

Ley Ómnibus: silencio administrativo, declaración responsable y comunicación previa

Blanca LOZANO CUTANDA

Catedrática de Derecho Administrativo. Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo. Miembro del Consejo

Editorial de LA LEY

Diario La Ley, Nº 7339, Sección Tribuna, 10 Feb. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY

LA LEY 147/2010

El proceso de liberalización del mercado de servicios impulsado por la Directiva Bolkestein exige suprimir, minimizar o racionalizar los requisitos administrativos que se han impuesto históricamente para la realización de estas actividades. En este estudio se analizan dos reformas que ha introducido a tal fin en la regulación general del procedimiento administrativo la Ley 25/2009, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (conocida como «Ley Omnibus»): la ampliación de la regla general del silencio positivo (de forma que, a partir de ahora, para que el sentido del silencio sea desestimatorio no basta con que una norma con rango de Ley así lo prevea sino que es necesario que la decisión del legislador esté justificada por razones de interés general), y la regulación de la declaración responsable y la comunicación previa como sistemas de control a posteriori del reconocimiento de un derecho o el ejercicio de una actividad alternativos y preferentes a la exigencia de autorización.

Disposiciones comentadas

L 25/2009 de 22 Dic. (modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio)

L 17/2009 de 23 Nov. (libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio)

I. MARCO JURÍDICO Y OBJETIVOS DE LA LEY 25/2009, DE 22 DE DICIEMBRE

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, también conocida como Directiva *Bolkestein* por el nombre del comisario europeo que la impulsó), se aprobó con el objetivo de la eliminación de las barreras entre Estados en el ámbito de la prestación de servicios, según las metas fijadas por la Estrategia de Lisboa» (1). La Directiva de Servicios pretende, por tanto, posibilitar que los prestadores de un servicio en un Estado miembro puedan también desempeñarlo sin trabas innecesarias en el territorio de los restantes, pero para ello, como paso previo y necesario, acomete una liberalización del mercado de servicios dentro de cada uno de los Estados miembros, suprimiendo, minimizando o racionalizando los requisitos administrativos exigidos para la realización de todas estas actividades (2).

Subyace a la Directiva de Servicios la convicción (bastante fundada, por otra parte) de que los principios propios de los modelos de las economías intervenidas y del principio del Estado social, vigentes en Europa a partir de la Primera Guerra Mundial, han llevado a un nivel de intervención pública excesiva en el mercado de servicios mediante el establecimiento de requisitos y títulos habilitantes previos que dificultan el acceso al mercado, desincentivan la puesta en práctica de iniciativas empresariales y generan importantes costes de transacción, cuando no prácticas irregulares de corrupción.

La transposición de la Directiva de Servicios a nuestro ordenamiento (cuyo plazo finalizaba el 31 de diciembre) se ha realizado, en primer lugar, mediante la L 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que, con carácter de legislación básica, incorpora de forma horizontal los principios y exigencias de la Directiva. A esta Ley general han de seguirle las reformas sectoriales necesarias para adaptar a

sus principios unos 7.000 procedimientos y normas estatales y autonómicos.

En el marco de las competencias estatales esta operación de liberalización de las actividades de servicios se acomete mediante dos normas con rango de Ley: la recién aprobada L 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, conocida como «Ley Ominibus», y el proyecto de Ley de reforma de la L 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, pendiente de finalizar su tramitación en las Cortes.

La Ley Ómnibus supone la modificación de 47 leyes estatales, afectando a los sectores más diversos (servicios industriales y de la construcción, servicios energéticos, servicios medioambientales y de agricultura...). Interesa señalar que la Ley extiende los principios de liberalización y simplificación administrativa a sectores excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva (como los de transportes, telecomunicaciones, seguridad y salud en el trabajo, profesiones sanitarias, servicios portuarios, sanidad y Seguridad Social, entre otros).

A estas modificaciones legislativas en el ámbito estatal deben acompañarse las necesarias reformas de los servicios de competencia autonómica o local. Las comunidades autónomas están llevando a cabo el proceso de reforma legislativa necesario para la incorporación de la Directiva (la Comunidad Autónoma de Aragón se adelantó incluso a la legislación básica estatal, dictando el DL 1/2008, de 30 de octubre, de medidas administrativas urgentes para facilitar la actividad económica en Aragón con el objeto de transponer la Directiva). En previsión de una tardía o insuficiente transposición la L 17/2009 establece —disp. final 4.ª— que si la UE sanciona a España por algún incumplimiento la multa la pagará la Administración responsable, y prevé que, en su caso, la Administración del Estado podrá compensar dicha deuda con las cantidades que deba transferir).

