoque ambicioso”. Conviene, por lo tanto analizar si la progresión de los trabajos está respondiendo a este objetivo.

4. El estado de los trabajos de transposición: un balance provisional.

Como reflejo de la complejidad del proceso, la Directiva de Servicios tiene un plazo de transposición de tres años, frente a los dos habituales. Este plazo expira el 28 de diciembre de 2009 y su cumplimiento está exigiendo esfuerzos significativos en todos los países miembros de la UE.

En el caso español, el principio de coordinación entre las distintas Administraciones Públicas, recogido en el programa de trabajo, para impulsar la transposición, se ha concretado en la constitución de un Grupo de Trabajo para la Transposición de la Directiva de Servicios en el que participan, además de todos los departamentos ministeriales, las 17 Comunidades Autónomas, las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla y representantes de la Federación Española de Municipios y Provincias. Sin ánimo exhaustivo se exponen a continuación algunos datos sobre la amplitud de los trabajos realizados y los resultados provisionalmente alcanzados:

En primer lugar, cabe recordar que la directiva impone la obligación de contar con una ventanilla única electrónica que permita a los prestadores de servicios realizar todos los trámites administrativos necesarios para el acceso a una actividad y su ejercicio. En el caso español, se ha decidido¹⁶ potenciar este instrumento, ampliando su alcance a ámbitos –como la fiscalidad o los trámites laborales- no afectados por la Directiva de Servicios.

Los trabajos realizados van orientados a que la ventanilla se estructure en torno a un sistema de información (que debe recoger todos los datos necesarios sobre los trámites administrativos a realizar y las autoridades competentes) y un sistema de tramitación. Se han distinguido 51 actividades de servicios, con objeto de sistema-

16 A través del proyecto de Ley Paraguas y de la reforma de la Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, propuesta en el proyecto de Ley Ómnibus.

tizar la información y, en el mes de octubre, se presentarán los primeros proyectos piloto, para su implantación en diez actividades,¹⁷ siete CC.AA. y tres corporaciones locales. A partir de esta experiencia piloto, en los últimos meses del año, el sistema debe generalizarse a todas las actividades y autoridades implicadas.

En segundo lugar, la directiva obliga también a establecer un esquema de cooperación entre autoridades españolas y de otros Estados miembros. El esquema se apoya en un sistema electrónico de intercambio de información entre autoridades competentes (denominado Internal Market Information o IMI) que se aplica también a otras directivas en el ámbito de mercado interior. Las previsiones jurídicas para el establecimiento de este sistema se han recogido en el proyecto de Ley Paraguas. El sistema está funcionando en fase piloto desde el mes de marzo y España ya ha designado al coordinador nacional, así como a los coordinadores delegados en cada área o sector de servicios afectado por la directiva y en cada una de las CC.AA. También se ha designado a las autoridades competentes para la fase piloto.

¹⁷ Estas actividades, coincidentes con las incluidas en la fase piloto del sistema IMI, son las siguientes: actividades inmobiliarias; actividades turísticas; servicios de profesiones colegiadas; seguridad industrial; venta, mantenimiento y reparación de vehículos; comercio al por mayor de productos de alimentación, bebidas y tabaco; comercio al por menor de productos de consumo en establecimientos especializados; establecimientos de provisión de comidas; servicios a empresas y publicidad y organización de eventos.

En tercer lugar, la directiva obliga a identificar, evaluar y, en su caso, modificar toda la normativa reguladora de las actividades de servicios. Para facilitar este objetivo, se han construido diversas herramientas:

- En el ámbito de la Administración General del Estado y de las CC.AA. se elaboró un manual de evaluación y un cuestionario común, para evaluar con criterios homogéneos la compatibilidad de la normativa con la directiva.
- Además, se construyó la aplicación informática SIENA¹⁸ que recoge los resultados del proceso de identificación y evaluación.
- En relación con las entidades locales (cuya normativa es normalmente derivada de legislación estatal y autonómica, lo que implica un distinto ritmo de trabajo), se aprobó una estrategia de trabajo paralela y se ha diseñado también un Manual de Evaluación, adaptado a las características de su normativa.

Entre los resultados, todavía provisionales, del proceso de identificación y evaluación, cabe destacar los siguientes:

¹⁸ Sistema de Identificación y Evaluación de la Normativa Afectada.

- A través de la aplicación SIENA se han identificado 6.760 casos¹⁹ potencialmente afectados. De estos, 903 corresponden a la Administración General del Estado y el resto (5.857) a Comunidades y Ciudades Autónomas. El porcentaje de casos ya evaluados se sitúa en torno al 73%.
- Entre los casos identificados, se incluyen 2.375 regímenes de autorización.²⁰ Entre estos regímenes 377 vienen impuestos por normativa comunitaria y los 1.998 restantes por normativa estatal o autonómica.
- El ejercicio de evaluación se está realizando con rigor, a tenor de los resultados provisionales. A título orientativo, si nos centramos en el análisis de los regímenes de autorización, las Comunidades y Ciudades Autónomas ya han propuesto la supresión de más de 300 regímenes de autorización (un 17% del total de aquellos que no emanan de normas de la UE), en un balance todavía provisional. Esta supresión se añadiría a las cerca de 80 autorizaciones que se eli-

19 Cada "caso" se corresponde con un procedimiento que afecta a un sector de servicios. El número de normas afectadas es menor, dado que una norma puede contener varios casos (por ejemplo, una Ley puede regular varios regímenes de autorización).

20 La identificación y la evaluación contemplan también la eliminación de requisitos injustificados o desproporcionados, la simplificación e informatización de procedimientos y otros elementos de amplio efecto económico, como la validez de las autorizaciones en todo el territorio nacional. No es posible detallar estos elementos en este trabajo, por lo que, a efectos ilustrativos, se ofrecen los datos sobre autorizaciones.

minarían en el ámbito de la Administración General del Estado, como se detalla más adelante.

En el caso de la Administración General del Estado, la transposición de la directiva se está estructurando en torno a tres proyectos de Ley, actualmente en tramitación parlamentaria:

- El proyecto de Ley Paraguas,²¹ que incorpora los principios generales de la directiva, reforzando los principios de libre establecimiento, libre prestación de servicios y mejorando la calidad e información a los consumidores. Este proyecto de Ley encauzará la actuación normativa de las distintas Administraciones Públicas, introduciendo principios de buena regulación a los que deben ajustarse las normas actuales y futuras.
- El proyecto de Ley Ómnibus,²² que modifica 47 leyes estatales para adaptarlas a los principios de la directiva y de la Ley Paraguas.
- El proyecto de Ley de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista,²³ que por su especial relevancia se tramita de forma independiente y que supone la adecuación de la normativa reguladora de la distribución comercial a

21 Proyecto de Ley sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio.

22 Proyecto de Ley de Modificación de Diversas Leyes para su Adaptación a la Ley sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio.

23 Proyecto de Ley de reforma de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista.

los principios de la Directiva y del proyecto de Ley Paraguas.

- Este ejercicio se completa con una modificación reglamentaria, impulsada por el Acuerdo del Consejo de Ministros adoptado el 12 de junio de 2009. En este ámbito se prevén modificaciones o derogaciones de 114 reales decretos y 5 órdenes ministeriales que emanan directamente de las leyes afectadas.

De forma aún provisional, el conjunto de reformas legales y reglamentarias competencia de la Administración General del Estado puede suponer la eliminación de aproximadamente ochenta regímenes de autorización (en algunos casos, mediante su sustitución por comunicaciones de inicio de actividad o declaraciones responsables), la supresión de en torno a un centenar de requisitos que se consideran injustificados o desproporcionados, y la simplificación de cerca de noventa procedimientos adicionales.

5. Conclusiones

La crisis financiera internacional, a la que se añaden los desequilibrios acumulados por nuestra economía en la etapa de crecimiento, está teniendo una repercusión muy significativa en la actividad y, sobre todo, el empleo de la economía española. Las reformas estructurales son una parte de las medidas necesarias para impulsar una pronta salida de la crisis y, a medio y largo plazo,

aumentar el potencial de crecimiento, a través de mejoras de la eficiencia y la productividad.

La reforma en profundidad del marco regulatorio de las actividades de servicios que se espera de la transposición de la Directiva de Servicios cobra, por lo tanto, mayor relevancia en este contexto.

Los trabajos hasta ahora efectuados merecen una valoración positiva. Las estimaciones del impacto económico de la transposición arrojan resultados significativos, confirmando las conclusiones de los estudios teóricos y empíricos sobre la relación entre regulación económica, actividad, inversión, empleo y productividad. Además, el grado de compromiso de las distintas Administraciones Públicas con el proceso de transposición está resultando, por el momento, satisfactorio, lo que augura el cumplimiento del objetivo de “transposición ambiciosa” establecido en el programa de trabajo.

Conviene recordar, no obstante, que la transposición jurídica de la directiva, que debe completarse el 28 de diciembre, supondrá tan sólo la culminación de una etapa (una etapa importante) en el proceso de mejora de la regulación de las actividades de servicios.

En efecto, la propia Directiva de Servicios establece un procedimiento de informe y evaluación recíproca, que se desarrollará durante el primer semestre de 2010, en el que corresponde a España presidir la Unión Europea. Este procedimiento de evaluación ser-

virá, no sólo para garantizar la corrección del ejercicio de transposición, sino también para generar propuestas complementarias.

Por otro lado, a pesar de lo amplio y heterogéneo que es el ámbito de aplicación de la directiva, existen áreas no cubiertas por este ejercicio de mejora regulatoria. Entre ellas, la reserva de actividad a titulaciones, que no se examina bajo los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación que impone la directiva y que resulta un elemento clave en la regulación de los servicios profesionales.

La directiva, finalmente, es un buen complemento para otras actuaciones que se están impulsando desde el ámbito europeo y español, como los programas de reducción de cargas administrativas o el impulso a la administración electrónica.

En conclusión, la transposición de la Directiva de Servicios debe ser contemplada por las autoridades españolas como un primer paso para la mejora del marco regulatorio del sector más importante de nuestra economía. Este primer paso debe ser completado y tener continuidad con otras actuaciones. De hecho, ya se han dado algunas señales en este sentido, como la aprobación del plan de reducción de cargas administrativas, en junio de 2008, o el anuncio de una Ley de Servicios Profesionales que complementará la reforma de este sector, ya iniciada con la propuesta de modificación de la Ley sobre Colegios Profesionales que se incluye en el proyecto de Ley Ómnibus.

Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior

1. Introducción. El cambio del paradigma rector de la intervención de los poderes públicos en la sociedad

Aunque el optimismo comunitario tiende a destacar tan sólo los avances que se producen en el mercado interior de la Unión Europea, hasta el punto de haber convertido nominalmente dicho mercado en un mercado único, lo cierto es que todavía

* Nacido en 1947, es doctor en Derecho por las Universidades de Valencia (1973) y Bolonia (1975). Profesor de Derecho Administrativo de la UNED es el Coordinador del Programa de Doctorado del Departamento de Derecho Administrativo de la UNED, Director del Master de Derecho de la Unión Europea desde 2000 y Director de la Revista de Derecho de la Unión Europea (REDUE). Es autor de más de trescientas publicaciones científicas (monografías, libros colectivos, artículos de revista, etc.), pudiendo citarse entre sus libros más recientes: *Parte especial del Derecho Administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad* (2007), *Políticas de la Unión Europea* (2008), *Procedimientos, actos y recursos administrativos: cuestiones prácticas* (2009), *Derecho Audiovisual* (2009) y *Políticas económicas de la Unión Europea* (2009).

siguen existiendo numerosos obstáculos jurídicos que impiden que podamos referirnos siquiera a la existencia de un acabado mercado interior. 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 (a partir de ahora también la citaremos como: Directiva 2006/123/CE, de Servicios en el Mercado Interior, o Directiva), cuyo plazo de transposición finalizará el 28 de diciembre de 2009, es la prueba de que todavía queda mucho por hacer hasta alcanzar una versión óptima del mercado interior europeo. Así, dicha Directiva sólo se comprende si se reconoce que en las circunstancias actuales la libre prestación de servicios en el mercado interior se encuentra con obstáculos inaceptables que surgen de los diferentes regímenes jurídicos de los Estados miembros, obstáculos que pueden detectarse a través de la copiosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esta materia.

Pero la Directiva de servicios en el Mercado Interior pudiera tener otras virtualidades, más allá de la finalidad primaria de suprimir los obstáculos que impiden la libertad de circulación de servicios sin necesidad de consagrar vías de *dumping* laboral en el seno de la Unión. Me refiero a las transformaciones que puede suponer en la concepción de la función de los poderes públicos en las sociedades de nuestros días: un auténtico cambio del paradigma rector de dichas relaciones ancladas en las concepciones liberales decimonónicas.

La intervención de los poderes públicos en la sociedad, de acuerdo con las concepciones liberales debía y debe ser mínima, y se fundamenta en que las personas físicas y jurídicas son titulares originarios de derechos, derechos sobre los que el legislador no podría intervenir sino a través de la regulación para preservar el interés público. La concepción liberal del Derecho que ha imperado hasta la Segunda Guerra Mundial considera que el legislador, salvo excepciones, no sería un creador de derechos, que serían preexistentes, sino un mero regulador de los mismos. A partir de esta concepción las Administraciones Públicas, en determinadas circunstancias, podrían controlar el ejercicio de tales derechos a través, fundamentalmente, de procedimientos administrativos previos al ejercicio de los mismos. Pero dicho control alcanzaría exclusivamente la comprobación del cumplimiento por los operadores de los requisitos previstos en la legislación, algo así como una mera remoción de obstáculos formales al ejercicio de los derechos.

La teoría del servicio público que se consolida a principios del siglo XX es la respuesta socialdemócrata a las concepciones liberales que habían pretendido la separación radical de lo público y lo privado. Pero, como toda respuesta o reacción, la mencionada teoría supone la admisión de la concepción que rebate, de manera que la concepción de los servicios públicos es tributaria de dicha concepción al exigir que la intervención potente del Estado en un sector suponga la previa publicación del mismo. De manera que los servicios públicos harán todavía más acusada la

diferencia aparente entre lo público y lo privado, o si se quiere, en su concepción primigenia supone la rígida separación entre lo público y lo privado.

Sin embargo, a lo largo de la historia, bajo diferentes ropajes ideológicos, tiene lugar en Occidente una continua intersección de técnicas jurídicas que desnaturalizarán la rígida división entre lo público y lo privado. Desde finales del siglo XIX el intervencionismo público, y en particular el de las Administraciones Públicas, se incrementará de modo considerable. Los parlamentos democráticos incrementarán de modo incesante la regulación de las actividades de las personas físicas y jurídicas, y habilitarán a las Administraciones Públicas para que puedan controlar el acceso de los operadores a las actividades, al ejercicio de las mismas e incluso su liquidación. Las fronteras entre lo público y lo privado, aunque sigan existiendo, serán diferentes a sus precedentes. Particularmente en lo relativo a que los poderes públicos no necesitan para supervisar intensamente las actividades de los operadores jurídicos privados la declaración de las mismas como servicios públicos. Y, por otra parte, la gestión de los servicios públicos se ha ido diversificando de tal manera que en los mismos no son reconocibles, en numerosas ocasiones, las concepciones originarias.

No obstante, desde un punto de vista meramente formal en la sociedad contemporánea siguen existiendo servicios y actividades de titularidad privada y servicios y actividades de titularidad

pública reguladas por regímenes jurídicos que tienden a la convergencia, particularmente si nos atenemos a la perspectiva de los usuarios de los mismos, aunque para los prestadores de los servicios el acceso a los mismos sea en unos casos una autorización y en otros una concesión.

Lo relevante es que, además de la aparición de los servicios públicos regulados, desde finales del siglo XIX se producen cambios notables en la posición de la Administración en relación con la sociedad. La rígida separación entre sociedad y poderes públicos se hace más tenue como resultado de la penetración de las ideas democráticas, y la concepción originaria de los derechos preexistentes sólo será sostenible en relación con los derechos fundamentales que son reconocidos y consagrados por las legislaciones nacionales; particularmente los derechos fundamentales cuyo ejercicio no depende ni del legislador ordinario ni de las Administraciones Públicas. Pero, al margen de los derechos fundamentales civiles y políticos, los demás derechos, incluso los fundamentales, o serán creación del legislador o su ejercicio exigirá la colaboración o prestaciones de las Administraciones Públicas. La más espectacular evolución se producirá en el marco de la propiedad del suelo, propiedad cuyo contenido es el que, en cada momento, le atribuye el legislador, lejos de la concepción liberal según la que el propietario podía libremente configurar el contenido de su derecho: “edificar en su terreno sin otros límites que el cielo y los infiernos”. Y aunque esta concepción del derecho de propiedad no sea sino una caricatura, no deja de ser cier-

to que en nuestros días los derechos del propietario del suelo no son sino los que los poderes públicos le atribuyen en cada momento, que pueden excluir el derecho a urbanizar o a construir o a trasformarlo agrícolamente. La transformación que ha sufrido el derecho de propiedad es de tal naturaleza que la teoría de las limitaciones de los derechos resulta insuficiente para caracterizar la incursión de los poderes públicos en la propiedad privada por excelencia; la propiedad del suelo.

2. Las contradicciones del sistema y las exigencias de transformación debidas a los efectos de la globalización

Aparentemente, la globalización económica traería un retroceso del Estado en lo relativo a las competencias de control de los servicios que tendrían lugar en sus respectivos territorios. Y, no deja de ser cierto que la entrada en escena de las multinacionales, en las últimas décadas del siglo XX, ha supuesto transformaciones de gran relevancia. Ahora me interesa destacar los cambios derivados de la globalización que afectan a la concepción misma del Estado y que, a mi juicio, lejos de suponer el retroceso de lo público están suponiendo su reformulación con un incremento del intervencionismo público a corto y medio plazo.

Los ciudadanos-consumidores-usuarios en la actual configuración del mercado global están sujetos a grandes riesgos siendo su grado de indefensión muy considerable. Esta circunstancia coincide con las exigencias que imponen el mercado interior, y en espe-

cial la libre circulación de servicios, de excluir o reducir los controles previos administrativos para facilitar el acceso a la prestación de servicios. Las mismas exigencias son coincidentes en lo relativo a las libertades de circulación de las personas, de las mercancías y de los capitales, por razones unas veces coincidentes con la libertad de circulación de servicios y, en otros casos, por razones de carácter específico. Sin embargo, a diferencia de lo que sucediera en el pasado, los ciudadanos indefensos en el mercado global han ido exigiendo a lo largo de las últimas décadas la intervención protectora del Estado, sometido a la cláusula de responsabilidad universal subsidiaria por todo mal funcionamiento de los operadores privados. Los primeros síntomas de la existencia de dicha cláusula de responsabilidad universal subsidiaria aparecerán entre nosotros en los años 80 del siglo XX con los fallecimientos derivados de la ingestión de aceite de colza, saldado con la declaración del Estado como responsable civil subsidiario. Desde entonces no ha hecho sino incrementarse la creencia de que el Estado debe responder subsidiariamente (cuando no directamente) por la circunstancia de que la inmensa mayoría de las actividades privadas están sujetas a intervención de los poderes públicos, previa, posterior, directa o indirecta. La crisis financiera internacional que sufrimos en nuestros días no ha hecho sino potenciar el papel de los gobiernos democráticos como responsables universales: nueva cultura que responsabiliza al Estado del mal funcionamiento de los operadores privados cuando dicho mal funcionamiento excede determinados límites que, por otra parte, no hacen sino estrecharse cada vez más.

La consecuencia de ese cambio de cultura de la responsabilidad no es ni más ni menos que el resultado del incremento de los controles públicos sobre las actividades de los operadores privados. Y esa cláusula general de responsabilidad de los poderes públicos por el funcionamiento de la sociedad en su conjunto ha traído una nueva consecuencia, la de que lo relevante no son ya los controles previos (que, por lo demás, siguen siendo necesarios en relación con numerosas actividades), sino los controles posteriores, o controles de los poderes públicos a lo largo del ejercicio de las actividades por operadores privados sea cual sea el título por el que hayan accedido al ejercicio de su actividad.

3. El acceso libre a la actividad de prestación de servicios: un cataclismo en el núcleo central del Derecho Administrativo

La conclusión más relevante que se desprende del artículo 9 de la Directiva 2006/123/CE es que la autorización administrativa, como requisito de acceso a la prestación de servicios incluidos en su ámbito de aplicación, debe ser la excepción y no la regla. En efecto, dice el artículo 9.1 de la citada Directiva que: “Los Estados miembros sólo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones”. Y dichas condiciones son las siguientes: “a) el régimen de autorización no es discriminatorio para el prestador de que se trata; b) la necesidad de un régimen de autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general; y c) el

objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz”.

La cuestión que debemos plantearnos, antes de seguir adelante, a propósito del análisis del régimen jurídico de las autorizaciones en la Directiva 2006/123/CE, es el sentido que tienen los controles administrativos sobre el ejercicio de actividades de servicios y las repercusiones que dicha Directiva va a tener sobre aspectos nucleares del intervencionismo público en la sociedad.

No parece dudoso que el legislador pueda regular de un modo más o menos exhaustivo tanto el acceso a las actividades de servicios como el ejercicio de dichas actividades. En el Derecho Administrativo clásico se considera que la potestad autorizativa de la Administración parte de dos presupuestos. Por una parte, la actividad a la que se pretende acceder debe estar regulada por el ordenamiento jurídico y, por otra parte, las personas físicas o jurídicas que cumplan los requisitos preestablecidos tienen derecho al acceso a la actividad. De manera que la actividad administrativa de control se concreta en verificar que los solicitantes de la autorización cumplen las condiciones preestablecidas. Esto es, existiría en los solicitantes que reúnan las condiciones establecidas en el ordenamiento jurídico un derecho preexistente reconocido por la ley a obtener la autorización.

Ahora bien, del prototipo de autorizaciones exhaustivamente regladas se alejan otros tipos de autorización en que los presupuestos anteriores se ponen en cuestión. Ni resulta evidente que los operadores jurídicos, personas físicas y jurídicas, tengan derechos preestablecidos para el ejercicio de dichas actividades, ni resulta evidente que el régimen jurídico de la actividad esté exhaustivamente regulado. Las Administraciones no sólo tienen amplias potestades de control y fiscalización de los sujetos y de las actividades, sino que pueden, incluso, ordenar su clausura y, en numerosas ocasiones, las autorizaciones pueden estar sujetas a *numerus clausus*. Se trata de autorizaciones que hacen que se tambaleen las viejas concepciones. Así, las autorizaciones administrativas se convierten para la Administración en títulos habilitantes de intervenciones posteriores: las llamadas autorizaciones conformadoras que dan acceso a una actividad, la controlan y supervisan exhaustivamente y permiten incluso su extinción-revocación por mandato administrativo. Este tipo de autorizaciones pone de manifiesto que el legislador no confía en el cumplimiento natural del ordenamiento jurídico por los operadores, habida cuenta de la relevancia de la actividad, por los intereses de consumidores y usuarios, o por otras razones específicas determinantes para otorgar a las Administraciones Públicas facultades extraordinarias.

No obstante, hay que señalar que el sistema de controles vigentes no es suficiente para la óptima protección de los ciudadanos. La legislación está todavía huérfana de mecanismos efectivos de defensa de los consumidores y usuarios. Por ello, es previsible que

en un inmediato futuro los mecanismos de defensa se incrementen con objeto de suministrar protección eficaz a los ciudadanos-consumidores: la Administración se comportará cada vez más de un modo necesariamente paternalista para responder a las exigencias y expectativas de los ciudadanos.

La protección del interés general está en la base de la generalización de la exigencia de obtener autorizaciones para el acceso a actividades de prestación de servicios (en el acceso a actividades en general). Y este sistema de controles previos, a través de autorizaciones administrativas, no sólo ha creado una cultura administrativa singular que descuida los controles posteriores, sino que ha conformado un modelo de Administraciones Públicas que basan sus ingresos en dichos controles previos. Y, lo que es más grave, la mayoría de las veces dicho sistema supone trámites engorrosos para los ciudadanos, y ha propiciado, en algunos sectores de actividad, la corrupción administrativa hasta niveles insoportables.

La liquidación del sistema autorizativo clásico que postula la Directiva de Servicios supone cambios en tres órdenes: en el orden normativo, en el orden administrativo y en los operadores jurídicos. Para que pueda prescindirse de un sistema de controles administrativos previos es preciso que el legislador, en los distintos niveles (legales y reglamentarios), regule con carácter exhaustivo los requisitos exigidos para el acceso a la actividad y para el ejercicio de la misma. En efecto, para que cada operador jurídico pueda comprobar por sí mismo si reúne o no los requisitos exigidos para el

acceso y ejercicio de una determinada actividad, dichos requisitos deben estar regulados con claridad y exhaustividad. De la misma manera que un sistema de controles posteriores exige un régimen sancionador más intenso.

Por lo que a la actividad de la Administración se refiere, la circunstancia de que, eventualmente, abandone el control previo en relación con numerosas actividades, lejos de liberarla de cargas administrativas las incrementará y, además, las reubicará, convirtiéndolas masivamente en actividades de control del ejercicio de la actividad. Esto supondrá cambios sustanciales en la organización y actividad de las Administraciones Públicas. En efecto, para cumplir sus nuevas funciones las Administraciones Públicas no sólo deberán cambiar sus procedimientos sino que deberán especializar a sus empleados públicos en las nuevas tareas; en particular generalizando los cuerpos de inspección.

También se producirán cambios sustanciales en los operadores jurídicos que soporten, fundamentalmente, controles posteriores.

Por una parte, el nuevo sistema exigirá que los operadores jurídicos verifiquen, por sí mismos, si con arreglo a las leyes, los reglamentos y la jurisprudencia cumplen o no los requisitos exigidos para el comienzo de la actividad, así como los requisitos para el ejercicio de la misma. Así, los operadores estarán desprovistos de un título administrativo que hasta la fecha ha hecho las veces de un salvoconducto que excluía, la mayoría de las veces, de hecho o dere-

cho, controles sucesivos. Y dicho cambio de coordenadas jurídicas supondrá un mayor grado de responsabilidad en los operadores.

La inexistencia de autorización previa no debe conducir a un régimen sin intervención de la Administración, aunque esta posibilidad no debe descartarse. En el sector de las telecomunicaciones se encuentra un ejemplo de sustitución de la autorización previa por la mera comunicación de los operadores a la autoridad de supervisión. Pero, justamente, en sectores como el de las telecomunicaciones se verifica que la inexistencia de controles previos, la sustitución de la autorización por la mera comunicación, ha sido sustituida por controles administrativos posteriores.

Obviamente, el objetivo directo e inmediato de la Directiva 2006/123/CE es el de evitar las intervenciones previas de las Administraciones de los Estados miembros que vengán a dificultar la libre circulación de servicios en el territorio de la Unión; en la medida en que se ha podido comprobar que los sistemas autorizativos, que debieran tener su origen en necesidades del interés general, se convierten generalizadamente en instrumentos discriminadores de los operadores jurídicos no nacionales. De manera que, aunque la finalidad primaria del legislador comunitario no tiene por objeto introducir transformaciones sustanciales en el Derecho Administrativo, dichas transformaciones se producirán finalmente.

4. Los requisitos que deben concurrir en las autorizaciones en la Directiva 2006/123/CE. Requisitos para implantar un régimen autorizativo

Como antes se señalaba, del artículo 9 de la Directiva 2006/123/CE se deduce que la autorización administrativa, en el ámbito de aplicación de aquella, es un sistema excepcional de acceso a la prestación de servicios.

Especifica el apartado 39 de la exposición de motivos de la Directiva 2006/123/CE que el concepto de autorización, o más precisamente de “régimen de autorización”, es de gran amplitud incluyendo las autorizaciones propiamente dichas, así como todo procedimiento administrativo que finalice mediante actos administrativos previos que den acceso al ejercicio de la actividad, como licencias, homologaciones, concesiones, obligaciones de inscripción en colegios, registros, listas oficiales, bases de datos o de concertación con organismos, o la obtención de carné profesional, autorizaciones obtenidas por silencio administrativo o acceso a actividades condicionadas a la obtención de acuse de recibo de la administración posterior a declaraciones de interesados para iniciar la actividad o para ejercerla legalmente. Esto es, el “régimen de autorización” supone cualquier tipo de intervención de la Administración, directa o indirecta, que condicione el ejercicio de una actividad. Un concepto amplio de “régimen de autorización” que constata, de nuevo, la tendencia a liquidar las líneas maestras que diferenciaban los conceptos de autorización y concesión y sus referentes causales.

Para que pueda establecerse un régimen de autorización, de acuerdo con la Directiva 2006/123/CE deben concurrir requisitos positivos y negativos. Es necesario que la autorización se justifique en “una razón imperiosa de interés general”. Concepto jurídico indeterminado que proporciona a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para introducir autorizaciones. Pero, claro está, el apartado 2 del artículo 9 y el artículo 39 de la Directiva han adoptado como precaución frente a los posibles abusos de los Estados miembros la obligación de éstos de informar a la Comisión sobre sus regímenes de autorización motivando las causas que los justifican, que deben ser compatibles con los requisitos del artículo 9.1. Esto significa que la Comisión Europea podrá controlar el cumplimiento del citado requisito, condición indispensable para que el objetivo de la Directiva no se desvirtúe por los Estados miembros.

Por otra parte, la Directiva de modo inequívoco se adscribe al concepto de “razones imperiosas de interés general” que se deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de acuerdo con los artículos 43 y 49 del TCE. Según el apartado 40 de la exposición de motivos de la Directiva la noción jurisprudencial abarca los siguientes ámbitos: orden público; seguridad pública y salud pública, en el sentido de los artículos 46 y 55 del TCE; mantenimiento del orden en la sociedad; objetivos de política social; protección de los destinatarios de los servicios; protección del consumidor; protección de los trabajadores, incluyendo su protección social; bienestar animal; preservación del equilibrio financiero de los regímenes de seguridad

social; prevención de fraudes; prevención de la competencia desleal; protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural; protección de los acreedores; garantía de la buena administración de la justicia; seguridad vial; protección de la propiedad intelectual e industrial; objetivos de política cultural, incluida la libertad de expresión de los diversos componentes (en especial, los valores sociales, culturales, religiosos y filosóficos de la sociedad); la necesidad de garantizar un alto nivel de educación; mantenimiento de la diversidad de prensa; fomento de la lengua nacional; conservación del patrimonio nacional histórico y artístico; y, política veterinaria.

El listado de materias que se hace en la exposición de motivos de la Directiva debe entenderse en el sentido de que en relación con las mismas sería posible aludir a la concurrencia de “razones imperiosas de interés general”, pero esto no significa que baste aludir a dichas razones para que de modo automático pueda concurrir un régimen autorizativo. Será en todo caso preciso acreditar la exigencia de dicho régimen de acuerdo con los parámetros valorativos establecidos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Además de los requisitos positivos antes señalados, la Directiva exige la concurrencia de una serie de requisitos negativos para que pueda imponerse un régimen de autorización: que tal régimen no sea discriminatorio para el prestador, es decir, que no se introduzcan discriminaciones derivadas de la nacionalidad u otras circuns-

tancias; y, que el objetivo que se persiga no se pueda conseguir con medidas interventoras menos restrictivas, lo que supone la incurción en esta materia del principio prudencial de proporcionalidad. La Directiva al poner un ejemplo de lo que debe entenderse en este último caso dice que: “en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz”, lo que debe entenderse como un parámetro de valoración significativo para poder imponer un régimen de autorización.

Ahora bien, para comprender el alcance de esta determinación también hay que tener en cuenta que los artículos 1 y 2 y el apartado 3 del artículo 9 de la Directiva excluyen ámbitos completos de actividad de servicios, de manera que debe interpretarse de modo restrictivo el escapismo de la aplicación del artículo 9.

5. Requisitos y caracteres que deben concurrir en la concesión de autorizaciones

A) Carácter reglado de los regímenes de autorización

Los objetivos de la Directiva en el capítulo que nos ocupa son dos. Por una parte, señala la tendencia a la excepcionalidad del régimen de autorización y, por otra parte, configura un nuevo tipo de autorización administrativa que podríamos denominar “autorización reglada” caracterizada del modo siguiente:

- a) En primer lugar la exclusión de la arbitrariedad de la Administración de manera que sus facultades se deduzcan de

modo inequívoco de la normativa que regule la actividad autorizativa; así como los criterios en que se funde dicha actividad. Se trata por tanto de propiciar la configuración de lo que pudiéramos denominar régimen autorizativo en que las facultades de apreciación de la Administración estén delimitadas. O, lo que es lo mismo, reducción de facultades discrecionales de los poderes públicos que, cuando existan, deben estar delimitados. En el Derecho interno la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos se ha consagrado en el apartado 3 del artículo 9 de la Constitución.

b) En segundo lugar, se establecen limitaciones en los criterios que puedan establecerse para el ejercicio de las competencias administrativas, de manera que la exclusión de la arbitrariedad no puede consistir en otorgar a la Administración de modo claro y explícito facultades que pudieran ser consideradas arbitrarias. Así, el apartado 2 del artículo 10 especifica siete limitaciones en el establecimiento, a saber: no ser discriminatorios; estar justificados por una razón imperiosa de interés general; ser proporcionadas a dicho interés general; ser claros e inequívocos; ser objetivos; ser hechos públicos con antelación; ser transparentes y accesibles.

c) En tercer lugar se propugna la exclusión de duplicidad de controles (ap. 3, art. 10) en el territorio de la Unión. Exclusión que deriva del principio de mutuo reconocimiento por los Estados miembros. Si un operador cumplió toda una serie de requisitos

en el Estado miembro de origen, requisitos semejantes a los exigidos en el Estado miembro en que pretende establecerse, no está justificado, salvo casos excepcionales, que se le vuelva a exigir al operador en cuestión que acredite el cumplimiento de requisitos que ya acreditó en su Estado de origen. Un buen ejemplo de la exclusión de la duplicidad de controles se produce en el ámbito del sistema financiero en que se ha introducido el sistema de autorización única para todo el espacio comunitario.

d) En cuarto lugar se propugnan las autorizaciones generales para todo el territorio nacional (ap. 4 del art. 10), considerando excepcionales las autorizaciones para un establecimiento y para una parte específica del territorio, salvo que dicho tipo de autorizaciones estén justificadas en razones imperiosas de interés general. En el caso del Estado de las Autonomías, el cumplimiento de este requisito se encuentra con inconvenientes considerables, ya que en el propio territorio nacional dichas autorizaciones generales sólo existen cuando se otorgan por el Estado (caso, por ejemplo, de la mayoría de las autorizaciones del Estado en el sector financiero). Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que la Directiva en el apartado 7 del artículo 9 excluye la posibilidad de que el régimen autoritativo contenido en el mismo pueda afectar al reparto de competencias en los Estados miembros.

e) En quinto lugar, la Directiva postula la autorización automática (ap. 5, art. 10), o de mera verificación del cumplimiento de

los requisitos establecidos en la legislación. Esta modalidad de autorización automática está implícita en algunos regímenes autorizativos regulados por el Derecho interno, pero lejos de ser la regla son la excepción a la misma, razón por la que deberán introducirse modificaciones considerables en nuestro ordenamiento interno.

f) En sexto lugar, salvo en los casos en que la autorización sea concedida, en los demás casos la resolución que ponga fin al procedimiento deberá ser motivada, requisito este que ya existe en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 54 de la Ley 30/1992).

g) En séptimo lugar, la resolución que ponga fin al procedimiento debe ser recurrible, mediante recurso judicial u otras modalidades de reclamación, a las que la Directiva denomina “otras instancias de apelación”, garantía esta que concurre en nuestro ordenamiento jurídico con carácter general derivada de lo dispuesto en el artículo 106 de la Constitución y desarrollada en la Ley 30/92 y en la legislación administrativa española.

B) Carácter ilimitado en el tiempo de la autorización administrativa

La segunda de las características del régimen autorizativo de la Directiva 2006/123/CEE, de acuerdo con su artículo 11, es que como norma general las autorizaciones tienen que ser de carácter ilimitado en el tiempo, salvo cuando concurren tres tipos de circunstancias: que se trate de autorizaciones que se renueven

automáticamente, lo que equivale a autorizaciones ilimitadas en el tiempo; que la vigencia de la autorización esté tan sólo sujeta al cumplimiento continuo de los requisitos de acceso a la actividad; y, que las autorizaciones sean limitadas por una razón imperiosa de interés general.

En la legislación interna española no se proclama con carácter general el carácter ilimitado en el tiempo de las autorizaciones administrativas. Por el contrario rige la temporalidad de las mismas en numerosas actividades, no siempre justificadas por razones imperiosas de interés general, por lo que será preciso llevar a cabo la adaptación en nuestro ordenamiento interno a este principio.

C) El control del ejercicio de la actividad autorizada

Se aprecian algunas contradicciones en la redacción del artículo 11 de la Directiva. En efecto, las autorizaciones que se renuevan automáticamente exigen, por lo general, que el operador en cuestión acredite que sigue cumpliendo los requisitos establecidos previamente. Por otro lado, el apartado 3 b) del artículo 11 establece que los Estados miembros deben imponer a los operadores la obligación de informar a la autoridad competente, a través de la ventanilla única del artículo 6, de los cambios en su situación, especialmente en los casos en que dicho operador deje de cumplir las condiciones necesarias para la concesión de la autorización. Es decir, la Directiva exige, lo que es del todo razonable, que los operadores cumplan en todo momento los requisitos precisos para la obtención de la autorización. Y, más adelante, en el apartado 4 del mismo

artículo 11, se formula de modo negativo la posibilidad de que los Estados puedan revocar las autorizaciones concedidas como consecuencia del incumplimiento sobrevenido de los requisitos exigidos para la concesión de la autorización.

Esto es, de modo explícito los Estados miembros deben imponer a los operadores autorizados que informen a la autoridad competente sobre los cambios en su situación jurídica, lo que puede determinar desde variaciones en el régimen autorizativo en que esté incurso hasta la revocación de la autorización. Esta circunstancia supone, implícitamente, la facultad (que debiera ser una obligación) de los Estados miembros de implementar sistemas de control del ejercicio de la actividad en cuestión.

D) Las autorizaciones sometidas a numerus clausus. La aproximación al régimen concesional

Una de las características más notables que servían para diferenciar las autorizaciones administrativas de las concesiones administrativas era la de que mientras que éstas últimas serían por su propia naturaleza limitadas en número (concesiones portuarias o para operar en el espacio radioeléctrico), las autorizaciones administrativas serían por su propia naturaleza ilimitadas en el número de las que se puedan otorgar (permisos para conducir automóviles). Como antes decíamos, los regímenes jurídicos de autorizaciones y concesiones se han ido aproximando, de manera que no es infrecuente que el acceso a un determinado servicio o actividad se instrumente a través de autorizaciones que puedan estar sujetas a

numerus clausus. Pues bien, en estos casos la Directiva exige que concurren dos tipos de condiciones para que tal limitación del número de autorizaciones pueda imponerse, a saber: que la limitación se deba a la escasez de recursos naturales; o bien derive de las capacidades técnicas que puedan utilizarse, condiciones típicas en el régimen concesional. Una vez concorra alguna de las circunstancias anteriores se exige que la selección de los candidatos tenga lugar de acuerdo con una serie de garantías que aproximan estos procedimientos a los de la selección de concesionarios, a saber: a) imparcialidad; b) transparencia; y, c) en particular, como manifestación de la transparencia, la publicidad al inicio, durante el procedimiento y a la finalización del mismo.

Otro síntoma más de la aproximación del régimen de estas autorizaciones al régimen concesional es que se excluye en las mismas la posibilidad de que se configuren como autorizaciones ilimitadas en el tiempo, o que se renueven automáticamente, o que la concesión obtenida pueda suponer una ventaja para la obtención de siguientes autorizaciones. Esto es, en el caso de que la autorización haya exigido la selección del autorizado, el principio de competitividad debe prevalecer sobre el diseño del régimen general del régimen autoritativo caracterizado por el carácter ilimitado en el tiempo de la autorización.

Por último, la Directiva prevé la posibilidad de que para otorgar este tipo de autorizaciones se puedan tener en cuenta algunos parámetros a saber: consideraciones en materia de salud pública; objeti-

vos de política social; objetivos de salud y seguridad de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia; protección del medio ambiente; conservación del patrimonio cultural; y, cualquier otra razón imperiosa de interés general de conformidad con el Derecho Comunitario.

En nuestro ordenamiento interno no existe una regulación general de este tipo de autorizaciones, que a partir de la entrada en vigor de la Directiva deberán adaptar su regulación a los parámetros antes indicados.

E) Características de los procedimientos de autorización

En la Directiva de servicios en el mercado interior se han trazado los caracteres generales que deben concurrir en los procedimientos administrativos. En esta materia, como es bien sabido, el ordenamiento jurídico español es pionero desde el siglo XIX, en que se dictara, en 1889, la que podemos considerar primera ley de procedimiento administrativo del mundo occidental. Y, lo cierto es que existe una gran coincidencia entre los requisitos exigidos por la Directiva y los que figuran en la Ley 30/92 de Régimen Jurídico y Procedimiento Común de las Administraciones Públicas, aunque la Directiva añada rasgos novedosos que mejorarán nuestro sistema procedimental. El valor de lo dispuesto en el artículo 13 de la Directiva se encuentra en que como consecuencia de la misma se producirá una armonización de los sistemas procedimentales en todos los Estados de la Unión, lo que es un acontecimiento de gran relevancia.

Veamos de modo sucinto los caracteres básicos que deben tener los procedimientos, siguiendo el orden previsto en el citado artículo 13.

a) Principio de legalidad

Los procedimientos administrativos conducentes a la obtención de autorizaciones deben ser establecidos previamente. No se dice que deben ser regulados previamente, pero este carácter se deduce implícitamente del texto del precepto. Dicho principio está consagrado por la Constitución española en sus artículos 9.3 y 105.3 y es desarrollado con carácter general por la Ley 30/92 y la legislación administrativa especial.

b) Principio de claridad

Los procedimientos deben ser claros, esto es, el legislador debe hacer el esfuerzo de excluir toda formulación que resulte contradictoria, confusa, u otras circunstancias que impidan comprenderlo en sus justos términos por sus destinatarios. Este principio no está proclamado en nuestro ordenamiento jurídico con carácter general y explícito, y aunque a mi juicio se deduce del principio de legalidad debiera incluirse con carácter expreso en nuestra legislación administrativa.

c) Principios de objetividad e imparcialidad

Los procedimientos deben ser los adecuados para garantizar la objetividad e imparcialidad de las autoridades competentes que intervengan en el mismo. La objetividad de la actuación de las Administraciones Públicas la ha proclamado el artículo 103.1 de

la Constitución. Por lo que se refiere al principio de imparcialidad, que podría deducirse del anterior, se garantiza, entre otras, a través de técnicas como la recusación y abstención en nuestra legislación administrativa (arts. 28 y 29 de la Ley 30/92).

d) Carácter no disuasorio

Los procedimientos deben estar formulados de manera que no encierren tales complicaciones y exijan tales requisitos innecesarios que disuadan a los interesados a iniciarlos, continuarlos o concluirlos. Debe entenderse como una modalidad de procedimiento disuasorio el que se resuelve en un plazo excesivo e injustificado. Este principio no está proclamado con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico y sería conveniente su introducción con carácter expreso.

e) Gastos razonables y proporcionados

Los gastos que la tramitación de los procedimientos originen a los interesados deben ser razonables y proporcionados a los costes de tales procedimientos para la autoridad administrativa. Este principio no está proclamado con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico y sería conveniente su introducción con carácter expreso.

f) Duración del procedimiento y eficiencia administrativa

Los procedimientos tienen que tener establecidos plazos máximos para su resolución, conocidos y hechos públicos con antelación en la normativa reguladora del mismo, y debe estar

garantizada una tramitación eficiente de los procedimientos. La duración del procedimiento sólo se podrá ampliar por la autoridad competente cumpliendo el requisito de la motivación suficiente de la complejidad del procedimiento y la notificación al interesado, previa a la finalización del plazo original. A los efectos de los interesados deberá entenderse que el comienzo del plazo de resolución se iniciará cuando se haya presentado toda la documentación. Tanto la Ley 30/92 en su artículo 42, como la legislación especial, establecen plazos para la resolución de los procedimientos administrativos.

g) La instauración del silencio positivo con limitaciones

Para los casos en que la autoridad competente no resuelva el procedimiento dentro del plazo establecido, el silencio de la autoridad competente debe interpretarse en el sentido de entender que la autorización ha sido concedida. Pero dicho régimen general puede excepcionarse cuando concurren razones imperiosas de interés general. La institución del silencio de la Administración, muy controvertida entre nosotros, se regula fundamentalmente, con carácter general, en los artículos 42, 43 y 44 de la Ley 30/92. La circunstancia de que la Directiva recuerde que sólo excepcionalmente deben excluirse los efectos del silencio positivo (conurrencia de razones imperiosas de interés general) debiera conducir a la revisión por el legislador español de la tendencia que en sentido contrario se ha producido en nuestro ordenamiento jurídico, a saber que el conocido como silencio positivo sea la excepción y no la regla.

h) La obligación de la autoridad competente de acusar recibo de la solicitud de autorización

La autoridad que reciba una solicitud de autorización debe acusar recibo lo antes posible de la solicitud recibida indicando al interesado las siguientes informaciones: plazo para la resolución del procedimiento; recursos que proceden en caso de denegación o disconformidad con la resolución; indicación de las consecuencias de que la autoridad competente no resuelva el procedimiento en el plazo establecido, en particular cuando proceda entender que la autorización ha sido concedida. Esta previsión de la Directiva se corresponde, parcialmente, con el artículo 42.4 párrafo segundo de la Ley 30/92, que no comprende la indicación de los recursos que proceden en caso de denegación o disconformidad con la resolución, requisito que, sin embargo, debe concurrir en la notificación de la resolución del procedimiento, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 58 de la Ley 30/92.

i) La obligación de la autoridad competente de requerir al interesado

En los casos en que el solicitante de una autorización haya presentado una documentación incompleta la autoridad competente deberá requerir al interesado para que subsane las deficiencias, siendo informado, en su caso, sobre los plazos de resolución del procedimiento. Esta previsión se contiene en el artículo 71 de la Ley 30/92.

j) La obligación de informar sin demora de la desestimación de la solicitud

Cuando se desestime una solicitud de autorización debido al incumplimiento de los procedimientos o trámites establecidos deberá informarse sin demora al solicitante.

Esta previsión puede entenderse comprendida en los apartados 1 y 2 del artículo 58 de la Ley 30/92 que estipula que los actos y resoluciones que afecten a derechos e intereses de los interesados en un procedimiento deben notificarse en el plazo de 10 días posteriores a la adopción de los mismos.

F) Requisitos prohibidos

La rica jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha permitido que la Directiva prevea hasta un total de ocho grupos de requisitos que han sido utilizados por los Estados miembros con la finalidad de dificultar la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. Así, la Directiva prohíbe de modo expreso que puedan establecerse requisitos para obtener autorizaciones que supongan: discriminación directa o indirecta en razón de la nacionalidad para las personas físicas; discriminación directa o indirecta en razón al domicilio para las personas jurídicas; prohibición de estar establecido en varios Estados miembros; prohibición de estar inscrito en registros, colegios o asociaciones de varios Estados miembros; limitaciones en la libertad del interesado para elegir el establecimiento principal o secundario, la forma de los mismos o que el establecimiento principal esté en territorio nacional; exigencia de reciprocidad con el Estado miem-

bro en que tenga su establecimiento previo (sea el de su nacionalidad u otro Estado miembro), salvo en lo relativo a las limitaciones comunitarias en materia de energía; exigencias de probar la concurrencia de la necesidad económica, de la demanda del mercado, de los efectos económicos futuros, o de si se produce una adecuación del servicio a los objetivos de programación económica, lo que no excluye requisitos que respondan a razones imperiosas de interés general; la intervención directa o indirecta de los competidores en el procedimiento de concesión de la autorización. A tal efecto se excepcionan los colegios profesionales, la consulta a las cámaras de comercio o los interlocutores sociales que no se refieran a solicitudes individuales, ni la consulta del público en general (la información pública); obligación de constituir o participar en avales o suscribir seguros con un organismo establecido en el territorio nacional, lo que no excluye que se exija a los operadores garantías aseguradoras o financieras, ni requisitos relacionados con la participación en fondos colectivos de compensación, como puede ser el caso de los seguros o fondos de los colegios profesionales u organizaciones profesionales; obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un periodo determinado en registros nacionales o haber ejercido la profesión previamente.

G) Requisitos sujetos al cumplimiento de condiciones

Se ha creado una nueva categoría de requisitos evaluables o requisitos sujetos al cumplimiento de determinadas condiciones, a los que pudiéramos denominar también requisitos condicionados. Se trata de una nueva modalidad que debe analizarse desde dos

perspectivas diferentes: por una parte, desde la perspectiva de la naturaleza de los mismos; y, por otra parte, desde las obligaciones que se imponen a los Estados miembros.

a) Los requisitos susceptibles de evaluación

La Directiva admite que los Estados miembros puedan exigir una serie de requisitos siempre que los mismos cumplan ciertas condiciones, dichos requisitos son los siguientes: a) concernientes a límites cuantitativos o territoriales; b) concernientes a la forma jurídica del prestador; c) concernientes al capital de una sociedad; d) concernientes a la reserva de actividades a determinados prestadores; e) concernientes a tener varios establecimientos en el mismo territorio; f) concernientes al número de empleados; g) concernientes a un régimen tarifario; y, h) concernientes a la realización de otros servicios específicos.

En el caso de que existan procedimientos en que se exijan uno o varios de los requisitos anteriores, la exigencia de los mismos debe cumplir, a su vez, con tres requisitos: de no discriminación, de necesidad y de proporcionalidad.

Se deja una tarea interpretativa ingente a los jueces y tribunales de los Estados miembros y, postreramente al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

b) Las obligaciones de los Estados miembros

No voy a entretenerme desarrollando los requisitos antes referi-

dos, limitándome a referirme a las obligaciones que derivan para los Estados: a) la obligación de los Estados miembros de comprobar la existencia de requisitos evaluables; b) la obligación de los Estados miembros de adaptar sus disposiciones legales, reglamentarias o administrativas a las condiciones de ejercicio de los requisitos evaluables; c) la obligación de los Estados miembros, a partir del 28 de diciembre de 2006, de que los requisitos del apartado 2 del artículo 15 cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 15; d) La obligación de los Estados miembros de notificación a la Comisión de la adopción de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de la introducción de requisitos condicionados.

c) La aplicación condicionada a los servicios de interés económico general

Finalmente debe mencionarse que los servicios de interés económico general, que se corresponden en nuestro caso a los servicios públicos, sólo deben cumplir los requisitos antes señalados en la medida en que su cumplimiento no perjudique la realización de las tareas que tienen encomendadas, lo que no es sino coherente con el estatuto especial que tienen los servicios de interés general en el ordenamiento jurídico comunitario.

Una oportunidad para reforzar la libertad de empresa y la libre competencia: la transposición de la Directiva de Servicios en la regulación autonómica¹

SUMARIO: La transposición de la Directiva de Servicios supondrá un refuerzo de la libertad de empresa y de la libre competencia en el sector servicios en nuestro país. Aunque una adecuada interpretación de estos principios constitucionales debería haber conducido ya a la eliminación de muchas barreras y trabas administrativas al ejercicio de actividades empresariales, la transposición de la Directiva de Servicios al Ordenamiento español producirá ese resultado de manera directa e inmediata.

La necesaria derogación o modificación de la normativa autonómica y local que contraviene las exigencias de la Directiva constituye una de las cuestiones más problemáticas que la transposición plantea. La Directiva introduce una nueva concepción sobre la intervención pública en las actividades de servicios de enorme alcance práctico y, a pesar de los esfuerzos de coordinación, el proceso de transposición hasta la fecha permite vislumbrar algunas reticencias y dificultades en el cumplimiento de los mandatos de la Directiva a nivel autonómico y local.

PALABRAS CLAVE: servicios, competencia, desregulación, libertad empresa.

CÓDIGOS JEL: H77, K23, L80.

* Experto en Derecho mercantil y en análisis económico del Derecho, antes de ser nombrado Director del Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid ha desarrollado una intensa actividad investigadora y docente en distintas universidades

Introducción

Entre las múltiples cuestiones que suscita la transposición a nuestro Ordenamiento jurídico de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior,² se encuentra la relativa a su impacto en la normativa autonómica, corporativa y local.

La estructura descentralizada del sistema político y del Ordenamiento jurídico español ha conducido a una multiplicación de las normas e intervenciones públicas en la actividad de servicios a nivel autonómico y local, y muchas de esas normas introducen requisitos u obstáculos a la actividad de servicios que necesariamente deben modificarse o eliminarse en el marco de la transposición de la Directiva de Servicios. Quedan al margen de nuestro análisis las normas corporativas, emanadas de los diferentes colegios profesionales, que también habrán de reformarse como consecuencia de la transposición de la Directiva a nuestro Ordenamiento jurídico.

nacionales y extranjeras. Es profesor del IE Law School. Fue beca Fulbright y beca del Real Colegio de San Clemente de los españoles en Bolonia (Italia), en donde realizó su doctorado en 1998. Es Master of Laws (LLM) por la Universidad de California en Berkeley. Ha publicado dos libros y una treintena de artículos en revistas nacionales y extranjeras en materia de Derecho de la competencia, Derecho de sociedades y regulación del mercado de valores. Editor de la *European Business Organization Law Review* (Asser) y del *European Company Law Journal* (Kluwer). El profesor Marcos ha trabajado como consultor de Econlaw Strategic Consulting y ha asesorado a diversas empresas y despachos de abogados en diversas materias en el área del Derecho de la empresa. *francisco.marcos@ie.edu*

1 Este trabajo contiene información pública disponible a 10 de julio de 2009.

2 DOCE n° L 376, de 27 de diciembre de 2006, págs. 36-68.

Tras un breve y conciso repaso al contenido de la Directiva de Servicios (*infra* § 1), este trabajo recorre las diversas fases que se han seguido en nuestro país para su trasposición (*infra* §2). En el fondo, las exigencias derivadas de la transposición de la Directiva constituyen una aplicación razonable de los principios constitucionales de libertad de empresa y libre competencia contenidas en el artículo 38 de la Constitución y en la jurisprudencia constitucional, con lo que a grandes rasgos la Directiva 2006/123/CE se limita a reforzar respecto de las actividades de servicios comprendidas en su ámbito de aplicación lo que nuestra Constitución ya exige (*infra* § 3). El trabajo se detiene, a continuación, en las reformas emprendidas a nivel estatal (*infra* § 4), autonómico y local (*infra* § 5), analizando finalmente en qué medida los esfuerzos de coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas han resultado satisfactorios. El trabajo concluye con una valoración de aquellas normas e intervenciones normativas en el sector de los servicios en los que se detectan mayores problemas para una correcta transposición y que podrían dar lugar a una denuncia de la Comisión CE contra nuestro país.

1. La directiva de servicios

La Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, se adopta con el objeto de eliminar los obstáculos legales y administrativos a la libertad de establecimiento (artículo 43 del TCE) y a la libre prestación de servicios entre los Estados miembros (artículo 49 del TCE). El reconocimien-

to de estas dos libertades ha tenido relevantes consecuencias en los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, dando lugar a una rica jurisprudencia comunitaria, que ha extraído de ellas relevantes implicaciones.³ Además, las instituciones comunitarias han adoptado normativa comunitaria de apoyo (v. gr., en materia de reconocimiento de titulaciones), que facilitaba el juego de ambas libertades. Finalmente, aunque en determinados sectores de la actividad de servicios se ha buscado una mayor integración por vía de regulaciones concretas (por ejemplo, respecto de los servicios financieros, los servicios de telecomunicaciones, los servicios de transportes), faltaba hasta ahora una norma horizontal que, con carácter general, otorgase plena virtualidad y eficacia a esas libertades.⁴ Se hacía necesaria la aprobación de una norma que eliminase las trabas y resquicios para la imposición de restricciones y obstáculos a esas libertades por los Estados miembros, y que a la vez proporcionara procedimientos administrativos y trámites burocráticos simplificados que facilitasen el libre tránsito y prestación de servicios en el mercado interior.

La Directiva 2006/123/CE deberá incorporarse a nuestro Ordenamiento jurídico antes del 28 de diciembre de 2009. El

3 Véanse HAZTOPOULOS Y DO (2006), SALVADOR ARMENDÁRIZ Y VILLAREJO GALENDE (2007: 48-52).

4 Véase PELKMANS (2007: 16-19). Esa es, según FERNÁNDEZ (2007: 194), la principal novedad que supone la Directiva de Servicios, *“haber convertido esa jurisprudencia [del TJCE] en una disposición general y en haber montado un sistema específico para asegurar el efectivo cumplimiento de ésta en todo el ámbito de la Unión”*.

propósito de la Directiva es establecer un marco normativo que facilite y promueva el comercio intracomunitario de los servicios ya que, a pesar de constituir la principal aportación al PIB y al empleo en los Estados miembros, el porcentaje de actividad intracomunitaria de prestación de servicios es bajo.

La Directiva supone una radical reconfiguración de las intervenciones públicas en la actividad de servicios, que conduce a un nuevo planteamiento de las funciones de control y policía administrativa de esas actividades en los Estados miembros, inspirada en los principios de interés público, necesidad y proporcionalidad.⁵

El ámbito de aplicación de la norma es considerablemente reducido, pues la Directiva excluye de su regulación una gran cantidad de actividades de servicios.⁶ Adicionalmente, la Directiva no afecta

5 Como subraya PAREJO (2009: 34 y 39), quien además cuestiona la existencia de un fundamento comunitario para el propósito de la ambiciosa e intensa integración jurídica que la Directiva supone (id.: 36-38). En torno a este último punto gira el trabajo de DE LA QUADRA SALCEDO-JANINI (2007). En palabras del Consejo de Estado, en su Dictamen 99/2009, de 18 de marzo de 2009, sobre el Anteproyecto de Ley sobre el Libre Acceso y Ejercicio de las Actividades de Servicios, se insta a *“un nuevo modelo de intervención pública, [...] que se caracteriza por la sustitución de algunas técnicas clásicas de ordenación de la actividad de los particulares por otras menos limitativas y por actuaciones de investigación y control ex post.”*

6 Especialmente si se compara con el artículo 2.2 de la Propuesta de Directiva de 13 de enero de 2004 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior [SEC (2004) 21], véase HATZOPOULOS (2007:12-25). Aunque, véase también el considerando 33 de la Directiva, que ejemplifica como un buen número de actividades de servicios siguen cayendo en su ámbito de aplicación.

Una oportunidad para reforzar la libertad de empresa y la libre competencia: la transposición de la Directiva de Servicios en la regulación autonómica

a ciertas normas existentes en los Estados miembros y que puedan incidir sobre la actividad de servicios, a saber, Derecho penal, Derecho laboral, regulación de seguridad social, convenios colectivos, medidas nacionales de fomento del pluralismo, la diversidad cultural y lingüística y normas relativas al ejercicio de los derechos fundamentales.⁷

En el marco de una estrategia de integración progresiva del mercado interior europeo, y al margen de los múltiples esfuerzos de armonización, la Directiva 2006/123/CE construye implícitamente su regulación sobre el "*principio del país de origen*" para la libre pres-

En efecto, el artículo 1.2 de la Directiva de Servicios excluye de su ámbito de aplicación: servicios no económicos de interés general; servicios financieros (como los bancarios, de crédito, de seguros y reaseguros, de pensiones de empleo o individuales, de valores, de fondos de inversión, de pagos y asesoría sobre inversión); servicios y redes de comunicaciones electrónicas (así algunos recursos y servicios asociados); servicios en el ámbito del transporte, incluidos los servicios portuarios; los servicios de las empresas de trabajo temporal; servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado; servicios audiovisuales, incluidos los servicios cinematográficos, independientemente de su modo de producción, distribución y transmisión, y la radiodifusión; las actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, juego en los casinos y las apuestas; las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública de conformidad con el artículo 45 del TCE; servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionados por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado; servicios de seguridad privados; servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración.

7 Artículos 1.3, 1.4, 1.5, 1.6 y 1.7 de la Directiva.

tación de servicios, de modo que cualquier empresa que ejerce una actividad en un Estado miembro vea automáticamente reconocido el derecho a ejercer esa actividad en el resto de los Estados miembros.⁸ Por esa razón, los mandatos de la Directiva están destinados, en última instancia, a asegurar que las normas nacionales respeten unos principios y condiciones mínimas, destinados a asegurar la no discriminación de los prestadores de servicios de otros Estados miembros y la no imposición de obstáculos innecesarios y desproporcionados, que no estén justificados en razones de interés general.

En última instancia, la Directiva de Servicios supone el reconocimiento mutuo de las normas y controles de otros Estados miembros y eso requiere como apoyo diversas medidas destinadas a promover y garantizar la cooperación y asistencia recíproca entre los Estados miembros.⁹ Esas medidas de asistencia están destinadas a

8 La Directiva no contiene el "*principio del país de origen*" en la versión finalmente aprobada, aunque éste sí se recogía expresamente en otras anteriores (véanse considerando 38 y artículo 16 de la propuesta de Directiva de 13 de enero de 2004 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior [SEC (2004) 21]). En sí, el principio no tiene nada de original pues se extrae de la jurisprudencia comunitaria desde la STJCE de 20 de febrero de 1979, *Rewe Central-Cassis de Dijon*, C-120/78 [1979] ECR-648 (si bien en materia de libre circulación de mercancías). De hecho, antes de la Directiva de Servicios se había introducido ya –entre otras– en la Directiva 1997/36/CE de Televisión sin fronteras y en la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico. En general, sobre el progresivo proceso de dulcificación de la Directiva en este punto, véase HATZOPOULOS (2007: 3-12), para quien –no obstante los cambios– subsiste un quasi-principio del país de origen en el texto finalmente aprobado.

9 Véase Capítulo VI de la Directiva (Cooperación Administrativa).

Una oportunidad para reforzar la libertad de empresa y la libre competencia: la transposición de la Directiva de Servicios en la regulación autonómica

asegurar un funcionamiento adecuado y eficaz del régimen sustantivo y procedimental previsto en la Directiva.

Como ocurre con otras Directivas, la transposición de la norma obliga a que los Estados miembros adecuen sus normas a lo que en ella se establece, pero además con carácter singular y, en atención a su contenido, antes del 28 de diciembre de 2009 los Estados miembros deberán presentar un informe de aquéllos regímenes de autorización subsistentes y sobre su compatibilidad con la Directiva (entablándose, a continuación, un singular proceso de revisión y control recíproco entre los Estados miembros).¹⁰

Las principales exigencias de esta norma se traducen en la simplificación de los procedimientos y trámites de acceso a las actividades de servicios (Capítulo II de la Directiva), la liberalización del régimen de autorizaciones para el ejercicio de estas actividades (Capítulo III de la Directiva), el reforzamiento de la libre prestación de servicios en el mercado interior (Capítulo IV de la Directiva) y diversas normas sobre calidad y garantía de los servicios (Capítulo V de la Directiva).

¹⁰ Véase artículo 39 de la Directiva. Llama la atención sobre este singular sistema de control FERNÁNDEZ (2007: 197): *“son muchos los ojos que van a escrutar esas normas y el problema, cuando surja, ya no se planteará, como es lo usual, en una relación bilateral Estado-Comisión, sino en un escenario multilateral en el que van a estar presentes todos los Estados miembros y en el que todos contarán de antemano con una información completa sobre el mismo.”*

En lo que atañe, en primer lugar, a la *simplificación de procedimientos de acceso a las actividades de servicios*, la Directiva contiene un mandato genérico (“Los Estados miembros verificarán los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una actividad de servicios. Cuando los procedimientos y formalidades [...] no sean lo suficientemente simples, los Estados miembros los simplificarán”).¹¹ Ese mandato se concreta después en la necesaria habilitación de sistemas de ventanilla única, que han de incluir la centralización de información a través de esas ventanillas, y en la instauración de procedimientos y trámites por vía electrónica o telemática.¹²

Por lo que respecta, en segundo lugar, a la *liberalización del régimen de autorización de las actividades de prestación servicios*, la Directiva sienta las bases que han de guiar los sistemas nacionales de autorización para el acceso a las actividades de servicios en aquellos casos en los que razones imperiosas de interés general lo justifiquen, que no se dupliquen con otras, exigiéndose que no sean discriminatorios y que no sean desproporcionados o demasiado gravosos para los objetivos que persiguen.¹³ La Directiva detalla

11 Artículo 5.1 de la Directiva.

12 Véanse artículos 6, 7 y 8 de la Directiva.

13 Véase artículo 9.1 de la Directiva. El artículo 4.8 define “razón imperiosa de interés general», razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: 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

además los principios que han de inspirar las condiciones para la concesión de la autorización, la selección entre varios candidatos y los procedimientos de autorización,¹⁴ complementándose con una liberalización del régimen de duración de la autorización (que habrá de ser ilimitada, salvo supuestos excepcionales).¹⁵ El propósito liberalizador de la Directiva se refuerza con la inclusión de una “*lista negra*” de requisitos de acceso prohibidos y de una “*lista gris*” de requisitos de acceso que los Estados miembros han de evaluar con arreglo a principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad.¹⁶ Obviamente, los Estados miembros deberán eliminar las condiciones que caigan en la “*lista negra*”, y reformar las condiciones que caigan en la “*lista gris*” para hacerlas compatibles con los principios exigidos por la Directiva.

En tercer lugar, la Directiva supone un *reforzamiento del régimen de libre prestación de servicios*, reafirmando los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad que los Estados miembros han de respetar al establecer las condiciones a los prestadores de otros Estados para la prestación de estas actividades en su territorio, incluyéndose una “*lista negra*” de requisitos prohibidos.¹⁷

patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural”, véanse también considerandos 40 y 41 de la Directiva.

14 Véanse artículos 10, 12 y 13 de la Directiva.

15 Artículo 11 de la Directiva.

16 Véanse, respectivamente, artículos 14 y 15 de la Directiva.

17 Artículo 16 de la Directiva. Adviértase que el ámbito de aplicación del artículo 16 se reduce adicionalmente respecto de lo previsto en el artículo 2.2 de la Directiva para los servicios previstos en el artículo 17 y en los casos individuales y excepcionales de medidas de seguridad previstos en el artículo 18.

Igualmente, se han de eliminar aquellos requisitos o limitaciones que fueren a los clientes (destinatarios de los servicios) a contratar a proveedores nacionales en detrimento de los prestadores establecidos en otro Estado miembro, o cualesquiera condiciones que de algún modo discriminen a estos últimos.¹⁸

Finalmente, en cuarto lugar, se establecen diversas disposiciones destinadas a asegurar una *garantía de la calidad en los servicios*, imponiéndose ciertas obligaciones en materia de información a los clientes (destinatarios del servicio), seguros y garantías profesionales, medidas complementarias de certificación y marcas de calidad y resolución de litigios.¹⁹

2. La transposición de la directiva de servicios en España

Con el propósito de cumplir con las obligaciones derivadas de la Directiva, atendiendo a la transversalidad de su contenido, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (en adelante CDGAE) creó un grupo de trabajo interministerial, que se constituyó el 8 de marzo de 2007. En ese grupo de trabajo se integraron, junto al Ministerio de Economía y Hacienda, otros catorce ministerios cuyas competencias pudieran verse afectadas por la

¹⁸ Véanse artículos 19 y 20 de la Directiva. Además, a modo de medida de favorecimiento de la contratación de prestadores de otros Estados miembros se prevé la instauración de sistemas de asistencia a los destinatarios respecto de la contratación de prestadores de servicios procedentes de otros Estados miembros (artículo 21).

¹⁹ Véanse artículos 22, 23, 24, 26 y 27 de la Directiva.

transposición de la Directiva.²⁰ Este grupo de trabajo elaboró en julio de 2007 un programa para la transposición de la Directiva de Servicios en España.²¹ Ese programa de trabajo contemplaba la participación y colaboración en la transposición de los responsables de los tres niveles de las Administraciones Públicas afectados por la transposición en España: la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales. El programa subraya la responsabilidad en la transposición de cada uno de estos niveles de la Administración afectados y contempla, cuando proceda, la intervención en el proceso de los agentes del sector privado que pudieren resultar afectados.

El programa de trabajo para la transposición de la Directiva de Servicios diseña una estrategia integral y de largo alcance para el progresivo desarrollo de un ambicioso proceso de reforma y liberalización de la regulación de los servicios en España. La estrategia arranca de una fijación de sus objetivos, de los principios que han de guiar e inspirar el proceso de transposición, y de sus fases—incluyéndose una política de formación y comunicación sobre todo el proceso.

20 Junto a esta coordinación *horizontal*, derivada del carácter transversal de la Directiva de Servicios, se ha trabajado también la dimensión *sectorial*, implicándose en tal caso a los departamentos ministeriales, autonómicos y locales competentes en distintas materias afectadas por la Directiva.

21 Véase *Informe del Grupo de Trabajo para la Transposición de la Directiva de Servicios*, 26 de julio de 2007 (disponible en <http://www.meh.es/Documentacion/Publico/SGPEDC/Programa%20Trabajo%2026-7-07.pdf>).

Desde un principio, el proceso de elaboración de las normas requeridas para transponer la Directiva de Servicios en España ha diferido muy notablemente de lo que viene siendo habitual en los procedimientos de regulación en nuestro país.²² Independientemente de los problemas concretos que la transposición pueda suscitar en la estructura descentralizada del Estado español (a los que luego se hará referencia, *infra* § 5), con carácter general, la elaboración de los proyectos de ley para la transposición de la Directiva ha venido precedida de una relevante reflexión global sobre las implicaciones y las consecuencias de la incorporación de los principios y mandatos de la Directiva de Servicios a la regulación vigente en España.²³ Además, como seguidamente se verá, el proceso ha estado guiado por una notable transparencia, y casi todos los proyectos de ley se han sometido a consulta pública, a un análisis de impacto normativo y vienen acompañados de las preceptivas memorias de justificación.

En coherencia con la Directiva de Servicios, el programa de trabajo para la transposición persigue reducir las trabas injustificadas o desproporcionadas a la prestación de servicios en ciertos sectores, simplificando y mejorando simultáneamente la calidad de la regulación. Por tanto, el propósito final de la transposición, como el de

²² Véase MARCOS (2009).

²³ Véanse *Libro Blanco para la reforma del Sector Servicios en España: La Directiva de Servicios como oportunidad de reforma del sector*, sin fecha (disponible en <http://www.meh.es/Documentacion/Publico/SGPEDC/Libro%20blanco%20para%20la%20reforma%20del%20sector%20servicios.pdf>) y CUADRADO ROURA (2008).

la Directiva de Servicios, es mejorar la eficiencia, la productividad y el empleo en los sectores afectados. Sin embargo, tanto el programa de trabajo como el resto de los documentos preparatorios contemplan la transposición de la Directiva como una oportunidad para avanzar más allá de lo estrictamente requerido por la norma comunitaria en la mejora del entorno para el desarrollo de las actividades de servicios en nuestro país, con el ambicioso objetivo de hacer más competitivos tanto la regulación nacional como a los prestadores de servicios nacionales.²⁴

En términos de técnica jurídica y metodología normativa, desde un principio se arrancó de la premisa de que la transposición requeriría la adopción de dos tipos de instrumentos normativos:²⁵

- una previa Ley general (a la que ya inicialmente se denominó "*Ley paraguas*"), de carácter horizontal y transversal (aplicable al acceso y ejercicio de cualquier actividad de servicios) que habría

24 Diversos estudios dan cuenta de la existencia de normas e intervenciones públicas que lastran el acceso y el ejercicio a la actividad de servicios en España, disminuyendo la innovación y la competencia de las empresas españolas, con una repercusión negativa en el crecimiento, la productividad y la innovación del sector servicios en nuestro país en términos comparativos [véanse *Libro Blanco*, cit.: 2-3, CUADRADO ROURA (2008: 42-46, 60-62 y 67-71); TORRES Y LÓPEZ BARCELÓ (2009: 237-240)]. La opción por "*transposición más amplia y exigente en el caso español*" se defiende en CUADRADO ROURA (2008), en donde además se detallan los efectos y posibles beneficios de todo el proceso (id., 77-100). Según algunas estimaciones, la transposición puede conducir a un crecimiento del 1,21% del PIB y a una creación de 150.000 empleos en tres años, véanse MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA (2009) y TORRES Y LÓPEZ BARCELÓ (2009: 244-247).

25 *El Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios* apuntaba esta vía como la más natural, véase COMISIÓN CE (2007: 8-9).

de incluir los principios generales de la Directiva y sentar un marco jurídico de referencia estable;

- otras Leyes o normas sectoriales posteriores, adoptadas por la autoridad competente y del rango requerido en cada caso, se encargarían de realizar las adaptaciones oportunas en aquellas normas sectoriales que fueran incompatibles con la Directiva de Servicios.

Además, a la vista de la existencia de requisitos e intervenciones a nivel estatal, autonómico y local que deben ser reformados para adecuarse a la Directiva es necesario contemplar el impacto del proceso de transposición en cada uno de esos niveles.

Junto a la incorporación de los principios y de la filosofía inspiradora de la Directiva de Servicios, en el Ordenamiento jurídico español la adaptación de las normas vigentes a esos principios y filosofía se ha articulado cronológicamente a través de tres fases. En la primera fase (hasta noviembre de 2007) se procedió a la *detección e identificación de todas las normas potencialmente afectadas por la Directiva*. En la segunda fase (hasta mayo de 2009), empleando un cuestionario común, el programa de trabajo contempla la *evaluación de la compatibilidad con la Directiva de la normativa* detectada en la primera fase. De acuerdo con el resultado de la evaluación previamente realizada, en la tercera fase (que necesariamente ha de concluir antes del 28 de diciembre de 2009) se ha emprendido la *modificación de las disposiciones que se consideren incompatibles con la Directiva*.

Una oportunidad para reforzar la libertad de empresa y la libre competencia: la transposición de la Directiva de Servicios en la regulación autonómica

El desarrollo de las tareas previstas en la primera fase, que ha implicado a las autoridades estatales, autonómicas y locales, ha permitido identificar multitud de normas o procedimientos afectados por la transposición de la Directiva.²⁶ El trabajo se desarrolló a través de conferencias sectoriales, y en él se consideraron cualesquiera normas que regulasen el acceso o el ejercicio de una actividad de servicios (sin dejar fuera, en principio, las excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva). Aunque no existen cifras fidedignas, se estima que más de un 85% por ciento de las normas afectadas han sido adoptadas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales.²⁷

La identificación y detección de las normas afectadas por la Directiva de Servicios en los distintos ámbitos (estatal, autonómico y local) ha procedido de manera secuencial y sucesiva. La Administración General del Estado fue la primera en hacerlo, y pronto ha iniciado la segunda fase de evaluación de compatibilidad de las normas con la Directiva de Servicios. El proceso de detección y evaluación de las normas autonómicas afectadas por la Directiva de Servicios ha avanzado a ritmo desigual en las distintas Comunidades Autónomas, agudizándose las diferencias en lo que

²⁶ La información disponible habla de 7.060 casos (normas y procedimientos) identificados a nivel estatal y autonómico, véase LÓPEZ BARCELÓ (2008: 12).

²⁷ El Dictamen nº 2/2008 del Consejo Económico y Social, de 20 de noviembre, sobre el Anteproyecto de Ley sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios, pág. 5 (disponible en <http://www.ces.es/dictamenes/2008/Dic022008.pdf>) habla de 80 leyes del Estado, 500 leyes autonómicas, 370 reales decretos y 1.700 decretos autonómicos.

se refiere a las propuestas de reforma y adaptación.²⁸ Naturalmente ello puede, a su vez, haber retrasado el desarrollo de esa tarea a nivel local.²⁹ No obstante, a los efectos de facilitar la labor de adecuación de las normas y procedimientos de las entidades locales a los mandatos de la Directiva de Servicios, los Ministerios de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas han elaborado una guía orientativa que indica las líneas y principios básicos que han de regir la evaluación de las normas locales.³⁰

En cualquier caso, como ocurre con todas las Directivas, se trata de normas cuyo cumplimiento (*rectius* adecuada transposición, véase artículo 249 del TCE) es responsabilidad de los Estados miem-

²⁸ Así, por ejemplo, véase un listado de normativa canaria afectada

http://www.fecam.es/UE_TDS/ficheros/evaluacion_normativa_del_gobierno_de_canarias.pdf.

²⁹ La necesaria vinculación de las entidades locales a la normativa estatal y autonómica dificulta la adecuación de las normas locales a la Directiva de Servicios mientras, en su caso, no se adecuen o reformen las normas estatales y autonómicas (véase, por ejemplo, artículo 1 del *proyecto de Ley Ómnibus*, que reforma la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local). Sin embargo ello no impide que los Ayuntamientos puedan identificar y pre-evaluar sus propias normas de conformidad a las exigencias de la Directiva, como les instaba a hacer la Circular de 6 de marzo del Secretario General de la FEMP (véase Circular: Directiva 2006/123/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre relativa a los servicios en el mercado interior, disponible http://www.fecam.es/UE_TDS/ficheros/circular_femp.pdf).

³⁰ Véase *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*, febrero 2009, disponible http://www.meh.es/Documentacion/Publico/SGPEDC/2009-0220%20Manual_evaluacion_EE.LL.pdf.

Una oportunidad para reforzar la libertad de empresa y la libre competencia: la transposición de la Directiva de Servicios en la regulación autonómica

bros, sin que su estructura de organización interna, y las competencias de las diferentes unidades y organizaciones que en ellos puedan existir, justifiquen o puedan servir de descargo la mencionada responsabilidad del Estado.³¹ Otra cosa es, como veremos, que la transposición de la Directiva por el Estado deba seguir y respetar necesariamente los criterios de reparto de competencias que existan a nivel interno. Como el Tribunal Constitucional ha recordado en varias ocasiones, la delimitación competencial en la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia según las reglas de Derecho interno.³²

3. Las exigencias de la Directiva 2006/123/CE como refuerzo de los principios constitucionales de libre empresa y libre competencia

Paradójicamente, la transposición de la Directiva de Servicios supondrá la cristalización legislativa de ciertos principios sobre el

31 Véase, por todas, Sentencia del TJCE (Sala Quinta) de 6 de febrero de 1997, Comisión CE c. Bélgica, C-205/96 [1997] I-795, ¶10 [*“the Court has consistently held that a State may not plead provisions, practices or circumstances existing in its internal legal system in order to justify a failure to comply with the obligations and time-limits laid down by a directive (see, for example, Case C-262/95 Commission v Germany [1996] ECR I-5729, paragraph 17)”*].

En la práctica, naturalmente, esta cuestión puede incidir en el retraso o incumplimiento de la transposición por los Estados miembros, véanse HAVERLAND Y MARLEEN (2007); KÖNIG, THOMAS Y LUETGERT (2008).

32 Desde la STC 252/1988, de 20 de diciembre, otras muchas. Adicionalmente, si la competencia es compartida, corresponde al Estado dictar un mínimo común normativo que habrá de respetarse por las normas autonómicas, sin que la pertenencia a la UE y las obligaciones que de ello se derivan justifiquen una posible restricción por el Estado de la potestad normativa autonómica. Véase también MURILLO DE LA CUEVA (2000: 27-35).

contenido esencial de la libertad de empresa reconocida en nuestra Constitución (artículo 38), en particular sobre el ejercicio y desarrollo de actividades empresariales en el sector servicios, que ya cabía deducir anteriormente de este derecho fundamental. En el sector servicios la libertad de empresa se manifiesta en la libre iniciativa empresarial, comprendiendo las facultades de quienes la ejercitan de organizar libremente su empresa y, en su caso, realizando modificaciones en torno a la forma de prestación de servicios, con respeto del marco legal vigente.³³

A los efectos de concretar los límites constitucionales a la legislación e intervención pública en la libertad de empresa, procede realizar un ejercicio de delimitación e interpretación análogo al que se realiza con otros derechos fundamentales.³⁴ De ese modo, en el marco constitucional vigente, las restricciones al contenido esencial de la libertad de empresa sólo son posibles si se contienen en una norma con rango de Ley formal³⁵ y, sobre todo, se justifican si persiguen un interés público para cuya consecución las indicadas restricciones resulten adecuadas, necesarias y proporcionales.³⁶

A la vista de las implicaciones constitucionales sobre el contenido esencial de la libertad de empresa como derecho fundamental, puede afirmarse que la Directiva de Servicios se limita a materiali-

33 Véase ROJO (1983: 331 y 334).

34 Véase ALFARO Y PAZ-ARES (2003: 6014, 6017-6018).

35 Véase ALFARO Y PAZ-ARES (2003: 5979-5980).

36 Véase ALFARO Y PAZ-ARES (2003: 6015-6016) y CIDONCHA (2006: 318-329).

zar y explicitar en un texto legal los límites de la intervención pública que frene o limite injustificadamente el acceso a la actividad empresarial en el sector servicios. No obstante lo anterior, la transposición de la Directiva constituye una oportunidad innegable para reforzar la tutela de este derecho fundamental frente a una jurisprudencia y una praxis administrativa anclada en otras concepciones de la libertad de empresa.³⁷

En el fondo, por tanto, la transposición de la Directiva de servicios no hará más que consagrar legislativamente, en un ámbito particular (el del acceso y ejercicio de las actividades de servicios contempladas en la *Ley paraguas*), una protección de la libertad de empre-

37 La escasez de frutos que se han extraído del artículo 38 de la Constitución se subraya por FERNÁNDEZ (2007: 191-192) que alude “a la anodina jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre este asunto”, criticando como “la simple apelación a las exigencias de la economía nacional sin otras precisiones ha servido para justificar sin discusión posible el sometimiento de cualquier tipo de actividad a la previa obtención de las autorizaciones, licencias o permisos más variados” y “esa misma apelación genérica a las exigencias de la economía nacional o cualquier otra expresión igual de ambigua que ésta se ha considerado suficiente, como regla general, para justificar también el reconocimiento a la Administración en cada caso competente de la más amplia discrecionalidad para valorar esas exigencias, reales o supuestas, y para otorgar o denegar, a su arbitrio, la autorización requerida lo que, naturalmente, equivalía a dejar en sus manos la libertad de juego”.

Algunos ejemplos significativos del análisis y la ponderación que deben de regir las limitaciones y restricciones a la libertad de empresa por los poderes públicos, referidos también al acceso a determinadas actividades de servicios (v. gr., registro de empresas ganaderas de toros de lidia, autorización para la prestación del servicio regular de cabotaje marítimo con destino u origen en las islas o entre islas), incluyendo algunas que están fuera del ámbito de aplicación de la Directiva (v. gr., juego), en ALFARO Y PAZ-ARES (2003: 6020-6040).

sa que, en teoría, con anterioridad era ya deducible de nuestro texto constitucional, aunque no había dado frutos hasta el momento.³⁸

4. Las reformas de normas por el Estado

Junto a la referida *Ley paraguas*, a la que seguidamente se aludirá (*infra* §4.1), la incorporación de la Directiva de Servicios al Ordenamiento jurídico español exige modificar y adaptar otras leyes estatales que son incompatibles con la Directiva. Se trata, por lo general, de normas de carácter sectorial, que dificultan o gravan de manera injustificada, innecesaria o desproporcionada el acceso y el ejercicio de múltiples actividades de servicios. Con esa finalidad, se ha preparado una ley que recopila y reforma 47 normas estatales de rango legal, conocida popularmente como *Ley Ómnibus* (*infra* §4.2). Además, siguiendo con la tradicional singularidad que caracteriza la regulación e intervención sobre la actividad de comercio minorista en nuestro país, se ha elaborado una ley específica para adecuar la legislación estatal en ese sector a la Directiva de Servicios (*infra* §4.3).

4.1. El establecimiento de un marco básico de referencia: la denominada "*Ley paraguas*"

A diferencia de otros Estados miembros, que no han optado por la adopción de una ley horizontal o transversal para incorporar a

³⁸ En palabras de LAGUNA DE PAZ (2009: 47): "*con la Directiva importamos una serie de principios que crecen por sí mismos en el suelo constitucional español*".

sus Ordenamientos los mandatos de la Directiva de Servicios, España se inclinó desde un principio por esta alternativa (como también lo han hecho, por ejemplo, Austria, Bélgica, Holanda, Italia y Dinamarca). El 17 de octubre de 2008 el Consejo de Ministros aprobó en primera vuelta el borrador de anteproyecto de Ley sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios,³⁹ que en aquel momento se remitía a los órganos consultivos competentes para la emisión de informes preceptivos, abriéndose simultáneamente un proceso de audiencia pública hasta el 5 de noviembre de 2008. Tras recabar esos informes, y a la vista de las observaciones recibidas se hicieron algunas modificaciones,⁴⁰ que dieron lugar al Proyecto de Ley sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios (PLLAASE),⁴¹ se encuentra ahora en tramitación parlamentaria.⁴²

El PLLAASE reproduce fielmente el contenido de la Directiva, haciendo especial énfasis en la eliminación de trabas y obstáculos

39 Disponible en http://www.unionprofesional.com/UserFiles/File/EnProceso/Borrador-Anteproyecto_LeyLibreAccesoEjercicioActividadesServicios_201008.pdf.

40 Véase el documento de 12 de febrero de 2009 sobre las mejoras introducidas en el Anteproyecto de Ley de LAASE como resultado de la audiencia pública y de los comentarios y observaciones recibidos por los órganos consultivos, disponible en http://www.meh.es/Documentacion/Publico/SGPEDC/09-03-02%20Resumen%20observaciones%20LAEAS%204_.pdf.

41 Disponible en http://www.meh.es/Documentacion/Publico/SGPEDC/09-03-27%20Proyecto%20Ley%20Paraguas_.pdf. Véase también BOCG-CD, Serie A, nº 23-I, de 3 de abril de 2009, págs.1-17.

42 Las enmiendas del Congreso al PLLAASE se han publicado en el BOCG-CD, Serie A, nº 23-12, de 26 de junio de 2009, págs. 1-78.

administrativos al acceso a actividades de servicios mediante la exigencia de autorizaciones, instando a su sustitución por comunicaciones o notificaciones, y llega en algunos puntos más lejos de lo que la propia Directiva exigía.⁴³ Adicionalmente, como la norma comunitaria requería, se introducen medidas destinadas a la simplificación y cooperación administrativa, facilitándose una ventanilla única a los prestadores de servicios (artículos 18 y 19) y se refuerzan los derechos de los consumidores de servicios.

En ese sentido, el tenor del PLLAASE, que se formula o enuncia de manera programática, a través de principios, mandatos o reglas genéricas normalmente dirigidos a las Administraciones Públicas, se separa del contenido típico de las normas jurídicas, y puede dificultar su aplicación en la práctica.⁴⁴ No obstante, el PLLAASE se ha de interpretar como el primer eslabón de una cadena, como el cimiento en el que se construye un nuevo marco jurídico de referencia para la regulación del acceso y del ejercicio de la mayoría de las actividades de servicios en España, que necesariamente desplegará sus efectos hacia el futuro.⁴⁵

43 Lo que ha recibido los parabienes de la Comisión Nacional de Competencia (CNC) en su Informe PN 0003/08, sobre el Anteproyecto de Ley sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios, pág. 6 (aunque ciertamente, como la CNC apunta, la verdadera fuerza de esta Ley *“se mide en su finalidad de evitar pro futuro la aparición de ulteriores restricciones al acceso o al ejercicio de las actividades de servicios”*, id., pág. 8).

44 Como apunta el Dictamen nº 99/2009 del Consejo de Estado, de 18 de marzo de 2009 al Anteproyecto de Ley sobre el Libre Acceso y Ejercicio de las Actividades de Servicios, que alude a una *“disposición con escasa virtualidad normativa”*, o a preceptos *“vacados de fuerza normativa”*.

45 Tanto el Consejo de Estado, como el Consejo Económico y Social, como la CNC,

En efecto, el PLLAASE y el resto de las normas que se adopten para transponer la Directiva de Servicios suponen una auténtica revolución en términos de eliminación de trabas burocráticas y obstáculos administrativos en el acceso y ejercicio de actividades de servicios –con profundas implicaciones económicas (y políticas)- lo que, en la práctica, ha restado relevancia a otras disposiciones directamente relacionadas a la consecución de los objetivos de libre circulación de servicios y al derecho de establecimiento en el mercado común europeo, como son las relativas a la ventanilla única, procedimientos electrónicos y cooperación administrativa entre los Estados miembros.⁴⁶

Finalmente, la transposición en doble fase o doble escalón, suscita el problema de la adecuación de la normativa vigente, en los distintos ámbitos sectoriales y territoriales, a lo dispuesto en la futura Ley, y por eso, en relación con esa adecuación se plantean cuestiones problemáticas en torno al régimen transitorio y derogatorio. En particular en su relación con el ejercicio de competencias autonómicas necesariamente afectadas por la Ley se ha previsto el eventual traslado de las responsabilidades por incumplimiento que se puedan derivar del carácter descentralizado del Estado español,

subrayaron la relevancia que la transposición “parcial” que el PLLAASE introduce sea acompañada de otras reformas que en los ámbitos sectoriales y territoriales afectados adecuen las normas y los procedimientos a lo previsto en ella.

⁴⁶ En cambio, en torno a estas cuestiones ha girado principalmente el debate sobre la transposición en otros Estados miembros, véase, por ejemplo, en el Reino Unido: BEER (2007).

de modo que se establece 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 aquélla, 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”*. Esta norma ha merecido una valoración positiva por el Consejo de Estado, que ya se había pronunciado en el pasado sobre este problema,⁴⁷ aun así este órgano incluso sugería al Gobierno, como mejor medida para evitar una posible condena por incumplimiento, la inclusión de otra norma que le habilitase para sustituir temporalmente la potestad normativa autonómica cuando esta no se ejercite en el plazo previsto por la norma comunitaria. Sin embargo, esa disposición no ha sido finalmente incluida en el texto del PLLAASE.

47 Véanse informe E-1/2005, de 16 de febrero de 2006, sobre modificaciones de la Constitución Española e Informe E-1/2007, de 14 de febrero de 2008, sobre la inserción del Derecho comunitario en el ordenamiento español. Con posterioridad, para evitar redundancias innecesarias de lo que ya dispone la *Ley paraguas*, el Consejo de Estado ha dictaminado la improcedencia de incluir una disposición análoga en la *Ley Ómnibus* o en la Ley de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

Una oportunidad para reforzar la libertad de empresa y la libre competencia: la transposición de la Directiva de Servicios en la regulación autonómica

4.2. La reforma de otras Leyes del Estado: la “Ley Ómnibus”

El propio proyecto de *Ley Paraguas* contempla la elaboración de un nuevo proyecto de Ley a través del cual se adapten a lo que en él se dispone las normas estatales de rango legal vigentes (DF. 5ª.1). Se trata de poner en práctica el resultado de la evaluación previa de aquellas normas afectadas por la Directiva de Servicios, cuando haya resultado imprescindible su reforma.

En efecto, con el propósito de acomodar diversas normas de rango legal a la Directiva de Servicios (*rectius*, a la Ley paraguas), se ha iniciado la tramitación legislativa de un proyecto que realiza reformas en 47 leyes (véase cuadro *infra*).⁴⁸ El Consejo de Ministros aprobó el 12 de junio de 2009,⁴⁹ en segunda vuelta, un proyecto de

⁴⁸ Cuestiona esta técnica, por falta de proporcionalidad, PAREJO (2009: 39), abogando por una incorporación directa de la Directiva mediante la reforma de las leyes afectadas, prescindiendo del paso intermedio de la *Ley paraguas*. En el fondo tras su crítica late su escepticismo sobre la incidencia de la Directiva “*en un Estado administrativo montado sobre la policía administrativa preventiva y básicamente inhábil (por carente de estructuras, medios personales, procedimientos y técnicas) para el desarrollo inmediato de una policía administrativa de supervisión y control ex post*”. En cambio, el Consejo de Estado –en su Dictamen nº 99/2009, de 18 de marzo de 2009- no objetó esta forma de transposición parcial, pero recomendó la utilización de la técnica del Decreto Legislativo del Gobierno (ex artículo 86.2 de la Constitución) para las posteriores adaptaciones de normas legales a lo dispuesto en el PLLAASE.

⁴⁹ Disponible en

<http://www.meh.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Internacional/Union%20Europea/Documents/LEY%20ÓMNIBUS%20nuevo%20texto%2012-6-09.pdf>. El anteproyecto de 27 de marzo de 2009 está disponible en http://www.unionprofesional.com/UserFiles/File/eventos/Anteproyecto_LEY_OMNIBUS

Balance Modificaciones Introducidas en Ley Ómnibus		Modificaciones
Nº Leyes que se modifican		47
Nº regímenes de autorización que se suprimen completamente	16
	... y se sustituyen por comunicaciones previas o declaraciones responsables	32
Nº requisitos que se eliminan		111
Nº requisitos que se sustituyen por otros menos restrictivos		11
Validez en todo el territorio nacional de la autorización		22

Fuente: Memoria de impacto Económico y Presupuestario del Proyecto de Ley de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, 4 de junio de 2009, págs. 17-18.

Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (*Ley Ómnibus*), que ha sido remitido a las Cortes Generales.⁵⁰

[_270309.pdf](http://www.meh.es/Documentacion/Publico/SGPEDC/09-02-03%20Resultados%20preliminares%20de%20la%20evaluaci%C3%B3n%20de%20la%20normativa%20de%20la%20Administraci%C3%B3n%20General%20del%20Estado.pdf). En un primer análisis había más leyes que aparentemente requerían adaptación, véanse resultados preliminares de la fase de identificación y evaluación de la normativa estatal, 3 de febrero de 2009 (disponible en <http://www.meh.es/Documentacion/Publico/SGPEDC/09-02-03%20Resultados%20preliminares%20de%20la%20evaluaci%C3%B3n%20de%20la%20normativa%20de%20la%20Administraci%C3%B3n%20General%20del%20Estado.pdf>).

⁵⁰ BOCG, Congreso de los Diputados, nº A-30-1 de 19 de junio de 2009, págs.1-44.

Una oportunidad para reforzar la libertad de empresa y la libre competencia: la transposición de la Directiva de Servicios en la regulación autonómica

El Proyecto de *Ley Ómnibus* introduce reformas de carácter horizontal que incorporan las exigencias de la *Ley paraguas* en distintas leyes de aplicación común a diversos sectores para el acceso y ejercicio de actividades de servicios. Así ocurre con la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local; la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de procedimiento administrativo común; la Ley 11/2007, de 22 de julio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos; el Texto Refundido de Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; La Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales y la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades profesionales.

A continuación, el Proyecto de *Ley Ómnibus* introduce reformas de carácter sectorial en 41 leyes reguladoras de diferentes aspectos relativos al acceso o al ejercicio a actividades de servicios industriales y de la construcción, de servicios energéticos, de servicios de transportes y comunicaciones, de servicios medioambientales y de agricultura. Además, como consecuencia de la *Ley Ómnibus* deberán luego reformarse 116 Reales Decretos que están afectados por su regulación.⁵¹

⁵¹ Véase el elenco de normativa estatal con rango reglamentario susceptible de modificación disponible en

<http://www.meh.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Internacional/Union%20Europea/Documents/09-06-12%20Listado%20ORDs.pdf>.

Son muchos los aspectos de relieve que se reforman en el Proyecto de *Ley Ómnibus*, sin que todos ellos puedan comentarse en esta sede, sirva apuntar que todas las reformas giran en torno a la eliminación o reducción de requisitos para el acceso y prestación de determinadas actividades de servicios, suprimiéndose cargas administrativas injustificadas, inadecuadas, innecesarias o desproporcionadas.⁵² De entre todas las reformas que tienen aplicación general y común, sobresale una previsión y regulación completa del silencio administrativo positivo en los procedimientos administrativos iniciados a solicitud de los interesados (artículo 2.dos)⁵³ y, especialmente, las profundas reformas en materia de servicios profesio-

52 Alternativamente, se eliminan las obligaciones de registro constitutivas para el acceso o ejercicio a ciertas actividades de servicios (quedando en meras inscripciones de oficio por la Administración de carácter declarativo o informativo) o se eliminan las exigencias de autorización para el acceso a ciertas actividades de servicios (sustituyéndose por declaraciones responsables del prestador del servicio), lo que para la CNC constituye un *“esfuerzo particularmente apreciable”*, sobre todo cuando se va más allá de las exigencias de la Directiva, Informe de la CNC (IPN 08/2009) de 22 de abril de 2009, pág. 8 (disponible en <http://www.cncompetencia.es>). En cambio, el Consejo Económico y Social en su Informe de 28 de abril de 2009, n° 2/2009 (disponible en <http://www.ces.es>) contempla críticamente la extensión de la Ley allende del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios (a los servicios de transportes, de telecomunicaciones, de seguridad y salud en el trabajo, de profesiones sanitarias, de caza, de pesca fluvial, portuarios, seguridad vial, etc.). Lo que también ha sido criticado por el Consejo de Estado en su Dictamen n° 779/2009, de 21 de mayo de 2009, que ha considerado *“la conveniencia de extraer de la norma consultada la modificación de leyes reguladoras de actividades o sectores excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios y proceder a su modificación en un momento ulterior”*.

53 Lo que ha merecido alguna consideración crítica del Consejo de Estado en su Dictamen 779/2009, de 21 de mayo de 2009, § VI.a).

Una oportunidad para reforzar la libertad de empresa y la libre competencia: la transposición de la Directiva de Servicios en la regulación autonómica

nales (artículos 5 y 6),⁵⁴ cuya relevancia trasciende el marco de esta norma, al requerir derogaciones de normas de rango infra-legal (reglamentario y estatutario) y controvertidos pronunciamientos del legislador en el futuro tanto sobre la obligación de colegiación como en materia de visados colegiales.⁵⁵

4.3. La reforma de la Ley de Comercio Minorista

La utilización de una ley específica y singular para reformar la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LORCOMIN) y adecuarla a la *Ley paraguas* es cuestionable.⁵⁶ Aparentemente nada impedía que esta reforma se hubiera incorporado como un precepto más a la *Ley Ómnibus*, lo que además hubiese contribuido a eliminar un injustificado tratamiento legislativo

⁵⁴ Aunque no muy concreta o detallada en sus cálculos, la *Memoria de Impacto Económico y Presupuestario* que acompaña al Proyecto, de 4 de junio de 2009, págs. 9-10 (disponible en <http://www.meh.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Internacional/Union%20Europea/Documents/09-06-04%20LO%20Memoria%20Econ%C3%B3mica%20y%20Presupuestaria.pdf>) pone de relieve, en grandes líneas, las importantes implicaciones económicas algunas de las reformas en esta materia.

⁵⁵ Disposiciones Transitorias 3ª y 4ª del *Proyecto de Ley Ómnibus*. Véase, sobre este punto, Informe de la CNC (IPN 08/2009) de 22 de abril de 2009, págs. 17-23.