Por lo que respecta a los servicios municipales (3), la propia Ley Ómnibus ha modificado el art. 84 Ley de Bases de Régimen Local para introducir la comunicación previa o la declaración responsable como mecanismos ordinarios de intervención en el ámbito local junto con las licencias (que se someten a los principios de publicidad y libre concurrencia que impone la DS). Esta modificación ha sido acompañada por el RD 2009/2009, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 1955, que deroga varios artículos que exigían la licencia previa municipal para la apertura de establecimientos industriales y mercantiles (y viene a recordar, dicho sea de paso, que este vetusto Reglamento sigue vigente, siendo una muestra de mala técnica legislativa el que no se haya aprovechado esta ocasión para dictar una nueva norma completa y actualizada).

II. LA AMPLIACIÓN DE LA REGLA GENERAL DEL SILENCIO POSITIVO

La Ley Ómnibus modifica el art. 43 L 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para introducir la necesidad de que para que el sentido del silencio de la Administración sea negativo lo haya previsto así una norma con rango de ley «por razones imperiosas de interés general».

De acuerdo con la Directiva de Servicios el silencio (negativo, se entiende) introduce una forma de control *a priori* que restringe el acceso a las actividades de servicios y resulta equiparable a la autorización, por lo que únicamente resultará admisible cuando se cumplan los criterios de necesidad justificada por una razón imperiosa de interés general, no discriminación y proporcionalidad. Afirma así la Directiva que «la concesión de una autorización puede ser resultado no sólo de una decisión formal, sino también de una decisión implícita derivada, por ejemplo, del silencio administrativo de la autoridad competente o del hecho de que el interesado deba esperar el acuse de recibo de una declaración para iniciar la actividad en cuestión o para ejercerla legalmente» (considerando 39, *vid.* también la definición de autorización del art. 4.6).

Con el fin de luchar contra «la complejidad, la extensión y la inseguridad jurídica de los procedimientos administrativos» que dificultan el acceso a las actividades de servicios, se introducen principios de simplificación administrativa, en concreto limitando la autorización previa obligatoria a aquellos casos en que sea indispensable e *introduciendo el principio de autorización tácita de las autoridades competentes una vez vencido un plazo determinado* (considerando 43), de tal forma que el control *a priori*, por medio de autorización o decisión implícita equiparable, «sólo es admisible en aquellos casos en que no resultaría eficaz hacer un control *a posteriori*, habida cuenta de la imposibilidad de comprobar *a posteriori* los defectos de los servicios en cuestión y habida cuenta de los riesgos y peligros que se derivarían de la inexistencia de un control *a priori*» (considerando 54).

En aplicación de estas prescripciones de la Directiva, la Ley Ómnibus dispone que, a partir de ahora, para que el

sentido del silencio sea desestimatorio no basta con que una norma con rango de Ley así lo prevea sino que es necesario que la decisión del legislador esté justificada por razones de interés general, debiendo acudir para definir este concepto a la L 17/2009 sobre libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio: «razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas 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 derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural» (art. 3.11).

Ante un elenco tan amplio de posibles razones justificativas, es previsible que sean muy pocas las leyes que modifiquen el sentido del silencio para adecuarlo a la nueva prescripción. Cabe entender, no obstante, que si claramente no concurre ninguna razón de interés general y se mantiene o establece el sentido desestimatorio del silencio, la disposición legal de que se trate podrá considerarse como contraria a la Directiva de Servicios si afecta a una de las actividades incluidas en su ámbito de aplicación, lo que tendría como consecuencia, en aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario (afirmado por el TJUE desde la sentencia *Flaminio Costa/E.N.E.L.*, de 15 de julio de 1964), el deber del juez nacional de dejar sin aplicación la disposición de la ley nacional eventualmente contraria a aquél, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria (sentencia *Simmenthal* del TJUE, de 9 de marzo de 1978). En España, el Tribunal Constitucional ha reconocido esta facultad de los tribunales para inaplicar las disposiciones legales contrarias al Derecho comunitario previo planteamiento, en caso de suscitarse dudas —como ocurriría en este caso, pues la Directiva de Servicios no establece de modo absolutamente «claro, preciso e incondicional» una restricción a la previsión de la regla del silencio negativo— de la cuestión prejudicial ante el TJCE (SSTC 29/1991, de 14 de febrero y 58/2004, de 19 de abril).