⁵⁶ Como sutilmente apuntan tanto el informe de la CNC (IPN 08/2009) de 22 de abril de 2009 (pág. 3), como el Dictamen nº 3/2009 del Consejo Económico y Social, de 20 de mayo de 2009, pág. 3 (disponible en <http://www.ces.es/servlet/noxml?id=CesColContenido%20M01243870405591~S84249~NDic032009.pdf&mime=application/pdf>) y el Dictamen nº 985/2009, de 25 de junio de 2009, del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de ley por la que se reforma la Ley 7/1996, de 6 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, §4.A *in fine*.

ad hoc de este sector. Sin embargo, la especialidad normativa y la coexistencia de relevantes potestades legislativas autonómicas han pesado lo suficiente como para conducir a la elaboración de proyecto legislativo específico. Es sabido como esta última circunstancia ha marcado el desarrollo de la actividad comercial minorista en España en los últimos quince años, dando lugar a una considerable y rica disparidad normativa, que ha provocado significativas distorsiones a la competencia en este sector (principalmente en detrimento de ciertos tipos de establecimiento).⁵⁷

El Consejo de Ministros aprobó el 10 de julio de 2009 el proyecto de Ley por el que se modifica la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y otras normas complementarias.⁵⁸ En coherencia con la *Ley paraguas*, el texto del proyecto de Ley que se envía a las Cortes Generales elimina la previsión relativa a la exigencia de una “*licencia comercial específica*” para los grandes establecimientos comerciales, que se contenía en la LORCOMIN con anterioridad.⁵⁹ También desaparece la referencia a

57 Por tamaño (grandes establecimientos) o tipo de actividad comercial minorista (“descuento duro”), véase MARCOS (2006: 82-83). Además, con las consiguientes implicaciones económicas negativas, en términos de inflación, desempleo en el sector y mayor densidad comercial, véase DE LOS LLANOS Y MORA (2009).

58 La versión del Anteproyecto, a la que se ha tenido acceso para preparar este trabajo es de 24 de abril de 2009 y está disponible en http://www.confecom.cat/wp-content/uploads/2009/04/ley_lorcomin240409consejo_min.pdf. Véase después BOCG, Congreso de los Diputados, nº A-34-1, de 31 de julio, págs. 1-7.

59 Sobre la cual, además, penden dos procedimientos de la Comisión CE contra el Reino de España por incumplimiento, aunque –particularmente– respecto de la legislación catalana sobre equipamientos comerciales (nº 4332/2003, C-400/08) y respecto

los *grandes* establecimientos comerciales y los criterios económicos que antes regían el ejercicio de sus competencias por las Comunidades Autónomas.

Sin embargo, el proyecto de ley contiene resquicios suficientes para que las Comunidades Autónomas sigan requiriendo autorizaciones a la instalación de centros comerciales si, *“una vez aplicado el juicio de proporcionalidad, de manera clara e inequívoca concurren razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial, de acuerdo con lo que se establece en el siguiente apartado y así se motive suficientemente en la ley que establezca dicho régimen”* (artículo 6.1 en la redacción dada por el artículo 1.dos del proyecto). En cuanto a los requisitos o criterios que ahora se contemplan, desaparecidos por fuerza los económicos, se alude a que *“atenderán conjuntamente a criterios basados en razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial, como la protección del medioambiente y el entorno urbano, la ordenación del territorio y la conservación del patrimonio histórico y artístico. [...] En todo caso los requisitos, y en su caso los criterios de concesión de la autorización, deberán ser no discriminatorios, claros e inequívocos, objetivos, hechos públicos con antelación, predecibles, transparentes y accesibles”* (artículo 6.2 en la redacción que dada por el artículo 1.dos del proyecto).⁶⁰

de la legislación andaluza sobre planeamiento y otorgamiento de licencias comerciales (nº 4067/2008). Sobre estos dos procedimientos, véase la información que proporciona el Dictamen nº 985/2009, de 25 de junio de 2009, del Consejo de Estado, §3.A.

⁶⁰ El Consejo de Estado en su Dictamen propone para mayor claridad que el anteproyecto de ley defina (si no enumera exhaustivamente) cuáles son las razones imperiosas de interés

En este proyecto de ley desaparece el enfoque ambicioso que había presidido la *Ley paraguas* y la *Ley Ómnibus* con el ánimo de eliminar o reducir los obstáculos y las trabas para el acceso y ejercicio a las actividades de servicios. La redacción dada al artículo 6 de la LORCOMIN, acompañada de una imprecisa y ambigua referencia a los grandes centros comerciales en la exposición de motivos, puede dar pie a normas e intervenciones autonómicas que limiten injustificadamente el acceso a la actividad comercial minorista.⁶¹ En su caso, esa regulación podría ser contraria a la Directiva de Servicios.

En efecto, difícilmente cabe pensar que *la protección del medio ambiente y el entorno urbano, la ordenación del territorio y la conservación del patrimonio histórico y artístico*, requieran necesariamente la adopción de un régimen de ordenación y de un control autonómico específico para la implantación de ciertos establecimientos comerciales.⁶² No es claro tampoco que esa medida sea la adecuada. En su caso, cabe pensar que esas imperiosas razones de interés

general a efectos de esta Ley (que se suponen menos y más restrictivas que las contempladas en la *Ley paraguas*), Dictamen n° 985/2009, de 25 de junio de 2009, §5.B.d) y f).

61 Como la CNC denuncia en su informe (IPN 09/2009) de 6 de mayo de 2009, págs. 9-13. Véase, ya antes CNC (2008).

62 La cuestión es análoga a la planteada por otras normas restrictivas de la actividad comercial, como los impuestos sobre grandes establecimientos comerciales aprobados en diversas Comunidades Autónomas. Sobre la insuficiencia de las competencias formalmente aducidas para justificar su imposición (entre ellas, la protección del medioambiente y el entorno urbano, y la ordenación del territorio), véase SÁNCHEZ GRAELLS (2005: 46-50 y 65-70).

Una oportunidad para reforzar la libertad de empresa y la libre competencia: la transposición de la Directiva de Servicios en la regulación autonómica

general recibirán mejor tutela por otras vías, particularmente, a través de la regulación sectorial.⁶³

5. La Reforma de las normas por las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales. La coordinación del Estado y las Comunidades Autónomas en la transposición de la Directiva 2006/123/CE

La transposición de la Directiva de Servicios en el ámbito autonómico y local es una consecuencia ineludible del carácter descentralizado del Estado español, en el que se otorga competencias tanto a las Comunidades Autónomas como a los municipios en materia de regulación, ordenación y control de acceso y ejercicio de actividades de servicios en sus respectivos ámbitos territoriales.

La coordinación del Estado con las Comunidades Autónomas se ha instrumentado a través de una conferencia sectorial específica de carácter temporal (para la transposición de la Directiva de Servicios). Adicionalmente, cuando ha sido oportuno, las diferentes conferencias sectoriales por materias han incorporado en su agenda de trabajo la transposición de la Directiva de Servicios, con lo que ha existido un marco estable y relativamente ágil para la información y cooperación recíproca.⁶⁴

⁶³ Véase Informe de la CNC (IPN 09/2009) de 6 de mayo de 2009, pág. 11 (*"tanto la legislación sectorial como el sistema municipal de licencias ya garantiza adecuadamente la protección de dichos intereses generales sin necesidad de establecer una licencia comercial"*).

⁶⁴ Especialmente requerida a los efectos de garantizar un cumplimiento del Derecho

Por otra parte, las Comunidades Autónomas han adoptado también diversas iniciativas individuales destinadas a la transposición de la Directiva de Servicios en sus respectivos ámbitos.⁶⁵

De este modo, a medida que se avanza en el proceso de transposición, una vez que se han aprobado los proyectos de *Ley paraguas* y de otras reformas legales (proyecto de *Ley Ómnibus* y proyecto de Ley de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista), corresponderá a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales iniciar los procesos de reforma en sus respectivos ámbitos de competencia. Las implicaciones de la transposición Directiva (*rectius* de la ejecución de la *Ley paraguas*) en el ámbito autonómico y local son muy numerosas, afectando a múltiples autorizaciones y procedimientos de control para el acceso y ejercicio de actividades de servicios a nivel autonómico y local (incluyendo una

comunitario por el Estado [y como viene siendo frecuente, véase MURILLO DE LA CUEVA (2000: 67-71 y 75-85)], pero también porque la propia Directiva declara que la instauración de ventanillas únicas y las condiciones de concesión de autorización no interfieran con el reparto de competencias locales o regionales en los Estados miembros (artículos 6.2 y 10.7 de la Directiva).

⁶⁵ Así, el Consejo de Gobierno Vasco adoptó el 26 de octubre de 2007 un Acuerdo en el que se establecían las medidas para el impulso y la coordinación de la transposición de la Directiva, incluyendo un programa de trabajo y un calendario de actuaciones. Además se creó una Comisión de Trabajo presidida por la Dirección de Asuntos Europeos de la Secretaria General de Acción Exterior del Gobierno Vasco (anexa a la Presidencia). La Comunidad de Madrid también ha emprendido un programa de trabajo para la transposición, del que se da cuenta en *Jornadas sobre la Transposición de la Directiva de Servicios*, IMADE- DG Asuntos Europeos y Cooperación con el Estado, Madrid (disponible en <http://www.madrid.org>).

revisión exhaustiva de todo el régimen de licencias y de autorizaciones previas).⁶⁶ Además, en algunos casos la eliminación de los procedimientos de autorización puede terminar con una relevante fuente de financiación en la medida que existieran tasas o ingresos públicos vinculados a la solicitud o a la obtención de una autorización autonómica o local, y es previsible que este extremo pueda afectar (negativamente) a la ejecución final de la transposición de la Directiva.

La información disponible permite comprobar un ligero retraso, particularmente a nivel local, en el desarrollo de las tareas derivadas de la transposición. En efecto, no parece que sean muchos los ayuntamientos que hayan realizado el ejercicio de identificación de requisitos y trámites en sus ordenanzas locales que requieren una evaluación y, eventualmente, una adaptación de conformidad con la *Ley paraguas*. En su descargo ha de decirse que, en muchos casos, esa tarea sólo será posible cuando la transposición en los niveles “superiores” (del Estado y de las Comunidades Autónomas) se encuentre avanzada.

En cuanto a la transposición a nivel autonómico, la estrategia diseñada inicialmente en nuestro país ha preterido el empleo del

⁶⁶ También el desarrollo de la *Ley Ómnibus* a nivel autonómico y local requerirá reformar numerosas normas sectoriales para adecuarlas al régimen previsto en la nueva Ley (v. gr., regulación autonómica de entidades de control de calidad de la edificación, regulación autonómica de empresas de alquiler de vehículos sin conductor).

mecanismo constitucional de armonización (artículo 150.3 de la Constitución), cuya utilización hubiera garantizado el cumplimiento de las obligaciones del Estado frente a la UE y simultáneamente habría coordinado el ejercicio de las potestades normativas del Estado y las Comunidades Autónomas en las materias afectadas por la Directiva.⁶⁷ En el panorama del proceso de transposición en las Comunidades Autónomas destacan algunas iniciativas legislativas autonómicas que, a modo de “ley ómnibus autonómica”, incorporan las exigencias de la Directiva en la legislación autonómica (véase, por ejemplo, el Anteproyecto de Ley por la que se transpone en Andalucía la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior).⁶⁸

Sin embargo, en la regulación del comercio minorista, respecto de la que las Comunidades Autónomas tienen competencias casi plenas dentro del marco común de la legislación del Estado, han aparecido y se han sucedido iniciativas legislativas autonómicas destinadas a incorporar la Directiva en este sector específico. En algunas Comunidades Autónomas se ha propuesto la (aparente) eliminación de los requisitos económicos para la concesión de

67 Como el Consejo de Estado sugirió ya inicialmente en su Dictamen nº 99/2009, de 18 de marzo de 2009 al Anteproyecto de Ley sobre el Libre Acceso y Ejercicio de las Actividades de Servicios. Véase también MONTILLA MARTOS (2004: 232-233).

68 Disponible en

http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/export/portal/com/bin/contenidos/la_consejeria/Accion_exterior/asuntos_eu_Prot_exterior/TrasposicionDirectiva/DIRECTIVA2006123CE/1240310854036_anteproyecto_de_ley_definitivo.pdf.

Una oportunidad para reforzar la libertad de empresa y la libre competencia: la transposición de la Directiva de Servicios en la regulación autonómica

licencias autonómicas específicas a ciertos establecimientos comerciales,⁶⁹ en otras se han eliminado -en apariencia- esas licencias, que se sustituyen por un informe previo a la concesión de la licencia municipal.⁷⁰ La reforma de la LORCOMIN se encuentra ahora en el Parlamento, pero difícilmente cabe entender que las razones imperiosas de interés general a las que se alude en el nuevo artículo 6.3 (protección del medioambiente y del entorno urbano, ordenación de territorio y conservación del patrimonio histórico y artístico) justifiquen, como parece que seguirá ocurriendo en muchas Comunidades Autónomas, la aprobación de planes sectoriales de equipamiento o de planes de orientación comercial, como los que ahora rigen en ciertas regiones, en las que la concesión de autorizaciones se vincula a la oferta comercial disponible (en función del gasto comercializable) o al balance comercial.⁷¹

69 Véase, por ejemplo, el artículo 11 del Anteproyecto de Ley de Comercio de Canarias, versión de 11 de noviembre de 2008, disponible en http://www.gobiernodecanarias.org/cicnt/doc/comercio/anteproyecto_de_ley.pdf.

70 Véase, por ejemplo, artículo primero Ley del Parlamento Vasco 7/2008, de 25 de junio, de segunda modificación de la Ley de la Actividad Comercial (BOPV n° 128, de 7 de julio de 2008, págs.17838-17852), que aunque alude en múltiples ocasiones a la Directiva de Servicios y realiza alguna reforma que considera en “recta sintonía” con la Directiva, conserva el régimen de autorización de grandes establecimientos en franca contravención con la Ley paraguas y con la Directiva, pues dictamina que la implantación de los grandes equipamientos comerciales en el País Vasco se ha de regir por el Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que será aplicada por el órgano competente en materia de comercio en el País Vasco, mediante informe que le solicitará el ayuntamiento previa concesión de la oportuna licencia.

71 Incluso la Comunidad de Madrid deberá reformar el artículo 18 de la Ley 16/1999, de 29 de abril, de Comercio interior (modificado por el artículo 1.ocho de la Ley 1/2008,

La ordenación y planificación de la actividad comercial pretende, por definición, controlar el grado de saturación y desarrollo del comercio minorista en las áreas territoriales que se consideren de influencia y no existe imperiosa razón de interés general alguna que justifique esa intervención. Si se pretende amparar ese planeamiento, con o sin autorización, en la protección del medioambiente y del entorno urbano, la ordenación de territorio y la conservación del patrimonio histórico y artístico, se estará pervirtiendo el significado de estas expresiones con el único propósito de mantener una intervención y ordenación de la actividad de servicios en este sector, inspirada en razones económicas, lo que resulta inadmisibles conforme a la Directiva de Servicios.⁷²

Conclusiones

De manera bastante gráfica se ha definido la transposición de la Directiva de Servicios a nuestro Ordenamiento jurídico como la *“magna obra de adaptar a la Directiva Comunitaria un conjunto normativo extenso y heterogéneo, tanto por el rango de las normas que lo*

de 26 de junio, de Modernización del Comercio en la Comunidad de Madrid) en el que se mantiene la licencia autonómica para grandes establecimientos comerciales (2.500m²) y entre los criterios a tener en cuenta para evaluar su concesión se encuentran *“las características comerciales del proyecto, con la finalidad de lograr una especialización y modernización efectiva de la oferta”* (artículo 18.2.c).

72 CNC (2009: 7-12). En parecidos términos, comentando ampliamente la normativa foral navarra de comercio interior, SALVADOR ARMENDÁRIZ Y VILLAREJO GALENDE (2007: 69-70 y 72-86).

Una oportunidad para reforzar la libertad de empresa y la libre competencia: la transposición de la Directiva de Servicios en la regulación autonómica

integran como por el origen de las mismas".⁷³ La instauración de los principios y exigencias de la Directiva de Servicios culminará próximamente con la adopción de una *Ley paraguas* que fija un marco jurídico estable para el acceso y ejercicio de la mayoría de las actividades de servicios en España. Sus exigencias cristalizan por influencia comunitaria ciertos aspectos del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución) en el sector servicios que podrían haberse extraído antes en una delimitación e interpretación de este derecho fundamental conforme a la jurisprudencia constitucional. Las restricciones a la libertad de empresa deben fundarse en un interés público, ser adecuadas, necesarias y proporcionadas.

La *Ley paraguas* introduce esa exigencia en un ámbito más reducido, el acceso y ejercicio de muchas actividades de servicios. Ello requiere otras reformas legislativas, que se contienen en la *Ley Ómnibus* y en la Ley de reforma de la LORCOMIN, a la que seguirán eventuales modificaciones de las normas reglamentarias de desarrollo.

Aunque ha existido coordinación del Estado con las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los colegios profesionales, la transposición ha procedido de diferente manera en cada uno de estos niveles. En primer lugar, en la mayoría de los casos ha sido preciso esperar a que el Estado ejerciera sus compe-

73 Dictamen del Consejo de Estado nº 99/2009 de 18 de marzo de 2009 al Anteproyecto de Ley sobre el Libre Acceso y Ejercicio de las Actividades de Servicios.

tencias para que el resto de los actores implicados en la transposición pudieran iniciar las suyas. Además, en segundo lugar, la transposición realizada por el Estado (que no concluirá definitivamente hasta que se aprueben los proyectos de Ley que aquí se han mencionado) condicionará en muchos casos la que realicen el resto de los agentes en sus respectivos ámbitos competenciales. Finalmente, en alguna materia en concreto, como la regulación del comercio minorista, la reforma proyectada por el Estado deja entrever ciertos resquicios para normas e intervenciones autonómicas que contravendrían la Directiva de Servicios.

Bibliografía

ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS Y PAZ-ARES, CÁNDIDO (2003): “Ensayo sobre la Libertad de Empresa”, en Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Díez-Picazo, tomo IV, Thomson Civitas, Cizur Menor, págs. 5972-6040.

BEER (2007): Implementing the Services Directive. Consultation Document on Implementing the EU services Directive in the UK, Department for Business Enterprise & regulatory Reform, Nov. (disponible en http://www.berr.gov.uk/files/file422_07.pdf).

CIDONCHA, ANTONIO (2006): La Libertad de Empresa, IEE-Thomson Civitas, Cizur Menor.

COMISIÓN CE (2007): Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios, Dirección General de Mercado Interior y Servicios, OPOCE, Luxemburgo.

COMISIÓN NACIONAL DE COMPETENCIA (2008): Trabajando por la Competencia. Recomendaciones a las administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia, junio.

COMISIÓN NACIONAL DE COMPETENCIA (2009): La reforma de la Ley del comercio minorista en el marco de la transposición de la Directiva de Servicios, 1 de abril.

CUADRADO ROURA, JUAN R. (dir.) (2008): Informe Económico- El Sector Servicios y la transposición de la Directiva europea al caso español, octubre (disponible en <http://www.meh.es/Documentacion/ Publico/SGPEDC>).

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, TOMÁS (2007): “¿Quo Vadis, Bolkestein? ¿Armonización o mera desregularización de la prestación de servicios?”, Revista Española de Derecho Europeo, nº 22, págs. 237-280.

DE LOS LLANOS MATEA, MARÍA Y MORA, JUAN S. (2009): “La evolución de la regulación del comercio minorista en España y sus implicaciones macroeconómicas”, Documentos de Trabajo nº 0908, Banco de España (disponible en www.bde.es).

FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN (2007): “Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior Europeo”, Revista Española de Derecho Europeo, nº 22, págs. 189-197.

HATZOPOULOS, VASSILIS (2007): “Que reste-t-il de la directive sur les services?”, Cahiers de droit europeen, vol. 43, nº 3-4, pags. 299-358 [se cita la version previa publicada en Research Papers in Law- College of Europe, nº 5/2007, Brugge (Bélgica), disponible en http://www.coleurop.be/file/content/studyprogrammes/law/studyprog/pdf/ResearchPaper_5_2007_Hatzopoulos.pdf].

Una oportunidad para reforzar la libertad de empresa y la libre competencia: la transposición de la Directiva de Servicios en la regulación autonómica

HATZOPOULOS, VASSILIS Y DO, UYEN THIEN (2006): "The case Law of the ECJ concerning the free provision services: 2000-2005", *Common Market Law Review*, vol. 43, págs. 923-991.

HAVERLAND MARKUS Y ROMEIJN, MARLEEN (2007): "Do Member States make European policies work? Analysing the EU transposition deficit", *Public Administration*, vol. 85/3, págs. 757-778 (una versión anterior puede consultarse en <http://ces.columbia.edu/pub/papers/HaverlandRomeijn.pdf>).

KÖNIG, THOMAS Y LUETGERT, BROOKE (2008): "Troubles with Transposition? Explaining Trends in Member-State Notification and the Delayed Transposition of EU Directives", *British Journal of Political Science*, vol. 39, págs. 163-194 (disponible en <http://journals.cambridge.org/production/action/cjoGetFulltext?fulltextid=2794288>).

LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS (2009): "Directiva de Servicios: El estruendo del parto de los montes", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 6, junio, págs. 42-51.

LÓPEZ BARCELÓ, ALVARO (2008): "Incorporación al Derecho interno", en *Jornadas sobre la Transposición de la Directiva de Servicios*, IMADE- DG Asuntos Europeos y Cooperación con el Estado, Madrid, págs. 12-15.

MARCOS, FRANCISCO (2009): "Calidad de las normas y estudios de impacto normativo en España: Dificultades y primeras experiencias", *Revista de Administración Pública*, nº 179, mayo-agosto, en prensa.

MARCOS, FRANCISCO (2006): "Regulación del comercio minorista en las comunidades autónomas", *Economistas*, nº 107, págs, 79-92.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA (2009): Efectos macroeconómicos potenciales de la Directiva en España, D.G. de Análisis Macroeconómico y Economía Internacional, S.G. de Análisis y Modelización Macroeconómica, 18 de febrero([http://www.meh.es/Documentacion/Publico/SGPEDC/Directiva Servicios\(web\).pdf](http://www.meh.es/Documentacion/Publico/SGPEDC/Directiva%20Servicios(web).pdf)).

MONTILLA MARTOS, JOSÉ ANTONIO (2005): *Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión en el Estado Autonómico*, CEPC, Madrid.

MURILLO DE LA CUEVA, ENRIQUE LUCAS (2000): *Comunidades Autónomas y Política Europea*, IVAP-Civitas, Madrid.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO (2009): "La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkenstein: La interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 6, junio, 34-41.

Una oportunidad para reforzar la libertad de empresa y la libre competencia: la transposición de la Directiva de Servicios en la regulación autonómica

PELKMANS, JACQUES (2007): "Deepening Services Market Integration- A Critical Assessment", *Romanian Journal of European Affairs*, vol. 7, nº 4, págs. 5-31.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, ANGEL JOSÉ (1983): "Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 169-170, págs. 389-441.

SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a. A. Y VILLAREJO GALENDE, H. (2007): "La Directiva de servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra", *Revista Jurídica de Navarra*, nº 44, julio-dic., págs. 46-86.

SÁNCHEZ GRAELLS, A (2005): "La constitucionalidad o inconstitucionalidad del impuesto sobre grandes establecimientos comerciales (IGEC)", en *Los Impuestos sobre los Grandes Establecimientos Comerciales (IGEC). Un análisis jurídico y económico* (F. MARCOS Y F. SÁNCHEZ SUÁREZ coords.), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, págs. 19-77.

TORRES, ANGEL Y LÓPEZ BARCELÓ, ÁLVARO (2009): "La Directiva de Servicios como instrumento de mejora regulatoria en el sector terciario", *Papeles de Economía Española*, nº 120, págs. 236-249.

Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios

I

No es necesario explicar por extenso la revolución administrativa que trae aparejada la trasposición a los ordenamientos de los Estados miembros de la Comunidad Europea de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios

* Actualmente Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid y titular de un extenso Bufete de Abogados especializado en asuntos constitucionales, comunitarios europeos y, sobre todo, de Derecho Administrativo. Antes de ser Catedrático en Madrid, lo fue sucesivamente de las Facultades de Derecho de la Universidad de Valencia, donde obtuvo su primera Cátedra en 1980, y de la Universidad de Alcalá de Henares. Sin perjuicio de su carrera docente, entre 1973 y 1980 desempeñó diversos puestos de trabajo en la Administración del Estado como miembro del Cuerpo Técnico de la Administración Civil del Estado (hoy Administradores Superiores del Estado). Casi todo este tiempo estuvo al servicio de la Presidencia del Gobierno, donde tuvo la oportunidad de participar en casi todos los grandes proyectos legislativos y constitucionales que se desarrollaron durante la Transición hasta llegar a la Constitución vigente. Solicitó la excedencia en 1980, con ocasión de obtener su primera Cátedra, y fundó aquél mismo año su Despacho profesional como abogado. Reúne actualmente una bibliografía realmente muy extensa, de la que forman parte treinta libros y cente-

en el mercado interior. Los fines de esta norma resultan ya muy conocidos. Con la intención de fomentar el crecimiento económico y la creación de puestos de trabajo, la Directiva se propone eliminar las barreras todavía existentes en el mercado interior que impiden a los prestadores de servicios, en particular a las pequeñas y medianas empresas (PYME) extender sus acciones más allá de sus fronteras nacionales y beneficiarse plenamente del mercado interior. El objetivo es pues, según insiste en decir el preámbulo de la Directiva, “eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores de los Estados miembros y a la

nares de ensayos y artículos publicados en revistas especializadas, congresos y obras colectivas. Destacan entre ellos, los tres primeros volúmenes de su Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Iustel, Madrid, 2006, y 2009, los cuatro tomos de su libro Servicio Público y Mercado, Cívitas, Madrid, 1998, Derecho Público de las Comunidades autónomas, 2 vols., 2ª Ed. Iustel, Madrid, 2007, El Planeamiento Urbanístico, (junto con el Catedrático de Derecho Administrativo Mariano López Benítez), 2ª ed. Colección Biblioteca de Derecho Municipal, Editorial Iustel, Madrid, 2009, El problema de la vertebración del Estado en España (Del siglo XVIII al siglo XXI), Editorial Iustel, Madrid, 2006, La Unión Europea y las mutaciones del Estado, Editorial Alianza Universidad, Madrid, 1993, El Estado, el Derecho Interno y la Comunidad Europea, Editorial Cívitas, Madrid, 1986, Cinco Estudios sobre el poder y la técnica de legislar, Editorial Cívitas, Madrid, 1986, El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea y la Constitución Española, Editorial Cívitas, Madrid, 1980. Destacan también el Código de las Leyes Administrativas, hecho en colaboración con los Profesores García de Enterría y Mestre Delgado, o la edición de compilaciones legislativas de referencia como el Sistema Administrativo en cinco volúmenes editado en colaboración con el Prof. Mestre, que son obras de referencia muy conocidas. Es Director de la Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho que se edita mensualmente. Actualmente está dirigiendo una serie de estudios que ocuparán nueve volúmenes sobre Derecho de la regulación económica, Iustel, Madrid, 2009. Han aparecido ya los primeros 5 volúmenes de la colección.

libre circulación de servicios entre los Estados miembros y garantizar, tanto a los destinatarios como a los prestadores de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales del Tratado” (apartado 5 del preámbulo). Para conseguirlo se exigen diversas reformas en los procedimientos de actuación de las Administraciones de los Estados miembros. Consisten algunas en la simplificación de los procedimientos de intervención y decisión (artículo 5), o de la tramitación de los expedientes y la cooperación entre autoridades administrativas (ventanilla única: artículo 6) o, la mejora de la información de los usuarios e interesados, y la incorporación de las nuevas tecnologías de la información (artículos 7 y 8). Pero el elemento central de la ya famosa Directiva de 2006 consiste en un cambio esencial del régimen de las autorizaciones administrativas. En esta eliminación radica la más importante medida de supresión de restricciones a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios. El principio general, es la prohibición de intervenciones autorizatorias de carácter previo. Esta regla sólo admite las excepciones que se especifican en el texto de la norma. El artículo 9.1 establece a este propósito que los Estados miembros sólo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se cumpla un triple condicionamiento: a) que el régimen de autorización no sea discriminatorio para el prestador; b) que la necesidad de establecer un régimen de autorización esté justificada por una razón imperiosa de interés general; y c) que el objetivo perseguido no pueda conseguirse mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría dema-

siado tarde para ser eficaz. Para que, en los casos en que se decida establecer un régimen de autorización, éste sea lo menos gravoso y limitativo posible para las libertades de servicios que se trata de proteger, el artículo 10 de la Directiva establece una serie de principios a los que necesariamente han de ajustarse los regímenes de autorización: no ser discriminatorios, estar justificados en “una razón imperiosa de interés general”, ser proporcionados, claros e inequívocos, objetivos, hechos públicos con antelación, transparentes y accesibles. El marco regulatorio de los regímenes de autorización, se completa en la Directiva fijando, por una parte, prohibiciones absolutas de algunos requisitos, que se consideran directamente restrictivos de las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios, y por otro una relación de requisitos que pueden ser potencialmente restrictivos, pero susceptibles de ser implantados si se cumplen los condicionamientos que la propia Directiva establece. La primera relación de requisitos absolutamente prohibidos forman la denominada “lista negra”, que recoge el artículo 14 (requisitos discriminatorios basados directa o indirectamente en la nacionalidad, limitaciones de carácter territorial, sometimiento a condiciones de reciprocidad, aplicación de una prueba consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre 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...; intervención directa o indirecta de competidores; obligación de constituir un aval financiero; o de estar inscrito con carácter previo durante un período determinado en los registros existentes en el territorio nacional...). La otra lista, conocida como

“lista gris”, recoge la relación de requisitos que se consideran potencialmente restrictivos, pero que pueden establecerse siempre que el Estado miembro acredite, tras someterlos a evaluación, que son necesarios, proporcionados y no discriminatorios. Está establecida en el artículo 15 de la Directiva, bajo la rúbrica general “requisitos por evaluar”. Se refieren, por ejemplo, al establecimiento de límites cuantitativos o territoriales, de requisitos concernientes a la forma jurídica del prestador, a la posesión de capital de una sociedad, la prohibición de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional, tarifas obligatorias mínimas o máximas que el prestador debe respetar, etc.

II

Los anteriores enunciados de la Directiva son los que más comentarios, algunos preocupados, otros ilusionados, han generado a los estudiosos del sistema que la Directiva trata de imponer.

1. Suponen, sin ninguna duda, un cambio radical de carácter legislativo y administrativo. Nunca una directiva comunitaria había tenido tanta ambición regulatoria, ni había afectado de modo tan general a las prácticas administrativas enraizadas en los Estados miembros. El alcance general y la gran penetración de la nueva norma se deben a su carácter de directiva “horizontal” o general, en cuanto que lleva a cabo una regulación económica que afecta a múltiples sectores implicados en el mercado. Contrasta, por ello,

con las directivas “sectoriales” o “verticales”, que son el tipo más habitualmente empleado por la Comunidad Europea para la formación paulatina del denominado “mercado interior”. Con la Directiva de Servicios las instituciones comunitarias han dado un gran golpe de timón a las prácticas e instituciones administrativas, enraizadas en la mayor parte de los Estados europeos, como el nuestro, desde hace decenios. Tal es el caso de las autorizaciones administrativas previas para el inicio o desarrollo de cualquier actividad de prestación de servicios. El cambio de paradigma es de enorme envergadura, ya que obliga a las Administraciones Públicas, preparadas sobre todo para el control preventivo de la actividad económica de las empresas y sujetos privados, a orientar la preservación de los intereses públicos mediante un sistema de controles a posteriori. No es que éstos últimos sean desconocidos, hasta ahora, en la práctica ordinaria de las Administraciones Públicas, pero es bien visible en los ordenamientos de los Estados miembros la preferencia por los mecanismos preventivos de control y de contraste entre la adecuación de la actividad privada y los intereses generales.

La primera cuestión que la aplicación de la Directiva plantea es, justamente, si es posible, con un simple chasquido de dedos, consumado por el legislador al trasponerla, llevar a cabo tan formidable transformación de estructuras, prácticas y formas de acción administrativa seculares.

2. Otro elemento importante en la valoración de la Directiva es la restricción que inevitablemente produce en la libertad de opción del legislador respecto de la ordenación de la economía.

Se ha dicho por todos los analistas de la Constitución, sin excepciones, que su modelo económico es abierto, en el sentido de que permite el desarrollo de políticas públicas, que podríamos denominar, para simplificar, más “estatalistas”, o más “liberales”, dependiendo de cuál sea la opción ideológica de los grupos políticos que en cada momento detenten el poder. Esta flexibilidad constitucional pivota sobre dos preceptos centrales. Por un lado la libertad de empresa, proclamada en el artículo 38, y por otro, el reconocimiento de la intervención pública en la economía, con toda la amplitud, en el artículo 128.2. También se ha tenido por cierto hasta ahora, con el apoyo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que el contenido de la libertad de empresa depende, en cada caso, de las determinaciones del legislador. Con ocasión de regular cada sector económico, las normas correspondientes pueden delimitar el ámbito lícito de la libertad de empresa, y constreñirlo también. Estas normas, dependiendo del reparto de competencias, pueden ser estatales, autonómicas, o incluso locales. Pero todas pueden delimitar lícitamente la libertad de empresa, estableciendo condicionamientos, prevenciones, requisitos o restricciones a su ejercicio.

Sobre esta idea de la delimitación libre, y prácticamente incondicionada, de la libertad de empresa por las normas (no necesariamente sólo por las leyes ya que también la jurisprudencia ha admitido la amplia incidencia que las ordenanzas locales pueden tener en el ejercicio de actividades de naturaleza privada), ha venido a incidir de forma rotunda la Directiva de Servicios. He manifestado en algunos estudios sobre las relaciones entre el Derecho comunitario y el interno (últimamente en los volúmenes II y III de mi Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Iustel, Madrid, 2006 y 2009, respectivamente) que algunas normas comunitarias han producido “mutaciones constitucionales”, que dan un nuevo sentido y una interpretación vinculante a determinados preceptos de la norma constitucional, sin necesidad de que ésta sea formalmente reformada. Un fenómeno de este tipo puede contemplarse en alguna medida en la Directiva de Servicios (L. PAREJO ALFONSO, lo ha hecho notar también en el estudio que dedica a la incorporación de la Directiva, en el nº 6 de la Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, del mes de Junio, 2009). Quiérese decir con ello que si el artículo 38 de la Constitución permitía al legislador una libre configuración de la libertad de empresa sometiendo su ejercicio a condicionamientos, restricciones y trabas de toda clase, la Directiva de Servicios reduce ahora tal libertad, en cuanto que los regímenes de autorización preventiva han dejado de ser lícitos con carác-

ter general y sólo admisibles si concurren las circunstancias que la propia norma europea establece. Es muy destacable el fenómeno del que deriva que ni siquiera sería posible, manteniéndonos como miembros de la Comunidad Europea, producir una reforma constitucional que liberara a nuestro Estado de aquellas restricciones a la libre configuración de la libertad de empresa por el legislador. De modo que incluso el poder de reforma constitucional queda afectado por ésta clase de regulaciones comunitarias.

3. Otra característica importante de la Directiva de Servicios es que, pese a su apariencia revolucionaria, no hace otra cosa que incorporar al cuerpo de una norma escrita, principios, consideraciones e interpretaciones de los artículos 43 y 49 del Tratado CE, que ya habían sido hechos en reiteradas ocasiones por el Tribunal de Justicia comunitario. Podría decirse que, de alguna manera, la Directiva de Servicios es un compendio de jurisprudencia sobre el contenido de las libertades económicas, muy especialmente sobre las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios. En este sentido, los principios que con tanto énfasis se recogen para determinar qué regímenes de autorización son incompatibles con el Tratado y cuáles pueden, si cumplen determinadas condiciones, aprobarse, no son sino la aceptación por el legislador de la jurisprudencia, sin intentar mejorarla ni modificarla. Siendo así, podría decirse que las obligaciones y reformas que la Directiva de 2006

impone a los Estados miembros, ya resultaban de lo establecido directamente en el Tratado, e, interpretándolo, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario. De esta manera la Directiva se ha convertido en una especie de ejercicio docente, en el que se hace un recordatorio/manual para uso de los miembros del club europeo.

La jurisprudencia a la que aludo ha surgido, como todas las jurisprudencias, con ocasión de resolver casos o conflictos concretos. En el marco, por tanto, de litigios o pleitos particulares suscitados ante el Tribunal de Justicia al que se le han solicitado también respuestas concretas. Este origen jurisprudencial de la norma hace difícil el establecimiento en ella de soluciones generales. En qué consista, por ejemplo “una razón imperiosa de interés general”, cuándo un procedimiento es verdaderamente “objetivo” o “proporcionado”, depende del análisis de las circunstancias del caso. Difícilmente pueden hacerse enunciados normativos genéricos que resuelvan todos los problemas aplicativos de conceptos vagos como los que acaban de citarse.

Esta circunstancia augura una gran conflictividad en la aplicación de las normas que incorporen la Directiva al ordenamiento interno.

4. Dado el carácter vago e indeterminado, genérico e impreciso de muchos de los conceptos que la Directiva maneja,

y considerando que la finalidad principal de la norma es eliminar barreras en el mercado interior, de modo que los prestadores de servicios no encuentren, en las legislaciones de los Estados miembros, condicionamientos diferentes para el ejercicio de su actividad, es crucial la simplificación legislativa, no sólo la simplificación administrativa (a esta última más que a la primera apunta la Directiva, por las razones que seguidamente expongo).

En efecto, si los conceptos que la Directiva maneja son interpretados de modo diferente por los legisladores de los Estados miembros, resultará que se mantendrá una diversidad residual de condiciones de la prestación de servicios, dependiendo del Estado miembro que se considere. Si las diferencias no son muy visibles y escandalosas, ni siquiera producirán reacciones o conflictos de los que tenga que entender el Tribunal Comunitario. La entidad del problema se multiplicará si la interpretación diversificada de los conceptos de la Directiva ocurre en el interior de un mismo Estado miembro. Para nuestro caso, y en corto, si el legislador estatal, el autonómico, y el poder normativo local, entienden los conceptos y los aplican, dentro de los márgenes de discrecionalidad que caben siempre dentro de un concepto vago, de modo diferente, se restará uniformidad a las políticas legislativas y, prácticamente, se hará imposible el cumplimiento de los objetivos que la Directiva persigue.

La Directiva no ha impuesto que las legislaciones internas de los Estados miembros sean únicas ni tampoco que sean estrictamente uniformes porque, hasta la fecha, las relaciones entre el Derecho comunitario y el interno de los Estados se han establecido sobre la base de respetar el denominado principio de autonomía institucional de éstos, según el cual el Derecho comunitario no puede afectar al reparto interno de poder entre las instituciones del Estado, de modo que los compromisos derivados del Derecho comunitario tienen que cumplirse en el plano interno respetando el reparto de poder establecido en la propia Constitución.

Haremos un breve excursus sobre esta cuestión del reparto interno del poder ya que, a efectos de la incorporación de la Directiva de servicios es, realmente, una cuestión crucial.

III

1. La obligación de adecuar el ordenamiento interno a lo establecido en la Directiva 2006/123/CE, y de no adoptar nuevas disposiciones contrarias a ella, se dirige a la autoridad que tenga competencia para hacerlo, sin que el Derecho comunitario distinga a estos efectos entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Así lo ha establecido el Tribunal de Justicia, lo ha recogido nuestro Tribunal

Constitucional, y se ha plasmado incluso en los Estatutos de Autonomía reformados a partir de 2006. El Tribunal Constitucional ha destacado, en efecto, con toda frecuencia (por ejemplo, en las sentencias 252/1988, 76/1991, 115/1991 y 21/1999) que el orden competencial establecido por la Constitución ni resultó alterado por el ingreso de España en la Comunidad Europea en 1986, ni tampoco se modifica por la promulgación de normas comunitarias. Y, por lo mismo, que el Derecho comunitario no es canon de constitucionalidad (SSTC 132/1989, 65/1990, 28/1991, 64/1991, 111/1993, 13/1998, y 208/1999, entre otras) de suerte que la ejecución de las normas comunitarias en el ordenamiento jurídico español corresponde a quien, materialmente, ostente la competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario (SSTC 236/1991, 79/1992, y 208/1999, entre otras).

Esta doctrina no es sino el reflejo del principio de neutralidad institucional, ya mencionado, que aplica el Derecho Comunitario respecto de los ordenamientos de los Estados miembros, y que, en la Directiva 2006/123, aparece explícito en varios de sus preceptos: por ejemplo, el artículo 6.2 de la Directiva advierte que la creación de ventanillas únicas “no supone una interferencia en el reparto de funciones o competencias entre las autoridades competentes dentro de cada sistema nacional”; y el artículo 10.7 señala que “no cuestiona el reparto de competencias locales o regio-

nales de las autoridades del Estado miembro habilitadas para conceder” las autorizaciones.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia tiene declarado en este sentido, desde el año 1971, que cuando el Derecho comunitario atribuye poderes a los Estados miembros o les impone obligaciones destinadas a la aplicación de aquel Derecho, la determinación del modo en que el ejercicio de tales poderes y la ejecución de tales obligaciones pueden confiarse por los Estados a órganos internos es una cuestión que depende exclusivamente del sistema constitucional de cada Estado [Sentencia de 15 de diciembre de 1971, *International Fruit Company e.a. / Produktschap voor Groenten en fruit* (51 a 54-71, Rec._p._01107)].

2. Esa indiferencia del Derecho Comunitario respecto a qué autoridad interna debe asumir la función de adecuar el ordenamiento interno a una Directiva tiene, no obstante, una importante modulación en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ya que esta última impone que las reglas internas de competencia y procedimiento permitan asegurar una aplicación uniforme de la Directiva, evitando el tratamiento desigual de los sujetos afectados, y que respeten los principios generales del Derecho comunitario como los de proporcionalidad, seguridad jurídica y protección de la confianza legítima. Como estableció el propio Tribunal de Justicia desde su Sentencia de 6 de junio de

1972, Schlüter & Maack / Hauptzollamt Hamburg Jonas (94-71, Rec._p._00307), si bien cuando la ejecución de un reglamento comunitario incumbe a las autoridades nacionales, tiene lugar en principio según las prescripciones de forma y procedimiento del Derecho nacional, esta regla debe conciliarse con las necesidades de una aplicación uniforme del Derecho comunitario para evitar el tratamiento desigual de los sujetos u operadores económicos afectados. Así se ha reiterado en una jurisprudencia constante [por ejemplo, Sentencia de 21 de septiembre de 1983, Deutsche Milchkontor GmbH (205 a 215/82, Rec._p._02633)], que ha añadido también, como requisito general para las formas y procedimientos de incorporación que adopten las autoridades nacionales, que respeten los principios generales del Derecho Comunitario y particularmente, entre ellos, los de proporcionalidad, seguridad jurídica y protección de la confianza legítima [Sentencias de 25 de marzo de 2004, Cooperativa Lattepiù (C-231/00, C-303/00 y C-451/00, Rec._p._I-2869), Azienda Agricola Ettore Ribaldi e.a. (C-480/00, C-481/00, C-482/00, C-484/00, C-489/00, C-490/00, C-491/00, C-497/00, C-498/00 y C-499/00, Rec._p._I-2943), Azienda Agricola Giorgio, Giovanni et Luciano Visentin e.a. (C-495/00, Rec._p._I-2993)], todo ello asegurando siempre la correcta aplicación del Derecho Comunitario incluida, en su caso, la incorporación de directivas. Sobre esto último es muy clara la Sentencia de 14 de enero de 1988, Commission / Bélgica (asuntos 227,

228, 229 et 230/85, Rec._p._00001), al afirmar que cada Estado miembro es libre de repartir como juzgue oportuno las competencias en el plano interno y de incorporar una directiva a través de medidas adoptadas por las autoridades regionales o locales. Este reparto de competencias -añade- no puede sin embargo dispensarle de la obligación de asegurar que las disposiciones de la directiva se traduzcan fielmente al Derecho interno.

En relación concretamente con los Estados miembros de estructura federal, la Sentencia de 12 de junio de 1990, Alemania / Comisión (C-8/88, Rec._p._I-2321) advierte que incumbe a todas las autoridades de los Estados miembros, ya se trate de autoridades del poder central del Estado, de autoridades de un Estado federado o de otras autoridades territoriales, asegurar el respeto a las reglas del Derecho comunitario en el marco de sus competencias. En cambio, no corresponde a la Comisión pronunciarse sobre el reparto de competencias operado por reglas institucionales de cada Estado miembro ni sobre las obligaciones que, en un Estado dotado de estructura federal, pueden incumbir respectivamente a las autoridades federales y a las de los Estados federados. No puede controlar si el conjunto de medidas de vigilancia y de control establecido con arreglo a los procedimientos del ordenamiento jurídico nacional es suficientemente eficaz para permitir una aplicación correcta de las prescripciones comunitarias.

Esta misma doctrina se ha repetido luego en la Sentencia de 4 de marzo de 2004, Alemania c. Comisión (C-344/01; especialmente apartado 60).

Por lo mismo, lo que en ningún caso puede hacer un Estado miembro es escudarse en su estructura federal para justificar el incumplimiento del Derecho comunitario ni, concretamente, la falta de trasposición en plazo de una directiva [entre otras, las sentencias de 2 de febrero de 1982, Comisión/Bélgica (69/81, Rec. p. 163), apartado 5; de 17 de septiembre de 1998, Comisión/Bélgica (C-323/96, Rec. p. I-5063), apartado 42; de 6 de julio de 2000, Comisión/Bélgica (C-236/99, Rec. p. I-5657), apartado 23, y de 11 de octubre de 2001, Comisión/Austria (C-111/00, Rec. p. I-7555), apartado 12].

3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional también se ha modulado en ese sentido pues, si bien es inequívoco que el cumplimiento de las obligaciones europeas pertenece, en el plano interno, al poder que posea la competencia interna (SSTC 28, 76, 100, 115, 208, y 236/1991; 79, 117, y 172/1992; 80, y 141/1993; 14, 29, 165, 191, 213, 313, y 330/1994; 102 y 112/1995; 67 y 147/1996; 21/1999; 96/2002), se acepta la posibilidad, totalmente excepcional en nuestro Derecho, de que el Estado adopte normas de vocación supletoria, esto es, normas cuya eficacia queda subordinada a la inexistencia de una legislación autonó-

mica de aplicación directa. Se trata, como decimos, de un supuesto excepcional ya que la Constitución no permite utilizar la cláusula de supletoriedad de su artículo 149.3 como habilitante de competencias generales sobre cualquier materia (con antecedentes, la doctrina culmina en la Sentencia de 20 de marzo de 1997). Se admite, no obstante, la excepción precisamente cuando se trata de normas con efectos supletorios en relación con materias reguladas por disposiciones comunitarias europeas de modo que pueden tener una misión sustitutiva de las omisiones en que pueden incurrir las Comunidades Autónomas en supuestos de incumplimiento del Derecho Comunitario (SSTC 79/1992, 149/1993, 213/1994).

Estas ideas han pasado recientemente a formar parte del “bloque de la constitucionalidad” al ser incorporadas a los textos de los Estatutos de autonomía reformados en los primeros años del siglo XXI que, por un lado, han convertido en un principio general la afirmación de que la integración comunitaria no afecta a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (artículos 188 del Estatuto catalán aprobado por la Ley Orgánica 6/2006, 93.2 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, 62.3 de la Ley Orgánica 14/2007 de reforma del Estatuto de Castilla y León, 49.4 del Estatuto de Valencia aprobado por LO 1/2006). Pero, además, han

previsto que el Derecho comunitario pueda sustituir al Derecho básico estatal en una materia concreta, y, también, que la ejecución de aquél exija la intervención del Estado en una materia que inicialmente no fuera de su competencia (art. 189 del Estatuto de Cataluña, 109 del Estatuto de las Islas Baleares, y 235 del Estatuto de Andalucía). En definitiva, si bien se recoge en todos los casos el principio según el cual la existencia de una regulación europea no modifica la distribución interna de competencias que establecen la Constitución y el Estatuto, y que es competencia de la Comunidad Autónoma el desarrollo y la ejecución del derecho comunitario de acuerdo con sus competencias, se admite, sin embargo, la posibilidad de que en ciertos supuestos resulte ineludible realizar la transposición del Derecho europeo en las materias de su competencia exclusiva por normas estatales, por el hecho de que la norma europea tenga un alcance superior al de la Comunidad Autónoma; y, para tales casos, los Estatutos establecen mecanismos de participación de las autoridades autonómicas previendo, incluso, que el Estado adopte una ley para establecer esos mecanismos de “coordinación”.

IV

Atendiendo a los principios y a la jurisprudencia que acaban de recordarse, la cuestión de qué legislador es competente en el plano interno para trasponer a nuestro ordenamiento la Directiva

de Servicios, tiene que resolverse atendiendo al reparto de competencias establecido en la Constitución sobre las materias a que la Directiva se refiere. El problema es de extrema complejidad, como bien se comprende, porque al tratarse de una Directiva “horizontal”, corta transversalmente múltiples sectores económicos y, con ellos, diversas ramas del ordenamiento jurídico y materias que, unas veces, son competencia del Estado y, otras, de las Comunidades Autónomas y, en la mayoría de los casos, compartidas por diversos legisladores y, también, participadas por el poder normativo de las entidades locales en lo que concierne a las actividades y servicios de su interés.

Los títulos competenciales más genéricos que pueden aplicarse para que el legislador estatal asuma la producción de normas para la incorporación de la Directiva son los siguientes: artículo 149.1.1º CE, que permite al Estado establecer las normas que fijen las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos. Esta regla, interpretada también conforme establece el artículo 139 (donde están los enunciados sobre la libertad de circulación de personas y bienes en todo el territorio del Estado) permitiría, como bien ha observado Quadra-Salcedo Janini, la aplicación de condiciones básicas para el ejercicio de la libertad de empresa en todo el territorio del Estado. Por tanto, al hacerlo, concretaría una norma estatal las restricciones que lícitamente podrían establecerse al configurar esa libertad en relación con cada uno de los sectores económicos en que las empresas privadas se desenvuelven. En segundo lugar, el artículo 149.1.13, que confía al Estado

la competencia sobre las bases y la coordinación de la actividad económica, conceptos éstos que, tal y como los ha entendido el Tribunal Constitucional, permiten al Estado adoptar todas las medidas concernientes al aseguramiento de la unidad económica y el mercado único que abarque todo el territorio de su jurisdicción. Y, de modo negativo, la eliminación de cualquier obstáculo que se oponga a la unidad económica o impida el ejercicio de las libertades de circulación, establecimiento y libre prestación de servicios. Los postulados de esta jurisprudencia constitucional no pueden separarse mucho de los que ha establecido el Tribunal de Justicia Comunitario al analizar las exigencias de las aludidas libertades económicas. Y en tercer lugar, el artículo 149.1.18, que atribuye al Estado la competencia sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común, competencia fuertemente implicada para hacer factibles algunos de los objetivos de simplificación administrativa que la Directiva de Servicios impone.

Por otro lado, las competencias de las Comunidades Autónomas sobre materias que aparecen implicadas en la regulación de la Directiva, son también bastante evidentes. Quizá la materia más reiteradamente relacionada es la que, en los Estatutos de autonomía, se ha venido a denominar “comercio interior”, sobre el que repetidamente se atribuye en los textos correspondientes competencia exclusiva a las Comunidades Autónomas.

Competencia que ha sido expresamente reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 225/1993, de 8 de julio; 227/1993, de 9 de julio; 264/1993, de 22 de julio; y 284/1993, de 30 de septiembre) al declarar que una Ley autonómica que somete a licencia municipal la apertura de un establecimiento comercial «no supera los límites de la competencia autonómica sobre comercio interior y es una medida tradicional en nuestro ordenamiento jurídico» (STC 227/1993, F. 5); y que los preceptos de la legislación autonómica que imponen directrices al planificador del llamado «urbanismo comercial» «caen en el seno de la competencia autonómica sobre ordenación del territorio y urbanismo» (STC 227/1993, F. 6). Aunque no descartó el Tribunal la posibilidad de que una normativa estatal básica pudiera establecer límites al legislador autonómico (misma Sentencia, F. 4).

Las Comunidades Autónomas cuentan, por tanto, con competencia exclusiva, tanto legislativa como ejecutiva, sobre la materia y, en consecuencia, recae sobre ellas el deber de adaptar sus ordenamientos a las nuevas disposiciones de la Directiva 2006/123/CE. De hecho, la correcta adaptación del ordenamiento interno a esta última pasa, necesariamente, por comprobar el contenido de las numerosas normas autonómicas adoptadas en materia de comercio interior en la medida en que regulan los requisitos exigidos para la concesión de licencias para determinados establecimientos, incluyendo a veces criterios cuyo mantenimiento exige la verificación de su conformidad con la Directiva (por ejemplo, los límites fijados en función de la población o de una distancia mínima

entre prestadores, a que alude el artículo 15.2.a de la Directiva) y, en ocasiones, requisitos expresamente descartados por ésta como el condicionamiento de las autorizaciones o licencias dependiendo de la existencia de una necesidad económica o una demanda en el mercado (artículo 14.5 de la Directiva).

Cuando se aprobó la Directiva, existían al menos las siguientes normas autonómicas sobre comercio interior, cuya revisión para adaptarlas a aquélla era imprescindible: la Ley 1/1996, de 10 de enero, del Comercio Interior de Andalucía (con las modificaciones introducidas por las Leyes 15/2001, 6/2002, 18/2003, 3/2004, 13/2005 y 1/2006) y el Decreto 208/2007, de 17 de julio, por el que se aprueba el plan Andaluz de Orientación Comercial 2007-2010 y se regulan los criterios de evaluación para el otorgamiento de licencia comercial de grandes establecimientos comerciales; la Ley 9/1989, de 5 de octubre, de Ordenación de la Actividad Comercial en Aragón (modificada por las Leyes 4 y 13/1999, 26/2001, y 4/2006), y Decreto 172/2005, de 6 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de los Equipamientos Comerciales en Gran Superficie de la Comunidad Autónoma de Aragón; Ley del Principado de Asturias 10/2002, de 10 de noviembre, de Comercio Interior, y Decreto 137/2005, de 15 de diciembre, por el que se aprueban definitivamente las Directrices Sectoriales de Equipamiento Comercial; Ley 11/2001, de 15 de junio, de Ordenación de la Actividad Comercial en las Islas Baleares (modificada por las Leyes 10/2003, 8/2004, 8/2005, y 25/2006); Ley 4/1994, de 25 de abril, de Ordenación de

la Actividad Comercial de Canarias, y Ley 10/2003, de 3 de abril, reguladora de la licencia comercial específica, así como Decreto 232/2005, de 27 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de concesión de la licencia comercial específica y se establecen los Criterios Generales de Equipamiento Comercial de Canarias; Ley 1/2002, de 26 de febrero, del Comercio de Cantabria (modificada por Ley 7/2004, de 27 de diciembre), Ley 8/2006, de 27 de junio, de estructuras comerciales de Cantabria, y Decreto 60/2004, de 17 de junio de 2004, de desarrollo de la Ley 1/2002, citada; Ley 7/1998, de 15 de octubre, de Comercio Minorista de Castilla-La Mancha (modificada por Leyes 13/2000 y 1/2004); Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León (modificada por Leyes 13/2003 y 9/2004), y Decreto 104/2005, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Plan Regional de Ámbito Sectorial de Equipamiento Comercial de Castilla y León; Decreto Legislativo 1/1993, de 9 de marzo, que aprobó en Cataluña el Texto refundido sobre comercio interior (modificado por Leyes 21/2001 y 31/2002), Ley 18/2005, de equipamientos comerciales de Cataluña, y Decreto 378/2006 que la desarrolla, así como Decreto 379/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales; en Extremadura, la Ley 3/2002, de 9 de mayo, de Comercio de la Comunidad Autónoma de Extremadura (modificada por la Ley 9/2004, de 27 de diciembre), y Ley 7/2006, de 9 de noviembre, por la que se extiende el régimen de la licencia comercial específica a la implantación de establecimientos comerciales de descuento duro, así como Decreto 202/2003, de 16 de

diciembre, por el que se establece el procedimiento para la solicitud de licencia comercial específica; Ley 10/1988, de 20 de julio, de Ordenación del Comercio Interior de Galicia (modificada por Ley 9/2003, de 23 de diciembre); Ley 3/2005, de 14 de marzo, de Ordenación de la Actividad Comercial y las Actividades FERIALES en la Comunidad Autónoma de la Rioja; Ley 16/1999, de 29 de abril, de Comercio Interior de la Comunidad de Madrid (modificada por Leyes 18/2000, 14/2001, y 4/2006, de 22 de diciembre), y el Decreto 130/2002 que la desarrolla; Ley 11/2006, de 22 de diciembre, sobre régimen del comercio minorista y Plan de equipamientos comerciales de la Región de Murcia; Ley Foral 17/2001, de 12 de julio Reguladora del Comercio en Navarra (modificada por Ley Foral 25/2003) y Decreto Foral 150/2004, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Modelo Territorial de grandes establecimientos comerciales de Navarra; Ley 7/1994, de 27 de mayo, de la actividad comercial del País Vasco (modificada por Ley 7/2000); Ley valenciana 8/1986, de 29 de diciembre, de Ordenación del Comercio y Superficies Comerciales (modificada por Leyes 11/2000, 11/2002, y 12/2004).

Añadir a todo lo dicho ejemplos de normas de las Administraciones Locales que deben ser adaptadas a la Directiva de Servicios, es mucho más complejo dada la enorme diversidad de las ordenanzas de policía y buen gobierno, las concernientes al ejercicio de actividades comerciales, las de industria y servicios, con denominaciones variadísimas, existentes en el heterogéneo ordenamiento local.

V

No constituye un pronóstico arriesgado afirmar que la transposición de la Directiva de Servicios será un proceso muy lento, complejo y sembrado de conflictos, que tendrán que despejarse poco a poco ante los Tribunales internos y Comunitario europeo.

El camino que han empezado a recorrer los legisladores españoles para cumplir con la aludida obligación de transposición, no parece conducido con la claridad y la buena técnica legislativa necesarias.

El Gobierno ha aprobado dos proyectos de ley, llamados respectivamente “sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio” y sobre “modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio” (publicadas respectivamente en el BOCG de 3 de abril y 19 de junio de 2009) para cuya identificación más rápida se han aceptado los ridículos moteos respectivos de la Ley “paraguas” y la Ley “ómnibus”. El proyecto llamado “paraguas” es un remedo de transposición de la Directiva porque se limita prácticamente a reproducir su contenido, sin añadidos significativos que puedan remarcar. El asunto es preocupante porque dicha regulación general, que es la misma de la Directiva, es totalmente inadecuada para reproducir el efecto de eliminación de barreras que la disposición europea exige.

Un análisis de esa pareja normativa, arroja el evidente resultado de que los únicos elementos normativos reales y eficaces que el Estado aporta para trasponer la Directiva, consisten en la modificación de las diversas normas sectoriales ya existentes en nuestro ordenamiento, que quedan dentro del ámbito de su competencia, o también algunas normas generales como las concernientes al régimen jurídico de las Administraciones Públicas o los colegios profesionales.

Ningún efecto de establecimiento de mínimos denominadores normativos resulta de esta práctica, ya que las Comunidades Autónomas, por su parte, tendrán que hacer las modificaciones correspondientes para acomodar su propia legislación. De hecho algunas Comunidades Autónomas se han anticipado al legislador estatal estableciendo bien normas generales, bien sectoriales de trasposición de la Directiva. Por ejemplo, la Consejería de Innovación e Industria de Galicia dictó en abril de 2008 dos órdenes de adaptación de determinadas actividades y servicios a la Directiva. El Decreto catalán 106/2008, de 6 de mayo, adopta medidas para la eliminación de trámites y la simplificación de procedimientos para facilitar la actividad económica, que están en línea con la ejecución de la Directiva. El Gobierno de Aragón dictó el Decreto Ley 1/2008, de 30 de octubre y el Decreto 247/2008, que también operan adaptaciones a los procedimientos administrativos. El Decreto Ley 1/2009, de 24 de febrero de Andalucía, también se ajusta a propósitos semejantes.

Es completamente obvio y evidente el problema que ya están empezando a plantear las disposiciones, en proyecto o dictadas, elaboradas para la trasposición de la Directiva de Servicios por el Estado, las Comunidades Autónomas y, en su caso, las entidades locales: su falta de uniformidad conceptual, la diferente interpretación que potencial o realmente sostienen en relación con conceptos empleados por la norma comunitaria europea y que son completamente decisivos para conseguir sus objetivos de eliminación de los obstáculos existentes a la libre prestación de servicios. En efecto, la diferente evaluación de la concurrencia de razones imperiosas de interés general, la diversa evaluación de la proporcionalidad, la distinta apreciación de los límites de claridad y objetividad a que deben subordinarse los regímenes de autorización que subsistan, etc.

De todo ello resultará una mala e incorrecta aplicación en España de la Directiva y la frustración de sus objetivos. También significa el indicado resultado perverso que, pese a la diversidad autonómica de nuestro Estado y al reparto territorial del poder legislativo y normativo general, los poderes públicos deben utilizar sus potestades legislativas del modo más adecuado al efecto útil y a la consecución de los objetivos que la Directiva de Servicios ha propuesto.

Existen diferentes vías para conseguir tal resultado, ninguna de las cuales verdaderamente ensayada en los proyectos en curso. Por ejemplo: la promulgación por el Estado de normas imperati-

vas que no se limiten a establecer formulaciones de principio, que ya están en la propia Directiva, sino reglas específicas aplicables a los diferentes sectores y a la posible subsistencia o no en cada uno de ellos (un ejemplo muy debatido: establecimientos comerciales) de regímenes de autorización; una norma de tal carácter sí conseguiría la eliminación uniforme de las barreras existentes, que es lo que la Directiva pretende. Otra fórmula puede ser el dictado por el legislador de normas modelo, o también disposiciones con vocación supletoria, que puedan, en este último caso, suplir la inexistencia de legislación autonómica y, en el primero, establecer criterios regulatorios que puedan utilizar luego repetidamente los diferentes legisladores autonómicos. También, por último, siguiendo una escala decreciente en la imposición imperativa de regulaciones uniformes, la celebración de convenios regulatorios por el Estado y las Comunidades Autónomas en los que se fijen, para cada sector económico, reglas claras, objetivas y únicas sobre la pervivencia o no de intervenciones administrativas previas al inicio de la actividad de prestación de servicios.

Imponer esas mismas soluciones, por vía legislativa, a las entidades locales, plantea muy pocos problemas constitucionales.

Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid: análisis del Proyecto de Ley Ómnibus

Proyecto de Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio

1. Introducción: No se cumple la Directiva de Servicios sólo a golpe de Boletín Oficial

Para quienes llevamos años defendiendo la necesidad de reformas administrativas favorecedoras de la actividad empresarial, los objetivos, principios y técnicas de la Directiva de Servicios no representan amenazas ni riesgos, precisamente, sino más bien la oportunidad de transformar la Administración Pública en un sentido propicio para la generación de riqueza y

* Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca (acreditado Catedrático). Autor de diez libros y cincuenta artículos en revistas especializadas de Derecho público, con un manual de "Derecho administrativo económico" (quinta edición, Marcial Pons, 2009). Coordinador del número monográfico de la Revista de Estudios Locales sobre la transposición de la Directiva de Servicios en los municipios. Premio del CES 2009 dirigiendo un equipo sobre el "Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León".

puestos de trabajo, sirviendo así también los intereses generales en un momento de crisis económica.¹

Cambiar la cultura administrativa, haciendo que burócratas acostumbrados a exigir los papeles (muy a menudo, en exceso) a todo aquél que quiere emprender alguna actividad se conviertan en controladores sobre la marcha del respeto real de la Ley, no será sin embargo nada fácil. Quien piense que la Directiva se cumple sencillamente a golpe de Boletín Oficial está muy equivocado, porque sin reformas organizativas y procedimentales no se realizarán sus exigencias.²

Se ha dicho de todo sobre la Directiva de Servicios, y la polémica continuará, porque efectivamente toca trasponerla en un momento complicado. De ahí que haya sido tildada de “inoportuna” (Parejo Alfonso)³. Pero quien a mi juicio ha expresado mejor el impacto que está llamada a tener esta norma sobre el régimen de la intervención administrativa económica, rompien-

1 *Vid.* RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Derecho administrativo económico*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

2 El conocimiento de la abundante bibliografía sobre la Directiva de Servicios publicada en Alemania, Francia, Italia o el Reino Unido nos pone de manifiesto la multitud de cambios en las prácticas administrativas precisos para realizar los objetivos de la norma europea. Las trabas administrativas no son sólo barreras de papel; también son consecuencia de la falta de puesta al día de algunas Administraciones Públicas a las exigencias del siglo XXI.

3 *Vid.* PAREJO ALFONSO “La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Junio 2009, pág. 35.

do paradigmas y obligando a revisar hábitos demasiado arraigados, ha sido Tomás Ramón Fernández.⁴

Necesitamos una Administración verdaderamente distinta a la que hemos construido durante siglos, porque la actual sigue estando excesivamente lastrada por su total dependencia de los documentos en soporte papel, basando muchas de sus decisiones en la mera disposición de los impresos exigidos (por ejemplo, para crear una empresa, para contratar un trabajador, o para pedir una licencia), y no tanto en lo que realmente sucede a pie de calle.⁵

¿Podremos cambiar estas rutinas administrativas aprovechando la transposición de la Directiva de Servicios? Me temo que no en menos de una década, porque en España seguimos pensando que el Boletín Oficial es la clave de la transformación de la realidad. Confundimos el deber ser con el ser, y creemos que (por ejemplo) sustituyendo una autorización administrativa por una comunicación previa facilitamos las cosas a los empresarios, cuando puede que el resultado sea el contrario.⁶

4 Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, "Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo", *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 22, 2007.

5 Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *El expediente administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

6 Como ha apuntado acertadamente José Carlos LAGUNA DE PAZ, la autorización al menos ofrece seguridad jurídica. En España corremos el riesgo de que buena parte del paquete de reformas de la llamada Ley Ómnibus sitúe a los empresarios en la misma posición en la que se encuentran cuando realizan sus actividades por mor de un silencio administrativo positivo, que es la pura incertidumbre. Vid. LAGUNA DE PAZ, José Carlos, "El estruendo del parto de los montes", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Junio 2009.

2. Tres inconvenientes de la estrategia española de transposición de la Directiva de Servicios y la Ley Ómnibus

La estrategia de transposición de la Directiva de Servicios en España presenta desde mi punto de vista varios puntos criticables, que resumo en tres: primero, el agotamiento de los plazos en el nivel del Estado, siendo las comunidades autónomas y los municipios los principales afectados en sus competencias; segundo, el enfoque sectorial, obviando las repercusiones administrativas generales; y tercero, las inclusiones y exclusiones de la reforma, sin respetar plenamente lo establecido en la Directiva.⁷

A estas alturas, ya podemos afirmar que el método elegido por el Gobierno español para llevar a cabo la transposición de la Directiva de Servicios difícilmente va a permitir el cumplimiento pleno de sus exigencias dentro de los límites temporales marcados por la norma. Cumplir el plazo del 28 de diciembre de 2009 no será ni mucho menos fácil, especialmente para las comunidades autónomas y los entes locales, sobre todo si tenemos en cuenta que no se trata sólo de cambiar leyes.⁸

⁷ Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Reformas administrativas para 2010: La difícil transposición de la Directiva de Servicios en España", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Junio 2009.

⁸ Sobre las repercusiones de la Directiva de Servicios en el nivel municipal, puede consultarse el número monográfico de 2009 de la *Revista de Estudios Locales*, dedicado al tema.

Plantear las reformas legislativas en el nivel del Estado en dos fases, comenzando por la elaboración y aprobación de una Ley “horizontal” o “paraguas”, cuya necesidad es discutible (lo que ha sido apuntado incluso por el Consejo de Estado), presenta estos inconvenientes. Consumir casi la mitad del plazo para transcribir párrafos de la Directiva deja poco tiempo para tramitar (vacaciones de verano incluidas) la reforma de 7.000 normas y procedimientos administrativos.⁹

El escenario temporal para la tramitación y aprobación del Proyecto de Ley Ómnibus (Proyecto de Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio) entra dentro de los plazos, una vez el Consejo de Ministros acuerda remitirlo al Congreso el 12 de junio de 2009. Pero si pensamos que tras la Ley Ómnibus del Estado han de tramitarse las correspondientes autonómicas, nos encontramos ya en los límites del tiempo establecido.

Con la presentación de este Proyecto de Ley, además, el Gobierno ha renunciado a emprender otras reformas legales alternativas. Muy en concreto, una modificación más amplia de la Ley de Procedimiento Administrativo (Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) que, como expli-

⁹ Esta es la cifra de impacto normativo y procedimental que expone la página web del Ministerio de Economía y Hacienda, que ha liderado el proceso.

caré, podría haber rebajado la necesidad de un texto tan farragoso y discutible como el Proyecto de Ley Ómnibus.

Optar por un enfoque administrativo general en lugar del sectorial del Proyecto de Ley Ómnibus hubiera presentado la ventaja de adelantar buena parte del trabajo que tiene que ser realizado en el nivel autonómico y local, partiendo de una consideración de estos cambios como *reformas administrativas para la mejora de la economía*. Y, a mi juicio, también hubiera producido resultados más prácticos y útiles que la transcripción de la Directiva en la Ley “paraguas” u “horizontal”.

La aproximación sectorial, reformando cada Ley singularmente, plantea por otra parte los riesgos, en la Ley Ómnibus del Estado y en la de cada Comunidad Autónoma, de olvidar la inclusión de actividades incluidas en la Directiva, excluirlas deliberadamente para eludir sus consecuencias, o darles un tratamiento distinto. Esto, que cabalmente está sucediendo en el sector comercial, generará innumerables polémicas en torno a numerosas actividades cuya inclusión o exclusión se discutirá.

Estos tres inconvenientes se proyectan sobre el Proyecto de Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, tanto formalmente como en sus contenidos. No son errores irreparables, porque todavía comentamos una iniciativa legislativa, pero pueden determinar la pérdida de la posibilidad de aprove-

char las oportunidades que abre la Directiva de Servicios en un plazo más próximo.

3. Valoración formal de la Ley Ómnibus: Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid, se resucitan las repudiadas leyes de acompañamiento

Cualquier publicista que se acerque al Proyecto de Ley Ómnibus evoca inmediatamente la denostada herramienta conocida como “leyes de acompañamiento”, hoy casi olvidada en el nivel estatal porque el actual Gobierno, en el afán de distinguirse de sus predecesores, tomó la decisión de renunciar a su empleo la pasada legislatura. Una decisión aplaudida por la doctrina científica, por los problemas de técnica normativa que planteaban y los excesos que favorecieron estas leyes.¹⁰

Sin embargo, las leyes de acompañamiento, aceptando las indiscutibles objeciones de técnica normativa, presentaban una notable ventaja: permitían llevar a cabo, al terminar el año y en paralelo a la fijación de las previsiones económicas, toda una

¹⁰ En los años noventa se produce una polémica en torno a la utilización de las leyes de presupuestos, primero, y luego las leyes de acompañamiento, para llevar a cabo operaciones de reforma estructural, proyectadas tanto sobre la organización de las Administraciones Públicas como sobre sectores concretos de la economía. Esta técnica dio lugar a varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional, restrictivos de la figura, y numerosas opiniones doctrinales, que expone Luis CAZORLA PRIETO en su libro, *Las llamadas leyes de acompañamiento presupuestario. Sus problemas de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

serie de reformas estructurales que se juzgaban necesarias para poner la Administración y la ordenación de sectores a la altura de las nuevas circunstancias del momento. Muchos cambios normativos relevantes e importantes decisiones se adoptaron por esta vía.¹¹

El Proyecto de Ley Ómnibus coincide en esto claramente con aquellas herramientas hoy abandonadas, no sólo porque es una suerte de “coche escoba” en el que se suben reformas de múltiples leyes, sino también porque se tramitará en la segunda mitad del año, probablemente coincidiendo con las primeras discusiones presupuestarias, y en un escenario en el que cada vez resultarán más demandadas y urgentes las reformas estructurales de la economía, por la situación de crisis económica.¹²

Cualquier parecido entre el Proyecto de Ley Ómnibus y las llamadas leyes de acompañamiento no es pura coincidencia, además, porque esta iniciativa mezcla como veremos en el apartado siguiente contenidos exigidos por la Directiva de Servicios con otros en modo alguno previstos en la norma europea, incluyendo entre sus reformas materias expresamente excluidas en el

11 *Vid.* RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Derecho administrativo económico*, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 57-58.

12 No está de más recordar las intervenciones en este sentido en el último Debate sobre el Estado de la Nación.

diseño del ámbito de aplicación, precisamente uno de los puntos más controvertidos de la propuesta Bolkestein.¹³

Estas circunstancias pueden sostener la conclusión de que el Gobierno de España, aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid, ha decidido mezclar (en lo que llama un “enfoque ambicioso”) las reformas exigidas por la transposición de la Directiva de Servicios con otras en modo alguno planteadas. Y esta opción, que estratégicamente pudiera ser correcta, plantea objeciones de orden formal que han sido resaltadas por el Dictamen del Consejo de Estado.

De cualquier modo, hay que señalar inmediatamente que la forma de transposición por la que ha optado el Gobierno de España no es la más discutible de todas las que tiene a su alcance, porque también podría haber recurrido a la figura del Decreto-Ley, con un dilatado historial como herramienta para llevar a cabo reformas estructurales económicas, lo que hubiera hurtado posibilidades de participación, informe y transparencia en el proceso de preparación de la iniciativa.

¹³ Sobre el proceso de discusión y aprobación de la Directiva de Servicios, *Vid.* RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Antecedentes, principios generales y repercusiones administrativas de la Directiva de Servicios: problemas de su transposición en España”, en el número monográfico de la *Revista de Estudios Locales*, 2009.

Probablemente el Gobierno ha optado formalmente por una vía pragmática, apremiado también por el escaso margen temporal para la transposición. Por otro lado, la atribución del liderazgo al Ministerio de Economía y Hacienda seguramente ha condicionado esta aproximación sectorial (en la que por cierto, el Ministerio de Industria tendría mucho que decir). Y si a ese factor le sumamos la supresión del Ministerio para las Administraciones Públicas, la explicación está servida.

¿Qué vía formal hubiera sido preferible, en mi opinión, para llevar a cabo la transposición? Como ya he sostenido antes, creo que lo ideal hubiera sido proyectar muchas de las reformas requeridas, con un enfoque general, en la Ley de Procedimiento Administrativo. Seguramente el (extinto) Ministerio para las Administraciones Públicas manejó en su día borradores de reforma de la 30/92, incorporando al menos un título nuevo sobre autorizaciones administrativas.

Esta técnica hubiera ahorrado muchas páginas a la Ómnibus, desde mi punto de vista, así como evitado el feo resultado, en términos de técnica normativa, de añadir “bises” al articulado de leyes con categoría de Códigos de nuestro Derecho administrativo. Seguir sumando artículos “bis” a la Ley de Procedimiento o la Ley de Bases de Régimen Local no ayuda ni en la forma ni en el fondo a la construcción de fuentes sólidas y manejables para los operadores jurídicos.

La reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo, a mi juicio, hubiera podido cubrir buena parte de las previsiones de la llamada Ómnibus, pero también quizás hubiera evitado la activación de una iniciativa tan extensa como el Proyecto de Ley horizontal o paraguas, pues muchas de las previsiones de ese texto (cooperación interadministrativa, simplificación procedimental, administración electrónica, etc.) encuentran su espacio natural en el principal Código de nuestro Derecho administrativo.

Desde mi punto de vista, esta aproximación también podría contribuir a prevenir los considerables riesgos de controversia competencial que el Proyecto de Ley Ómnibus (y, en general, la transposición de la Directiva de Servicios) suscita. Porque al basar la competencia estatal sobre todo en el artículo 149.1.13, y menos en el 149.1.18, se abre la puerta a la discusión sobre los límites de las intervenciones del Estado sobre competencias autonómicas.

Lo complejo en esta vertiente de la técnica normativa empleada se pone de manifiesto en la Disposición final primera del Proyecto de Ley, sobre el título competencial, que ocupa prácticamente dos páginas de Boletín del Congreso citando los apartados del artículo 149 CE que permiten al Estado dictar esta norma, en sus distintos artículos. Sin necesidad de Ley de Armonización (sugerida por el Consejo de Estado), la reforma de la Ley de Procedimiento hubiera resuelto en parte estos problemas.

4. Valoración de contenidos de la Ley Ómnibus:

Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid, se producen al tiempo varias reformas estructurales

Ahora bien, lo más importante del Proyecto de Ley Ómnibus está en lo que hace, y no tanto en el cómo lo hace – aunque ésta sea una obsesión para los juristas, siempre preocupados por el procedimiento, porque a menudo condiciona el resultado - . Para los operadores económicos, sin embargo, resultan mucho más relevantes las consecuencias concretas de las modificaciones legislativas, así como su adecuación o no a lo exigido por la Directiva, por las posibles consecuencias de invalidez o validez de los actos.

Este punto de la compatibilidad con la Directiva de las previsiones del Proyecto de Ley Ómnibus resulta crucial, condicionando la valoración de contenidos. Así como de la Ley horizontal puede decirse que reproduce en buena medida la Directiva de Servicios, la Ley Ómnibus representa la verdadera adaptación, luego el juicio de cumplimiento o incumplimiento de la Comisión Europea y el resto de Estados miembros dependerá en buena medida de sus previsiones.

En este trabajo, me pronunciaré sobre los reflejados en el texto aprobado por el Consejo de Ministros el viernes 12 de junio de 2009, y publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados el 19 de junio de 2009. Mi análisis tiene lugar cuatro

días más tarde, luego no puede incorporar las enmiendas o modificaciones que experimente el proyecto a lo largo de su tramitación parlamentaria, que sin duda dará lugar a múltiples debates y correcciones de la iniciativa.

Los contenidos se resumen en la reforma de 47 leyes, la supresión plena de 16 regímenes autorizatorios, la sustitución de 32 autorizaciones por comunicaciones previas y declaraciones responsables, la eliminación de 111 requisitos, el cambio de 11 por otros menos restrictivos y la declaración de validez en todo el territorio nacional de 22 autorizaciones o habilitaciones para el ejercicio de actividades. A estas medidas se suman varias disposiciones adicionales, transitorias y finales de diversa naturaleza.

En concreto, se plantea la reforma de las leyes de bases de régimen local, de procedimiento administrativo, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, de defensa de usuarios y consumidores, de colegios profesionales, de sociedades profesionales, de prevención de riesgos laborales, de inspección de trabajo y seguridad social, de metrología, de patentes, de seguridad privada, de ordenación de la edificación, de subcontratación en el sector de la construcción, de minas, del sector eléctrico, del sector de hidrocarburos, de navegación aérea, de ordenación de los transportes terrestres, de tráfico, del sector ferroviario, de puertos, del servicio postal universal, de telecomunicaciones, de pesca fluvial, de caza, de costas, de vías pecuarias, de residuos, de aguas, de montes, de parques nacionales, del patrimonio natu-

ral, de pesca marítima, de sanidad animal, de recursos filogenéticos, de la viña y el vino, general de sanidad, de propiedad intelectual, de ordenación del mercado de tabaco, de las profesiones sanitarias, del medicamento, de acceso a las profesiones de abogado y procurador..., en fin, una lista agotadora de cambios legislativos.

Vamos a analizar, siguiendo el orden de títulos del Proyecto de Ley, cada una de las reformas incorporadas a su texto, para comprobar si respetan las exigencias de la Directiva y si (también en el caso de las no requeridas por la misma) producen como consecuencia que “el entorno regulatorio..., más eficiente, transparente, simplificado y predecible para los agentes económicos, supondrá un significativo impulso de la actividad económica”, tal y como pronostica la Exposición de motivos del texto.

Las primeras reformas se encuentran en el Título primero, dedicado a las “medidas horizontales”, cuyo nombre y naturaleza inmediatamente nos indica que su lugar idóneo tal vez pudiera ser la llamada “Ley horizontal”. Incluyen en su capítulo I la reforma de la Ley de Bases de Régimen Local, la Ley de Procedimiento Administrativo, la Ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos; en su capítulo II, la modificación de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios; en el III la reforma de la Ley de Colegios profesionales; y en el capítulo IV, actuaciones relativas a las empresas en el ámbito laboral y de seguridad social.

En la Ley de Bases de Régimen Local, la modificación, que contempla la posibilidad de obtener información y realizar trámites a través de ventanilla única electrónica, se traduce en un añadido al artículo 70bis, dentro del Título dedicado a información y participación ciudadanas, lo que no deja de ser llamativo porque el sentido de ese conjunto de previsiones no es predominantemente económico, aunque se conecte a la utilización de las nuevas tecnologías.

Otra modificación de la Ley de Bases de Régimen Local se proyecta sobre su artículo 84, el precepto que relaciona las formas de intervención de los municipios en la actividad económica. A las anteriormente previstas (tradicionalmente, las licencias), se les añaden ahora expresamente las comunicaciones previas y el sometimiento a control posterior, todo ello con respeto a lo establecido en la Directiva de Servicios. Además, se explicitan los principios de necesidad y proporcionalidad de tales intervenciones.

Los cambios en la Ley de Procedimiento Administrativo son también varios. Básicamente, se establecen una serie de principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad (nuevo 39bis); se da una nueva redacción al régimen del silencio en procedimientos iniciados a solicitud del interesado (artículo 43); y se regulan la declaración responsable y la comunicación previa (nuevo 71bis).

El nuevo artículo 39bis de la Ley 30/92 deja claro sólo con fijarse en su numeral y añadido que no encaja fácilmente en la sistemática del Código administrativo (si acaso mereciera tal calificativo nuestra Ley de Procedimiento Común) por excelencia. La formulación de unos “Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad” (sin distinguir entre las cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva y el resto) o bien son redundantes o innecesarios, encontrando además su lugar natural, como antes he dicho, en la Ley “horizontal” de transposición.

La nueva redacción del artículo 43, sobre el silencio administrativo, que añade el “por razones imperiosas de interés general”, pareciera restringir aún más de lo que ya hizo la reforma operada por la Ley 4/99 el silencio negativo. Pero todos los especialistas y buenos conocedores de esta materia saben perfectamente que el juego entre la regla general y las excepciones fue defraudado en muchos ordenamientos autonómicos a resultas de la aprobación de leyes dedicadas ex profeso a la relación de supuestos de efectos desestimatorios de la falta de contestación.

Poca voluntad de cambio de tal estado de cosas demuestra la iniciativa comentada cuando nos detenemos sorprendidos en su Disposición adicional cuarta, dedicada a la “Aplicación de los requisitos previstos para el silencio administrativo desestimatorio regulado en las normas preexistentes” (aquellas que vulneraron el juego normal de regla y excepción). Sobre las mismas, dice

esta adicional de la Ómnibus que se presumirá la concurrencia de razones imperiosas de interés general, como si la novedad no fuera tal, y no se hubiera elevado el nivel de exigencia en cuanto a la justificación del silencio negativo, como si la expresión “razones imperiosas” no obligara a una segunda reflexión legislativa, para modificar el sentido del silencio en un gran número de procedimientos en los que se mantuvo ya después de 1999 sólo para no tener que cambiarlo.

Por último, el nuevo artículo 71bis trae a la Ley de Procedimiento Administrativo las definiciones de “declaración responsable” y “comunicación previa”, lo que resulta un acierto a la vista de las normas autonómicas (Aragón, Castilla y León...) que ya se han dictado recogiendo otras, aunque en similares términos. El carácter básico de la Ley 30/92 y la defensa del Procedimiento Administrativo común requieren sin duda este añadido.

Para cerrar este capítulo I del Título primero, se reforma la Ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos dándole una nueva redacción al apartado 3 de su artículo 6, reconociendo los derechos a realizar trámites y obtener información a través de la ventanilla única electrónica.

Estas reformas administrativas merecerían a mi juicio replanteamientos más amplios de la Ley de Procedimiento Administrativo. No es un secreto que en el ya extinto Ministerio

para las Administraciones Públicas se barajó la posibilidad de reformar la Ley 30/92, con un alcance mucho mayor al previsto en el texto que ahora analizamos. Hubiera sido una buena ocasión para replantear globalmente el silencio administrativo, recoger un régimen general de las autorizaciones y un tratamiento sistemático y coordinado de las intervenciones previas y posteriores, sintonizando con estas reformas las potestades inspectoras y sancionadoras.

El capítulo II del Título I se dedica a la modificación de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios. Se introducen las obligaciones de información de los prestadores previstas en la Directiva, en su capítulo V sobre calidad de los servicios; también se establecen los plazos de respuesta a las reclamaciones, fomentándose también la adscripción a códigos de conducta y mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

La reforma de la Ley de Colegios profesionales se ha convertido sin duda en uno de los aspectos más polémicos de este texto. Sobre todo el conjunto de actividades sujetas a este régimen se produce una liberalización de la publicidad de sus servicios (eliminando restricciones existentes), se elimina la exigencia de comunicar el ejercicio fuera del territorio de inscripción, se permite el ejercicio conjunto de dos o más profesiones, y se incorporan nuevas exigencias como la memoria anual o la ventanilla única electrónica.

Pero además se repensarán las obligaciones de colegiación, tal y como advierte la Disposición transitoria cuarta del Proyecto, que ordena al Gobierno remitir a las Cortes un Proyecto de Ley determinando las profesiones para las que es obligatoria la colegiación, en el plazo de doce meses desde la entrada en vigor de la Ómnibus, manteniéndose entre tanto las exigencias de colegiación vigentes. No puedo entrar, por ser éste un análisis global, en la inevitable controversia sobre estos extremos.

Sobre el régimen de los colegios profesionales también impacta seriamente la Disposición derogatoria única, que lejos de seguir la fórmula de estilo al uso, pone en su punto de mira los “estatutos de corporaciones profesionales y demás normas internas colegiales” que se opongan a la ley. En general, se va más allá de lo exigido por la Directiva, al establecer por ejemplo una prohibición genérica de recomendaciones sobre honorarios.

El Título segundo del Proyecto se centra en los servicios industriales y la construcción, dividiéndose en dos capítulos. El dedicado a los servicios industriales modifica las leyes de metrología, industria, patentes y seguridad privada. En los servicios de la construcción, se proponen modificaciones a las leyes de ordenación de la edificación y de subcontratación en el sector de la construcción. Casi todas las reformas en este ámbito consisten en la sustitución de autorizaciones por declaraciones responsables.

El Título III se ocupa de los servicios energéticos, modificando las leyes de minas, del sector eléctrico y del sector de hidrocarburos. En estos sectores, se replantean las técnicas de intervención de las actividades, reconfigurando autorizaciones y registros de inscripción de prestadores.

Llegando al Título cuarto, nos encontramos con los servicios de transporte y comunicaciones, afectando en materia de transportes a las leyes de navegación aérea, de ordenación de los transportes terrestres, de tráfico, del sector ferroviario y de servicios prestados en puertos de interés general; y en materia de comunicaciones, a las leyes de liberalización del servicio postal y la general de las telecomunicaciones. También en este ámbito nos encontramos con cambios en el sistema de control.

El Título V está dedicado a los servicios medioambientales y de la agricultura. En la parte ambiental, se modifican hasta nueve leyes (pesca fluvial, caza, costa, vías pecuarias, residuos, aguas, montes, parques nacionales y del patrimonio natural y la biodiversidad); y en el sector agrícola cuatro (pesca marítima, sanidad animal, de la viña y el vino, y de semillas y plantas de vivero y recursos filogenéticos).

Un último Título VI sirve como cajón de sastre al recoger bajo el rótulo “otras medidas” cuestiones tan variadas como la reforma de las tasas fiscales, la ley general de sanidad, la de propiedad intelectual, el mercado de tabacos, la intensificación de la com-

petencia en mercados de bienes y servicios, las profesiones sanitarias, el uso racional del medicamento y las profesiones de abogado y procurador. En esta parte final la Ley Ómnibus se equipara prácticamente a las leyes de acompañamiento, recogiendo reformas heterogéneas y variadas, no siempre requeridas por la transposición del Derecho comunitario.

En la parte de disposiciones adicionales, transitorias y finales también encontramos reformas sectoriales variadas: organización de combinaciones aleatorias con fines publicitarios o promocionales; inscripción en los registros administrativos de distribuidores de energía eléctrica o hidrocarburos, asesoramiento técnico a empresas de menos de diez trabajadores, entidades especializadas en materia de prevención de riesgos laborales, etc.

Algunas salvedades de estas disposiciones son relevantes, como la relativa a las evaluaciones de impacto ambiental, en la disposición adicional quinta. Sugerida por el Dictamen del Consejo de Estado, esta disposición despeja la duda del mantenimiento de los necesarios controles de este tipo, al margen de la sustitución de las autorizaciones por técnicas menos incisivas. De lo contrario, para cumplir una norma europea estaríamos vulnerando otras, lo cual no resulta aceptable.

Un trabajo con la extensión del presente no puede entrar en detalle de tantas y tan heterogéneas reformas. Apenas es posible, en este momento del proceso de transposición, ofrecer algunas

conclusiones provisionales sobre qué podría mejorarse con carácter general. Y en lo relativo a las reformas sectoriales incorporadas al Proyecto de Ley Ómnibus, una mejora necesaria es la que pasa por ir más allá de la mera supresión de los controles previos para fortalecer los posteriores y sus sanciones.

Aunque sí encontramos previsiones que van más allá de lo puramente autorizatorio, (como por ejemplo el artículo 9, que modifica la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Ley 42/1997, de 14 de noviembre, para contemplar la colaboración con las autoridades administrativas de otros Estados miembros, después formulada con carácter general en el nuevo apartado cuatro del artículo 2), el Proyecto de Ley Ómnibus presenta notables carencias en lo relativo a los controles posteriores.

Esta falla también podría resolverse emprendiendo una reforma general de la Ley de Procedimiento Administrativo, añadiendo tanto el necesario título sobre autorizaciones como uno sobre inspecciones administrativas, para regular, entre otras cosas, la colaboración entre autoridades inspectoras españolas y de otros países, de manera que la inspección española puede facilitar datos a otras autoridades europeas, pero así mismo puede emplear en sus tareas los datos que les faciliten sus colaboradoras europeas.

Igualmente, en el cambio de sistema de control, elevar las consecuencias punitivas de quienes se aprovechen del levanta-

miento de las barreras, resulta tan imprescindible como reforzar las dotaciones del aparato inspector y sus capacidades mediante la introducción de medios técnicos que permitan cumplir eficazmente con sus obligaciones, incluyendo la cooperación interadministrativa.

La necesaria reconsideración de las potestades inspectoras y controladoras, en suma, encuentra su lugar adecuado con carácter general en la Ley de Procedimiento Administrativo, mejor que en una miríada de reformas legislativas sectoriales carentes de armonización ni homogeneidad.

5. Clamorosas ausencias en la Ley Ómnibus: Tratándose del comercio, mejor mirar hacia otro lado

No deja de resultar sorprendente que en un Proyecto de Ley tan completo y variado como es esta Ley Ómnibus se omita la que se ha convertido en la reforma central y más discutida que puede derivarse de la transposición de la Directiva de Servicios, cual es la modificación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, un texto que mantiene la posibilidad de seguir exigiendo autorizaciones para el desarrollo de la actividad comercial, especialmente tratándose de grandes superficies.

Es bien sabido que esta reforma sectorial va por su propio cauce, habiéndose presentado varios borradores de Anteproyecto, pudiendo destacarse el que da lugar al Dictamen del Consejo

Económico y Social de 20 de mayo de 2009, así como el Dictamen del Consejo de Estado. Sobre este texto, en sus anteriores versiones, también se ha pronunciado la Comisión Nacional de la Competencia, con un informe sumamente crítico después defendido por su Presidente, Luis Berenguer.

Sacar de la estrategia general de transposición de la Directiva de Servicios al sector comercial puede ser considerado un indicio de que, precisamente en este ámbito, el enfoque es distinto. No tan ambicioso ni tan decidido de cumplir los principios de libertad de establecimiento consagrados por el Derecho comunitario. Los intereses contrapuestos son muchos y de gran alcance, como se puede observar también en el ámbito autonómico, que condiciona la aproximación del Estado.

6. Conclusión: En Ómnibus se avanza despacio

La España moderna es la que viaja en trenes de alta velocidad; el ómnibus es un medio de transporte muy digno y respetable, pero como es bien sabido lento. Al Proyecto de Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio le sucede algo parecido. No es una herramienta totalmente inadecuada para llevar a cabo la transposición de la Directiva de Servicios, pero en mi opinión dista mucho de ser la mejor de todas las posibles.

Desde el punto de vista formal, es preferible al Decreto-Ley, porque al menos ha favorecido la transparencia y la participación en su fase de Anteproyecto. Pero deja mucho que desear en un juicio de técnica normativa, generando por ello un riesgo de inseguridad jurídica que puede multiplicarse si las comunidades autónomas entablan conflictos competenciales. Por ello, hubiera sido preferible tal vez reformar más ampliamente las leyes administrativas.

Los contenidos del Proyecto de Ley Ómnibus son fáciles de resumir con otra expresión castellana: ni son todas las que están, ni están todas las que son. O dicho con expresión aún más popular: mezcla churras con merinas. Unas y otras son ovejas, y en este caso reformas estructurales, pero querer presentarlas como si fueran lo mismo, obedeciendo unas a las exigencias europeas, y otras a nuestras necesidades coyunturales, puede generar confusiones en su proceso de discusión.

La incorporación de reformas estructurales no directamente derivadas ni requeridas por la Directiva de Servicios al Proyecto de Ley Ómnibus se ha querido presentar como una muestra del “enfoque ambicioso” adoptado por el Gobierno en el cumplimiento de la norma europea, pero no deja de ser llamativo que materias deliberadamente excluidas de la Directiva en su proceso de gestación (así las del ámbito laboral, o sobre la salud o los transportes) se reintroduzcan en clave interna.

No deja de ser paradójico, por ejemplo, que a pesar de las reiteradas declaraciones gubernamentales en el sentido de que las reformas laborales requieren ser negociadas en los foros del diálogo social, se incorporen previsiones de este orden en el Proyecto de Ley Ómnibus, dando lugar a un cierto reproche del Consejo de Estado. Al final, puede que redescubramos las ventajas de unas leyes de acompañamiento que en su día fueron empleadas para eludir engorrosos consensos y trámites procedimentales.

No hay que caer sin embargo en la trampa de darle al Proyecto de Ley Ómnibus más importancia que la que merece. Se trata sólo de un segundo paso (tras el Proyecto de Ley paraguas). Queda mucho por hacer: reformar reglamentos, leyes y decretos autonómicos, ordenanzas municipales. Y, sobre todo, como decía al comienzo de este análisis, reorganizar la Administración en un sentido mucho menos gravoso para la iniciativa empresarial, realizando la libertad de empresa prevista constitucionalmente.

Suele atribuirse a Romanones la socorrida y escéptica afirmación de “haced vosotros la Ley, y dejadme a mí los reglamentos”. A la vista de la Disposición Final Tercera del Proyecto de Ómnibus surgen numerosos interrogantes. ¿Se simplificarán los trámites y agilizarán los tiempos de resolución de los procedimientos administrativos en esa operación de reforma reglamentaria? ¿Cambiarán de verdad las cosas? ¿Serán los procedimientos administrativos distintos, o quedará todo como está?

Hemos de cambiar costumbres con dos mil años de historia. Relata Villar Palasí que en el Derecho Romano el tiempo de duración de los procedimientos administrativos era de seis meses. Si hoy nos acercamos a la Ley 30/92 nos sorprende encontrarnos el mismo plazo. Todo ha cambiado, pero la Administración sigue igual, necesitando seis meses para resolver, como en la época en que por Europa circulaban personas, mercancías y capitales en carro y por vías de piedra.¹⁴

Hoy como mínimo tenemos que viajar en Ómnibus, pero podemos aspirar a algo mejor.

14 Vid. VILLAR PALASÍ, José Luis, *Técnicas remotas del Derecho administrativo*, INAP, Madrid, 2001.

Repercusiones de la transposición de la Directiva de Servicios en la libertad de empresa

1. Introducción

En una reflexión que arrancaba con el sugestivo título de “Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior euro-

* Nacida en Pamplona en 1964, es licenciada en Derecho (1987), Licenciada en Ciencias Económicas (1992) y Doctora de Derecho (2000) por la Universidad de Navarra. Profesora Adjunta de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra. Imparte las Asignaturas de Derecho Administrativo (troncal) y Derecho Administrativo Económico (optativa) desde 1996. Especializada en Derecho del Sistema Financiero (Monografías: *Banca Pública y Mercado: implicaciones jurídico-públicas de la paridad de trato*, ed. INAP, Madrid, 2000 y *La cobertura pública del Seguro de Crédito a la exportación en España: cuestiones jurídico-públicas*, ed. Fundación-Mapfre, Madrid, 2008, además de otros artículos en revistas especializadas). Publicaciones sobre la Directiva de Servicios: junto con la prof. H.Villarejo Galende, “*La Directiva de servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra*”, en Revista Jurídica de Navarra, núm. 44, 2007 y “*El complejo proceso de transposición de la Directiva de Servicios*”, en Informe de Comunidades Autónomas. 2008, ed. Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2009.

peo”, T.R. FERNÁNDEZ se ha referido a 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 (Directiva de Servicios, a partir de ahora) como un “acontecimiento de extraordinaria importancia”.¹ Recientemente, T. DE LA QUADRA-SALCEDO ha escrito que “pocas veces habrá una norma comunitaria que vaya a afectar tan radical y extensamente a todo el ordenamiento interno”.² ¿Realmente la Directiva de Servicios es un acontecimiento jurídico que justifica estas afirmaciones? En el caso de que ciertamente así fuese, ¿qué cambio está impulsando la Directiva para adelantar tal conclusión?

Una vez aprobada la Directiva de Servicios, en diciembre de 2006, y tras un periodo de algo más de dos años en el que la aproximación y estudio de la Directiva de Servicios ha tenido lugar entre nosotros con carácter principalmente descriptivo,³ es

1 Vid. FERNÁNDEZ, T. R., “Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 22, junio 2007, p. 197.

2 Vid. DE LA QUADRA-SALCEDO. T. (dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 10, en la introducción. L. PAREJO ALFONSO habla de “norma de política económica de primera importancia”, vid. “La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein: la interiorización, con paraguas y ómnibus, de su impacto en nuestro sistema”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 6, 2009, p. 34.

3 Aunque al comienzo, entre nosotros, fueron pocos los que fijaron su mirada en esta norma comunitaria, cada vez es mayor el interés por analizar y estudiar los efectos que, en muchos sectores de la regulación, puede tener. Entre los análisis publicados destaca el temprano esfuerzo de aproximación a la Directiva de Servicios impulsado por E.

el momento de profundizar en las implicaciones que la adaptación al derecho español de esta importante norma puede tener. Por otra parte, el hecho de que el Gobierno haya ya presentado los dos proyectos de Ley –que vienen conociéndose como Ley

LINDE PANIAGUA en el nº 14 de la *Revista de Derecho de la Unión Europea*, dedicado monográficamente a *La Directiva relativa a los servicios en el Mercado Interior (La Directiva Bolkestein)*, y editado por la UNED y Colex, Madrid, 2008, y en el que participan varios autores. Por su parte DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. publicó un importante estudio crítico de la norma comunitaria, “¿*Quo Vadis*, Bolkestein? ¿Armonización o desregulación?” en la *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 22, Madrid, 2007, pp. 237-280 También, SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A. y VILLAREJO GALENDE, H., “La Directiva de Servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra”, *RJN*, nº 44, 2007, pp. 45-86. Por su parte, S. MUÑOZ MACHADO y T. R. FERNÁNDEZ, avanzaron algunas de sus posturas en relación con la Directiva en la *Revista APD: Asociación para el Progreso de la Dirección*, nº 231, 2008 (Ejemplar dedicado a: La Directiva Bolkestein: Liberalización al servicio del consumidor). En el número 6 de *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* de 2009, J.C. LAGUNA DE PAZ publica “La Directiva de Servicios: el estruendo del parto de los montes”, pp. 42-51, además del ya citado de PAREJO ALFONSO, L. “La desregulación...”, pp. 34-41. De nuevo, junto con VILLAREJO GALENDE, H., SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. “El complejo proceso de transposición de la Directiva de Servicios”, en *Informe de Comunidades Autónomas 2008*, vol. I, ed. Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2009. También en el resto de países comunitarios de nuestro entorno se han publicado y siguen apareciendo estudios. Entre otros, D'ACUNTO, S., “Directive Services (2006/123/CE): radiographie juridique en dix points”, *Revue du droit de l'Union Européenne*, nº 2, 2007, pp. 261-327, PEGLOW, K., “La libre prestation de services dans la Directive nº 2006/123/CE”, *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, nº 44, 2008, p. 67-118, BARNARD, C., “Unravelling the Services Directive”, *Common Market Law Review*, 45, 2008, pp. 323-394 y DAVIES, G., “The Services Directive: Extending the country of origin principle and reforming public administration”, *European Law Review*, nº 2, 2007, pp. 232-245. También en 2009, se ha publicado el estudio realizado por varios autores y dirigido por DE LA QUADRA-SALCEDO. T. (dir.), “*El mercado interior de servicios ...*”, antes citado.

Paraguas y Ley Ómnibus- con que pretende transponer la norma comunitaria, facilita el estudio de sus implicaciones.

Adelanto que, a mi juicio, una de las primeras impresiones –no la única- que suscita el análisis de la Directiva de Servicios es la de su incidencia en el modo de afrontar la cuestión relativa al contenido del art. 38 de nuestra Constitución, esto es, en la libertad de empresa y, por tanto y en definitiva, en nuestro modelo económico constitucional.⁴ Esta será la perspectiva que aborde esta reflexión.

Como es sabido, ni la doctrina española y menos aún la jurisprudencia constitucional han llegado a un acuerdo definitivo para concretar y determinar hasta dónde alcanza el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de empresa que reconoce el art. 38 en relación con el art. 53 de la CE y que configuraría su núcleo indisponible por el legislador. La previsible incorporación ahora de una Ley estatal de contenido horizontal –en concreto, el proyecto de Ley Paraguas- incluye expresamente soluciones como la de optar por la medida menos restrictiva de entre las posibles, preferentemente un control a posteriori frente a uno *a priori*, así como la exigencia de que cualquier

4 Así lo han apuntado ya PAREJO ALFONSO, L., “La desregulación...”, cit. 39 y DE LA QUADRA-SALCEDO. T, “Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios en el mercado interior”, en DE LA QUADRA-SALCEDO. T. (dir.), “*El mercado interior de servicios ...*” cit. p. 124.

medida que implique una restricción al libre ejercicio de servicios o de establecimiento –caso de las autorizaciones- esté justificada no ya en un interés general sino en una “razón imperiosa de interés general”. Una Ley así, de contenido transversal, que afecta a la actividad económica ¿es algo más que una opción concreta del legislador estatal? ¿acaso el Derecho comunitario derivado condiciona el alcance del art. 38 CE? En definitiva, ¿qué papel ocupa la Directiva de Servicios respecto del modelo de libertad de empresa inserto en nuestra Constitución?

2. Breve reflexión sobre la libertad de empresa en el momento actual

La interpretación del art. 38 CE que “reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”, además de establecer que “los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”, ha venido suscitando un marcado interés doctrinal. Un interés acrecentado por la compleja –y a veces confusa- jurisprudencia constitucional que ha intentado aclarar el alcance y contenido de este precepto. De otro lado, la profunda transformación de la realidad económica y social de los últimos treinta años es otro de los factores que hay que tener en cuenta a la hora de aproximarse a la interpretación del contenido e implicaciones de este precepto.

Por otra parte no puede obviarse que el problema de la interpretación del art. 38 de la CE no es una cuestión que se presente de modo aislado. Antes al contrario. El art. 38 de nuestra norma fundamental, por el que se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, se presenta como uno de los elementos fundamentales del modelo económico recogido en la Constitución.⁵

5 La doctrina ha reflexionado extensamente sobre este particular, no sólo en los primeros momentos posteriores a la aprobación de la Constitución, también con posterioridad, al hilo de los sucesivos cambios normativos que han ido produciéndose y que han ido iluminando la comprensión de nuestro modelo económico. La bibliografía es extensa, pero sirva como referencia general la siguiente: el volumen colectivo, dirigido por GARRIDO FALLA, F., *El modelo económico en la Constitución Española*, ed. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981; FONT GALÁN, J.I., "Notas sobre el modelo económico de la Constitución Española de 1978", en RDM, nº 152, 1979, pp. 205-239; ALONSO UREBA, A., *La empresa pública. Aspectos jurídico constitucionales y de derecho económico*, ed. Montecorvo, Madrid, 1985; MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo económico*, vol. I, 2ª ed., ed. La Ley, Madrid, 1991; GIMENO FELIU, J.M., "Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas", RAP, nº 135, 1994, pp. 149-212; ARIÑO ORTIZ, G. *Principios de Derecho Público económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación económica*, ed. Marcial Pons/Idelco, Madrid, 1999; ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y estado social*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1995. Más recientemente, puede verse, entre otros, FERNÁNDEZ FARRERES, G., "Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la administración económica", en *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 165-184; en esta misma obra colectiva, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., "La *publicatio* de recursos y servicios", pp. 687-718, así como MUÑOZ MACHADO, S., "Los límites constitucionales de la libertad de empresa", pp. 139-164; ARROYO JIMÉNEZ, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, ed. CEPC, Madrid, 2004; CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, ed. Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006; ESTEVE PARDO, J., "La regulación de la economía desde el Estado garante", en *Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de Derecho*

La interpretación sistemática de la norma suprema exige considerar que este precepto se inserta en el marco del Estado social y democrático de Derecho, al igual que el resto de las libertades. El art. 128, que habilita a los poderes públicos para intervenir en la economía, comparte con el art. 38 protagonismo en la determinación del modelo económico. Otras cláusulas constitucionales también tienen su correspondiente papel, como señaló S. MARTÍN-RETORTILLO.⁶ Pues bien, en la medida en que esto es así y en el contexto de la discusión –no cerrada-⁷ de cuál sea ese modelo, es como hay que entender las reflexiones que aquí se recogerán acerca de la interpretación de este precepto.

Sin duda, el acontecimiento jurídico-político de la incorporación de España a la Unión Europea (en 1986, a la Comunidad Económica Europea) condiciona todo análisis. No ya en aquella fecha de la incorporación, que por supuesto: también lo hace con ocasión de la actividad normativa derivada de las instituciones comunitarias y en concreto, lo hace la transposición de la Directiva

Administrativo, ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 79 y ss; GARCÍA ALCORTA, J., *La limitación de la libertad de empresa en la competencia*, ed. Atelier, Barcelona, 2008. De última aparición MUÑOZ MACHADO, S., “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (dirs.) *Derecho de la Regulación económica. I Fundamentos e Instituciones de la regulación*, ed. Iustel, Madrid, 2009, pp. 15-243.

⁶ *Vid. Derecho Administrativo económico*, cit., pp. 77 y ss.

⁷ Muestra de que la reflexión sobre el contenido e implicaciones de la libertad de empresa está todavía abierta, es el artículo publicado por PAREJO ALFONSO, L., “La desregulación”..., cit.

de Servicios, norma que es fiel reflejo de aquel marco normativo al que nos adherimos.⁸ La formulación explícita en el Tratado de Roma de las libertades económicas básicas –de circulación de bienes, personas y capitales, así como la de servicios y su establecimiento- y la clarificadora interpretación que de su contenido y alcance ha hecho el Tribunal de Justicia, han permitido iluminar y aportar nuevas perspectivas a alguno de los contenidos económicos que estaban insertos en nuestro texto constitucional.

La evolución más reciente del Derecho comunitario –y la Directiva de Servicios que nos ocupa es buena muestra de ello- se configura como un dato de primer orden para entender hoy qué papel tienen reservado los ciudadanos y sus empresas, en el ejercicio de su libertad de empresas y cuál es el papel de los poderes públicos –legislativo, ejecutivo y judicial- en relación a ellos y a la sociedad en su conjunto. ¿Qué papel tiene reservada la Ley en relación con la libertad de empresa?⁹ ¿Qué espacio les queda a las Administraciones públicas? ¿Cuál es el ámbito de control que pueden ejercer los jueces y tribunales? La reflexión sobre el alcance y contenido del derecho a la libertad de empresa es también, en definitiva, la reflexión sobre el espacio en el que pueden moverse constitucionalmente los límites a dicho derecho.¹⁰

8 Desde una perspectiva muy crítica, *vid.* PAREJO ALFONSO, L., “La desregulación...”, cit. *in extenso*.

9 Art. 38 en relación con el art. 53.1 CE.

10 CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, cit. pp. 270 y ss. y LÓPEZ-JURADO, F.B. y GÓMEZ MONTORO, A.J., “Los principios constitucionales referidos al ordenamiento

Superada y completada la tesis de la libertad de empresa como garantía institucional, mayoritariamente, la doctrina acepta que el art. 38 contiene el reconocimiento de un derecho fundamental: el derecho a la libertad de empresa que, si bien no se encuentra amparado por la protección jurisdiccional reforzada con la que la CE ha dotado a otros derechos fundamentales –los de la sección 1ª del capítulo II, del título I-, no por ello pierde su condición de derecho subjetivo.¹¹ Con todo, la cuestión no reside tanto en este reconocimiento cuanto en la determinación de su contenido esencial –indisponible por el legislador en virtud del art. 53.1 CE- y en la determinación de la constitucionalidad de sus límites.¹² Los límites a la libertad de empresa hay que situarlos –al igual que ocurre para la reflexión sobre los límites del resto de derechos fundamentales reconocidos en la CE- en la propia Constitución. En primer término, en la formulación de otros derechos fundamentales. Así por ejemplo podría justificarse en el derecho a la vida, junto con el principio rector de protección de la salud, la prohibición de comercializar ciertas sustancias. O la referencia a la dignidad de la persona justifica la no consideración de la prostitución como actividad mercantil. En definitiva, la concurrencia de estos otros derechos

energético español”, AAVV, *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico, Tomo I, Aspectos jurídicos*, ed. Iberdrola/Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 59.

11 Sin que pueda quedar desvirtuado por su condición de garantía institucional, *vid.* LÓPEZ-JURADO, F.B. y GÓMEZ MONTORO, A.J., “Los principios constitucionales...”, cit. p.56, y CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, cit., p.176-177.

12 LÓPEZ-JURADO, F.B. y GÓMEZ MONTORO, A.J., “Los principios constitucionales...”, cit. p.59.

justificará en su caso la existencia de limitaciones, incluso, como se ha dicho, de prohibiciones a la libertad de empresa. Por otra parte, el propio art. 38 menciona límites intrínsecos: el propio marco de la economía de mercado que conecta en la práctica con la defensa de la competencia y las limitaciones a la libertad de empresa que de ella se derivan;¹³ así como las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. Ciertamente estos límites dan lugar a situaciones y regulaciones que afectan o condicionan la libertad de empresa con distintos grados de intensidad.¹⁴

Además de la interferencia de otros derechos fundamentales, en el desarrollo legislativo del art. 38 CE tendrán particular incidencia los condicionamientos y limitaciones que puedan, en su caso, ser el resultado de las políticas destinadas a hacer efectivo el cumplimiento de los principios de la política económica y social y la consideración de otros bienes constitucionalmente protegidos. Así, es significativo y creciente el papel que está teniendo el vector medioambiental (art. 45 CE) que condiciona intensamente el ejercicio de la libertad de empresa en el caso de sectores económicos de carácter industrial o comercial susceptibles de afectar al medio ambien-

13 Esta es la perspectiva de GARCÍA ALCORTA, J. *La limitación de la libertad de empresa...*, cit.

14 En este sentido hay que interpretar la exposición que hace MARTÍN-RETORTILLO, a las distintas técnicas de intervención, en *Derecho administrativo económico*, cit. pp. 191-192.

te.¹⁵ También es relevante el creciente papel del derecho en materia de protección de consumidores y usuarios, que afecta a una parte no pequeña de las relaciones jurídicas que entablan las empresas con sus clientes. Regulaciones que, en todo caso, encuentran como límite indisponible el núcleo esencial del derecho a la libre empresa. Libertad de inicio de la actividad económica, libertad a sostener esta actividad, libertad de cesación: estos tres elementos han venido *grosso modo* a identificar ese núcleo esencial.¹⁶

Por su parte, el art. 128 contiene la más intensa habilitación a los poderes públicos a la hora de interferir en el derecho a la libertad de empresa, pues contempla, además de la referencia general al sometimiento de toda la riqueza nacional al interés general, la posibilidad de que, para ciertos recursos o servicios esenciales y cuando así lo exija dicho interés general, la Ley pueda acordar su *publicatio* o reserva, medida por la que dicho recurso o servicio pasa a ser de titularidad pública y, por tanto, queda excluida del sistema de mercado, pasando a ser su prestación responsabilidad pública. Con todo, no se trata de una habilitación que la Constitución haya formulado de modo ilimitado.¹⁷ Su límite fundamental radica en

15 Que coincide también con las políticas comunitarias medioambientales. Vid. en este sentido LAGUNA DE PAZ, J.C., "La Directiva de Servicios...", p. 43 al hacer mención a las razones vinculadas a *la protección del medio ambiente* mencionadas por la Directiva de Servicios, tanto en la relación de razones imperiosas de interés general como en el art. 16.3 de esta norma.

16 Vid. CIDONCHA, A., *La libertad de empresa...* cit. p. 314.

17 Así lo expone MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho administrativo económico*, cit. pp. 251 y ss.

determinar qué sean servicios o recursos esenciales,¹⁸ pues ciertamente no cualquiera tendrá tal consideración y, de nuevo, en la ponderación del interés general concurrente. Por otra parte, la garantía del derecho fundamental a la libertad de empresa en el caso de *publicatio* de un recurso o servicio que se viniera prestando exigirá, como bien señaló MARTÍN-RETORTILLO, la puesta en marcha de la garantía patrimonial del instituto expropiatorio.¹⁹

La clave, insisto, al igual que en el resto de los derechos fundamentales, reside en la aplicación del principio de proporcionalidad, parámetro constitucional para delimitar el espacio que corresponde a cada uno de los intereses en juego. El papel arbitral que en este punto le ha tocado jugar al TC se ha solventado, caso por caso, suscribiéndose a la teoría relativa, sin alcanzar a aportar criterios suficientemente clarificadores.²⁰ Y lo que es más delicado, incurriendo, quizá, en el riesgo de vaciar o desnaturalizar el propio contenido esencial de la libertad de empresa.²¹

18 Sobre el particular, me remito a *in extenso* a MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La *publicatio* de recursos y servicios”, cit., pp. 687-718.

19 *Vid.*, *Derecho administrativo económico*, cit. pp. 255-258.

20 *Vid.* en este sentido, LÓPEZ-JURADO, F.B. y GÓMEZ MONTORO, A.J., “Los principios constitucionales...”, cit. pp. 61-62 y CIDONCHA, A., *La libertad de empresa...* cit. pp. 315 y ss.

21 Así lo expresa ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de Derecho Público económico*, ed. Marcial Pons/Idelco, Madrid, 1999, p. 230.

Este es, de modo resumido, el panorama en el que se encuentra la doctrina española y la jurisprudencia constitucional, cuando en diciembre de 2006 se aprueba la Directiva de Servicios y comienza el plazo para incorporarla a nuestro ordenamiento.

3. Transposición española de la Directiva de Servicios: modelo elegido y problemas que plantea

3.1. Rasgos del proceso de transposición de la Directiva de Servicios en España

Posiblemente la palabra que mejor describa lo que está siendo y va a ser el proceso de transposición de la Directiva de Servicios es, complejidad.²²

Una complejidad que viene determinada por dos coordenadas. La primera de ellas es de carácter general y afecta igualmente a todos los Estados miembros, pues tiene que ver con el carácter transversal de la norma comunitaria y con la determinación de su ámbito objetivo de aplicación, vinculado como está a la idea de servicio como concepto-resto.²³ La segunda, en cambio, está vincula-

²² Así lo ha llamado también PAREJO ALFONSO, L., "La desregulación...", cit. p. 39.

²³ Una aproximación al contenido de la Directiva de Servicios y sus rasgos identificadores, vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. y VILLAREJO GALENDE, H., "La Directiva de Servicios...", cit. 45-86, en particular sobre el ámbito objetivo, pp. 53-54. En general, vid. DE LA QUADRA-SALCEDO, T., "Precisiones sobre el ámbito de aplicación...", cit., p. 83-127.

da a la distribución territorial del poder y, en consecuencia, variará en función de ésta para cada Estado miembro.

En relación con la complejidad derivada del carácter transversal de la Directiva de Servicios, su extensión ha quedado positivamente determinada por la definición de qué sean “servicios” en la norma, así como, negativamente por la lista de servicios que la norma comunitaria excluye de su ámbito de aplicación (art. 2 Directiva de Servicios). No obstante, la interpretación de qué servicios quedan incluidos en esta lista de excepciones dará lugar a más de un problema.²⁴ De hecho, son ya varios los supuestos en los que se han suscitado dudas.

El impulso para la transposición de la Directiva de Servicios en España ha corrido a cargo de la Comisión Delegada para Asuntos Económicos, y en la práctica ha estado liderado por el Ministerio de Economía y Hacienda. También se han visto involucradas las Comunidades Autónomas. En este sentido y en relación con la determinación de qué sectores o regulaciones van a verse afectadas por la transposición, han sido las propias CCAA las que, al identificar los procedimientos por ellas gestionados y susceptibles de verse afectados, han mostrado diferencias no menores.²⁵ Y eso sólo

²⁴ Adelantándose a esta situación la Comisión Europea elaboró un *Manual para la Transposición de Directiva de Servicios*, publicado en 2007. Disponible en Internet en http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_en.htm.

²⁵ Serían muchos los ejemplos. Pero me quedo con uno, por lo demás, polémico: las far-

para saber si el procedimiento evaluado queda o no afectado por la Directiva. Posteriormente, quedará por decidir si un requisito es o no necesario, si incurre o no en discriminación, si es proporcional, claro, objetivo, transparente... y, por tanto, cómo van a concretarse las correspondientes modificaciones. En definitiva un proceso, como ya se ha señalado, complejo.

El segundo motivo de complejidad -que afecta muy especialmente al caso español- es la implicación en este proceso de multitud de “autoridades competentes”,²⁶ más lógicamente cuanto más repartidas estén las competencias en cada Estado miembro.²⁷

¿son servicios sanitarios o no? ¿Deben, por tanto, incluirse dentro de la excepción? Lo cierto es que algunas Comunidades Autónomas han identificado la apertura de farmacias como procedimiento que puede quedar afectado por la Directiva de Servicios, en tanto que otras ni lo mencionan, por entender que se trata de servicios sanitarios, al margen, pues del proceso de transposición. En el proyecto de Ley paraguas se menciona expresamente el supuesto de las farmacias en el apartado relativo a los servicios sanitarios. Particularmente compleja está siendo la transposición en el sector del comercio. 26 El art. 4.9 de la Directiva de Servicios define quién es “*autoridad competente*”, entendiéndose por tal “*cualquier organismo o entidad en un Estado miembro, que lleve a cabo el control o la regulación de las actividades de servicios y, concretamente, las autoridades administrativas, incluidos los tribunales que actúen como tales, los colegios profesionales y las asociaciones u organismos profesionales que, en el marco de su autonomía jurídica, regulan de forma colectiva el acceso a las actividades de servicios o su ejercicio*”.

27 La Directiva de Servicios refleja esta realidad política y administrativa compuesta y es consciente de que las obligaciones que en ella se establecen no deben suponer “una interferencia en el reparto de funciones o competencias entre las autoridades competentes dentro de cada sistema nacional” (art. 6.2 de la Directiva de Servicios, al tratar de las ventanillas únicas). En su considerando 60, la Directiva de Servicios recuerda que “en particular las disposiciones referentes a los regímenes de autorización y al ámbito territorial de una autorización *no deben interferir en el reparto de competencias regionales o locales en los*

Por otra parte, en el caso español, “autoridades competentes” en el sentido de la Directiva de Servicios no son sólo las Comunidades Autónomas, también están implicadas en este complejo proceso de transposición las Entidades Locales.²⁸ Incluso podrán verse afectadas algunas entidades privadas en la medida en que ejercen funciones públicas de autorización, homologación o acreditación relativas a los servicios afectados por la Directiva.²⁹ Con todo, esta complejidad no debe constituir un freno para la incorporación de la norma comunitaria, como el propio TJCE ha recordado, no pudiendo los Estados miembros escudarse en su estructura federal –o autonómica, en nuestro caso- para justificar su posible incumplimiento.³⁰

Estados miembros, incluidos los gobiernos autónomos regionales y locales”.

²⁸ Particularmente compleja se plantea la transposición de la Directiva en el ámbito local. En febrero de 2009, el Ministerio de Administraciones Públicas, en coedición con el de Economía y Hacienda, y con la colaboración de la Federación Española de Municipios y Provincias, así como con el Consejo General de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local, ha publicado el documento titulado *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*, dirigido a orientar la transposición.

²⁹ Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. y VILLAREJO GALENDE, H., “La Directiva de Servicios...”, cit. p. 55.

³⁰ Vid. STJCE de 29 de abril de 1999, as. C-302/97, *Konle*, ap. 62. También MUÑOZ MACHADO, S., “La transposición de la Directiva...”, p. 26.

3.2. Primera fase o nivel: la transposición parcial de carácter transversal o la *Ley paraguas*

Una vez completada la fase previa de identificación y evaluación de los sectores, regulaciones y procedimientos –fase en la que se han visto involucradas todas las Administraciones Públicas- el 27 de marzo de 2009 el Gobierno remitió a las Cortes el proyecto de Ley sobre Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Comienza así la tramitación parlamentaria de la que se ha venido conociendo como *Ley Paraguas*. Resulta interesante conocer qué ha dicho el Consejo de Estado en esta ocasión, pues ayuda a comprender la que, previsiblemente, va a ser una importante Ley.

La primera cuestión destacable tiene que ver con el método elegido para transponer. El Gobierno ha puesto en marcha un sistema en dos pasos o niveles.³¹ En primer lugar, ha promovido la aprobación de esta Ley de carácter transversal que habrá de venir seguida por una Ley de medidas³² cuyo contenido recogerá las modificaciones de cuantas normas estatales han sido evaluadas e identificadas y para las que es exigible, desde la perspectiva de la norma comunitaria, su modificación. El Consejo de Estado pone de manifiesto que el método de transposición de la Directiva de Servicios no

31 Así se ha referido el Consejo de Estado al método elegido por el Gobierno para transponer la Directiva de Servicios, *vid. Dictamen 99/2009*, p. 19.

32 Aunque el Gobierno ha evitado utilizar esta expresión (“Ley de medidas”) posiblemente por sus connotaciones políticas, lo cierto es que nos encontramos ante una verdadera Ley de estas características.

tenía por qué haber sido necesariamente éste, pudiéndose haber actuado sólo en el segundo nivel; esto es, en el de las modificaciones sectoriales.³³

Este enfoque metodológico da lugar a lo que el Consejo de Estado ha calificado como “transposición parcial” que, a pesar de no ser legalmente objetable, da como resultado una “peculiar forma de incorporación del Derecho comunitario a nuestro ordenamiento que *puede provocar distorsiones*, tanto desde la perspectiva de la transposición de la misma Directiva, como desde la de su incidencia en nuestro Derecho interno”.³⁴

Por su contenido, este proyecto de Ley sobre libre acceso y ejercicio a las actividades de servicios –cuyo articulado coincide en gran medida con la transcripción de los preceptos de la Directiva de Servicios– es, según el Consejo de Estado, una *disposición con escasa virtualidad normativa y que no despliega plenamente sus efectos*. Muchos de sus preceptos contienen meras proposiciones descriptivas o desiderativas, sin fuerza normativa inmediata. En muchos de ellos, se opta por establecer y fijar objetivos, algo que es más propio de un instrumento normativo finalista, como es el caso de la propia Directiva, que de una Ley. Tal es así que dichos preceptos más parecen una segunda exposición de motivos que el articulado de una

33 *Ibidem*, p. 19. Esta crítica la sostiene también PAREJO ALFONSO, L., “La desregulación...”, cit. p. 39.

34 *Ibidem*, p. 20.

Ley.³⁵ Habrá de dar lugar a lo que PAREJO ALFONSO ha denominado acertadamente como “el proceso de ejecución de la ejecución”.³⁶

Por otra parte, para el Consejo de Estado, el método elegido por el Gobierno, en su primer paso o nivel resulta incompleto desde la perspectiva de la transposición de la Directiva de Servicios. Puede decirse que este proyecto de Ley, por si mismo, no adapta una sola regulación concreta, ni elimina una sola traba o barrera, siendo imprescindible y urgente completar la segunda fase, mediante la que viene conociéndose como *Ley omnibus*.³⁷ Ello sin contar las necesarias modificaciones autonómicas y locales.

3.3. La verdadera transposición: la *Ley omnibus* y otros cambios: estatales, autonómicos y locales

A la vista de lo anterior, parece claro que la verdadera transposición habrá de llegar de la mano de las modificaciones concretas de las regulaciones sectoriales.³⁸ Estas regulaciones serán estatales, autonómicas o locales, según a quién corresponda la competencia sobre cada materia o sector.

35 Con esta dura crítica se expresa el Consejo de Estado en su Dictamen, *ibidem*, p. 21.

36 Vid. “La desregulación...”, cit. p. 39.

37 *Ibidem*, p. 21.

38 Según fuentes del Ministerio de Economía y Hacienda, se han identificado hasta 80 Leyes estatales, 370 Reales Decretos y cientos de normas autonómicas y locales que van a poder quedar afectados por la Directiva de Servicios.

a. Modificaciones sectoriales del ordenamiento estatal

Respecto del proceso de transposición en curso en el ámbito estatal, y al margen del proyecto de *Ley Paraguas*, son ya varias las normas estatales que de modo incipiente han adaptado algunas de las previsiones de la norma comunitaria.

Sin ir más lejos y de modo significativo, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, menciona la Directiva de Servicios en su Exposición de Motivos, y justifica en ella y en el marco de la política comunitaria sobre “*Una sociedad de la Información para Europa*”, sus arts. 6, 7 y 8, relativos a los derechos de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos.³⁹

Con todo, el proyecto estrella es, sin duda, la *Ley Ómnibus*,⁴⁰ cuyo contenido responde al modelo de “ley de medidas” y que completará la primera fase de la transposición a la que me he referido anteriormente.

³⁹ Vid. VILLAREJO GALENDE, H., “La simplificación administrativa...”, cit., p. 72 y ss. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Hacia la implementación de un sistema global de acceso electrónico a las Administraciones Públicas españolas”, *RJN*, núm. 43, 2007, pp. 118-119.

⁴⁰ El título completo del proyecto es “Proyecto de Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio”, y se encuentra accesible en la página *web* del Congreso de los Diputados, y publicado en el *BOCG*, núm. A-30-1, de 19 de junio de 2009, pp. 1 y ss.

No obstante, hay que señalar que no todas las adaptaciones sectoriales de la normativa estatal exigibles como consecuencia de la transposición de la Directiva de Servicios están incluidas en la *Ley Ómnibus*. Singularmente ha quedado fuera la adaptación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista.⁴¹ La transposición del que sin duda es el sector aparentemente más afectado por la Directiva de Servicios, parece que va a discurrir por otros derroteros. A nadie se le escapa el complejo equilibrio de poderes públicos e intereses económicos que confluyen en este sector.⁴²

Otra de las matizaciones necesarias al proyecto de la Ley Ómnibus, es que su contenido excede, y mucho, las exigencias que se derivan de la Directiva de Servicios, habiéndose incluido entre las normas cuya modificación se pretende algunas que regulan sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios. Bien es cierto que desde el punto de vista del ejercicio constitucional de la potestad legislativa esto no es un problema.

Como puede percibirse a primera vista, la extensión –la Ómnibus pretende modificar más de 40 leyes estatales- la complejidad y

41 Por su parte el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, ha colgado el anteproyecto de modificación de la Ley de Comercio, abriendo un trámite de información pública. El texto es accesible a través de la página:

<http://www.comercio.es/comercio/bienvenido/Comercio+Interior/Ordenacion+del+Comercio/Legislacion/AnteproyectoLeydereformadelaLeydeOrdenaciondelComercioMinorista.htm>.

42 Sobre el particular me remito a SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. y VILLAREJO GALENDE, H., (2007) “La Directiva de Servicios...”, cit.

la especialización de los problemas jurídicos que planteará esta norma excede con mucho el planteamiento de este trabajo, por lo que basta ahora con apuntar su existencia.

b. Adaptaciones autonómicas y locales a la Directiva de Servicios

En páginas anteriores, señalaba que uno de los elementos que hacía particularmente complejo el proceso de transposición de la Directiva de Servicios en España es el modo en que se encuentran repartidas las competencias entre las distintas Administraciones Públicas. La Directiva de Servicios expresamente afirma que sus disposiciones *no deben interferir en el reparto de competencias regionales o locales en los Estados miembros*.⁴³ Más allá de la voluntad expresa del legislador comunitario y antes de entrar a valorar algunos de los problemas que plantea el modo de transponer la Directiva de Servicios elegido por el Gobierno español, en este contexto hay que destacar que los trabajos previos preparatorios puestos en marcha por el Ejecutivo se han caracterizado por el esfuerzo conjunto de coordinación interadministrativa y de transparencia.

La coordinación entre Administraciones ha discurrido por cauces no formalizados. La creación del grupo de trabajo para la transposición de la Directiva, en la que han estado representadas todas las

⁴³ Considerando 60 de la Directiva de Servicios.

“autoridades competentes” –utilizando el lenguaje de la Directiva– es buena muestra de ello. Ha favorecido la concienciación de las distintas Administraciones Públicas –CCAA, EELL y, en ocasiones, colegios profesionales– de la necesidad de implicarse en la tarea de transponer la norma comunitaria en la regulación de los servicios de su competencia. También ha dotado de una herramienta de trabajo –identificación, evaluación y modificación de procedimientos a través del programa SIENA– que ha permitido a las Administraciones implicadas conocer el alcance y repercusión que para ellas tenía la adaptación de esta norma.

En el caso de las CCAA, una vez superados los problemas interpretativos derivados de las primeras Sentencias de nuestro TC en relación con su posición ante el Derecho Comunitario, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia constitucional coinciden en señalar su derecho –y obligación– a participar en la fase de desarrollo legislativo y reglamentario de la transposición de las normas comunitarias que no sean directamente aplicables (esto es, de las Directivas) y que afecten al ámbito de sus competencias.⁴⁴ En este sentido, algunas Comunidades Autónomas, sin esperar a que el Estado

44 *Vid.* MANGAS MARTÍN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho...*, cit., p. 279 y LINDE PANIAGUA, E., “Capítulo VI. El sistema de fuentes del Derecho de la Unión Europea”, en LINDE PANIAGUA, E., BACIGALUPO SAGESSE, M., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. y FUENTEAJA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho de la Unión Europea*, 3ª ed., Colex, Madrid, 2006, pp. 525-526. También GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 10ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 160-161.

complete su particular proceso de transposición,⁴⁵ se han adelantado a realizar transposiciones de la Directiva de Servicios, en unos casos con carácter sectorial y en otros con un planteamiento más general.⁴⁶

En definitiva, las CCAA han comenzado a tomar medidas parciales tendentes a procurar dicha transposición y lo están haciendo cada una con su propia política.⁴⁷ No obstante, algunas de las cuestiones que van a verse afectadas –de modo significativo, las relativas a la regulación del procedimiento administrativo– requieren con urgencia que sea el Estado el que encabece estas modificaciones que exigen la adopción de “retoques” normativos de algunos de los preceptos de la propia LRJPAC,⁴⁸ a pesar de que una parte importante de las exigencias formales de la Directiva de Servicios están expresamente previstas en nuestro derecho de procedimiento administrativo desde la vieja Ley de 1958.⁴⁹

45 Este comportamiento de algunas CCAA que muestran mayor diligencia que el Estado a la hora de transponer el Derecho comunitario se da en otras ramas del Derecho administrativo, como es el caso significativo de las normas medioambientales. *Vid.* en este sentido, LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F.B. y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A., *La autorización ambiental integrada: estudio sistemático de la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 94-95.

46 Me remito en este punto al trabajo publicado junto con VILLAREJO GALENDE, H., y SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A., “El complejo proceso de transposición de la Directiva de Servicios”, en *Informe de Comunidades Autónomas 2008*, ed. Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2009.

47 Algunas CCAA preparan ya sus propios anteproyectos de *Leyes Ómnibus* autonómicas.

48 Como así prevé ya el proyecto de la *Ley Ómnibus*.

49 En este sentido, ya señalábamos las características del derecho del procedimiento

Uno de los aspectos más complejos de la transposición del ordenamiento español a la Directiva de Servicios es sin duda su aplicación a las entidades locales. Como en el caso de las CCAA y teniendo en cuenta que la Directiva de Servicios ha manifestado sin género de dudas que “no debe interferir en el reparto de competencias”⁵⁰, los EELL son también responsables de adaptar su regulación y procedimientos a la norma comunitaria.⁵¹

En el caso de los EELL, las modificaciones lógicamente afectarán a normas de rango reglamentario así como al ejercicio de sus potestades ejecutivas. En este sentido, los EELL están a expensas de las modificaciones, estatales o autonómicas, de las leyes sectoriales reguladoras de cada materia, para cuyo complemento reglamentario o ejecución tengan atribuida competencia. Las materias afectadas son potencialmente muchas.⁵² También aquí es imprescindible la adaptación de la LBRL como marco general.⁵³

administrativo español y su particular adecuación, en términos generales, a lo dispuesto por la Directiva de Servicios, en SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. y VILLAREJO GALENDE, H., “La Directiva de Servicios...”, cit. p. 60.

⁵⁰ Vid. considerando 60 Directiva de Servicios.

⁵¹ Vid. el documento *Directiva de Servicios: Manual de Evaluación para las Entidades Locales. Guía orientativa...*, cit. p. 6.

⁵² En el documento *Directiva de Servicios: Manual de Evaluación para las Entidades Locales. Guía orientativa...*, cit. se proponen tres casos a modo de ejemplo de cómo habrá de evaluarse y, en su caso, proponer la modificación de ciertos procedimientos. Así, se menciona el caso de la venta ambulante no sedentaria (p. 26), el de prestación de servicios de mudanzas (p. 30) y el de publicidad exterior (p. 32).

⁵³ Aspecto que de nuevo está contemplado en el proyecto de la *Ley Ómnibus*.

4. La transposición de la Directiva de Servicios desde la perspectiva de la libertad de empresa

Una vez expuesto el modo en que va a transponerse la Directiva de Servicios –en particular, la opción por aprobar una Ley estatal de carácter transversal cuyo contenido coincide en gran parte con el texto de la norma comunitaria-, intentaré analizar en esta última parte algunas de las cuestiones que este método plantea.

Tal vez, los problemas jurídicos que se suscitan hubiesen sido diferentes de haberse elegido otro sistema de adaptación al Derecho español. Hay que tener en cuenta, por otra parte, que con la aprobación de la *Ley Paraguas*, tampoco se habrá conseguido el efecto útil de la Directiva de Servicios,⁵⁴ que no es otro que la modificación de todas y cada una de las regulaciones que, una vez analizadas, se ve que son susceptibles de entrar en conflicto con aquella. Sólo este último modo de proceder eliminará las trabas y barreras a las que se aludía en el informe de la Comisión que dio origen a esta norma y se abrirá paso a una mayor competitividad en el mercado interior de los servicios. Es de esperar que este efecto llegue, al menos en la regulación de ámbito estatal de rango legal, cuando sea realidad la aprobación de la proyectada *Ley Ómnibus*.

54 El propio CONSEJO DE ESTADO, ha dicho en el *Dictamen 99/2009, de 18 de marzo de 2009, sobre el anteproyecto de Ley sobre Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, p. 21, que la Ley proyectada “no despliega plenamente sus efectos” sobre la normativa afectada.

Por el momento, adelanto que a mi juicio, la Ley Paraguas, abre más incógnitas que resuelve problemas. En las siguientes páginas se apuntarán algunas de ellas.

4.1. De las cuestiones materiales o sustantivas

a. Respecto del contenido esencial de la libertad de empresa

Como se ha visto al mencionar los problemas interpretativos que suscita el art. 38 y el derecho a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado en él contenido, el núcleo de la discusión jurídica es la determinación de cuál sea su contenido esencial. Las aproximaciones que se han hecho son doctrinales, de un lado y jurisprudenciales, de otro. Estas últimas, planteadas *ad casum*, difícilmente alcanzan a ir más allá de la solución al caso concreto.⁵⁵ Las reflexiones doctrinales, de gran calado muchas de ellas, se encuentran con el muro del principio de proporcionalidad, que por su propia naturaleza de nuevo exige respuestas caso por caso.⁵⁶ Sólo para cada supuesto concreto puede alcanzarse la verdadera ponderación de intereses en juego.

La regulación del acceso, ejercicio y en su caso cesación –núcleo del contenido esencial de la libertad de empresa, más allá de las

⁵⁵ Vid. SSTC 225/1993, de 8 de julio, 227/1993, de 9 julio, 192/2003, de 27 de octubre, 112/2006, de 5 de abril, entre otras.

⁵⁶ Vid. MARTÍN-RETORTILLO, S., Derecho Administrativo económico, cit. p. 195.

matizaciones que ha formulado la jurisprudencia constitucional- es objeto de leyes sectoriales, estatales o autonómicas. Únicamente el grupo normativo relativo a las normas de defensa de la competencia –LDC y LCD- contempla los límites a la libre empresa con carácter transversal. Indirectamente, la licencia municipal de actividades (art. 84 LBRL) o las licencias urbanísticas, y autonómicas municipales, inciden en la libertad de ejercicio de actividades económicas con una perspectiva horizontal.⁵⁷ La particularidad de la *Ley Paraguas* reside precisamente en que propone una regulación general y horizontal que afecta al contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, en particular cuando recoge la libertad de acceso de los prestadores (art. 4.1 en el texto del proyecto de Ley), y contempla la autorización para dicho acceso como situación excepcional, autorización que en todo caso no podrá ser discriminatoria por razón de la nacionalidad, tendrá que estar justificada en una razón imperiosa de interés general y deberá haber superado el parámetro de la proporcionalidad; esto es, que no pueda obtenerse la finalidad perseguida por la autorización mediante otros mecanismos menos restrictivos (por ejemplo, una comunicación o una declaración responsable).

57 Esta perspectiva la señala certeramente MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo económico*, cit. p. 196-199. Por su parte GARCÍA ALCORTA menciona las medidas tributarias como limitaciones –que serían también horizontales– a la libertad de empresa, *La limitación de la libertad de empresa...*, cit. pp. 116-118. También habría que añadir el control de las autorizaciones medioambientales, bien es cierto que con un carácter limitado al caso de las actividades industriales susceptibles de provocar efectos contaminantes.

¿Qué supone esta opción del legislador desde la perspectiva de la determinación del contenido esencial del art. 38 CE?

A primer vista, podría pensarse que la incorporación de este régimen –copiado del recogido en la Directiva de Servicios en sus arts. 9.1 y 16.⁵⁸– con carácter explícito y transversal supone una novedad normativa importante, debido a su vocación de aplicación general. Sin embargo, un estudio más detallado obliga a matizar esta primera impresión.

Aunque ciertamente sí es novedad una Ley horizontal que hace mención expresa de los principios de *favor libertatis* y de proporcionalidad, ello no supone una novedad sustantiva.⁵⁹ Dichos principios ya operan y son vinculantes, no sólo en relación con la liber-

58 Sobre el régimen de autorización de establecimiento y de servicios en la Directiva de Servicios, puede verse LINDE PANIAGUA, E., “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la *Directiva relativa a los servicios en el mercado interior*”, *La Directiva relativa a los servicios en el Mercado Interior (La Directiva Bolkestein)*, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, ed. UNED y Colex. Madrid, 2008; FORTES MARTÍN, A., “La libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en el mercado interior bajo el nuevo régimen de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre”, en DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 129-171. También, SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. y VILLAREJO GALENDE, H., “La Directiva de Servicios...”, pp. 59 y ss.

59 En este sentido, comparto con LAGUNA DE PAZ, J.C., “La Directiva de Servicios...”, cit. p. 44 la necesidad que plantea de matizar algunas afirmaciones vertidas acerca de las implicaciones de la Directiva, que hablan de “una nueva relación entre administrador y administrado”. Ciertamente, la novedad no es para tanto.

tad de empresa, sino en relación con la regulación de cualquier otra libertad constitucional.⁶⁰ Es cierto, sin embargo, que su incorporación explícita a una norma con rango de Ley mejorará la seguridad jurídica y el reconocimiento de dichos principios así como la posibilidad de ser alegados como argumento jurídico, respecto de la paradójica situación actual que venía utilizando como argumento “normativo” la mención al art. 6.2 del RSCL. Con todo, insisto, que a mi juicio, este contenido -central en el proyecto de *Ley paraguas*- no aporta materialmente una regulación novedosa, desde la perspectiva constitucional.⁶¹

Como han señalado E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ “la firma del acta única y la entrada en vigor desde el 1 de enero de 1993 del Mercado Único (...) han generado una dinámica nueva a la que el legislador español no ha tenido más remedio que responder adaptando progresivamente nuestro Derecho a esos nuevos requerimientos, lo que, de rechazo, ha venido a pro-

⁶⁰ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo general*, vol. II, ed. Iustel, Madrid, 2004, p. 252. En el mismo sentido, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 7ª ed., 2ª reimp., ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 114-117.

⁶¹ Desde esta perspectiva, es criticable la expresión que se utiliza en la Exposición de Motivos del proyecto de *Ley Paraguas*, en su cuarto párrafo, cuando dice que “la Ley establece como régimen general el de la libertad de acceso a las actividades de servicios y su libre ejercicio...”. Es de esperar que el trámite parlamentario corrija esta expresión. La Ley no puede establecer la libertad, en todo caso reconocer o garantizar la libertad de acceso a las actividades de servicios, que es previa a la Ley, como así lo reconoce el art. 38 CE.

piciar *una mayor sintonía con las exigencias inmanentes al régimen constitucional de libertades*, que ese mismo legislador, privado del acicate comunitario, no ha sabido ver todavía en los sectores no afectados por el proceso de integración”.⁶² Si en algún momento esta cita puede tener sentido, creo que es con ocasión del proceso que se ha puesto en marcha con la transposición de la Directiva de Servicios. Semejante es la situación que años antes había apuntado MARTÍN-RETORTILLO cuando escribía, con relación a la libertad de empresa, que “al amparo del Derecho comunitario (...) se sanciona un creciente y amplio reconocimiento del derecho a la libertad de empresa, por lo que a la libertad de establecimiento se refiere (...) un planteamiento que conduce, consecuentemente a una reciente reducción de las limitaciones y restricciones a las que el citado derecho puede estar sometido”.⁶³ Sin duda, ese anunciado momento ha llegado con la transposición de la Directiva de Servicios.

La segunda matización tiene que ver con el alcance de la “transversalidad”. Es cierto que la proyectada Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio tiene carácter transversal. Es consecuencia del ámbito objetivo de la Directiva de Servicios que transpone y del método de transposición elegido, del que también se ha dado cuenta. El hecho de que el concepto “servicios”

⁶² *Ibidem*, pp. 118-119. El subrayado es mío.

⁶³ *Vid. Derecho Administrativo económico*, cit. p. 203.

tenga –en el art. 50 del TCE y en la Directiva de Servicios- una vocación de concepto-resto,⁶⁴ dota a la norma comunitaria de ese alcance aparentemente general. Sin embargo, las excepciones que la Directiva de Servicios recoge (art. 2.2) y transcribe el proyecto de Ley (también art. 2.2 del proyecto) restan eficacia al alcance de esa transversalidad. LAGUNA DE PAZ se ha referido a este efecto como una *sombra alargada pero estrecha*.⁶⁵

Con todo no deja de ser relevante la elección de un método de regla general con excepciones, pues, más allá de si éstas son muchas o pocas, la regla general prevalece. La cuestión, de todos modos, conecta con la idea anteriormente apuntada: la regla general es la libertad, y la excepción, su restricción. Y lo cierto es que este modelo, *a priori*, tampoco es novedad, y es fruto del modelo constitucional y, ni qué decir tiene, del comunitario.

Dicho lo anterior, no puede negarse el impacto mediático y la influencia que podría llegar a ejercer en un futuro esta Ley, a mi jui-

64 Acerca de la idea de servicio del art. 50 como concepto-resto, *vid.* en este sentido, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.M., “El derecho de establecimiento”, en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.M., *Derecho Comunitario Material*, McGrawHill, Madrid, 2000, p.124. PELLICER destaca el carácter “residual” de esta definición, *vid.* “Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la Unión Europea”, en ILLIESCAS ORTIZ, R. y MOREIRO GONZÁLEZ, C.J., (dirs.) *Derecho Comunitario Económico (Volumen I). Las libertades fundamentales*, Colex, Madrid, 2001, p.163. CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, hablan de “noción supletoria”, en “Mercado único europeo y libertades comunitarias”, en CALVO CARAVACA, L.A. y BLANCO-MORALES LIMONES, *Derecho europeo de la competencia*, Colex, Madrid, 2000.

65 Vid, “La Directiva de Servicios...” cit., pp. 42-51.

cio, más desde la perspectiva del análisis doctrinal, que desde su repercusión práctica. La distinción, graduación y criterio de elección entre las distintas técnicas de intervención administrativa - autorización, comunicación con reserva de oposición, declaración responsable- adquieren un rango “normativo” hasta ahora desconocido en nuestro Derecho.⁶⁶ En este sentido, es cierto que no podrá negarse a la norma paraguas su valor y capacidad para informar otras normas y regulaciones posteriores, así como para impulsar cambios en las ya existentes, no sólo en aquellas que vengan obligadas por la transposición de la Directiva de Servicios, también en otras que opten por este modelo regulatorio ahora explicitado.

b. ¿Intereses generales vs razones imperiosas de interés general?

A mi juicio, la mayor novedad que llega desde la Directiva de Servicios, en este caso, tanto si se incorpora como elemento de la *Ley Paraguas* como si se hubiese optado por una transposición sector por sector, caso por caso, es el concepto de *razón imperiosa de interés general*.

⁶⁶ Este tipo de planteamientos sí se habían incorporado a nuestro derecho con carácter sectorial, por ejemplo, en el caso del Derecho de las comunicaciones electrónicas, como se ha señalado *supra* en nota. Y también en este caso de la mano de la transposición de Derecho comunitario. En este sentido, me remito, entre otros a FUENTETAJA PASTOR, J.A., “Elementos autorizatorios y concesionales en los títulos habilitantes (evolución del modelo comunitario de acceso al mercado de las telecomunicaciones)”, *RAP*, nº 160, 2003, pp. 87-122 y DE LA VEGA, R. y SORIANO GARCÍA, J.E., “Licencias individuales y autorizaciones generales en la nueva Ley General de Telecomunicaciones”, en GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E. (coord.), *Telecomunicaciones, infraestructuras y libre competencia*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 263-304. También, LAGUNA DE PAZ, J.C., *Telecomunicaciones: regulación y mercado*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 99 y ss.

En el modelo conceptual hasta ahora manejado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional a la hora de reflexionar sobre los límites de la libertad de empresa, éstos están en todo caso vinculados o condicionados por los intereses generales.⁶⁷

¿Qué relación existe entre los conceptos de interés general y de razón imperiosa de interés general? ¿Son compatibles? Es evidente que no existiría discusión si los “intereses generales” fuesen los mismos que las “razones imperiosas de interés general”. Ahora bien, desde el momento en el que el criterio definitorio de qué sea razón imperiosa de interés general es que tiene que haber sido reconocida como tal por el Tribunal de Justicia (art. 4.8 Directiva de Servicios), parece claro que esto no será así. Hay que señalar, que el concepto de razón imperiosa de interés general no incluye una lista cerrada.⁶⁸ Por tanto, los Estados miembros podrán alegar razones que según su legislación sean imperiosas de interés general y, llegado el caso, ser avalada tal calificación por el Tribunal de Justicia.

Pero, entre tanto, ¿qué ocurre si el concepto de interés general es más ancho que el de razón imperiosa de interés general?, ¿hasta qué punto puede el concepto de razón imperiosa de interés general restringir las opciones del legislador nacional más allá del marco

67 *Vid.* por todos, NIETO, A., “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en VVAA, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Tomo III*, ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 2185-2253.

68 *Vid.* SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. y VILLAREJO GALENDE, H., “La Directiva de Servicios...”, cit. p. 51.

constitucional determinado por el concepto, más abierto aparentemente, de interés general?

Como expuso NIETO aunque la potestad definidora de los intereses generales corresponde a la Constitución, lo cierto es que ésta “no se ha pronunciado en ningún momento sobre el particular: con ella en la mano nunca podremos saber cuáles son esos intereses generales a los que tan intensamente alude, salvo que acudamos a una “interpretación sistemática” no siempre convincente”.⁶⁹ Por ello, ante el silencio de la Constitución, su determinación le corresponde a la Ley.

En este sentido y desde la perspectiva del control jurisdiccional, se plantea a su vez un nuevo problema: en nuestro sistema constitucional, el juez competente para controlar la adecuación de la Ley a la CE es el Tribunal Constitucional, también cuando la Ley determina y pondera los intereses generales, según el canon de constitucionalidad. Ocurre sin embargo que, en el caso de la interferencia de las razones imperiosas de interés general que puedan alegarse, esta tarea queda en manos, no ya del Tribunal de Justicia, sino además de la justicia ordinaria española que está obligada a aplicar el Derecho comunitario en virtud del principio de primacía.⁷⁰

69 *Vid.* “La Administración sirve con objetividad...”, cit. p. 2247.

70 Sobre el particular, vid. BIBLINIO CAMPOS, P., “La primacía del Derecho comunitario: la perspectiva española”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 3, 2007, p. 2 y ss. También, ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el derecho comunitario: jurisdicciones*

De todos modos y volviendo a la cuestión del conflicto que puede surgir entre el ámbito que abarca el concepto constitucional de interés general y el comunitario de razón imperiosa de interés general estamos, a mi juicio, de nuevo ante un problema más retórico que real.

Así, ¿en qué situación podría surgir el problema? El conflicto surgiría, en el caso de una razón que pudiese ser calificada en el marco constitucional legítimamente como de interés general pero que fuese rechazada como razón imperiosa de interés general por el Tribunal de Justicia.⁷¹ Y, ¿qué razones son susceptibles de ser rechazadas por el Tribunal de Justicia? Un oportuno recorrido por la jurisprudencia comunitaria pone de manifiesto que las razones imperiosas de interés general que han recibido el explícito rechazo del TJCE son aquellas en las que aparece como rasgo común el hecho de tratarse de razones de marcado carácter proteccionista desde el punto de vista de un cierto “nacionalismo económico”.⁷²

constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

71 Esta situación, ya se ha planteado en el caso de la regulación del comercio actualmente vigente. Así lo pusimos de manifiesto, en SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. y VILLAREJO GALENDE, H., (2007) “La Directiva de Servicios...”, cit. p. 70. Por su parte, también lo señala FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “De criterios económicos a urbanísticos y ambientales”, *Revista APD: Asociación para el Progreso de la Dirección*, nº 231, 2008 (Ejemplar dedicado a: La Directiva Bolkestein: Liberalización al servicio del consumidor), pp. 33-35.

72 Así por ejemplo, se rechazó como razón imperiosa de interés general “la protección de empresas nacionales”, como señala la STJCE de 9 de diciembre de 1997, Comisión/Francia, C-265/95, ap. 62 y de 24 de enero de 2002, as. C-164/99, *Portugaie*

Este rechazo no tiene otro fundamento que el pacto entre los Estados miembros que da lugar a los Tratados comunitarios y el propio objetivo de un mercado único y abierto. Esta limitación no es sólo y propiamente comunitaria, es sin duda límite del Derecho interno en la medida en que lo es el Derecho contenido en los Tratados comunitarios. En este sentido afirmaba que el conflicto es más retórico que real,⁷³ porque tras la incorporación del Derecho comunitario es evidente que existen intereses generales vinculados a la protección y defensa de la economía nacional o de ciertos sectores económicos nacionales que han dejado de ser objetivos legítimos en el marco de un mercado único.⁷⁴

Constuções (ap. 26) en relación con la libre circulación de capitales. En relación con la libre prestación de servicios, *vid.* la Sentencia de 5 de junio de 1997, *SETTG*, C-398/95, (ap. 23), así como la de 25 de octubre de 2001, *Finalarte y otros*, aa. C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98 (ap. 39). También fue rechazada la “protección del interés financiero” de un Estado miembro, en la STJCE de 4 de junio de 2002, as. C-367/98, *Comisión/Portugal*, (ap. 52).

73 De hecho, sin necesidad de acudir al marco jurídico comunitario, y de nuevo en el caso de la regulación del comercio, la prevalencia de ciertos intereses sectoriales frente a otros más generales, ha planteado también dudas a la doctrina. En este sentido, *vid.* VILLAREJO GALENDE, H., *Equipamientos comerciales. Entre el urbanismo y la planificación comercial*, ed. Comares, Granada, 2008, p. 417. También TORNOS MAS, J., “La libertad de establecimiento comercial y sus posibles limitaciones”, en TORNOS MAS, J. (coord.), *Grandes establecimientos comerciales. Su ordenación e implantación*, ed. Tecnos-Edicions Universitat de Barcelona, Barcelona, 2000, p. 26.

74 No otro es el fundamento, más allá de las excepciones, de la política comunitaria de ayudas de Estado.

c. Contenido ¿normativo? de la *Ley Paraguas*

Otra de las cuestiones de carácter material que suscita el método de transposición de la Directiva de Servicios mediante una Ley horizontal lo ha planteado el propio Consejo de Estado en su Dictamen al proyecto de Ley.⁷⁵ Se refiere a la naturaleza de una parte importante de las proposiciones contenidas en dicha norma, en las que prevalece su carácter finalista. Aunque este rasgo no es en sí mismo una novedad y, antes al contrario, cada vez es más frecuente encontrar este tipo de contenidos en las Leyes,⁷⁶ lo cierto es que en la *Ley Paraguas* esta característica aparece de modo muy destacado. En el caso de esta futura Ley este rasgo es tan marcado, que el órgano consultivo afirma que muchos de sus preceptos carecen de fuerza normativa inmediata. Expresan principios, fines o valores, con claro carácter programático, pero cuyo contenido se asemeja más a una segunda exposición de motivos o a una Directiva que al contenido que es propio y caracteriza, al menos en teoría, a la Ley. Respecto de algunos de los contenidos de la *Ley Paraguas* –los que anticipan medidas que habrán de adoptar los poderes

⁷⁵ En su *Dictamen 99/2009, de 18 de marzo de 2009, sobre el anteproyecto de Ley sobre Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, p. 20, el Consejo de Estado habla de “distorsiones” como consecuencia de la “peculiar forma de incorporación” del Derecho comunitario.

⁷⁶ Es lo que SANTAMARÍA PASTOR llama “crisis de la imperatividad” de las normas, en sus *Principios de Derecho Administrativo general*, vol. I, ed. Iustel, Madrid, 2004, pp. 151-152.

públicos- llega a decir que su contenido es impropio del articulado de una Ley.⁷⁷

Este rasgo de la Ley trae causa de la estructura y método de la propia Directiva de Servicios. Pero en el caso de esta última, lo propio de su tipo normativo es precisamente contener un conjunto de reglas y principios que, posteriormente, cada Estado miembro adaptará a su correspondiente ordenamiento y que en principio, carecen de eficacia normativa directa,⁷⁸ más allá de la obligación de resultado que recae en los Estados miembros y, en su caso, de la atribución de potestades ejecutivas a la Comisión encomendadas con el objetivo de garantizar el cumplimiento de lo previsto en la Directiva.

4.2. La *Ley Paraguas* en el contexto del sistema normativo

El segundo bloque de cuestiones que suscita el modo en que se ha planteado entre nosotros la transposición de la Directiva tiene

⁷⁷ Sin duda lo es según el criterio expuesto por GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ en relación con la doctrina general relativa al contenido de la Ley, para quienes “no hay Ley por su contenido o su materia sin adoptar forma de Ley (...), ni tampoco forma de Ley que no recubra una Ley en el sentido de su contenido y su eficacia”, *vid. Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 8ª ed., ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 113.

⁷⁸ La situación que se plantea con la doctrina del *efecto directo de las Directivas* no deja de ser una situación anormal y que “ha mutado en cierto modo el régimen originario de estas normas”, como ha manifestado MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La opción comunitaria por el reglamento y sus implicaciones”, en ALONSO MARTÍNEZ, J.M. y HERRERO DE LA FUENTE, A.A. (coord.) *El Tratado de Roma en su cincuenta aniversario (1957-2007). Un balance de la integración europea*, ed. Comares y Instituto de Estudios Europeos/Universidad de

que ver con aspectos formales y competenciales. Los problemas competenciales por sí solos constituyen sobradamente un tema de estudio de la Directiva de Servicios. En esta ocasión, tan sólo apuntaré alguno de ellos, siendo consciente de que merecen un análisis más profundo del que aquí se realiza.

a. ¿Ley básica general?

Antes de abordar directamente la perspectiva competencial, y entre las muchas particularidades que presenta el modo en que se va a transponer la Directiva de Servicios, destaca el papel que el legislador estatal parece que quiere reservar a esta norma –que tiene carácter básico en su totalidad- no sólo como marco para el ejercicio de las competencias de las CCAA que afecten a los servicios, sino también como marco para las leyes estatales vigentes y, significativamente, para las posteriores. De tal modo que, puede decirse, que el carácter básico de la Ley se predica también respecto del resto del ordenamiento estatal.

Así, la *Ley Paraguas*, será una Ley básica general –no sectorial- con respecto a su posición en el marco legislación básica-legislación autonómica (siendo ésta la perspectiva más compleja desde el

⁷⁹ Con esta expresión se resumen las exigencias de no discriminación, justificación en una razón imperiosa de interés general y proporcionalidad, entendida como la opción por la medida menos restrictiva de la libertad a la que aluden los arts. 9.1 y 15.1 de la Directiva de servicios, *vid.* SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. y VILLAREJO GALENDE, H., (2007) “La

punto de vista competencial). Pero será también una Ley básica general en relación con el resto de Leyes estatales sectoriales, como digo, vigentes -así se deduce de sus disposiciones transitoria y derogatoria- y futuras. Al menos esa parece que sea su vocación a la vista de lo previsto en el art. 5.1 del proyecto de la *Ley Paraguas*, que exige que la ley que establezca el régimen de acceso a una actividad de servicios deberá motivar suficientemente el establecimiento de un régimen de autorización, régimen que será excepcional y que deberá cumplir las condiciones del triple test.⁷⁹

¿Es posible hablar de una Ley básica general con vocación de *plus valor* frente a otras leyes estatales sectoriales? ¿Acaso la categoría de “Ley o norma básica” puede ser algo más que un calificativo de las normas estatales en su papel respecto del marco competencial? Insisto, en que ésta es la impresión que se deduce de la lectura del proyecto de Ley sobre libre acceso a los servicios y su ejercicio. De hecho, ello explicaría también su contenido principal o programático.⁸⁰

Existen otras normas básicas estatales en las que quizá pueda también identificarse un efecto semejante; sería el caso de la LBRL, o de la LRJPAC, incluso de la LCSP o de la LGSubv., normas todas

Directiva de Servicios...”, cit. p. 59.

⁸⁰ Conviene, no obstante, no confundir la idea de ley o legislación básica “principal” con el tipo de contenido de las leyes básicas, que son verdaderas normas jurídicas, y como tal perfectamente eficaces y vinculantes. Vid. en este sentido GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho administrativo español*,* 2ª ed. actualizada y ampliada, ed. Eunsa, Pamplona, 1993, p. 1138.

ellas que manifiestan una cierta resistencia a la derogación frente a otras leyes estatales posteriores.⁸¹

En este sentido, la Ley básica que pretende regular el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio extenderá sus principios programáticos sobre los otros poderes públicos, CCAA y EELL, pero también sobre el propio ordenamiento estatal y la Administración General de Estado. Esta situación es, insisto, peculiar. En el caso de la primera dimensión –la competencial⁸²–, la *Ley Paraguas*, por su carácter básico, completará el bloque de la constitucionalidad, pudiendo servir de fundamento para declarar inconstitucional una Ley autonómica posterior que no respete su contenido⁸³ o para desplazar la legislación autonómica ya existente.⁸⁴

Pero, ¿y en el caso de una Ley sectorial estatal posterior que no respete las previsiones reguladoras de la *Ley Paraguas*? Planteado así, un conflicto entre leyes estatales, el único parámetro para el

81 GONZÁLEZ NAVARRO, explica esta situación acudiendo a la explicación de la teoría de sistemas y la identificación de ciertas normas *como normas cabecera de un grupo normativo* (p. 751), una de cuyas consecuencias sería precisamente la de la impenetrabilidad o mayor resistencia a la derogación de ciertas normas en relación con otras del mismo rango posteriores, *vid. Derecho administrativo español*, cit. pp. 759-760.

82 En relación con los problemas que plantea la *Ley Paraguas* desde la perspectiva competencial, me remito al último apartado de este trabajo.

83 *Vid.* art. 162 LOTC. En la medida en que la Ley básica alcanza a delimitar qué es competencia estatal y qué no, y por tanto, abre el espacio para el ejercicio de las potestades autonómicas, en este sentido puede decirse que “completa” el bloque de la constitucionalidad.

84 Sobre el efecto desplazamiento asociado a la legislación básica estatal, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.R. FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, cit., pp. 300-301. El Consejo de Estado ha cuestionado en su Dictamen que sea constitucionalmente posi

Tribunal Constitucional es la propia Constitución, prevaleciendo las reglas de la *lex posterior*, así como la de *lex specialis derogat generalis*. A no ser que lleguemos a la conclusión de que ciertamente la *Ley Paraguas* con su contenido programático, está interpretando el art. 38 CE y delimitando el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa. No se trataría entonces de un conflicto normativo entre Leyes de un mismo subsistema –el estatal- sino propiamente de un conflicto de constitucionalidad en relación con el contenido del art. 38 CE. Pero en este caso, ¿qué papel se reserva la *Ley Paraguas*? Bien sabemos que la Ley ni es ejecución de la Constitución,⁸⁵ ni cabe la posibilidad de leyes meramente interpretativas. Si aceptamos que el contenido de la *Ley Paraguas* delimita con carácter general el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, ¿es una opción legislativa concreta?, ¿existe espacio para otros desarrollos legislativos de contenido diverso?

Lo menos que se puede decir es que la ubicación que pretende tener la *Ley Paraguas* en el contexto del sistema normativo es complicada. De ahí que antes afirmara que esta modalidad de transposición crea, a mi juicio, más incógnitas que resuelve problemas.⁸⁶

ble que la *Ley paraguas* pueda tener como efecto la derogación de las leyes autonómicas, *vid. Dictamen 99/2009*, de 18 de marzo de 2009, cit. p. 48.

⁸⁵ *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.R. FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, cit., p. 113.

⁸⁶ Tanto es así que el Consejo de Estado, y para el caso de la transposición de la Directiva de Servicios por parte del Estado y en el ámbito de sus propias competencias, propone que

b. Apuntes sobre el proceso de transposición de la Directiva de Servicios y sus implicaciones competenciales

Por lo que se refiere a la implicaciones competenciales del proceso de transposición encabezado por el proyecto de Ley Paraguas apuntaré dos consideraciones, una general y otra más concreta.

La transparencia y coordinación con que se han llevado a cabo los trabajos preparatorios para la transposición de la Directiva de Servicios, no asegura no obstante el acierto en las soluciones normativas adoptadas. En particular la opción de impulsar la *Ley Paraguas* como paso previo a las modificaciones concretas y sectoriales, plantea –además de las ya mencionadas– algunas cuestiones complejas desde la perspectiva de la distribución competencial. Es significativo, el hecho de que el Consejo de Estado, en su dictamen al proyecto de Ley sobre Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y a la vista de la complejidad que subyace en la transposición de esta particular norma comunitaria que es la Directiva de Servicios, ha llegado a sugerir la conveniencia de dictar una Ley de armonización, e incluso la posibilidad de completar el proceso

pueda añadirse al anteproyecto que informé –y que coincide con el texto del proyecto que se tramita en las Cortes- una delegación al Gobierno, según lo dispuesto en el art. 82.5 CE, al modo en que ya se hiciera mediante la Ley 47/1985, de 27 de diciembre, con ocasión de nuestra adhesión a la Comunidad Económica Europea, *vid. Dictamen 99/2009, de 18 de marzo de 2009*, cit. p. 47.

mediante una delegación legislativa,⁸⁷ lo que supondría, en el primer caso, una verdadera novedad en nuestro sistema normativo desde el fracasado intento de la LOAPA. No parece, con todo, que esta idea vaya a prosperar.

Al margen de esta sugerencia, hay que destacar que según lo previsto por la disposición final primera del proyecto de Ley Paraguas todo el contenido de la norma tiene carácter básico. Para todo el articulado de la Ley, se menciona como fundamento el art. 149.1.1 y 13, y en el caso de los capítulos II, III, IV y V, además se cita el apartado 18 del art. 149.1.

Aunque el objeto de este trabajo no se centra en las cuestiones competenciales, que, por otro lado, son complejas y requieren de un análisis detallado, pueden hacerse, no obstante, algunos comentarios acerca de los títulos competenciales alegados en el proyecto de *Ley Paraguas*.

Desde la perspectiva de su compatibilidad constitucional, la alusión al art. 149.1.13 como título de atribución de competencia estatal no ofrece particulares dificultades visto el contenido principal y programático del proyecto de Ley. A la luz de la “generosa” interpretación que el TC ha hecho de este título competencial, no pare-

⁸⁷ Vid. Dictamen 99/2009, de 18 de marzo de 2009, sobre el anteproyecto de Ley de Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, p. 48.

ce, en principio, que pueda plantear reservas.⁸⁸ La interpretación constitucional de este número 13, del 149.1 CE, que alude literalmente a “las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”, ha amparado la que se denomina “ordenación general de la economía”, lo que avalaría su invocación por la *Ley Paraguas*.⁸⁹ Así lo ve también el Consejo de Estado, que llega a considerar el art. 149.1.13 el único título competencial que ampararía el carácter básico de la *Ley Paraguas*.⁹⁰ Mayores dificultades plantea la alusión al art. 149.1.1, al menos desde la perspectiva nuevamente de su interpretación por el TC y del rechazo de esta previsión como título como atributivo de competencias estatales.⁹¹ No obstante hay que considerar que la singular naturaleza transversal del proyecto de *Ley Paraguas*, así como su contenido principal y programático que determina un marco general en el que está llamado a desenvolverse el derecho a la libertad de empresa para ciertos servicios, vincula esta regulación con las condiciones básicas de igualdad de todos los españoles y hace que la invocación del

88 Vid. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *Mercado nacional único y Constitución: los artículos 149.1.1 y 139 de la Constitución*, ed. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 108, quien por su parte critica esta interpretación.

89 Vid. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. *ibidem*, p. 111.

90 Vid. *Dictamen 99/2009, de 18 de marzo de 2009*, cit. pp. 50-51.

91 Vid. *Dictamen 99/2009, de 18 de marzo de 2009*, cit. p. 49. Así lo recuerda refiriéndose críticamente a la STC 91/1997, de 20 de marzo, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *Mercado nacional único y Constitución...*, cit. p. 163.

149.1.1 CE resulte oportuna, aunque no lo sea en calidad de título atributivo de competencias.

Más allá de esta consideración general relativa a los títulos competenciales aducidos por el legislador estatal y también, desde el punto de vista competencial aunque con una perspectiva más concreta, particularmente complejo me parece que puede ser el juego que prevén las disposiciones transitoria y derogatoria únicas de la *Ley Paraguas*. Según lo previsto en dichas disposiciones, a partir del 28 de diciembre de 2009, en primer lugar, no podrán tenerse en cuenta los requisitos prohibidos por los órganos competentes encargados de resolver los procedimientos abiertos en esa fecha.⁹² De tal modo, que corresponderá al órgano competente interpretar la norma aplicable para ese procedimiento teniendo en cuenta esta previsión. Por otra parte, en virtud de la disposición derogatoria única, quedarán derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo establecido en la Ley. En particular, y a partir del 28 de diciembre, todas las que resulten incompatibles con los capítulos III y IV (los que transponen el contenido de los capítulos III y IV de la Directiva de Servicios, relativos a la libertad

⁹² Según el texto propuesto en la disposición transitoria única, “los procedimientos de autorizaciones iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esa 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, *estos no se tendrán en cuenta por el órgano competente*”.

de establecimiento y de servicios), así como el art. 17.1⁹³ y los arts. 24 y 25,⁹⁴ incluso en el caso de que no hayan sido objeto de reforma expresa.⁹⁵ ¿Puede el legislador estatal derogar normas autonómicas sectoriales mediante una norma de carácter transversal, general por tanto? No parece que esta solución sea la más respetuosa con el marco competencial constitucional.⁹⁶ Y sin embargo, hay que contemplar el hecho de que de no producirse la transposición de la Directiva de Servicios en la fecha prevista en la misma, cabría la posibilidad en algunos supuestos –significativamente en el caso de regulaciones autonómicas sectoriales que contengan, por ejemplo, requisitos prohibidos de los previstos en el art. 14 de la Directiva– de que, planteado un conflicto ante la jurisdicción ordinaria ésta pueda inaplicar el Derecho autonómico en virtud del principio de primacía de Derecho comunitario y del posible efecto directo de la Directiva de Servicios.

93 El art. 17.1 del proyecto de la *Ley Paraguas* establece que “las Administraciones Públicas revisarán los procedimientos y trámites aplicables al establecimiento y la prestación de servicios con el objeto de impulsar su simplificación”. Este precepto por sí mismo no contiene un mandato lo suficientemente explícito como para entrar en conflicto con una norma, por lo que no parece razonable que pueda producir un efecto derogatorio directo si no media un desarrollo normativo más concreto.

94 En este caso se trata de los artículos que hacen referencia a las comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas y las actividades multidisciplinares. Éstas, llegado el caso, sí podrían llegar a entrar en conflicto con regulaciones, pudiendo quedar derogadas.

95 Podría decirse que con estas dos cláusulas, el legislador español obtendría, al menos en teoría, un resultado legal de verdadera transposición, en particular por la cláusula derogatoria. Otra cosa es la dificultad de interpretar el alcance de estas disposiciones y la inseguridad jurídica que podría provocar tanto para el aplicador de las normas –Administraciones y jueces o tribunales– como para sus destinatarios.

96 *Vid. Dictamen 99/2009, de 18 de marzo de 2009, cit. p. 46*

En definitiva, la transposición de la Directiva de Servicios reabre alguno de los interrogantes que plantea la asunción del Derecho comunitario; en particular, la interferencia del principio de primacía en nuestro sistema constitucional, tanto en relación con alguno de sus aspectos materiales - por ejemplo, su repercusión en la comprensión de la libertad de empresa - como en aspectos estructurales de nuestro sistema de fuentes.

El régimen de autorizaciones en la Directiva de Servicios: ¿Hacia un nuevo Derecho Administrativo?

1. Antecedentes y características de la Directiva de Servicios en el mercado interior

La Directiva 2006/123/CE de Servicios en el Mercado Interior (en adelante DS), hija de la estrategia de Lisboa,¹ se elabora por

* Nacida en Las Palmas de Gran Canaria, es licenciada en derecho y diplomada en ciencias empresariales. Desde el año 2003 es miembro del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado. Inicia su carrera como funcionaria en la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación en 2004 de donde pasa a la Dirección General de Política Comercial del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en la que dirige la Subdirección General de Comercio Interior desde mayo de 2007. Integrante del Grupo de Expertos Nacionales para la transposición de la Directiva de Servicios en la Comisión Europea e interlocutor único del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio para la Directiva de Servicios en el Grupo de Trabajo creado por el Ministerio de Economía y Hacienda en 2007, ha participado activamente en la redacción de la Ley Paraguas y en la reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista para su adaptación a la norma europea.

1 En este sentido, PAREJO ALFONSO, LUCIANO, "La desregulación de los servicios con

la Comisión Europea con el objeto de alcanzar un verdadero mercado de servicios eliminando todas aquellas barreras y trabas administrativas injustificadas existentes en los diferentes Estados Miembros. Lo que sin duda no podía prever la Comisión, era que esta norma iba a convertirse en una de las Directivas más controvertidas y polémicas del Derecho Comunitario reciente y que irremediablemente pasará a la historia con el nombre de su Comisario proponente, Fritz Bolkestein.

Cabe preguntarse cuáles son los motivos que la han convertido en la norma más contestada del panorama europeo, y que tuvo como reacción movilizaciones de sindicatos y trabajadores en muchos de los Estados Miembros o el veto de la ciudadanía francesa y holandesa en sus referenda a la Constitución Europea.

Parece que tanto el principio del país de origen como los riesgos del dumping social que comportaban las primeras redacciones de propuesta de Directiva eran las responsables, aunque el texto aprobado por el Parlamento Europeo (en adelante PE) el 28 de diciembre de 2006, poco tiene que ver con el ambicioso texto inicial al haber sufrido modificaciones sustanciales fruto del largo proceso de tramitación.²

motivo de la Directiva Bolkestein”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Nº 6. 2009. pág 34. Editorial Iustel.

² Así, en el artículo “The services directive proposal: Striking a balance between the promotion of internal market and preserving the European Social model?” del nº 43 (2006) de la *Common Market Review*, se decía que “Las enmiendas del Parlamento Europeo

En cualquier caso, y pese a la evidente “descafeinización” del texto original, la DS sigue siendo una norma atípica y novedosa, no tanto por su contenido jurídico que escasamente innova el conjunto del Derecho Comunitario, sino por el enfoque, metodología, obligaciones de resultado y proceso de transposición que lleva aparejados.

Así las cosas, cabría afirmar las siguientes características de la DS:

1.- Introduce un enfoque de carácter horizontal, hasta ahora desconocido en el Derecho Comunitario, que siempre había preferido una coordinación de las legislaciones en materia de libertad de prestación de servicios y de libertad de establecimiento de carácter sectorial.³

2.- Positivación o normativización de la consolidada jurisprudencia del TJUE que a través de numerosas sentencias ha ido configurando el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios.

3.- Complejo proceso de transposición, que se refleja tanto en el plazo establecido para la incorporación de la norma a los orde-

transformaron la propuesta inicial de la Directiva Bolkestein en un queso suizo, con más agujeros que sustancia”. (Pág.309).

³ Al respecto, véase, SALVADOR ARMENDARIZ, M^a AMPARO y VILLAREJO GALENDE, HELENA, en su trabajo “La Directiva de Servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra”. *Revista Jurídica de Navarra*, n^o 44, 2007, pág.9.

namientos de los Estados Miembros, como en el seguimiento y monitorización que del proceso de implementación se está llevando a cabo por la Comisión Europea.⁴

4.- Exigencias de obligaciones de resultado, además de las adopciones normativas necesarias, y que se concretan en la puesta en marcha de una ventanilla única, la telematización y simplificación de los procedimientos y la cooperación administrativa obligatoria.

5.- La aparición de un método de evaluación recíproca para analizar los resultados de transposición, en la que los veintisiete Estados Miembros junto con la Comisión se pronunciarán sobre los trabajos hechos por todos los países de la Unión.

No obstante lo anterior la DS, y desde un punto de vista estrictamente jurídico, tan solo introduce novedades en los siguientes aspectos:

⁴ Esta Directiva, además de incorporarse por parte de los Estados Miembros en un plazo de tres años, plazo de por sí más amplio que los dos años de rigor a los que estamos acostumbrados en otras normas del mismo carácter, ha contado con un especial seguimiento por parte de la Comisión Europea que consciente de la especial complejidad de la tarea ha colaborado activamente con los Estados Miembros en su implementación a través de la realización de reuniones periódicas en Bruselas, la elaboración de una guía de implementación de la DS y la asistencia bilateral y periódica a aquellos Estados Miembros que así lo desearan.

1.- La obligación de las autoridades de los Estados Miembros de establecer unos puntos únicos de contacto con los que relacionarse con los prestadores de servicios.

2.- La obligación de poder completar todos los procedimientos y formalidades necesarios de forma electrónica.

3.- La obligación de informar a los extranjeros sobre las posibilidades de reclamación contra prestadores de servicios.

4.- La abolición de la prohibición de comunicaciones comerciales en determinadas profesiones.

2. El régimen de autorizaciones en la Directiva de Servicios

Analizados brevemente los antecedentes y características de la DS, procede ahora centrarse en el objeto de este artículo y uno de los elementos claves de la norma, la libertad de establecimiento y los preceptos que lo desarrollan (arts. 9 a 15 de la Directiva). Son estos preceptos los que establecen un nuevo régimen de autorizaciones comunitario y someten a examen nuestro sistema de policía administrativa basada en la autorización previa.⁵

⁵ Vid. E. LINDE PANIAGUA, "Notas sobre el objeto, ámbito y reglas de aplicación de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 14, 2008. Págs. 35 -46 y PAREJO ALFONSO, LUCIANO, op.cit. pág. 35.

La principal conclusión que se desprende del artículo 9 de la Directiva es que la autorización administrativa, como requisito de acceso a la prestación de servicios, debe ser la excepción y no la regla, y aunque no impide someter a autorización administrativa previa el ejercicio de una actividad de servicios como puede ser el comercio, el turismo, la industria o las labores de prestación de servicios a empresas de energía, viene a fijar taxativamente las condiciones que justificarían la existencia de un régimen de autorizaciones.

Entendiendo por autorizaciones de acuerdo con el considerando 39 un concepto amplio y entre los que se encuentran, los procedimientos administrativos de concesión de autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones, pero también la obligación de estar inscrito en un colegio profesional en un registro, en una lista oficial o una base de datos, estar concertado con un determinado organismo o de obtener un carné profesional.

2.1 Condiciones para la sujeción a autorización

En efecto, la DS (Art. 9.1) establece que los Estados Miembros sólo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones o se verifique el denominado “triple test”:⁶

6 Vid por todos, SALVADOR ARMENDARIZ, M^a AMPARO y VILLAREJO GALENDE, HELENA, *op.cit.*, pág. 15.

1.- Que el régimen establecido no sea discriminatorio para el prestador,

2.- que la necesidad de establecer un régimen de autorización esté justificada por una razón imperiosa de interés general, y

3.- que el objetivo perseguido no pueda conseguirse mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque el control *a posteriori* se produciría demasiado tarde para ser eficaz.

Sentado lo anterior, vamos a ir analizando cada uno de estos requisitos y su significado:

1.- No discriminación:

De acuerdo con este criterio se proscribe por la DS tanto la discriminación expresa como el hecho de que una norma de forma indirecta favorezca a determinados operadores nacionales en perjuicio de los operadores provenientes de otros Estados.

De hecho, el TJCE en el asunto C-353/89, señala que para que exista discriminación no es necesario que todas las empresas de un Estado miembro resulten favorecidas en relación con las empresas extranjeras, sino que “basta con que el régimen preferente establecido beneficie a un prestador de servicios nacional”.

2.- Justificado por una razón imperiosa de interés general:

Para que una actividad de servicios pueda sujetarse a un sistema de autorización previa, hace falta la concurrencia de “una razón imperiosa de interés general”, es decir, debe haber un bien jurídico digno y susceptible de protección que por su entidad pueda entrar en colisión con el principio de libertad de establecimiento haciéndolo decaer.

Se produce así un conflicto entre dos bienes jurídicos: la libertad de establecimiento y otro interés general susceptible de protección. Como contempla el propio Tratado de la Unión Europea, y ha entendido la jurisprudencia del TJCE, orden público, seguridad pública y salud pública habilitan a los Estados para adoptar un esquema de supervisión administrativa que permita conciliar y arbitrar la defensa de estos intereses contrapuestos.

Una de las principales incertidumbres que planteaba en sus inicios la propuesta de Directiva era la indefinición de este concepto jurídico indeterminado: la razón imperiosa de interés general.

La versión inicial presentada por la Comisión sólo contemplaba los supuestos expresamente recogidos en el Tratado de la Unión Europea: orden público, seguridad pública y salud pública; sin embargo, no podía limitarse su contenido a estos únicos elementos debido a la posterior concreción de estos principios que la jurisprudencia del TJCE, en el análisis de las cuestiones controvertidas,

había ido ampliando a otros supuestos como los de carácter social, protección de los destinatarios de los servicios, protección del consumidor, de los trabajadores, del bienestar animal, la prevención de fraudes, la prevención de la competencia desleal, la protección del medio ambiente y el entorno urbano, la protección de los acreedores, la política cultural, la conservación del patrimonio nacional histórico y artístico, etc.

De hecho, el propio considerando número 40 de la DS hace referencia a estas y otras razones imperiosas de interés general y reconoce que la Jurisprudencia del TJCE puede seguir evolucionando en este sentido ampliando el completo catálogo anterior.

No obstante, y aunque el concepto de razón imperiosa de interés general puede seguir evolucionando, el Tribunal de Justicia de la UE ha sentado ciertas bases para la utilización de estas nuevas acepciones de la razón imperiosa de interés general. Entre ellas, hemos de destacar que, entre los intereses contemplados en el artículo 36 del TCE, no pueden considerarse intereses de naturaleza económica. En efecto, tal y como se ha afirmado en sentencias posteriores, los objetivos de naturaleza económica no pueden constituir una razón de interés general, que justifique una restricción de una libertad general garantizada por el Tratado.⁷

7 DEL PINO GONZÁLEZ, AURELIO, "La nueva Directiva de Servicios y sus repercusiones en la ordenación de la distribución comercial" *Distribución y Consumo*. n° 94, 2007. Págs. 31 y ss.

3.- Proporcionalidad:

Este criterio hace referencia a que el procedimiento de autorización que se diseñe tiene que reunir determinadas características que permitan afirmar que es proporcionado a la defensa del interés jurídico en conflicto.

El artículo 9.1 c) lo establece muy claramente: “El objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva. En concreto, porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz”.

El principio de proporcionalidad establece que la aplicación de las normas nacionales de otros Estados Miembros, ya sean éstos prestadores de servicios, trabajadores, etc. sea adecuada para la realización de los objetivos que persiguen y no vayan más allá de lo necesario para alcanzar tales objetivos. Esto es, el principio de proporcionalidad debe encuadrarse dentro del principio de respeto al Derecho, pues garantiza la idea de equilibrio, de equidad y de moderación que es esencial al mismo.

Si bien se incorpora por primera vez este principio a un texto normativo, era de aplicación a la actuación de las Administraciones ya con anterioridad, por mor de la jurisprudencia del TJCE. Así, en relación a los procedimientos de licitación, dicho Tribunal ha establecido la obligación de no arbitrariedad de las condiciones y la obligación de que sean públicas a priori en el asunto C-331/04, entre otros.

Sea como fuere, la aplicación del principio de proporcionalidad requiere, de acuerdo con la doctrina, tres controles sucesivos con el objeto de establecer la compatibilidad de la regulación con el mismo.

La primera comprobación sería la verificación de la adecuación de la medida, que busca establecer que una medida restrictiva no sea inadecuada o inútil para el objetivo legítimo que persigue.

El segundo control sería la verificación de la necesidad de la intervención, verificación a través de la cual se busca determinar que no se imponga un sacrificio innecesario, en este caso, de la libertad de establecimiento por existir alternativas menos gravosas susceptibles de satisfacer el objetivo legítimo pretendido con igual efectividad.

La tercera y última prueba sería la verificación de la proporcionalidad en sentido propio que busca determinar que la medida no genere más perjuicios que beneficios al conjunto de intereses presentes.⁸

Dicho esto, posiblemente una correcta comprensión y aplicación de este principio sea la clave del desarrollo e implementación

⁸ Al respecto, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, TOMÁS, “¿Quo Vadis Bolkestein? ¿Armonización o desregulación? *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 22/2007. Editorial Aranzadi. Págs. 15 y ss.

de la DS puesto que los Estados Miembros, tanto para los sistemas de autorización existentes que quieran seguir manteniendo como para los nuevos sistemas de autorización que quieran diseñar, deben de realizar este “test” o prueba de proporcionalidad. Es decir, hace falta plantear las distintas alternativas de actuación administrativa y sus consecuencias, tanto de carácter económico como social y sus efectos, tanto en la protección del bien jurídico que se pretende defender, como en las restricciones que puede implicar a la libertad de establecimiento. De entre todas las alternativas analizadas, y como ya se dijo anteriormente, únicamente podrán escogerse aquellas que supongan un equilibrio entre los dos bienes en conflicto y que constituyan las menos gravosas y eficaces para el fin que se persigue. Sólo de esta forma y bajo una aplicación estricta y rigurosa de este principio podrá conseguirse una correcta transposición de la DS a nuestro ordenamiento.

El Estado en “un proceso interno de verificación” debe asegurarse de que concurren los tres requisitos anteriores y evaluar su procedencia de acuerdo con el artículo 39.1.a de la DS.⁹

⁹ Expresión de FORTES MARTÍN, ANTONIO. “La libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en el mercado interior bajo el nuevo régimen de la Directiva 2006/123 de 12 de diciembre.” en VVAA, *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*. Editorial Marcial Pons. 2009, Pág.147.

2.2 Características de los regímenes de autorización

Pero la regulación comunitaria del régimen de autorización no queda aquí y además de lo establecido en el artículo 9, el artículo 10 viene a establecer las condiciones para la concesión de la autorización y precisa 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 ejerza de forma arbitraria o discrecional”, y concreta el ejercicio de las competencias administrativas a través de las características que deben reunir estos regímenes:

- ser precisos e inequívocos;
- ser objetivos;
- ser hechos públicos con antelación;
- ser transparentes y accesibles.

Todo esto no viene a añadir gran cosa a nuestro ordenamiento jurídico, puesto que éstas ya son condiciones que desde hace tiempo cumplen nuestros procedimientos y que están consagrados en nuestra Constitución y en leyes como la Ley del Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, como consecuencia de nuestra tradición jurídico administrativa. En cualquier caso, la DS lo que hace es estrechar considerablemente el margen de discrecionalidad de las Administraciones Públicas, de tal forma y manera que los eventuales prestadores de servicios puedan conocer prácticamente de antemano cuáles son las reglas aplicables y si tienen

posibilidad de que la autorización le sea concedida a la vista del procedimiento.

No obstante, y como novedad, estos regímenes de autorización en la medida de lo posible deben adaptarse a los siguientes elementos:

1.- Las condiciones de concesión de una autorización para un nuevo establecimiento no deberán dar lugar a solapamientos con los requisitos y controles equivalentes o comparables en lo esencial por su finalidad a los que ya esté sometido el prestador en otro Estado miembro o en el mismo Estado miembro. Esto significa que la autoridad competente, al aplicar los requisitos nacionales, ha de tener en cuenta los requisitos equivalentes, o esencialmente comparables, que hayan sido cumplidos previamente por el prestador de servicios. Para garantizar el cumplimiento efectivo del artículo 10, apartado 3, los Estados Miembros deberán imponer a las autoridades competentes la obligación tajante de tener en cuenta los requisitos equivalentes satisfechos con anterioridad en otros Estados Miembros.

2.- La limitación de la vigencia de las autorizaciones es otro aspecto que entorpece el ejercicio de las actividades de servicios, ya que puede impedir que los prestadores desarrollen una estrategia a largo plazo, incluso en lo que atañe a las inversiones, y en términos generales puede introducir un elemento de inseguridad en la actividad empresarial. Por ese motivo, una vez que el prestador ha

demostrado que cumple los requisitos, no existe necesidad en general de limitar la autorización en el tiempo. Así, en el artículo 11 se dispone que la autorización deberá concederse en general por un período ilimitado. Esto no obsta a la facultad por parte de los Estados Miembros de revocar una autorización cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones de idoneidad para la prestación del servicio.

3.- La autorización deberá permitir al prestador acceder a la actividad de servicios o ejercerla en la totalidad del territorio nacional, incluida la creación de agencias, sucursales, filiales u oficinas, salvo que haya una razón imperiosa de interés general que justifique una autorización individual para cada establecimiento o una autorización que se limite a una parte específica del territorio nacional. Las autorizaciones específicas singulares para un establecimiento estarán justificadas, normalmente, en los casos en que estén vinculadas a una infraestructura física, dada la necesidad de una evaluación individual de la instalación y sus efectos.

La autorización deberá concederse una vez se hayan examinado las condiciones para obtenerla y se haya demostrado que se cumplen.

4.- Salvo en aquellos casos en los que se haya concedido autorización, las otras respuestas de las autoridades competentes, así como la denegación o la retirada de la autorización, deberán ser motivadas, e impugnables mediante un recurso judicial.

Además de las condiciones de ejercicio de los artículos 10 y 11, la Directiva va más allá en la concreción detallando una serie de requisitos que deben reputarse como prohibidos en cualquier caso (artículo 14, lista negra) y otros que, en el caso de querer mantenerse deben de someterse al procedimiento de evaluación antes indicado (artículo 15, lista gris).

2.3 Requisitos prohibidos o lista negra

Entre los requisitos que la Directiva considera prohibidos en todo caso, y que conforman la antes citada lista negra se encuentran:

- 1.- *“La discriminación directa o indirecta en razón de la nacionalidad para las personas físicas”;*
- 2.- *“Discriminación directa o indirecta en razón al domicilio para las personas jurídicas”;*
- 3.- *“Prohibición de estar establecido en varios Estados Miembros”;*
- 4.- *“Prohibición de estar inscrito en registros, colegios o asociaciones de varios Estados Miembros”;*
- 5.- *“Limitaciones en la libertad del interesado para elegir el establecimiento principal o secundario, la forma de los mismos o que el establecimiento principal esté en territorio nacional”;*

6.- *“Aplicación, caso por caso, de una prueba económica consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre 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 fijados por la autoridad competente”;*

El Parlamento en relación a este punto aclaró que “esta prohibición no se refiere a los requisitos de planificación que no persiguen fines económicos, sino que están al servicio de razones imperiosas de interés general”, es decir los planes de ordenación del comercio podrían basarse en razones urbanísticas o medioambientales, pero no en una planificación económica que fijara la oferta del sector e impidiera la entrada de nuevos competidores.

En el considerando 32 se precisa que “la prohibición de pruebas económicas como condición previa para la concesión de una autorización se aplica a las pruebas económicas como tales y no a los demás requisitos justificados objetivamente por razones imperiosas de interés general, como los objetivos de la protección del entorno urbano y de política social y salud pública”. De esta manera, como señala este propio considerando la única evaluación económica que resultaría compatible sería la efectuada por “las autoridades encargadas de la aplicación del Derecho de la competencia”. En este sentido podría entenderse que los informes de la Comisión Nacional de Competencia y de sus homólogos autonómicos serían la única

vía para introducir la variable económica dentro del proceso de autorización.

7.- "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, con excepción de los colegios profesionales y de las asociaciones y organismos que actúen como autoridad competente";

También en torno a este aspecto el PE aceptó una enmienda que precisa *"esta prohibición no se refiere a la consulta de organismos como las cámaras de comercio o los interlocutores sociales sobre asuntos distintos a las solicitudes de autorización"*. Sin embargo, de este texto no se desprende que las Cámaras participen en la valoración de proyectos singulares.

En cualquier caso, queda claro que no se impide a los Estados Miembros que mantengan sistemas en los que se contemplen la participación y la consulta de posibles competidores respecto a asuntos distintos de los casos individuales. Tal sería el caso, por ejemplo, de las consultas con representantes empresariales realizadas por autoridades públicas en los trabajos preparatorios de la elaboración de normas generales en materia urbanística o iniciativas similares.

8.- "Obligación de constituir o participar en avales o suscribir seguros con un organismo establecido en territorio nacional, lo que no

excluye que se exija a los operadores garantías aseguradoras o financieras, ni requisitos relacionados con la participación en fondos colectivos de compensación, como puede ser el caso de los seguros o fondos de los colegios profesionales u organizaciones profesionales”;

9.- *“Obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un periodo determinado en registros nacionales o haber ejercido la profesión previamente”.*

2.4 Requisitos a evaluar o lista gris

El artículo 15 enumera, de otra parte, una serie de criterios que pueden figurar en los regímenes de autorización administrativa, pero que sólo pueden ser aplicables si, tras la evaluación del Estado miembro se demuestra que obedecen a la defensa de una razón imperiosa de interés general, son no discriminatorios y proporcionales.

Estos elementos configuran la denominada lista gris y son los relativos a:

- 1.- Límites cuantitativos o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores;
- 2.- prohibiciones de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional;

- 3.- obligación de que el prestador realice, junto con su servicio, otros servicios específicos;
- 4.- requisitos que obliguen a tener un número mínimo de empleados;
- 5.- poseer un determinado capital social;
- 6.- establecer un régimen tarifario;
- 7.- reserva de actividades a determinados prestadores.

Además de lo anterior, el artículo 15, apartado 6, prohíbe a los Estados miembros que, a partir de la entrada en vigor de la Directiva (28 de diciembre de 2006), introduzcan nuevos requisitos de este tipo salvo que tales requisitos sean no discriminatorios, estén justificados por una razón imperiosa de interés general y sean proporcionados. Para reforzar la transparencia normativa y la seguridad jurídica para los prestadores de servicios, tales requisitos habrán de ser notificados a la Comisión. Si existe alguna duda acerca de su conformidad, parece recomendable que los Estados miembros lo notifiquen antes de su aprobación formal. En cualquier caso, la notificación no les impedirá adoptar las disposiciones en cuestión.

En relación con lo anterior, y pese a que los Estados miembros no están obligados a garantizar la ejecución antes de que el perío-

do de ésta haya expirado, el TJCE ha declarado que, durante dicho período, deben abstenerse de adoptar cualquier medida que pueda poner en peligro gravemente el resultado prescrito por la Directiva.¹⁰

Este principio que pudiéramos llamar de cooperación o lealtad institucional a la UE se basa en el artículo 10 del Tratado CE, según el cual los Estados miembros tienen la obligación de facilitar la culminación de las tareas comunitarias y de abstenerse de adoptar cualquier medida que pueda poner en peligro el logro de los objetivos del Tratado CE.

2.5 Principios que han de regir el procedimiento de autorización

Por último, y para cerrar el apartado relativo al nuevo régimen de autorizaciones de la DS, debemos detenernos a analizar de forma sucinta los caracteres básicos del procedimiento por el que se establezca la autorización y que se recogen en el artículo 13 de la Directiva.

Estos caracteres básicos no son otros que:

- 1.- el principio de legalidad;
- 2.- el principio de claridad;
- 3.- los principios de objetividad e imparcialidad;

¹⁰ Véase la Sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 1997, *Interenvironmet-Wallonie*, asunto C129 /96 apartado 45.

El régimen de autorizaciones en la Directiva de Servicios: ¿Hacia un nuevo Derecho Administrativo?

- 4.- el carácter no disuasorio del mismo;
- 5.- gastos razonables y proporcionados;
- 6.- fijación de la duración del procedimiento y eficiencia administrativa;
- 7.- la instauración del silencio positivo con limitaciones;
- 8.- obligación de acuse de recibo de la solicitud de autorización.

De estos principios que recoge el artículo 13 conviene destacar que la gran mayoría forman ya parte de nuestro ordenamiento y tradición jurídica a través de la Constitución y el Derecho Administrativo, como son los de legalidad, imparcialidad, objetividad, etc.; otros se recogen tan solo de forma parcial, como la instauración del silencio positivo como regla general y no como excepción o el acuse de recibo de la solicitud de autorización; y, finalmente, habrá otro grupo de reglas que habrá que introducir con carácter expreso en nuestro ordenamiento jurídico, como son el coste razonable y proporcionado del procedimiento, la simplificación o carácter no disuasorio de los mismos como elementos clave de la eficiencia administrativa.¹¹

La transposición de estos elementos a nuestro régimen autorizatorio, supondrán en definitiva, un cambio importante de mentalidad en el modo de concebir la relación entre los poderes públicos y los ciudadanos, que ya se viera reforzada en su día con la reforma

¹¹ Nuevamente, LINDE PANIAGUA, E; *op cit.*; Págs. 95 y ss, recuerda la necesidad de introducir estos nuevos principios en nuestro ordenamiento.

que de la Ley del Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común se hiciera con la Ley 4/1999 de 13 de enero, pero que ahora va todavía un paso más allá al convertirse el ciudadano o prestador de servicios en el núcleo central de cualquier procedimiento administrativo.¹²

3. Consecuencias del nuevo régimen de autorización

Llegados a este punto, vistas y analizadas las consecuencias de la nueva regulación comunitaria, cabe afirmar que la DS nos impone una exhaustiva y profunda revisión de nuestro sistema de autorizaciones de carácter previo y que parte de los iusadministrativistas han visto como una liquidación del sistema autoritativo clásico.¹³

No obstante, y pese a que la mayor parte del contenido de la Directiva ya fuese Derecho aplicable a través de los Tratados fundacionales y por vía jurisprudencial, estos nuevos principios aplicables al sistema de autorizaciones van a suponer un esfuerzo de los tres niveles de la Administración para identificar, evaluar y modificar en su caso la normativa afectada y que comprende un catálogo de lo más amplio, ya que afecta a sectores tan distintos como el

12 En este sentido, SALVADOR ARMENDARIZ, M^a AMPARO y VILLAREJO GALENDE, HELENA, *op.cit.*, Pág. 18 y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, "Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo." 2007, *Revista Española de Derecho Europeo*, n^o 22, Págs. 189-197.

13 Una vez más, LINDE PANIAGUA, E., *op.cit.*, Pág. 89 y PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *op.cit.*, Pág.35 y ss.

turismo, la industria, la agricultura, el medio ambiente o el comercio, entre otros.

Para emprender esta ardua e ingente tarea, desde el Ministerio de Economía y Hacienda, como departamento responsable de la transposición de la DS, se procede a la creación a través de la Comisión Delegada de Asuntos Económicos de un Grupo de Trabajo Interministerial para la Transposición de la Directiva de Servicios (en adelante GTDS).¹⁴

Este grupo tiene como mandato:

- 1.- el impulso de la transposición de la DS,
- 2.- propiciar la coordinación entre los Ministerios competentes, y
- 3.- elaborar un programa de trabajo detallado.

Este programa de trabajo, fue elaborado durante el año 2007, y contempla un esquema de coordinación entre todas las Administraciones afectadas que consiste básicamente en un enfoque sectorial reforzado por una coordinación horizontal a través de una red de interlocutores únicos en los Ministerios y las CCAA.

Parte de ese programa de trabajo se centra en la transposición normativa como una de las líneas de actuación y que, a su vez, hubo que dividir en tres fases para ser llevado a cabo, y que son:

¹⁴ Para más información sobre la transposición de la DS en España ver www.meh.es, área temática especial relativa a la transposición de la Directiva de Servicios.

- 1.- la fase de identificación de la normativa potencialmente afectada,
- 2.- la fase de evaluación de la normativa afectada, en la que se verifica su compatibilidad con la Directiva y para lo que se ha utilizado la herramienta informática SIENA, y
- 3.- la fase de modificación normativa para adaptarse plenamente a los postulados de Europa.

Como resultado de estas tres fases, y a nivel estatal, ha sido necesaria la adopción de distintos instrumentos normativos que en la actualidad se encuentran ya en una fase avanzada de tramitación:

- 1.- La adopción de la Ley sobre libre acceso a actividades de servicios y su ejercicio, más conocida como Ley Paraguas, con un enfoque horizontal que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico con una vocación de permanencia los principios consagrados por la DS;
- 2.- la Ley de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley Paraguas, más conocida también por Ley Ómnibus, y cuyo contenido se centra en las modificaciones concretas de 47 leyes estatales específicas y sectoriales que se veían afectadas por la DS, y que elimina completamente 16 regímenes de autorización, modifica otros 32 para hacerlos menos gravosos y suprime 111 requisitos prohibidos por la DS, y

3.- la reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, que por su entidad y peso en el sector servicios así como por su trascendencia pública, ha requerido de una modificación separada de las anteriores.

A estas tres les seguirá con posterioridad la modificación de la normativa reglamentaria que también se prepara en la actualidad en los departamentos ministeriales y que estima la modificación de unos 116 reglamentos.

El mismo esquema de revisión y adaptación estatal, se está siguiendo de forma prácticamente idéntica y casi en paralelo por parte de las CCAA, a la vez que también se avanza con la Federación Española de Municipios y Provincias y el Ministerio de Política Territorial, la adaptación de la normativa municipal.

A la vista de los trabajos anteriores, cabría calificar la labor de revisión de nuestro ordenamiento jurídico impuesto por la DS, como una labor sin precedentes en la historia de nuestras Administraciones Públicas y cuyo correlato encontramos en la elaboración de esas normas anteriormente citadas.

4. Conclusiones: hacia un nuevo derecho administrativo

Finalmente, y a la vista de lo anteriormente expuesto, cabe afirmar que la DS abre las puertas que nos conducen hacia un nuevo

Derecho Administrativo, introduciendo sustanciales cambios normativos, administrativos y en la relación con los ciudadanos.¹⁵

Cambios normativos, en la medida que los controles administrativos previos que contienen todas nuestras normas deben ser sustituidos por sistemas de controles posteriores (comunicaciones o notificaciones, declaraciones responsables, entre otros) y que lógicamente deberán comportar un endurecimiento de los regímenes sancionadores para asegurar su cumplimiento.

Cambios de cultura administrativa, con el objeto de preparar y formar a los empleados de las Administraciones Públicas para un nuevo sistema basado en la confianza y madurez del ciudadano o prestador en relación al acceso y ejercicio de la actividad de los servicios, sustituyendo los exhaustivos controles “ex ante” a los que estábamos acostumbrados por una vigilancia continua y “ex post” de los prestadores por parte de la inspección.

Cambios en los operadores y prestadores de servicios, que en mayor medida, soportarán controles posteriores al simplificarse sus condiciones de acceso al ejercicio de la actividad de servicios y que exigirá una auto verificación inicial por parte de los mismos de sus

15 Al respecto, LINDE PANIAGUA, ENRIQUE, *op. cit.*, Págs. 88 y 89 y PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *op. cit.*, Págs. 35 y ss.

El régimen de autorizaciones en la Directiva de Servicios: ¿Hacia un nuevo Derecho Administrativo?

cualidades con el objeto de saber si están en condiciones de comenzar o iniciar una actividad.

Así las cosas, y como reflexión última, no nos queda más que convenir con parte de la doctrina científica¹⁶ en que la DS supone una comunitarización plena de un ámbito de nuestro Derecho interno, en concreto el Derecho administrativo general, lo que nos convierte en testigos de excepción del fenómeno de la *vis* atractiva del Derecho comunitario.¹⁷

¹⁶ Vid. LINDE PANIAGUA, ENRIQUE, *op.cit.*, PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *op.cit.*; FORTES MARTIN, ANTONIO, *op.cit.*, Págs. 141 y 142.

¹⁷ Vid. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo I, 2ª edición, Editorial Iustel. Pág. 76.

Simplificación administrativa al servicio del Mercado Interior Europeo

¿Para esto he echado yo mi viaje tan largo? ¿Después de seis meses no habré conseguido sino que me digan en todas partes diariamente: *Vuelva usted mañana*, y cuando este dichoso mañana llega en fin, nos dicen redondamente que *no*? ¿Y vengo a darles dinero? ¿Y vengo a hacerles favor?
MARIANO JOSÉ DE LARRA. *Vuelva usted mañana*, 1833.

1. Adiós al «*vuelva usted mañana*»: evitar el vía crucis burocrático de los emprendedores

En 1833, Mariano José de Larra publicó su famoso artículo *Vuelva usted mañana*. En él narra las peripecias de Monsieur Sans-Délai,

* Es Doctora en Derecho y profesora del Departamento de Derecho Público en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Valladolid. Ha desempeñado actividades investigadoras en diversas universidades extranjeras: *School of Law* de la *New York University* (Estados Unidos), *City and Regional Planning School* de la *Cardiff University* (Reino Unido) y *Centre For The Study Of Commercial Activity* de la *Ryerson University* (Toronto, Canadá). Sus investigaciones se dirigen al terreno del Derecho Administrativo Económico. Ha publicado varios libros sobre el régimen jurídico de la actividad comercial, entre los que destacan: *Régimen jurídico de los horarios comerciales* (1999) y *Equipamientos comerciales. Entre el urbanismo y la planificación comercial* (2008). En los últimos años, viene prestando especial atención a la Directiva de Servicios. Ha dirigido una obra colectiva sobre *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo* (2009). Y ha escrito varios artículos sobre la simplificación administrativa y sus

un francés dispuesto a invertir sus caudales en España, que recorre los despachos y covachuelas de los centros oficiales y siempre se encuentra con la misma respuesta: *Vuelva usted mañana*. La anécdota le sirve a Larra para caracterizar la pereza y la ineptitud de la Administración española de la época. ¿Cuánto han cambiado las cosas desde entonces hasta hoy?

Los avances tecnológicos han propiciado que el ciudadano pueda llamar a un teléfono de información, consultar en su ordenador los datos que necesita, o, el no va más, recibir en su móvil un sms en el que se le comunica la concesión de la licencia solicitada. Por no hablar de esos casos en los que la Administración, en un alarde de diligencia y celeridad, remite a los contribuyentes la liquidación del impuesto sobre la renta para que no tengan que molestarte lo más mínimo con enojosos trámites.

Sin embargo, en la actualidad, una empresa sigue teniendo que cumplir con numerosos trámites administrativos para su constitución, decidir en cuáles de los más de cincuenta registros públicos se inscribe, solicitar varios permisos y autorizaciones y realizar las gestiones ante diversos organismos públicos. Para cumplir con todas estas exigencias, tendrá, además, que desembolsar importantes cantidades y tardará varios meses. Los datos son especialmente llamativos si se comparan con los de otros países como Estados Unidos o

repercusiones en la Administración electrónica española o sobre el complejo proceso de transposición de la norma comunitaria en nuestro país y en el Reino Unido.

el Reino Unido donde unos pocos días y procedimientos mucho más simples son suficientes para crear una empresa.¹ El empresario español, por el contrario, tiene que peregrinar de ventanilla en ventanilla, de papel en papel, de institución en institución, y así hasta conseguir los ansiados documentos que le permitan iniciar su actividad. Coincidimos con CIERCO SEIRA en que los mayores problemas del panorama procedimental español son: a) el exceso de trámites; b) la fuerte «presión documental» sobre el interesado; c) una duración temporal exagerada; y, por último, d) el alto coste económico provocado, de manera directa o indirecta, por la tramitación del expediente.²

La simplificación administrativa es un proceso que consiste en reducir los trámites del procedimiento administrativo y suprimir las barreras burocráticas y, al mismo tiempo, en agilizar y mejorar el servicio de las Administraciones Públicas. A la vista de la complejidad

1 En el documento *Trámites administrativos para la creación de empresas en España* (MAP-AGENCIA ESTATAL DE EVALUACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS, Madrid, 2008) pueden consultarse datos recientes sobre el número de trámites, los costes económicos y el tiempo necesario para crear una empresa en distintos países de la OCDE. Si se comparan las cifras británicas con las españolas, salimos ciertamente mal parados (p. 20). Este es también el sombrío panorama que dibujan las Cámaras de Comercio en el estudio *La creación de empresas en España. Análisis por regiones y sectores*, publicado en 2001 y disponible en internet https://www.camaras.org/publicado/estudios/pdf/otras_pub/crea_emp/creacion.pdf (p. 35).

2 Vid. CIERCO SEIRA, C., “Algunas reflexiones sobre la simplificación de los procedimientos administrativos a la luz de los avances de la Administración electrónica”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, núm. 19, 2009, p. 3.

que la Administración ha alcanzado en los últimos tiempos, la exigencia de la simplificación necesariamente se impone, tanto para lograr una mayor eficacia en su funcionamiento, reduciendo los elevados gastos generados por el complejo engranaje administrativo, como para lograr un mejor servicio a los ciudadanos, liberándolos de cargas procedimentales innecesarias en sus relaciones con la Administración.³

Pues bien, 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, más conocida como Directiva de Servicios o Directiva *Bolkestein*, dedica una especial atención a la simplificación administrativa, con el objetivo de *facilitar* el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio a los prestadores que deseen desarrollar sus actividades en otros Estados miembros.

3 Acudiendo al Diccionario de la Real Academia, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO nos recordaba que el término «simplificación» tiene una doble acepción: simplificar es, por una parte, hacer más sencilla o menos complicada una cosa, y, por otra, reducirla («De la simplificación de la Administración Pública», Revista de Administración Pública, núm. 147, septiembre-diciembre, 1998, pp. 7-8). La simplificación es una concreción de un concepto mucho más amplio: el de la modernización administrativa. Vid. TORNOS MAS, J., «La simplificación procedimental en el ordenamiento español», Revista de Administración Pública, núm. 151, enero-abril, 2000, p. 42.

2. Suprimir obstáculos para mejorar la competitividad

2.1. Contexto y objetivos de la Directiva

La Directiva de Servicios, que se inscribe en el contexto de la «Estrategia de Lisboa»,⁴ pretende crear un marco jurídico que suprima los obstáculos que se oponen a la libre circulación de los servicios y a la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y mejorar la calidad de los servicios. Y con todo ello se quiere fomentar el crecimiento económico y la creación de empleo. Elemento clave para la consecución de tal objetivo es la competitividad. Una competitividad que en la actualidad se ve debilitada, a juicio de la Directiva, por el gran número de barreras en el mercado interior que impiden a los prestadores, en particular a las pequeñas y medianas empresas (PYME), extender sus ope-

4 El Consejo Europeo de Lisboa, celebrado en marzo de 2000, se marcó el ambicioso objetivo estratégico de convertir la economía de la Unión en «la economía del conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, antes del 2010, capaz de un crecimiento económico duradero acompañado por una mejora cuantitativa y cualitativa del empleo y una mayor cohesión social». Vid. *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa* en http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_es.htm. Desde entonces, el Parlamento Europeo ha aprobado toda una serie de medidas económicas, dirigidas fundamentalmente a la apertura de los mercados de diversos bienes y servicios. Lo que se conoce como «la estrategia o agenda de Lisboa» requiere la adopción de decisiones en diversos frentes: el mercado interior, la sociedad de la información, la educación, las reformas económicas estructurales, una moneda estable y una combinación de políticas macroeconómicas favorable al crecimiento y a unas finanzas públicas sostenibles.

raciones más allá de sus fronteras nacionales y beneficiarse plenamente del mercado interior (considerando 2). La supresión de las barreras para la circulación transfronteriza de servicios «es prioritaria para conseguir el objetivo fijado por el Consejo Europeo de Lisboa, de 23 y 24 de marzo de 2000, de mejorar el empleo y la cohesión social y alcanzar un crecimiento económico sostenible con el fin de hacer de la Unión Europea la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo de aquí al año 2010, con más y mejores empleos» (considerando 4). Por otra parte, se afirma que una mayor competitividad proporcionaría a los consumidores más posibilidades de elección y unos servicios a precios más bajos.⁵

Se han publicado varios estudios sobre las positivas consecuencias de la Directiva para el crecimiento económico y la creación de empleo.⁶ No faltan, sin embargo, las voces críticas. Así, partiendo de la definición de competitividad del hoy famoso economista Paul KRUGMAN como “obsesión peligrosa”, Colin HAY se muestra muy crítico con los supuestos beneficios de la compe-

5 Los beneficios económicos de la implantación de la Directiva de Servicios fueron puestos de manifiesto por un informe elaborado por la consultora COPENHAGEN ECONOMICS para la Comisión Europea que lleva por título: «Economic Assessment of the Barriers to the Internal Market for Services», Copenhagen, Denmark, 1 de enero de 2005. El informe completo está disponible en <http://www.copenhageneconomics.com>.

6 Un breve resumen del análisis del impacto económico de la DS en BRUIJN, R., KOX, H. & LEJOUR, A., "Economic Benefits of an Integrated European Market for Services," *Journal of Policy Modeling* 30, no. 2, 2008, pp. 303-304.

titividad. Considera, por ejemplo, que las proyecciones que se vienen realizando sobre las positivas consecuencias que acarrearía la implementación de la Directiva sobre el empleo europeo son demasiado optimistas.⁷ Es verdad que todos los cálculos económicos se efectuaron en un contexto bien diferente del que encara hoy la economía internacional. Y no es menos cierto que la crisis ha obligado a un replanteamiento del papel de las Administraciones públicas que, por resumirlo con una frase Ulrich BECK, ha supuesto pasar “de la fe en el mercado a la fe en el Estado”.⁸ ¿Obliga esto a replantear las cosas? En nuestro país, algunos autores (Ricardo RIVERO) se han referido a los “considerables contratiempos” que habrán de afrontarse para transponer la Directiva “en tiempos de crisis”,⁹ y otros, muy críticos, como Luciano PAREJO, advierten de la necesaria cautela que habría de esperarse del Gobierno para transponer una norma como ésta en plena recesión económica.¹⁰ Se mire como se mire, la transposición de la Directiva antes del 28 de diciembre de 2009 es impenable. El Gobierno español no ha sido receloso a la hora de llevarla

7 Vid. “What doesn't kill you can only make you stronger: The Doha Development Round, the Services Directive and the EU's conception of competitiveness”, *Journal of Common Market Studies*, volume 45, pp. 25-43.

8 *El País*, 14 de abril de 2008.

9 RIVERO ORTEGA, R., “Reformas del Derecho administrativo para 2010: La difícil transposición de la Directiva de Servicios en España”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2009, *pro manuscripto*, pp. 2-5.

10 Vid. PAREJO ALFONSO, L., “La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, núm.6, junio, 2009, p. 36.

a cabo, antes al contrario, ha hecho de la Directiva un estandarte –las más de las veces mediático- de las medidas anti-crisis.¹¹

El punto de partida para llevar a cabo la simplificación administrativa es el gran número de obstáculos que impiden o frenan el desarrollo de los servicios entre los Estados miembros (considerandos 2 y 3). Y el fin último de estas medidas, como se viene señalando, no es otro que facilitar el acceso a las actividades de servicio y su ejercicio en el mercado interior (artículo 1 y considerando 46).

La Directiva quiere eliminar las trabas que hasta ahora encuentran las empresas cuando pretenden instalarse en otro Estado miembro. Así, los Estados miembros tendrán la obligación de simplificar sus procedimientos y formalidades, cuando, sometidos a examen, éstos no sean «*lo suficientemente simples*». También se apuesta por el establecimiento de ventanillas únicas para simplificar los trámites y para que el prestador pueda resolver todas las gestiones a través de un único punto de contacto, en lugar de tener que ir de una ventanilla a otra. La posibilidad de realizar los procedimientos por vía electrónica es otro de los «envites» de la Directiva de Servicios. Con ello será mucho más fácil para un prestador de servicios establecer su empresa en otro Estado miembro. Por ejemplo, una empresa que desee abrir un hotel o un parque de ocio en

11 La transposición de la DS se incluye en el paquete de reformas para la modernización de la economía que forma parte del denominado Plan E (Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo), puede consultarse en <http://www.plane.gob.es/>.

otro Estado no tendrá que tratar con las diferentes autoridades en el nivel nacional, regional o local, sino que un “interlocutor único” se ocupará de todas las formalidades.

La simplificación administrativa ha de ponerse también en relación con la necesidad de mejorar la calidad del marco regulatorio actual.¹² Los principios de simplificación administrativa de la DS entroncan con otras iniciativas de modernización y de buenas prácticas administrativas a nivel comunitario como el plan *Better Regulation*.¹³ Por otra parte, encajan muy bien con el programa “*cutting red tape*” (“reduciendo la burocracia”) defendido por el Reino Unido.¹⁴

12 Paradójicamente, una norma que aboga por una menor y mejor regulación no es el mejor ejemplo de simplicidad, precisión y calidad legislativa. En este sentido, BARNARD, C., “Unravelling the Services Directive”, *Common Market Law Review*, 45, 2008, p. 394.

13 Véase la Comunicación de la Comisión “Strategic Review of Better Regulation in the European Union” [COM(2006)689]; “A Single Market Review” [COM(2007)60, 6]. Con carácter más general, puede consultarse la página de internet:

ec.europa.eu/governance/better_regulation/simplification_en.htm. La Comisión ha elaborado también un *Programa de Acción para la Reducción de las Cargas Administrativas en la Unión Europea* [COM (2007) 23 final, 24 de enero de 2007], conocido como “CUT 25%” y que, como su nombre indica, tiene como objetivo la reducción en un 25% de las cargas administrativas antes de 2012.

14 «Red tape» es sinónimo de excesiva regulación o de servidumbre de rigideces formales que se considera redundante o burocrática y que dificulta o impide las decisiones públicas. Vid., BOZEMAN, B., *Bureaucracy and Red Tape*, Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall, 2000, p. 12. Los orígenes de la expresión “red tape”, que hoy se usa como sinónimo de burocracia, son oscuros. Al parecer, en el siglo XVII en Inglaterra, se usaban cintas de tela de color rojo para atar las resmas de documentos legales empleadas para adjudicar los casos de *common law*. Véase BREWER, G.A & WALKER, R.M., “What you see

2.2. Supresión sistemática de las restricciones a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios

La complejidad, la extensión y la inseguridad jurídica de los procedimientos administrativos son algunas de las principales dificultades a que se enfrentan las empresas en el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. La simplificación administrativa es contemplada por la Directiva como la acción de modernización que, además de garantizar los requisitos de transparencia y actualización de los datos relativos a los operadores, elimina los retrasos, costes y efectos disuasorios que ocasionan, por ejemplo, «trámites innecesarios o excesivamente complejos y costosos, la duplicación de operaciones, las formalidades burocráticas en la presentación de documentos, el poder arbitrario de las autoridades competentes, plazos indeterminados o excesivamente largos, autorizaciones concedidas con un período de vigencia limitado o gastos y sanciones desproporcionados» (considerando 43).

La necesidad de eliminar los obstáculos jurídicos que impiden el establecimiento de un auténtico mercado interior hace que la

depends on where you sit: Managerial perceptions of red tape in English Local Government”, *8th Public Management Research Conference*, School of Policy, Planning, and Development, University of Southern California, Los Angeles, September 29–October 1, 2005, p. 2. Tradicionalmente también, los documentos del Vaticano estaban atados con cintas rojas. Para más detalles, vid. VILLAREJO GALENDE, H., “La simplificación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Sus repercusiones en la Administración electrónica española y el desafío que plantea su transposición”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2008, p. 53.

Directiva preste especial atención a los *regímenes de autorización*¹⁵ establecidos por los Estados miembros para el acceso a la prestación de servicios (capítulo III: arts. 9 a 15). Las normas relativas a los procedimientos administrativos no tienen por objeto la armonización de dichos procedimientos, sino suprimir los regímenes de autorización, procedimientos y formalidades excesivamente onerosos, que obstaculicen la libertad de establecimiento y la creación de nuevas empresas de servicios.¹⁶ En concreto, la autorización previa obligatoria se limita a aquellos casos en que sea indispensable. El artículo 9.1 DS contempla la posibilidad de que se supedite “el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio” a la obtención de una autorización, condicionándola al que hemos denominado *triple test*.¹⁷ Esto es,

i) que el régimen establecido no sea discriminatorio para el prestador,

15 El concepto de «régimen de autorización» que maneja la DS es amplísimo, pues según se señala en el considerando 39: *«debe abarcar, entre otros, los procedimientos administrativos mediante los cuales se conceden autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones, pero también la obligación, para poder ejercer una actividad, de estar inscrito en un colegio profesional o en un registro, en una lista oficial o en una base de datos, de estar concertado con un organismo o de obtener un carné profesional»*.

16 Para Tomás-Ramón FERNÁNDEZ el marco general que la DS establece para el régimen de autorizaciones supone una “verdadera revolución” (“Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, junio, 2007, p. 192).

17 Cfr. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. Y VILLAREJO GALENDE, H., “La Directiva de Servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 44, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2007, p. 59.

ii) que la necesidad de establecer un régimen de autorización esté justificada por una razón imperiosa de interés general, y

iii) que el objetivo perseguido no pueda conseguirse mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser eficaz.

Para que el establecimiento sea lo más fácil posible, se señalan una serie de principios que, en todo caso, los procedimientos autorizatorios deben respetar: no serán discriminatorios, habrán de estar justificados por una *razón imperiosa de interés general*,¹⁸ serán proporcionados al objetivo que se pretende de interés general, serán claros e inequívocos, objetivos, transparentes y accesibles y hechos públicos con antelación (art. 10). Y se introduce el principio de autorización tácita de las autoridades competentes una vez vencido un plazo determinado.¹⁹

18 Cuáles sean las razones imperiosas de interés general se convierte en la clave de arco del modelo regulatorio que está contemplando la DS. El art. 4.8 realiza un inventario de las que así se califican a los efectos de la DS. Razones imperiosas de interés general, son las razones *reconocidas como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, incluidas las siguientes: “el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero de la 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, las sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural” (art. 4.8 DS). Esta lista, que recoge la jurisprudencia comunitaria sobre el particular, no tiene por qué ser cerrada y es susceptible de ser ampliada por futuras interpretaciones del TJCE que, al menos como hipótesis, podría ensanchar el catálogo de razones.

19 El art. 13.4 DS contiene la regla del silencio, esto es, “a falta de respuesta”, “se consi-

Además, el texto precisa los requisitos que, por ser considerados especialmente restrictivos, estarán prohibidos. Estos criterios se encuentran definidos taxativamente en el artículo 14 de la Directiva. Entre otros, esta «lista negra» está integrada por los siguientes: requisitos discriminatorios basados directa o indirectamente en la nacionalidad; prohibición de estar establecido en varios Estados miembros o de estar inscrito en los registros o colegios o asociaciones profesionales de varios Estados miembros; aplicación, caso por caso, de una prueba económica consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado; 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; obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un período determinado en los registros existentes en el territorio nacional o de haber ejercido previamente la actividad durante un período determinado en dicho territorio.

Otra serie de requisitos –potencialmente restrictivos– estarán permitidos (“lista gris” del art. 15), siempre que el Estado miembro acredite, tras someterlos a evaluación, que son necesarios, proporcionales y no discriminatorios.²⁰ Entre este tipo de requisitos

derará que la autorización está concedida”, salvo que una razón imperiosa de interés general justifique otra solución.

²⁰ Vid. MICOSSI, S., “Fixing the Services Directive”, *CEPS Policy Brief*, Centre for European Policy Studies, núm. 100, junio, 2006, p. 4.

“dudosos” figuran, por ejemplo, la imposición de límites cuantitativos o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores; requisitos que obliguen al prestador a constituirse adoptando una forma jurídica particular; prohibición de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional; requisitos que obliguen a tener un número mínimo de empleados; o tarifas obligatorias mínimas y/o máximas que el prestador debe respetar.²¹

Por lo que se refiere a la libre prestación de servicios (capítulo IV de la Directiva), el párrafo primero del artículo 16 contiene tres exigencias para los Estados miembros: 1) respetar el derecho de los prestadores a prestar servicios en un Estado miembro distinto de aquel en el que estén establecidos; 2) asegurar la libertad de acceso y el libre ejercicio de la actividad de servicios dentro de su territorio y 3) no supeditar dicha libertad de acceso a requisitos que no respeten el “triple test” (no discriminación, necesidad y proporcionalidad). En su párrafo 2º el artículo 16 señala una serie de requisitos que quedan prohibidos, esto es, que los Estados miembros no

21 Para un mayor desarrollo de estas previsiones, vid. LINDE PANIAGUA, E., “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la directiva relativa a los servicios en el mercado interior”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm.14, 2008, pp. 83-101 y FORTES MARTÍN, A., “La libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en el mercado interior bajo el nuevo régimen de la Directiva 206/123 de 12 de diciembre”, en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior* (dir. T. De la Quadra-Salcedo), Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 130 y ss.

podrán imponer para restringir la libre prestación de servicios por parte de un prestador establecido en otro Estado miembro.²² Y, a continuación, en el párrafo 3º, se exceptúan de la anterior “lista negra” aquellos “requisitos que estén justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente”.²³ El artículo 17 está constituido por una larga lista de excepciones a las que no se les aplicará el artículo 16. La lista de “excepciones individuales” que contiene el art. 18 completa este oscuro panorama.²⁴

22 Son siete los requisitos expresamente prohibidos: *a)* obligación de que el prestador esté establecido en el territorio nacional; *b)* obligación de que el prestador obtenga una autorización concedida por las autoridades competentes nacionales, incluida la inscripción en un registro o en un colegio o asociación profesional que exista en el territorio nacional, salvo en los casos previstos en la presente Directiva o en otros instrumentos de Derecho comunitario; *c)* prohibición de que el prestador se procure en el territorio nacional cierta forma o tipo de infraestructura, incluida una oficina o un gabinete, necesaria para llevar a cabo las correspondientes prestaciones; *d)* aplicación de un régimen contractual particular entre el prestador y el destinatario que impida o limite la prestación de servicios con carácter independiente; *e)* obligación de que el prestador posea un documento de identidad específico para el ejercicio de una actividad de servicios, expedido por las autoridades competentes; *f)* requisitos sobre el uso de equipos y material que forman parte integrante de la prestación de servicios, con excepción de los necesarios para la salud y la seguridad en el trabajo; y *g)* las restricciones de la libre circulación de servicios contempladas en el artículo 19.

23 Adviértase que mientras el capítulo relativo a la libertad de establecimiento de los prestadores permite límites justificados en “razones imperiosas de interés general”, sin embargo, el art. 16.3 restringe significativamente el número de razones.

24 Si las previsiones del capítulo III, recopilan la jurisprudencia comunitaria y no generan gran controversia, no puede decirse lo mismo respecto del Capítulo IV sobre la libre circulación de servicios, que contiene, especialmente en su sección 1 (“libre prestación de servicios y excepciones”) algunas de las previsiones más opacas de la DS. Sobre él,

3. Las concretas previsiones sobre simplificación administrativa del Capítulo II de la Directiva

La Directiva de Servicios tiene un contenido ciertamente complejo. En el epígrafe anterior ha sido examinado el “núcleo duro” de la norma: los preceptos relativos a la libertad de establecimiento y libertad de prestación de servicios, que al recopilar y sistematizar las reglas formuladas por Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la eliminación de los obstáculos al comercio intracomunitario, desde las conocidas sentencias de los años setenta *Dasonville* y *Cassis de Dijon*-, constituye una suerte de “codificación” o moderno “Digesto” de la jurisprudencia comunitaria sobre las libertades económicas.²⁵ Además de este contenido sustantivo,

tratan de arrojar luz BARNARD, C., “Unravelling...”, cit., pp. 359-360; DAVIES, G., “The Services Directive: extending the country of origin principle and reforming public administration”, *European Law Review*, 32, 2007, p. 234; HATZOPOULOS, V., “Que reste-t-il de la directive sur les services?”, *Cahiers de droit européen*, Vol. 43, núm. 3-4, 2007, pp. 302-342 y, especialmente, PEGLOW, K., “La libre prestation de services dans la Directive n° 2006/123/CE”, *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, núm. 44 (1), janv.-mars 2008, *in totum*.²⁵ A pesar de que buena parte del contenido de la DS no sea novedoso en cuanto que no es más que una recopilación de la jurisprudencia comunitaria, sí representa una novedad de extraordinaria importancia “haber convertido esa jurisprudencia en una disposición general y haber montado un sistema específico para asegurar el efectivo cumplimiento de ésta en todo el ámbito de la Unión” (Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., “Un nuevo Derecho Administrativo...”, cit., p. 194). Según DAVIES, la conversión de la jurisprudencia en norma no es algo vano. En la práctica, serán muchos los que, no estando dispuestos a escrutar e interpretar sentencias, serán sin embargo conscientes de su existencia y tratarán de cumplir con la norma (“The Services Directive...”, cit., p. 234). Compartimos también la opinión de HATZOPOULOS, para quien la codificación jurisprudencial tiene un claro “valor añadido” (“Que reste-t-il de la directive...”, cit., pp. 345 y 346).

la Directiva cuenta con un arsenal de medidas de carácter instrumental, cuya finalidad consiste en favorecer el cumplimiento y eficiencia de las anteriores. En este contexto se sitúan los preceptos que regulan la simplificación administrativa, junto con los relativos a la cooperación administrativa, las obligaciones de presentar determinados informes o el programa de convergencia.

De acuerdo con la Directiva de Servicios, los Estados miembros verificarán y, según proceda, simplificarán los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio. En concreto, la norma comunitaria prevé: la creación de ventanillas únicas en las que un prestador podrá realizar todos los trámites necesarios para ejercer su actividad y la obligación de posibilitar la realización de estos procedimientos por vía electrónica. A continuación, se examinan detenidamente los cuatro artículos que integran el capítulo II de la Directiva, intitulado «Simplificación administrativa».

3.1. Simplificación de los procedimientos

El artículo 5 de la Directiva comienza estableciendo una obligación de naturaleza genérica, pero, al mismo tiempo, muy clara: «Los Estados miembros *verificarán* los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio. Cuando los procedimientos y formalidades no sean lo suficientemente simples, los Estados miembros los *simplificarán*». Como fácilmente puede intuirse, el mayor escollo para dar cumplimiento

a esta obligación radica en la dificultosa determinación del concepto jurídico indeterminado «lo suficientemente simples». La ausencia de medidas coercitivas –el procedimiento del artículo 39 DS no se le aplica a este precepto²⁶ – otorga a este precepto “efectos fundamentalmente psicológicos”.²⁷ Que no es poco. La Directiva anuncia una “limpieza general” y somete a las autoridades nacionales a un enorme ejercicio de screening (chequeo, escrutinio) de cientos de normas.²⁸ La Directiva obliga a que los Estados miembros, durante el plazo de adaptación del Derecho interno, efectúen un cribado previo de su legislación para determinar si existen en su ordenamiento jurídico requisitos contrarios a la norma comunitaria.

Además, el párrafo segundo del artículo 5 dispone que la Comisión podrá establecer formularios armonizados a escala comunitaria referentes a certificados, acreditaciones u otros documentos requeridos para el establecimiento de un prestador. Mientras que el párrafo tercero contiene una obligación para los Estados miembros: la de aceptar, cuando soliciten a un prestador que presente un certificado, justificante o cualquier otro documento que demuestre el cumplimiento de un requisito, cualquier documento de otro Estado

26 El informe de evaluación que los Estados miembros habrán de remitir a la Comisión antes del 28 de diciembre de 2009 se refiere a los regímenes de autorización (art. 9), requisitos sujetos a evaluación (art. 15), requisitos sobre la libre prestación de servicios (art. 16) y actividades multidisciplinares (art. 25.3).

27 Así, HATZOPOULOS, V., “Que reste-t-il de la directive...”, cit., p. 354.

28 En esta línea, BARNARD, C., “Unravelling...”, cit., pp. 387.

miembro que tenga una función equivalente.²⁹ Esta obligación no afectará al derecho de los Estados miembros a exigir traducciones no juradas de documentos en sus propias lenguas oficiales. Cuando soliciten documentos de otro Estado miembro, no obligarán a presentar el original, una copia compulsada o una traducción compulsada, salvo en los casos previstos en otros instrumentos comunitarios o salvo excepción justificada por una razón imperiosa de interés general, incluido el orden público y la seguridad.

La obligación contenida en el párrafo tercero se diluye por las numerosas excepciones que se contienen en el siguiente párrafo. Así, no se aplica, por ejemplo, a la adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios; al ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título o a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado.

3.2. Ventanillas únicas

Conforme al artículo 6, los Estados miembros garantizarán que los prestadores puedan llevar a cabo a través de ventanillas únicas todos los procedimientos y trámites necesarios para acceder a sus actividades de servicios, en especial, las declaraciones, notificaciones o solicitudes necesarias para la autorización por parte de las

²⁹ Este artículo contiene uno de los escasos ejemplos de reconocimiento mutuo en la DS.

autoridades competentes, incluidas las solicitudes de inscripción en registros, listas oficiales, bases de datos o colegios o asociaciones profesionales. Igualmente, garantizarán que también las solicitudes de autorización necesarias para el ejercicio de sus actividades de servicios puedan presentarse también a través de ventanillas únicas. De acuerdo con las explicaciones de la Comisión en su *Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios*, las ventanillas habrán de ser “interlocutores institucionales únicos” para el prestador de los servicios, de manera que éste no tenga que ponerse en contacto con varias autoridades competentes para recabar la información que precisa y contemplar los trámites necesarios para ejercer sus actividades.³⁰

Para la Directiva, la creación de ventanillas únicas no implica una interferencia en el reparto de funciones o competencias entre las autoridades competentes dentro de cada sistema nacional (artículo 6, párrafo 2). Esta declaración se explica con mucho más detalle, como en tantas otras ocasiones, en la parte expositiva de la Directiva. Así, el considerando 48 aclara que el número de ventanillas únicas por Estado miembro puede variar, según las competencias regionales o locales o según las actividades de que se trate. Cuando varias autoridades tengan competencias a nivel regional o local, una de ellas puede hacerse cargo del papel de ventanilla

³⁰ COMISIÓN EUROPEA, “Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios”, p. 19. Puede consultarse en: http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_es.htm.

única y de coordinador de las demás. Las ventanillas únicas –se dice– pueden estar constituidas no solo por autoridades administrativas sino también por cámaras de comercio o de oficios, colegios profesionales u organismos privados a los que los Estados miembros encomienden esta función. Las ventanillas únicas están al servicio del prestador, «ya sea como autoridad directamente competente para expedir los documentos necesarios para acceder a una actividad de servicios, ya sea como intermediario entre el prestador y dichas autoridades directamente competentes» (considerando 48 *in fine*).

En cuanto a la tarifa que puedan cobrar las ventanillas únicas, en el considerando 49 se dispone que sea proporcional al coste de los procedimientos y trámites de que se ocupen. Y se añade que esto no impedirá que los Estados miembros encarguen a las ventanillas únicas el cobro de otros derechos administrativos, tales como los honorarios de los organismos de supervisión.

Las ventanillas únicas son también tomadas en consideración desde la perspectiva de los usuarios de los servicios. Aquéllas habrán de representar para éstos el principal punto de contacto, respecto de las informaciones que pretendan conseguir sobre un prestador de servicio y/o sobre las condiciones en las que un servicio se ofrece. La información sobre los prestadores y sus servicios es una de las garantías de la calidad de los servicios (artículo 22).

3.3. Derecho de información

El apartado 1 del artículo 7 de la Directiva de Servicios preceptúa que los Estados miembros «harán lo necesario» para que los prestadores y los destinatarios puedan acceder fácilmente a la siguiente información por medio de ventanillas únicas: los procedimientos y trámites necesarios para acceder a las actividades de servicios y ejercerlas; los datos de las autoridades competentes que permitan ponerse directamente en contacto con ellas; los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a los prestadores y a los servicios; las vías de recurso y los datos de las asociaciones u organizaciones a las que puedan dirigirse para obtener ayuda práctica.

Además, los prestadores y destinatarios podrán recibir asesoramiento de las autoridades competentes, que consistirá en información sobre la forma en que se interpretan y aplican generalmente los requisitos de acceso y ejercicio a las actividades de servicios. De nuevo, los Estados miembros «harán lo necesario» (artículo 7.2). Para ello, elaborarán una guía simple y detallada, que contenga la información de forma clara e inteligible y debidamente actualizada. Será accesible a distancia y por vía electrónica. El apartado 4 del artículo 7 plasma el principio de celeridad: los Estados miembros se asegurarán de que las ventanillas únicas y las autoridades den respuesta lo antes posible a toda solicitud de información o de ayuda. Por otra parte, los Estados miembros, y también la Comisión, fomentarán que toda la información a la

que se viene haciendo referencia sea accesible en otras lenguas comunitarias.

En cualquier caso, esta obligación de prestar asesoramiento no alcanza al asesoramiento jurídico en casos particulares, se refiere únicamente a información general sobre la forma en que suelen interpretarse o aplicarse los requisitos para acceder y prestar un servicio (artículo 7.6).

A estas consideraciones, se añade alguna otra importante en la parte expositiva, como la de que los Estados miembros deben determinar cuestiones como la responsabilidad en caso de que la información facilitada sea incorrecta o engañosa (considerando 51 *in fine*).

3.4. Procedimientos por vía electrónica

Recurriendo una vez más a la vaga expresión de «harán lo necesario», la Directiva, en su artículo 8, interpela a los Estados miembros para que «todos los procedimientos y trámites relativos al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio se puedan realizar fácilmente, a distancia y por vía electrónica, a través de la ventanilla única de que se trate y ante las autoridades competentes».

Sin duda, y así lo pone de manifiesto el considerando 52 de la Directiva, la creación, en un plazo de tiempo razonablemente corto, de un sistema de procedimientos y trámites efectuados por vía

electrónica es fundamental para lograr la simplificación administrativa en materia de actividades de servicios, en beneficio de prestadores, destinatarios y autoridades competentes. Es claro también que la observancia de esta obligación requerirá la adaptación de las legislaciones nacionales y de otras normas aplicables a los servicios.

Por otra parte, esta obligación no impide que los procedimientos y trámites se lleven a cabo a través de otros medios diferentes, además de los electrónicos. Para que los trámites y procedimientos puedan efectuarse a distancia, los Estados tendrán que asegurarse de que se puedan realizar a nivel transfronterizo. De todos modos, la obligación de resultado que impone la Directiva no afecta a aquellos procedimientos o trámites que, por su propia naturaleza, no se pueden realizar a distancia. Tampoco interfiere con la legislación de los Estados miembros sobre el uso de las lenguas.

Aunque la mayoría de estas previsiones sean de “soft law”³¹-se construyen sobre la base del concepto indeterminado de perfiles

31 “Soft law” –cuya mejor traducción al castellano resulta la de “derecho indicativo”– es una expresión utilizada con frecuencia en ámbitos anglosajones y también comunitarios con el siguiente sentido «normas de conducta enunciadas en instrumentos a los cuales no se ha conferido fuerza obligatoria en cuanto tal y que, no obstante, pueden surtir algunos efectos jurídicos – indirectos– y cuyo objeto es potencialmente producir efectos prácticos». Cfr. SENDEN, L., “Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where do they meet?”, *European Journal of Comparative Law*, Vol. 9.1, January 2005, <http://www.ejcl.org>. El plan de acción de la UE «Simplificar y mejorar el marco regulador» se refiere ampliamente a los sistemas de gobernanza de carácter no vinculante [COM (2002) 278 final].

tan difusos como “hacer lo necesario”- compartimos con autores como DAVIES la opinión de que aquí reside la verdadera importancia de la Directiva. Se divisa una armonización y modernización de la Administración pública europea y, en tal sentido, el capítulo sobre la simplificación administrativa puede resultar revolucionario.³²

4. El camino recorrido: del *vuelva usted mañana* a la Administración del s. XXI

Los Estados miembros disponen de un plazo de tres años desde la entrada en vigor de la Directiva para adoptar las medidas necesarias al efecto de lograr la simplificación administrativa.³³ La consecución de los objetivos marcados por la Directiva exige, sin duda, un impulso decidido de la llamada Administración electrónica.³⁴

32 Vid. DAVIES, G., “The Services Directive...”, cit., pp. 239-240.

33 El artículo 44 de la Directiva de Servicios especifica que el 28 de diciembre de 2009 es la fecha límite para su transposición.

34 La administración electrónica o «e-government» se define como la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en las Administraciones públicas, asociada a cambios en la organización y nuevas aptitudes del personal. Como matiza Erkki LIIKANNEN, a la sazón Comisario europeo para la empresa y la sociedad de la información, las TIC pueden ayudar a los gobiernos a enfrentarse a los numerosos retos que se les presentan. Sin embargo, no hay que centrarse en las TIC, sino en la utilización de estas tecnologías *junto con* un cambio organizativo y con nuevos métodos para mejorar los servicios públicos, los procesos democráticos y las políticas públicas (“La administración electrónica para los servicios públicos europeos del futuro”, UOC, Barcelona, 2003, p. 1, disponible en <http://www.uoc.edu/dt/20334/index.html>).

Como el periodista Tomás DELCLÓS expresara hace unos años en su comparecencia en la Comisión Especial de Redes Informáticas del Senado, «el día que los ciudadanos puedan controlar sus expedientes a través de la red la relación entre la Administración y los administrados, o entre los ciudadanos y los gobiernos puede ser muchísimo más fluida y transparente, y quizá podamos enviarle un saludo al cielo a don Mariano José de Larra, porque se habrán terminado los problemas que él tan bien describía».³⁵

Ciertamente, la Administración electrónica es una manera muy eficaz de prestar servicios públicos de mejor calidad, reducir tiempos de espera y mejorar la relación coste/rendimiento, aumentar la productividad y mejorar la transparencia y la responsabilidad. La Administración electrónica puede ayudar al sector público a enfrentarse a las contradictorias exigencias de ofrecer más y mejores servicios con menos recursos.³⁶

Desde los albores del siglo XXI, las Administraciones públicas se enfrentan al reto de mejorar su eficiencia, su productividad y la

35 Cfr. DELCLÓS I JUANOLA, T., DSS de 15 de junio de 1998, núm. 305, p. 19. Tomado de SÁNCHEZ BLANCO, A., *Internet. Sociedad, empresa y poderes públicos*, Comares, Granada, 2000, p. 93.

36 LIIKANEN, E., «La administración electrónica...», *op. cit.*, p. 1. Como señala VILLARINO MARZO, «si deseamos un Administración eficaz, exenta de burocracias innecesarias, ágil en las tramitaciones, moderna y segura, no sólo no se puede dar la espalda a las nuevas tecnologías, sino que es necesario volcar los esfuerzos de cara a su plena implantación» (Cfr. «El acceso electrónico de los ciudadanos a las Administraciones Públicas», *La Ley*, núm 5, 17 de julio de 2007, p. 21.

calidad de sus servicios. Y deben hacerlo con unos presupuestos iguales o incluso inferiores. Esto sólo es posible gracias a la utilización adecuada de las TIC. Sin embargo, las TIC por sí solas no son suficientes, deben utilizarse combinadas con cambios organizativos y procedimentales.³⁷

En esta línea, nuestro país ya ha recorrido un importante camino, que ha culminado con la aprobación de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (BOE núm. 150, de 23 de junio), si bien faltan aún muchas barreras que superar.

4.1. La simplificación administrativa en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC)

Las nuevas tecnologías ofrecen hoy en día muchas posibilidades en la tarea de facilitar y aligerar los trámites procedimentales. Son un apoyo imprescindible para la Administración.³⁸ En los últimos años

37 CARRASCO GRANDE, A. Y TEJERO PINA, C., «IRIS: La integración de la Intervención en el proceso de tramitación telemática de expedientes de gasto estrategias y Planes de desarrollo de Administración Electrónica», Comunicación al Congreso TECNIMAP, Sevilla, 30 de mayo a 2 de junio de 2002, p. 3.

38 El uso de las nuevas tecnologías por las Administraciones públicas, ha suscitado un notable interés en la doctrina administrativista española. Sin ánimo de agotar todas las referencias bibliográficas: AA.VV., «El Gobierno y la Administración», *Documentación*

ha habido una intensa producción normativa destinada a proporcionar cobertura legal para la aplicación intensiva de técnicas

Administrativa, núms. 246-247, septiembre de 1996-abril de 1997; AA.VV., «Nueva economía. Sociedad de la información. Comercio electrónico», *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, núm. 31, monográfico, Generalitat Valenciana, 1996; BARNÉS VÁZQUEZ, J., «Una reflexión introductoria sobre el Derecho Administrativo y la Administración Pública de la Sociedad de la Información y del Conocimiento», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 40, octubre-diciembre de 2000, pp. 25-76; GÓMEZ FERNÁNDEZ-CABRERA, J., *Derecho y Administración Pública en Internet*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2000; OCHOA MONZÓ, J., «¿Hacia la ciberadministración y el ciberprocedimiento?», *Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo: El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI* (coord.: F. Sosa Wagner), t. I, Valencia, 2000, pp. 151-171; AGIRREAZKUENAGA, I. Y CHINCHILLA, C., «El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el ámbito de las Administraciones Públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 109, enero-marzo de 2001, pp. 35-59; CRIADO GRANDE, J.I. Y RAMILO ARAUJO, M.C., «e-Administración: ¿Un reto o una nueva moda? Problemas y perspectivas de futuro en torno a Internet y las tecnologías de la información y la comunicación en las Administraciones Públicas del siglo XXI», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 61, (I), septiembre-diciembre de 2001, pp. 11-43; GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S., «La Administración y las nuevas tecnologías», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 7, diciembre 2002, pp. 215-237; MESTRE DELGADO, J.F., «Nuevas tecnologías y Administración Pública», *Actualidad Administrativa*, núm. 265-266, enero-agosto, 2003, pp. 117-136; GARCÍA RUBIO, F., *Las nuevas tecnologías ante el derecho y la organización administrativa*, INAP, Madrid, 2003; VALERO TORIJOS, J., *El régimen jurídico de la e-Administración: el uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo*, Comares, Granada, 2004; CASES I PALLARES, J., «Análisis de la evolución del proceso e implantación de la administración electrónica», *Revista de Estudios Locales*, núm. 87, noviembre-diciembre, 2005, pp. 14-20 y RIVERO ORTEGA, R., *El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2007. Recientemente, Alberto PALOMAR OLMEDA, *La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007 y Eduardo GAMERO CASADO y Julián VALERO TORRIJOS han coordinado un comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, que lleva por título *La Ley de Administración Electrónica*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

electrónicas, informáticas y telemáticas en los procedimientos administrativos, liderada por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, a través de determinadas técnicas relacionadas con la simplificación administrativa.³⁹

El artículo 45 dio un impulso al empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos por la Administración para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, que permite que los ciudadanos puedan relacionarse con las Administraciones cuando sea compatible con los «medios técnicos de que dispongan». Se trata de una previsión facultativa, que deja en manos de las propias Administraciones la determinación de si los ciudadanos podrán relacionarse o no de modo efectivo con ellas.

³⁹ Para más detalle sobre las reformas de la Ley 30/1992, vid. TORNOS MAS, J., «La simplificación procedimental...», cit., pp. 47-53. Ya en su día, la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, «hizo un guiño a la modernización». En su artículo 30 –nos recuerda Corona Herrero–, fomentaba «el empleo de las llamadas máquinas adecuadas, con vista a implantar una progresiva mecanización y automatismo en las oficinas públicas» (Cfr., «Una nueva Administración: modernidad y tecnología», *La Ley*, núm 5, 17 de julio de 2007, pp. 11-12). A partir de la publicación de la Ley 30/1992, la referencia a las nuevas tecnologías ha sido muy frecuente, como destaca, por ejemplo, Zulima SÁNCHEZ, con mención expresa al artículo 70.3 de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas de Modernización del Gobierno Local, que preconiza un impulso a la utilización de las TIC en el ámbito de la Administración local (Vid., «Las nuevas tecnologías de la información y modernización de la Administración pública», *Actualidad Administrativa*, núm. 1, 2005 (disponible en www.laley.net)).

Mediante la informatización de registros y archivos, el párrafo 9 añadido al artículo 38 por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, permitía el establecimiento de registros telemáticos para la recepción o salida de solicitudes, escritos y comunicaciones por medios telemáticos.⁴⁰ Asimismo, el artículo 38.4.b) se refiere a la fórmula de la «ventanilla única». Establece que las solicitudes, escritos y comunicaciones dirigidos a los órganos de las Administraciones Públicas podrán presentarse en los registros de cualquier órgano administrativo que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, o a la de alguna de las entidades que integran la Administración Local si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno Convenio.⁴¹ La mencionada regulación supone un evidente avance en la línea de facilitar las relaciones de los ciudadanos con la pluralidad de Administraciones públicas que coexisten en nuestro país y un importante instrumento para la necesaria cooperación entre aquéllas, en cuanto que implica el inicio de un proceso de intercomu-

⁴⁰ La Ley 24/2001, añadió también una disposición adicional decimoctava en la que se obliga a «utilizar los medios telemáticos para la presentación de solicitudes, comunicaciones y documentos para las empresas que agrupen a más de cien trabajadores o tengan la condición de gran empresa a efectos del IVA».

⁴¹ A título de ejemplo, puede verse el 21 de mayo de 1997, el Convenio Marco formalizado el 21 de mayo de 1997 entre la Administración General del Estado y la Comunidad de Madrid, para la progresiva implantación de un sistema intercomunicado de registros entre la Administración General del Estado, la Administración de la Comunidad de Madrid y las Entidades Locales del ámbito territorial de esta Comunidad Autónoma (publicado en BOE núm. 138, de 10 de junio de 1997).

nicación de los registros de todas las Administraciones Públicas y de conversión de los pertenecientes a las entidades locales, en auténticas «ventanillas únicas» de acceso al conjunto de prestaciones y servicios públicos, independientemente de cual sea en cada caso la Administración competente.

Entre los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración, el artículo 35 enuncia el de no presentar documentos no exigidos expresamente por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante, lo cual, de manera razonable, pretende eximir al administrado de la tediosa tarea de presentar más y más documentos que ya obran en poder de la Administración.⁴²

El artículo 59, en la redacción otorgada por la Ley 24/2001, permite la notificación por medios telemáticos, siempre que el interesado hubiera señalado dicho medio como preferente o consentido expresamente su utilización.⁴³

42 No obstante, la virtualidad práctica del art. 35.f ha sido muy limitada, dado que el derecho a no presentar documentos se limita a aquellos que ya obren en manos de la Administración actuante y, por tanto, no en otras. Así lo destaca CIERCO SEIRA, C., "Algunas reflexiones sobre la simplificación...", cit, pp. 10-11.

43 Aunque se volverá sobre ello más adelante, es necesario hacer constar que la nueva Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos ha derogado expresamente el apartado 9 del artículo 38, los apartados 2, 3 y 4 del artículo 45 y el apartado 3 del artículo 59 de la Ley 30/1992.

Entre los diferentes aspectos que podrían seguir mencionándose, hay uno que no debe pasarse por alto, aunque no corresponda aquí examinarlo en profundidad: el del régimen del silencio administrativo. El artículo 13.4 de la Directiva de Servicios –tal y como se anuncia en el considerando 63 de su parte expositiva– establece que «a falta de respuesta en el plazo fijado o ampliado con arreglo al apartado 3, se considerará que la autorización está concedida. No obstante, se podrá prever un régimen distinto cuando dicho régimen esté justificado por una razón imperiosa de interés general, incluidos los legítimos intereses de terceros». Así pues, nos encontramos con que la regla general va a ser la del silencio positivo de carácter estimatorio. El Derecho español ha optado por idéntica solución, excepto en los supuestos excluidos taxativamente por el artículo 43 LRJAP-PAC. La fórmula del silencio positivo, como escribiera el profesor MARTÍN-RETORTILLO, «puede producir una notable agilización en el operar de la Administración, al tiempo que la responsabiliza mayormente».44

En aplicación de las previsiones comunitarias, el mantenimiento en un futuro del silencio negativo en el caso de los procedimientos autorizatorios del acceso a una actividad o servicio, habrá de estar justificado en alguna razón imperiosa de interés general o en la posible afectación a terceros (artículo 13.4 *in fine*). El Proyecto de Ley Ómnibus, como más tarde se verá, da una nueva redacción al régimen del silencio administrativo que se contiene en el artícu-

44 MARTÍN-RETORTILLO, S., «De la simplificación...», *op. cit.*, p. 33.

lo 43 de la Ley 30/1992. El sentido del silencio será una, entre tantas, de las cuestiones que deberá someterse a evaluación por las distintas Administraciones Públicas en el proceso de transposición de la Directiva.

En definitiva, la simplificación administrativa va a exigir, por una parte, la supresión de determinadas intervenciones por innecesarias e inútiles. Y, por otra, en aquellos casos en los que la intervención se mantenga, los mecanismos habituales del actuar administrativo habrán de ser reconsiderados o reconvertidos. Y ese es el camino que en su día emprendió la Ley 30/1992, homogeneizando el plazo general para resolver y notificar; regulando el tiempo del procedimiento en cuanto a su iniciación, desarrollo y terminación (artículo 42).⁴⁵

4.2. Otras iniciativas en el campo de la sociedad de la información

En cumplimiento muchas veces de lo ya previsto en la Ley 30/1992, se han ido elaborando distintas normas reglamentarias,⁴⁶ entre las que cabe destacar el RD 263/1996, de 16 de febrero, de

⁴⁵ *Ibidem*, p. 34.

⁴⁶ «Es de notar en este punto que la regulación jurídica de la actividad de las Administraciones públicas ha adoptado una posición que permite y obliga a la normal asunción de las innovaciones tecnológicas que se vengán produciendo, en todo caso bajo las adecuadas condiciones de legalidad, garantía, constancia, seguridad y respeto a los derechos de los ciudadanos, siempre exigibles de los poderes públicos». Cfr. CLIMENT BARBERÁ, J., *Derecho y nuevas tecnologías*, Servicio de Publicaciones, Universidad Cardenal Herrera-CEU, Valencia, 2001, pp. 64-65.

utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado (AGE); el RD 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de presentaciones de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la AGE, la expedición de copias de documentos y la devolución de originales y el régimen y funcionamiento de las oficinas de registro; y el RD 209/2003, de 21 de febrero, por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos. El RD 522/2006, de 28 de abril, suprime la aportación de fotocopias del DNI en los procedimientos administrativos de la AGE y el RD 523/2006, de 28 de abril, elimina la exigencia de aportar el certificado de empadronamiento, como documento probatorio del domicilio y residencia.⁴⁷

Tampoco pueden olvidarse otras normas con rango legal como la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico; la Ley 59/2003, de 13 de diciembre, de firma electrónica y la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos.⁴⁸

⁴⁷ El Ministerio de Administraciones Públicas estima que anualmente se aportan cuatro millones de fotocopias del DNI para trámites administrativos en la AGE. En cuanto a los certificados de empadronamiento, las estimaciones ministeriales son de 3,2 millones de cambios de domicilios al año. Por cada uno, los Ayuntamientos emiten 3 volantes de empadronamiento, el 60% destinados a la AGE. El objetivo es eliminar estos volantes y sustituirlos por acceso a bases de datos internos por parte de los funcionarios. Vid. *Plan Moderniza 2006-2008*, p. 12. Disponible en www.map.es.

⁴⁸ Mediante RD 1418/2006, de 1 de diciembre, ha sido creada la Agencia Estatal de

El impulso a las TIC ha tenido su reflejo en la organización administrativa. El Consejo Superior de Administración Electrónica, regulado por RD 589/2005, de 20 de mayo, es el órgano colegiado adscrito al Ministerio de Administraciones Públicas, encargado de la preparación, la elaboración, el desarrollo y la aplicación de la política y estrategia del Gobierno en materia de tecnologías de la información, así como del impulso e implantación de la Administración electrónica en el ámbito estatal.⁴⁹

Igualmente, han sido numerosos los Planes y proyectos liderados, en términos generales, por el Ministerio de Administraciones Públicas, con los que se ha pretendido impulsar la Administración electrónica: *Inforius*, *Info XXI*, *Pista*, *e-España*, *Sara*, *Avanza*, *Silice*, *Ceder*, *Consolider*, *Conecta*, *Red 060*, *Ingenio 2010*, *Moderniza*, etc.

Entre ellos destaca *Moderniza*, un plan de medidas para la mejora de la Administración 2006-2009, aprobado por Consejo de Ministros de 9 de diciembre de 2005, con el objetivo de dar un impulso a los servicios públicos, con una organización más flexible y eficaz, haciendo una apuesta decidida por la implantación de la Administración electrónica. Este plan contempla varios objetivos.

Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, que, a juicio de Barriuso, está llamada a ser uno de los principales instrumentos de la Administración para conseguir la mejora y modernización de los servicios públicos (BARRIUSO RUIZ, C., *Administración electrónica*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 27).

Para más detalle sobre los órganos de la Administración electrónica y sus funciones, vid. 49 BARRIUSO RUIZ, C., *Administración electrónica...*, op. cit., pp. 29-52.

En primer lugar, la aprobación de una Ley de Administración electrónica, con la finalidad de reconocer los derechos y deberes de los ciudadanos en su relación telemática con las Administraciones, generalizar el uso de la firma electrónica, extender los procedimientos telemáticos en la AGE y contribuir a la cooperación de las Administraciones en materia de Administración electrónica.

En segundo término, *Moderniza* se ocupa de la simplificación de trámites para los ciudadanos, mediante la *Red de Oficinas integradas de atención al ciudadano* (Red 060). En la AGE existen 2.800 oficinas de atención (20.000 en todas las Administraciones Públicas); 1000 números de teléfono, más de 500 páginas web. Con la creación de una Red Integrada se busca que los trámites de todas las Administraciones puedan efectuarse en las oficinas más cercanas al ciudadano y con los medios más accesibles: Red de oficinas 060, Teléfono unificado 060 y Portal en internet www.060.es.

Este nuevo modelo para las relaciones entre los ciudadanos y la Administración Pública fue impulsado por el Acuerdo de 15 de julio de 2005 del Consejo de Ministros, aprobado por Resolución de 19 de julio de la Secretaría General para la Administración Pública (BOE número 184, de 3 de agosto de 2005), para la implantación de una Red de Oficinas Integradas de Atención al Ciudadano en colaboración con las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local. La creación de una red de espacios comunes de atención al ciudadano supondrá que en el futuro los ciudadanos puedan acceder a un acervo creciente de servicios

normalizados de presentación de documentos, información y gestión con dos importantes particularidades: Una, el conjunto de servicios prestados corresponderá a los diversos niveles administrativos existentes en nuestro país (estatales, autonómicos y locales). Y, dos, el ciudadano podrá acceder a dichos servicios a través de una red de oficinas integrales cuya titularidad corresponderá a las distintas Administraciones Públicas o bien por medio de otros canales puestos a su disposición (el teléfono, Internet, los dispositivos móviles...).

Significará un cambio fundamental en la manera en que las Administraciones actúan y se relacionan con los ciudadanos: sin colas de espera y abierto 24 horas al día.

Las Oficinas Integradas 060 son espacios comunes de atención a los ciudadanos para la prestación, por medio presencial, de servicios integrados de información, orientación, atención y tramitación sobre determinados aspectos de la actividad administrativa. Las Oficinas Integradas se clasifican, en función de sus capacidades y del nivel de servicios que prestan, en varias categorías. Son oficinas de contacto aquellas que prestan servicios de nivel primario consistentes en recepción, registro y remisión de comunicaciones del ciudadano. *Las oficinas de información*, además de los servicios atendidos por las oficinas de contacto, desarrollan servicios de nivel intermedio consistentes en la atención y orientación personalizada a las personas sobre los servicios públicos e informaciones más relevantes de las Administraciones intervinientes. Finalmente, *las ofici-*

nas de gestión integral, junto con los propios de las dos categorías anteriores, asumen la prestación de servicios integrales de gestión que comprenden la tramitación conjunta de procedimientos y trámites de competencias de las distintas Administraciones.⁵⁰

El Acuerdo de 15 de julio de 2005 del Consejo de Ministros, en su apartado tercero, prevé que el Ministro de Administraciones Públicas, en el ejercicio de las competencias que le atribuye la normativa vigente, podrá negociar y formalizar con los órganos de las Comunidades Autónomas *Convenios Marco* para articular medidas e instrumentos de colaboración para la implantación coordinada y normalizada de una red de espacios comunes de atención a la ciudadanía, entendiendo por espacios los modos o canales por los que las personas pueden acceder a las informaciones y servicios públicos (oficinas de atención presencial, atención telefónica, páginas en Internet y otros). Mediante estos *Convenios Marco* podrá, también, establecerse un marco general de obligaciones para permitir, de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del artículo 38.4 LRJAP-PAC, que los ciudadanos puedan presentar, en los registros de las Entidades Locales del ámbito territorial de la correspondiente Comunidad Autónoma que se adhieran voluntariamente a los

⁵⁰ Todas estas oficinas se ubicarán aprovechando las infraestructuras públicas pertenecientes a las Administraciones participantes y respetando las adscripciones orgánicas y funcionales existentes, así como su identificación institucional, que coexistirá con el símbolo que se determine por los firmantes de este Convenio para identificar su pertenencia a la Red de Oficinas Integradas de Atención a la Ciudadanía en el ámbito de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Convenios, las solicitudes, escritos y comunicaciones que dirijan a los órganos y entidades de derecho público de la Administración General del Estado y de la Comunidad Autónoma correspondiente. Los Convenios pueden, además, fijar compromisos para intercambiar, compartir e integrar medios e instrumentos de información a la ciudadanía y en particular para la agregación y sindicación, cuando resulte posible, de determinados contenidos de las páginas en Internet de la responsabilidad de los intervinientes. Asimismo, a través de esta fórmula puede configurarse la progresiva prestación conjunta de servicios de gestión mediante la simplificación e integración de los trámites y procedimientos administrativos en que participen las administraciones intervinientes y la compatibilidad e interoperabilidad de los sistemas de información que los soporten. En los mencionados Convenios habrá de preverse un instrumento para que puedan adherirse las Entidades Locales y Corporaciones de Derecho Público en el ámbito de la correspondiente Comunidad Autónoma que así lo soliciten.

Con este nuevo concepto de prestación del servicio público se ambiciona ofrecer un servicio integral para las necesidades que pueda tener un ciudadano; optimizando en su beneficio la pluralidad de Administraciones Públicas sobre el territorio, «de manera que, lejos de suponer una carga sucesiva, se convierta en un factor de progreso y competitividad».⁵¹

51 Resolución de 19 de julio de 2005, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de julio de 2005, para la implantación de una Red de Oficinas Integradas de

4.3. Algunos ejemplos de simplificación administrativa ya en práctica en nuestro país

A) *Ventanillas únicas*

La Directiva de Servicios propugna el establecimiento de un único punto de contacto para garantizar que todo prestador tenga un único interlocutor al que pueda dirigirse para realizar los procedimientos y trámites administrativos correspondientes a las actividades de servicios. Las ventanillas únicas no son desconocidas en nuestro país, antes al contrario, existe una cierta experiencia en su funcionamiento.

La Ventanilla Única Empresarial (VUE) es un programa de simplificación administrativa de las condiciones para la creación de empresas, impulsado conjuntamente por todas las Administraciones Públicas (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas, Administraciones Locales) y las Cámaras de Comercio.⁵² Desde su puesta en funcionamiento, se han inaugurado ya treinta y una Ventanillas Únicas Empresariales en trece Comunidades Autónomas y en las dos Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. Está prevista la incorporación del resto de Comunidades y la ampliación de la red de oficinas al servicio del emprendedor.

Atención al Ciudadano en colaboración con las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local (BOE núm. 184, de 3 agosto 2005).

⁵² Los sitios web de la VUE son <http://www.vue.es/> y <http://www.ventanillaempresarial.org/>.

La VUE tiene por objeto el apoyo a los emprendedores en la creación de nuevas empresas, mediante la prestación de servicios integrados de tramitación y asesoramiento empresarial. La VUE pone a disposición de los emprendedores *centros presenciales* de tramitación y de asesoramiento integral al emprendedor y, también, el *portal ventanilla única empresarial virtual*. Los espacios únicos integrados de tramitación y asesoramiento empresarial están ubicados en las Cámaras de Comercio. En ellos los interesados en la creación y puesta en marcha de una empresa reciben orientación sobre el proyecto empresarial (medios de financiación, posibles formas jurídicas, ayudas a la creación de empresas, requisitos y trámites necesarios) y, además, pueden llevar a cabo la tramitación integral del proceso administrativo de creación de una empresa.

El *portal ventanilla única empresarial virtual*, al objeto de garantizar la máxima accesibilidad y alcance del servicio, ofrece información general sobre creación de empresas, una herramienta de orientación personalizada y tutorizada sobre los trámites de cada proyecto empresarial, así como un sistema de seguimiento individualizado de los trámites que se realicen para la puesta en marcha de una empresa.

En tanto que instrumento de racionalización y mejora de las condiciones de creación de empresas, la VUE entronca con las diferentes iniciativas de simplificación administrativa impulsadas desde las Administraciones públicas e instituciones participantes, permitiendo su coordinación y recíproco enriquecimiento.

Asimismo, la VUE es reflejo de los esfuerzos de consolidación de una auténtica Administración electrónica o e-Administración, mediante el uso intensivo de las tecnologías de la información y la comunicación, requisito indispensable para la construcción de una Sociedad de la Información.⁵³

B) Realización de trámites por vía electrónica

La Administración electrónica se configura como una nueva forma de «atención al ciudadano», al que se le facilita una posibilidad más para la realización de gestiones a través de internet. El sistema se basa en dos elementos. Por un lado, en la acreditación de las partes que se relacionan e intercambian documentos o informaciones electrónicas, garantizando su identidad, integridad y autenticidad (certificados electrónicos) y, por otro, en la disponibilidad de un «registro» que acredite y certifique estas transacciones (el «registro telemático»). Sobre estas dos realidades, se asienta un complejo catálogo de documentos, aplicaciones y herramientas informáticas que posibilitan desde el envío de solicitudes, documentos, o datos, hasta efectuar pagos, o realizar consultas, en definitiva, el conjunto de servicios, trámites o gestiones, que configuran lo que se viene a denominar «Administración electrónica».

⁵³ Por citar sólo alguno de los variados programas que sirven de fundamento a la VUE, cabe señalar, en el ámbito de la Administración General del Estado, el Programa «Ventanilla Única» del Ministerio de Administraciones Públicas, los Planes Generales de Simplificación Administrativa, los Planes de Acción para el Empleo, el Plan de Agilización y Simplificación Normativa para la Competitividad de la PYME o el Plan INFO XXI.

El número de trámites y gestiones que tanto los ciudadanos como las empresas pueden realizar a través de internet es cada vez más elevado.⁵⁴ En nuestro país, todos conocemos ejemplos de buenas prácticas en el campo de la Administración electrónica. Algunos de ellos, como la Agencia Tributaria, han recibido incluso el reconocimiento europeo. El servicio que ofrece la Agencia Tributaria fue galardonado con el premio «Europa 2003» de Administración electrónica. Este servicio simplifica y acelera la entrega de certificados fiscales a los contribuyentes, mediante comunicaciones electrónicas seguras entre las distintas Administraciones y con los ciudadanos. La cooperación entre las Administraciones es un elemento fundamental del servicio que ofrece la Agencia Tributaria.⁵⁵

Merced a la incorporación de la identificación electrónica y los pagos electrónicos y gracias a una mayor interactividad, los portales son cada vez más sofisticados. Su uso crece gradualmente, pero todavía no está generalizado. Como señala el Comisario Europeo para la empresa y la sociedad de la información, «la existencia del servicio en línea no garantiza su uso. Tan importante es saber que existen estos servicios como estar dispuesto a usarlos. Lo que cuen-

⁵⁴ Sin embargo, es infrecuente todavía el acceso a través de otros medios diferentes del ordenador, como la televisión digital o los terminales móviles.

⁵⁵ Vid. SEGARRA TORMO, S., «Las nuevas tecnologías en la Administración Tributaria Española. Descripción, análisis y dinamización», *Economía Industrial*, Madrid, núm. 338, 2005, pp. 105-118 y, del mismo autor, «La experiencia de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria», *La Ley*, núm. 5, de 17 de julio de 2007, pp. 5-8.

ta, sobre todo, son los beneficios reales que aportan: cómo se perciben estos servicios, cómo se utilizan, cuáles son los beneficios que notan los usuarios y cuáles los que aporta la administración electrónica a la propia administración». ⁵⁶

Frecuentemente, son las Administraciones autonómicas y locales las que se sitúan en la vanguardia de la oferta de servicios en línea. ⁵⁷ Son innumerables las muestras de ello. Citemos, por ejemplo, los casos de la Comunidad de Madrid o del Ayuntamiento de Barcelona. La Administración electrónica de la Comunidad de Madrid (www.madrid.org) permite iniciar la tramitación de procedimientos administrativos, mediante el envío de solicitudes a través del Registro telemático (teletramitación), que serán dirigidas automáticamente, a los servicios competentes para su tramitación. Únicamente podrán iniciarse de manera telemática los procedimientos en los que así se indique y se citen en la oficina virtual. ⁵⁸

⁵⁶ Cfr. LIIKANEN, E., «La administración electrónica...», *op. cit.*, p. 8. Como subraya más adelante, «la sofisticación de los servicios en línea (es decir, ir más allá de la mera información y respaldar la interactividad y las transacciones) ha progresado más en servicios para empresas que en servicios para ciudadanos» (p.10).

⁵⁷ Vid. MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, B., «Las Administraciones territoriales en internet, un factor clave de modernización», *Economía Industrial*, Madrid, núm. 338, 2005, pp. 25-41. Una de las prioridades del programa de fondos estructurales europeos es, precisamente, el desarrollo de la administración electrónica en los ámbitos regional y local. El gasto en sociedad de la información representa en torno a un 30% en las regiones del Objetivo 1 y un 20% en las regiones del Objetivo 2. Pueden consultarse las siguientes direcciones de internet:

http://europa.eu.int/comm/regional_policy/consultation/telecom_en.htm y

<http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l24226b.htm>.

El Ayuntamiento de Barcelona (www.bcn.es) ha aprobado recientemente una Ordenanza reguladora de la Administración electrónica.⁵⁹ El objeto de la Ordenanza es regular la utilización de las TIC en las relaciones jurídico-administrativas entre los ciudadanos y la Administración municipal. «Para potenciar el uso aún más intenso de las tecnologías en las relaciones de los ciudadanos y las empresas con el Ayuntamiento y facilitar el pleno aprovechamiento de sus beneficios –puede leerse en la Exposición de Motivos de la norma–, es preciso que éste se dote de un instrumento normativo que determine los derechos y los deberes de los ciudadanos en este

58 En concreto, los que en la actualidad figuran son los siguientes: obtener duplicados de solicitudes enviadas a través del Registro Telemático; anexas a la solicitud los archivos de los documentos requeridos, en los formatos y extensión previamente indicados; aportar nuevos documentos a los expedientes que se encuentren en cualquier fase de tramitación; utilizar los servicios de respuesta inmediata (SERIS); pedir cita médica online durante las 24 horas del día; efectuar el pago de tasas y precios públicos y otros ingresos; realizar declaración y pago de impuestos; presentar quejas y sugerencias sobre los servicios que le presta la Comunidad de Madrid. Asimismo, se podrán realizar diferentes consultas como comprobar la autenticidad de los documentos electrónicos generados por la Comunidad de Madrid, sobre la situación en la que se encuentra el expediente administrativo; consultas y acceso a los certificados de inscripción del Registro de Licitadores de la Comunidad de Madrid; consultas sobre los pagos efectuados a través de internet o los pagos pendientes; estado de las garantías y depósitos; conocer la valoración de los bienes urbanos, vehículos y embarcaciones; información de la situación de procedimientos judiciales (agenda de vistas), etc.

59 Sobre el uso de internet en el ámbito local, puede verse SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z., «Las nuevas tecnologías de la información...», *op. cit.*; y VALERO TORRIJOS, J., «La prestación de servicios de la Sociedad de la Información por la Administración municipal. Especial referencia a los servicios de intermediación relacionados con Internet», *Revista*

ámbito, que regule las condiciones, las garantías y los efectos jurídicos de la utilización de los medios electrónicos en las relaciones con los ciudadanos y que establezca los principios generales de actuación de la Administración Municipal en esta materia, en especial en el proceso de incorporación a la administración electrónica de los trámites y los procedimientos administrativos. De igual modo, la norma debe dar plena seguridad jurídica, así como agilidad y eficacia, a la actuación ingente que han hecho y hacen todos los servicios municipales para facilitar, a través de Internet y de los canales telemáticos en general, servicios de información, consulta, tramitación y participación». ⁶⁰

4.4. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y la transposición parcial de la Directiva de Servicios

El 23 de junio de 2007 apareció publicada en el Boletín Oficial del Estado la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (LAECSP). ⁶¹ Una Ley que

de Estudios Locales, núm. extra, julio, 2004, pp. 19-29.

⁶⁰ Los trámites más solicitados son permisos de obras, autoliquidación del impuesto de plusvalía, recursos de tributos y multas; permisos para inicio de actividad o de instalación, domiciliación bancaria de tributos, alta o cambio de padrón, volante de residencia, volante de convivencia, certificado del pago de tributos y el punto de información cartográfica.

⁶¹ Originariamente, fue denominada «Ley de Administración electrónica». Más tarde, en el proyecto de Ley presentado por el Gobierno el 7 de diciembre de 2006 recibió el

reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos (artículos 1.1 y 6.1) y, en contrapartida, la obligación de las Administraciones Públicas de dotarse de los medios y sistemas para que ese derecho pueda ejercerse. En la Exposición de Motivos de la Ley se explica que con ello se pretende dar el paso del «podrán» al «deberán». La Ley supone un avance sustantivo en relación con el marco normativo contenido hasta ahora en la Ley 30/1992. Las previsiones de los artículos 38, 45 y 59 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común eran, como se apuntó con anterioridad, facultativas, pues dejaban en manos de las propias Administraciones determinar si los ciudadanos podían relacionarse por medios electrónicos con ellas.⁶³ Para el autor de la norma, «las avanzadas para el momento, pero por otra parte prudentes, previsiones legales, muy válidas en 1992 o en 2001, hoy han quedado desfasadas, ante una realidad en que el grado de penetración de ordenadores y el número de perso-

nombre de «Ley para el acceso electrónico de los ciudadanos a las Administraciones Públicas» y como tal fue tramitada. Finalmente, fruto de una enmienda del Grupo Parlamentario Popular (la número 78), transaccionada por el Grupo Parlamentario Socialista, el título de la ley se convirtió en «acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos» (BOCG, Diario de Sesiones del Senado, núm. 125, 6 de junio de 2007, p. 7707).

⁶² Como destaca DORREGO DE CARLOS, A., «La Administración electrónica: Luces y sombras de un nueva regulación legal», *La Ley*, núm. 5, de 17 de julio de 2007, p. 1.

⁶³ Conviene recordar que la Disposición derogatoria única de *la Ley*, deroga expresamente el apartado 9 del artículo 38, los apartados 2, 3 y 4 del artículo 45, el apartado 3 del artículo 59 y la disposición adicional decimoctava de la Ley 30/1992.

nas y entidades con acceso en banda ancha a Internet, con las posibilidades abiertas a otras tecnologías y plataformas, no se corresponden ya con los servicios meramente facultativos que la Ley citada permite y estimula a establecer a las Administraciones».

El legislador considera también que esta Ley es una respuesta a los compromisos comunitarios y a las iniciativas europeas puestas en marcha a partir de Consejo Europeo de Lisboa. La iniciativa «e-Europa», como explicábamos en páginas anteriores, otorga singular importancia al desarrollo de la administración electrónica y considera que el aprovechamiento de las posibilidades que brindan las nuevas tecnologías es un factor determinante del futuro económico de Europa.

Pero lo verdaderamente interesante, en relación con las cuestiones que se vienen examinando en este trabajo, es un párrafo introducido en el apartado IV de la Exposición de Motivos en uno de los últimos trámites en el Senado, a través de una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista,⁶⁴ que reza lo siguiente:

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

64 «Enmienda núm. 121», *BOCG*, Senado, núm. 97, 21 de mayo de 2007, p. 67.

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

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

Así pues, a juicio del legislador español, la transposición de la Directiva de Servicios, en algunas de sus previsiones en materia de simplificación administrativa, ya ha sido llevada a cabo en nuestro país. A continuación, vamos a examinar en qué términos y en qué medida ha sido transpuesta la normativa comunitaria.

La LAECSP se estructura en cuatro títulos. El Título Preliminar se ocupa de definir aspectos generales como el objeto, las finalidades y los principios de la ley.

Los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos se recogen en el Título Primero, en el que, asimismo, se hacen constar las obligaciones de las Administraciones para garantizar el pleno ejercicio de estos derechos: habilitar diferentes canales o medios para la

prestación de los servicios electrónicos y facilitar a las otras Administraciones los datos de los interesados que se le requieran y obren en su poder, en la tramitación de un procedimiento, siempre que el interesado preste su consentimiento expreso.⁶⁵

El Título Segundo regula el régimen jurídico de la Administración electrónica, con atención a aspectos importantes que han de ser garantizados para su buen funcionamiento. Así, por un lado, la Ley se ocupa de la sede electrónica, como dirección electrónica cuya gestión y administración corresponde a una Administración Pública, que funciona con plena responsabilidad respecto de la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a los que puede accederse a través de ella. Por otro lado, se regulan las formas de identificación y autenticación, tanto de los ciudadanos, como de los órganos administrativos en el ejercicio de sus competencias. El Documento Nacional de Identidad electrónico está habilitado con carácter general para todas las relaciones con las Administraciones Públicas, y por ello pretende impulsarse como fórmula para extender el uso general de la firma electrónica.⁶⁶ Igualmente, cualquier Administración tiene la obligación de admitir los certificados electrónicos reconocidos

⁶⁵ Las normas básicas de garantía de los derechos de los ciudadanos son, como señala DORREGO DE CARLOS, «el elemento vertebral y más elogiado de la nueva regulación» («La Administración electrónica...», *op. cit.*, p. 2).

⁶⁶ Al respecto, resulta muy interesante leer la entrevista a Mauricio PASTOR SERRANO, bajo el título «El DNI electrónico: Un nuevo paso en la libertad individual de los ciudadanos», publicada en el Diario La Ley, núm. 5, 17 de julio de 2007, pp. 8-10.

en el ámbito de la Ley de Firma Electrónica.⁶⁷ Se regulan, además, los registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas; así como los documentos y archivos electrónicos.

El Título Tercero trata de la gestión electrónica de los procedimientos; regula la iniciación, instrucción y terminación de procedimientos por medios electrónicos.

Finalmente, en el Título Cuarto se aborda la cooperación entre Administraciones para el impulso de la Administración electrónica. En él se determina que el Comité Sectorial de Administración electrónica, dependiente de la Conferencia Sectorial de Administración Pública, es el órgano técnico de cooperación en esta materia de la AGE, de las administraciones de las Comunidades Autónomas y de las entidades que integran la Administración Local; se establecen los principios para garantizar la interoperabilidad de

⁶⁷ La firma electrónica es una manera de representación y confirmación de la identidad de un sujeto en el medio electrónico. Técnicamente, es un conjunto de datos únicos encriptados (transformados en códigos). Sobre la firma electrónica, pueden verse GARCÍA INDA, A., «Firma electrónica y servicios de certificación. El Real Decreto-Ley 14/1999, sobre firma electrónica», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 55, septiembre-diciembre, 1999, pp. 313-346; ALAMILLO DOMINGO, I., «La firma electrónica en la Administración Pública», *Revista de Estudios Locales*, núm. extra, julio, 2004, pp. 71-81; ALAMILLO DOMINGO, I. Y URIOS APARISI, X., «Comentario crítico de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica», *Revista de la contratación electrónica*, núm. 46, 2004, pp. 3-64; y GARCÍA GARCÍA, S. Y IVARS BAÑULS, J.A., «La firma electrónica al servicio del ciudadano», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 12, 2004, pp. 89-112.

sistemas de información y las bases para impulsar la reutilización de aplicaciones y transferencia de tecnologías entre Administraciones.

La LAECSP tiene carácter mayoritariamente básico, en los términos detallados por la Disposición final primera, al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.18ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y sobre el procedimiento administrativo común.

Entre las finalidades de la Ley que explicita el artículo 3, son varias las que están estrechamente relacionadas con algunos de los preceptos de la Directiva de Servicios. En particular, el apartado 2 se refiere a *facilitar el acceso por medios electrónicos de los ciudadanos a la información y al procedimiento administrativo, con especial atención a la eliminación de las barreras que limiten dicho acceso*. O, por el ejemplo, el apartado 6 alude a *simplificar los procedimientos administrativos y proporcionar oportunidades de participación y mayor transparencia, con las debidas garantías legales*.

De los innumerables «principios generales» que la Ley enumera en el artículo 4 (respeto al derecho a la protección de datos de carácter personal, igualdad, accesibilidad a la información y a los servicios, legalidad, cooperación entre las Administraciones públicas, seguridad, proporcionalidad, responsabilidad y calidad en la veracidad y autenticidad de las informaciones, neutralidad tecnológica y de adaptabilidad al progreso, transparencia y publicidad

del procedimiento...) conviene destacar que, de nuevo, se menciona la simplificación administrativa. En el apartado j) la simplificación administrativa figura como un principio *por el cual se reduzcan de manera sustancial los tiempos y plazos de los procedimientos administrativos, logrando una mayor eficacia y eficiencia en la actividad administrativa.*

Es cierto, pues, que, como afirma el legislador en la Exposición de Motivos, existen varios puntos en común entre la Ley y la Directiva de Servicios. Pero, además, se han incluido referencias expresas a la información y trámites relacionados con las actividades de servicios.

En concreto, el artículo 6 de la Ley 11/2007, dedicado a los derechos de los ciudadanos,⁶⁸ en su párrafo 3, dispone lo siguiente:

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

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

⁶⁸ Las empresas han de entenderse incluidas en la referencia legal a los «ciudadanos». En el Anexo de la Ley, ciudadano es definido como «cualesquiera personas físicas, personas jurídicas y entes sin personalidad que se relacionen, o sean susceptibles de relacionarse, con las Administraciones Públicas» (letra h).

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

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

Este párrafo fue añadido en las últimas horas que la Ley pasó en el Senado.⁶⁹ Con ello, según el autor de la propuesta, se transpone a nuestro ordenamiento el artículo 7 de la Directiva de Servicios. Lo cual, si se recuerda ahora lo que allí se decía, no es del todo cierto. En efecto, el artículo 7 de la norma comunitaria se refiere a la información, pero, además, al asesoramiento. Sin embargo, en la Ley española no se menciona expresamente el derecho a recibir asesoramiento sobre la forma en que las autoridades competentes interpretan y aplican generalmente los requisitos de acceso y ejercicio a las actividades de servicios. Por otra parte, tampoco se hace referencia alguna a la guía simple y detallada, que, según la Directiva, será elaborada cuando proceda por las autoridades competentes. Un guía –recuérdese–, accesible a distancia y por vía electrónica, que habrá de contener toda esa información de forma clara e inteligible y estar debidamente actualizada.

69 «Enmienda núm. 122», BOCG, Senado, núm. 97, 21 de mayo de 2007, p. 68.

La otra modificación de última hora fue la efectuada sobre el artículo 44, al objeto de transponer los artículos 6, 7 y 8 de la Directiva de Servicios. El mencionado precepto está dedicado a la *Red integrada de Atención al Ciudadano*. En él se prevé que las Administraciones públicas suscriban convenios de colaboración a fin de establecer medidas e instrumentos de colaboración que permitan la implantación coordinada y normalizada de una red de espacios comunes o ventanillas únicas. Y, en particular –dice el párrafo segundo, incorporado en los términos antes explicados– se implantarán *espacios comunes o ventanillas únicas* para obtener la información prevista en el artículo 6.3 y para realizar los trámites y procedimientos relativos al establecimiento de actividades de servicios.⁷⁰

La transposición parcial que se ha realizado de la Directiva ha sido circunstancial y casi anecdótica. No se ha hecho con la reflexión que la cuestión hubiese merecido y se ha dejado pendiente un importantísimo aspecto de la simplificación administrativa, cual es el del análisis detenido de las distintas regulaciones sectoriales, para detectar intervenciones innecesarias que merecen ser suprimidas, trámites que se mantienen por pura inercia. Animaba el profesor MARTÍN-RETORTILLO hace ya más de diez años a llevar a cabo una

⁷⁰ La definición de «espacios comunes o ventanillas únicas» que ofrece la letra t) del Anexo de definiciones de esta Ley es la siguiente: «modos o canales (Oficinas Integradas, atención telefónica, páginas en Internet y otros) a los que los ciudadanos pueden dirigirse para acceder a las informaciones, trámites y servicios públicos determinados por acuerdo entre varias Administraciones».

«radical reconversión del actuar procedimentalizado de la Administración», advirtiendo que tal perspectiva no implica un cuestionamiento de la intervención de la Administración ni de su grado, sino de «los procedimientos a través de los que se lleva a cabo». ⁷¹ Hay que examinar los procedimientos y simplificarlos cuando «no sean lo suficientemente simples», prescribe el artículo 5 de la Directiva.

5. Retos para un futuro muy próximo: la simplificación administrativa en los Proyectos de Ley Paraguas y Ley Ómnibus

La ineludible tarea que se mencionaba en el párrafo anterior no es, desde luego, la que lleva a cabo el Proyecto de Ley sobre libre acceso a actividades de servicios y su ejercicio, más conocido como *Ley Paraguas*. ⁷² Pues se trata, simplemente, de una norma de carácter transversal u horizontal que incorpora formalmente, sin grandes diferencias, mediante el sistema de transposición por transcripción, el contenido de la Directiva de Servicios al ordenamiento español. ⁷³ No corresponde aquí y ahora efectuar un análisis detenido de este proyecto legislativo. Destaquemos únicamente, por lo que más especialmente afecta al contenido de este trabajo, que en el artículo 1 la Ley Paraguas la simplificación aparece como un

71 MARTÍN-RETORTILLO, S., «De la simplificación...», *op. cit.*, p. 35.

72 *BOCG*, Serie A, núm. 23-1, 3 de abril de 2009.

73 En cuanto a la transposición por transcripción, *vid. Dictamen 1/2007, de 14 de febrero de 2008, del Consejo de Estado*, relativo a la incorporación del Derecho europeo, p. 180.

medio para alcanzar el objetivo de facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre prestación de servicio.

El capítulo IV del Proyecto de Ley trata de la simplificación administrativa, trasladando el contenido del capítulo II de la Directiva. Lo integran tres preceptos, dedicados, respectivamente, a la “simplificación de procedimientos” (artículo 17), “ventanilla única” (artículo 18) y a las “garantías de información a través de la ventanilla única” (artículo 19), cuyo tenor literal coincide en lo fundamental con el de los artículos 5, 6, 7, 8 y 21 de norma comunitaria.⁷⁴ Así, las Administraciones Públicas tendrán que revisar los procedimientos y trámites aplicables al establecimiento y la prestación de servicios, a fin de impulsar su simplificación, y posibilitarán que todos los trámites puedan realizarse por medios electrónicos y a distancia. A través de un sistema de ventanilla única los prestadores podrán llevar a cabo en un único punto, por vía electrónica y a distancia, todos los trámites necesarios para el acceso y ejercicio de una actividad de servicios; y asimismo, podrán obtener determinada información, que será accesible también a través de la misma ventanilla única para los destinatarios de los servicios.

La necesaria revisión y simplificación de todos los procedimientos, al menos en el ámbito del Estado, es la que pretende llevar a cabo la denominada *Ley Ómnibus*, que adapta la normativa estatal

⁷⁴ Por cierto, algunos de ellos, como sabemos, ya incorporados anteriormente a través de la LAECSP.

de rango legal a lo dispuesto en la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.⁷⁵ El Proyecto de Ley acomete una serie de modificaciones legislativas –que en algunos casos exceden el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios- dirigidas a alcanzar una mayor simplificación de los procedimientos, reducir las trabas y cargas administrativas y eliminar los requisitos que no respeten los principios de no discriminación, justificación y proporcionalidad. Aunque tampoco sea éste el lugar apropiado para analizar con detenimiento las reformas previstas en la Ley Ómnibus –que afectan a 47 leyes- sí resulta conveniente resaltar alguno de los aspectos más genéricos que en ella se contienen en relación con la simplificación procedimental. En primer lugar, el arsenal de cambios legislativos tiene como propósito general –de acuerdo con la Exposición de Motivos- lograr un entorno regulatorio *“más eficiente, transparente, simplificado y predecible para los agentes económicos”* que *“supondrá un significativo impulso a la actividad económica”*.

En segundo lugar, entre las modificaciones horizontales que se contienen en el Título I del Proyecto de Ley destacan las que se realizan sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. La nueva redacción del artículo 43 mantiene la regla general del silencio positivo en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado una vez llegado el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado la resolución expresa. E, igualmente, se mantiene la excepción a esa regla general, que cabrá en los supuestos en

75 BOCG, Serie A, núm. 30-1, 19 de junio de 2009.

los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario. La novedad viene determinada por la exigencia de que ahora las causas justificativas del silencio negativo en determinados supuestos se basen en “razones imperiosas de interés general”.⁷⁶ Se añade un nuevo artículo 39bis que, bajo el título “principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad”, introduce el denominado “triple test” de la Directiva: no discriminación, proporcionalidad (adecuación a los fines que se persiguen y elección de la medida menos restrictiva), y necesidad (motivación de los requisitos que limiten el ejercicio de una actividad en la protección del interés público). En consonancia con el test de proporcionalidad, el nuevo artículo 71bis regula las figuras de la declaración responsable y la comunicación previa, que sustituyen el control previo administrativo para el ejercicio de una actividad económica por el cumplimiento por el particular de una carga.

En tercer lugar, tienen también relevancia desde el punto de vista de la simplificación administrativa, las modificaciones que se introducen en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, al objeto, por una parte, de que los prestadores

⁷⁶ Esta previsión debe ponerse en relación con la Disposición adicional cuarta del Proyecto de Ley, que establece una presunción general de que las “razones imperiosas de interés general” concurren en los procedimientos regulados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley y permite, en consecuencia, considerar ajustadas a las exigencias de la nueva regulación las normas legales vigentes y, por ende, que la aplicación generalizada de la regla del silencio positivo pueda verse frustrada.

de servicios puedan obtener información y realizar trámites por medio de una ventanilla única, por vía electrónica y a distancia (nuevo artículo 70bis); y, por otra, de que los regímenes de autorización (particularmente, las licencias) se adecúen a la Directiva de Servicios y de especificar que las Entidades Locales pueden intervenir en las actividades de los ciudadanos mediante el sometimiento de aquéllas a comunicación previa o a declaración responsable, en concordancia con el nuevo artículo 71 bis de la Ley 30/1992 (modificación del artículo 84 de la LRBRL).

Y, finalmente, como prueba irrefutable de lo incompleta que resultaba la transposición de los preceptos relativos a la simplificación administrativa efectuada por la LAECSP, la misma es ahora objeto de reforma por la denominada Ley Ómnibus, sin que por ello, la transposición termine, a nuestro juicio, de resultar en modo alguno completa. Entre las modificaciones horizontales que se incluyen en este Proyecto de ley, se contempla en el artículo 3 una modificación del apartado 3 del artículo 6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos que en los procedimientos relativos al acceso a una actividad de servicios y su ejercicio, los ciudadanos tienen derecho a la realización de la tramitación a través de una ventanilla única, por vía electrónica y a distancia, y a la obtención de determinada información por medios electrónicos. Esa información no es otra que la que se detalla en el apartado 1 del artículo 7 de la Directiva de Servicios. Sin embargo, ese mismo precepto de la norma comunitaria contempla algunos otros aspectos que ya se echaban en falta en

la redacción originaria de la LAECSP, como la referencia al asesoramiento que habrán de prestar las autoridades competentes. Si entonces la ausencia podía resultar excusable dada la nocturnidad con que fueron añadidos los preceptos relativos a la transposición de la Directiva en la fase final del trámite parlamentario, no lo es ahora que se ha tenido más tiempo para reflexionar y madurar el contenido de la norma.

Veremos lo que da de sí la tramitación de las Leyes Paraguas y Ómnibus. En todo caso, por la mera publicación de ambos textos en el Boletín Oficial del Estado, no se producirá por arte de magia una simplificación procedimental en nuestro país, como tampoco la entrada en vigor de la LAECSP supuso la implantación ipso facto de la Administración electrónica. De hecho esta última norma preveía un calendario para la implantación plena de los servicios de la Administración electrónica, cuya finalización se hacía coincidir con el comienzo de la nueva década o, lo que es lo mismo, el fin del plazo para la transposición de la Directiva (1 de enero del año 2010).⁷⁷

A lo largo de estas páginas hemos tratado de mostrar que se ha avanzado mucho, pero queda mucho por hacer. Es indiscutible que

⁷⁷ La nueva Ley impone una hoja de ruta a las Administraciones públicas, con sus plazos y tareas, genéricas y concretas, descritas detalladamente por ADSUARA, B., «Hoja de ruta o lista de tareas y plazos de la Ley de Administración electrónica», *La Ley*, núm. 5, 17 de julio de 2007, pp. 15-20. En concreto, en la Disposición Final 3ª puede leerse: *Los derechos reconocidos en el artículo 6 de la presente ley podrán ser ejercidos en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su competencia a partir del 31 de diciembre de 2009.* Con lo cual, como ha escrito DORREGO DE CARLOS, «la positiva e inno-

la Administración electrónica está mejorando. Lo hace primordialmente para ofrecer información a los ciudadanos, aunque todavía es bastante limitada la interacción entre los ciudadanos y las Administraciones públicas.⁷⁸

Pero la simplificación administrativa no es sólo el uso de las TIC. La simplificación administrativa es algo más que la implantación efectiva de la Administración electrónica. No podemos olvidar que ésta es sólo un medio y no un fin. El acceso a los servicios públicos a través de medios electrónicos, la posibilidad de obtener información o de realizar trámites administrativos por vía electrónica, son facetas de una tarea de mayor dimensión y alcance, que no admite demora. Simplificar los procedimientos es hacerlos más sencillos o menos complicados, cometido que, sin duda, puede verse facilitado por las oportunidades que brindan las TIC; pero simplificar implica también reducir los procedimientos y eliminar trámites innecesarios.⁷⁹ Y, no se olvide, simplificar exige “legislar mejor”. La simplificación administrativa ha de proyectarse sobre la

vadora regulación del derecho subjetivo de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas a través de medios telemáticos (art. 6.1 LAESP) y sus elementos accesorios (registro electrónico, notificaciones electrónicas, etc.) queda reducida a una mera *declaración programática* en la Disp. Final Tercera, en la que se contiene la regulación sobre la *aplicación efectiva* de la nueva Ley» (Cfr. «La Administración electrónica...», *op. cit.*, p. 2).

⁷⁸ En este sentido, BORGE, R. Y CERRILLO, A., «La administración electrónica: ¿Tierra prometida o carrera de obstáculos sin resultados?: Síntesis del debate», UOC, Barcelona, 2003, p. 1, disponible en <http://www.uoc.edu/dt/20360/index.htm>.

⁷⁹ Recordamos nuevamente a Sebastián MARTÍN-RETORTILLO: «Puede resultar paradójico, pero la reducción y simplificación de la organización y de los procedimientos

complejidad de las regulaciones, que constituyen en sí mismas otra importante barrera, en particular para el acceso y ejercicio de las actividades de servicios. En este sentido, debe traerse otra vez a colación el artículo 5 de la Directiva de Servicios, «los Estados miembros *verificarán* los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio. Cuando los procedimientos y formalidades no sean lo suficientemente simples, los Estados miembros los *simplificarán*». Con el modesto alcance expuesto en este trabajo, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los proyectos de Ley Paraguas y Ómnibus, pretenden transponer a nuestro ordenamiento jurídico algunos de los aspectos sobre la simplificación administrativa contemplados en la Directiva. Sin embargo, el artículo 5 no ha sido transpuesto todavía. La simplificación normativa exige discernir qué es lo que debe permanecer y qué es lo que debe ser eliminado y hacerlo, además, en sintonía con un examen detenido de los requisitos de autorización, para que no incurran en ninguno de los requisitos prohibidos o sometidos a evaluación que se contienen en los artículos 14, 15 y 16 de la norma comunitaria. Ese el verdadero reto que la Directiva de Servicios, en materia de simplificación administrativa, plantea en nuestro país, que deberá ejercerse caso por caso, en cada uno de los niveles estatal, autonómico y municipal, con ambición y prudencia político-legislativa.

administrativos vienen requeridas directamente por la necesidad de fortalecer el propio aparato estatal, liberándole de mil intervenciones inoperantes que a nada conducen y tampoco garantizan nada» («De la simplificación...», *op. cit.*, p. 37).