Ahora bien, ***fuera del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios, la restricción de la regla del silencio negativo constituye una directriz que, en caso de incumplimiento por el legislador estatal resulta difícilmente controlable, en cuanto realizada por una norma del mismo rango legislativo*** (si quien incumple la regla es, en cambio, una ley autonómica, podría recurrirse en vía constitucional por vulneración del sistema de distribución de competencias de la CE, por contradecir la norma de que se trate una ley básica estatal, dictada al amparo del art. 149.1.18 CE).

No queremos ser agoreros, pero no puede descartarse que los propósitos de la Ley de generalizar la regla del silencio positivo se vean diluidos en su aplicación práctica y se limiten al ámbito estricto de las actividades de servicios, tal y como ha ocurrido, de hecho, con la pretensión de la L 30/1992 de instaurar como regla general el silencio positivo en vía de petición. Esta regla se ha visto desvirtuada en gran medida por las razones siguientes:

— La previsión contenida en el art. 62.1 f) de la propia L 30/1992 de que son nulos de pleno derecho «los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición», lo que matiza de modo importante las consecuencias del art. 43 e introduce un factor de inseguridad jurídica en la obtención de actos favorables por silencio (si bien su revocación deberá realizarse por la Administración mediante el procedimiento de revisión de oficio).

— Las numerosas leyes estatales y autonómicas que han establecido el carácter negativo del silencio (además de los supuestos contemplados en el propio art. 43 L 30/1992 y en su art. 142 en materia de reclamaciones de responsabilidad patrimonial), pudiendo citarse en este sentido, a nivel estatal: la disp. adic. 29 L 14/2000, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que contiene una larga lista de procedimientos a los que se aplica la regla del silencio negativo; la Ley General de Subvenciones (art. 25.2 para las solicitudes de subvención); la L 30/2007 de Contratos del Sector Público, que establece el silencio negativo en el caso de procedimientos iniciados a solicitud del interesado relativos a reclamación de cantidades, el ejercicio de prerrogativas administrativas y cualquier otra cuestión relativa a la ejecución, consumación o extinción de los contratos administrativos (disp. final 8.ª).

— La singularidad del ámbito urbanístico, donde, si bien para las licencias de edificación

tradicionalmente se ha previsto el efecto estimatorio de la falta de resolución, el actual Texto Refundido de la Ley de Suelo (aprobado por RDLeg. 2/2008, de 20 de junio), si bien no contiene ningún pronunciamiento sobre el sentido del silencio en estos casos (por lo que según la regla general de la L 30/1992 debería ser positivo) al igual que otras normas anteriores precisa que «en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística» (art. 8.1), lo que ha llevado al Tribunal Supremo a entender, en la sentencia de 28 de enero de 2009 que declara la doctrina legal sobre la cuestión, que no es preciso —como habían sostenido algunas sentencias anteriores— (4) , que la Administración inicie un procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad de una licencia que se hubiese otorgado por silencio positivo puesto que este efecto de los actos presuntos no opera cuando concurre cualquier infracción del ordenamiento territorial o urbanístico.

El reconocimiento del silencio positivo en la concesión de licencias urbanísticas (siempre que la solicitud cuente con la documentación legal o reglamentariamente exigida y que dicha solicitud haya sido formulada, cuando se exija proyecto, por el técnico competente), no sólo serviría de estímulo para que los Ayuntamientos resolvieran a tiempo, sino que contribuiría a eliminar las conductas de aquellos funcionarios que han protagonizado tramas de corrupción (puesto que si el mero transcurso del tiempo otorga al ciudadano la licencia solicitada, no podrán prolongar a su voluntad los expedientes sin dar una respuesta a las peticiones de los interesados). Sería deseable, por ello, tratar de instaurar esta interpretación del Texto Refundido de la Ley del Suelo a la luz de la restricción del sentido negativo del silencio que introduce la Ley Ómnibus, alegando que no existe ninguna razón imperiosa de interés general que justifique el sentido negativo del silencio dado que «la protección del medio ambiente y del entorno urbano» se ven sobradamente garantizadas con la exigencia de una autorización previa y con las facultades de inspección y de eventual revisión de oficio de la Administración.

III. LA DECLARACIÓN RESPONSABLE Y LA COMUNICACIÓN PREVIA COMO MEDIOS ORDINARIOS DE CONTROL A POSTERIORI DE LAS ACTIVIDADES DE SERVICIOS

La Directiva de Servicios exige, como se ha expuesto, que como regla general las actividades de servicio se sometan a un control *a posteriori* y que únicamente se aplique el control previo mediante la autorización o sistema equiparable cuando se cumplan los criterios de necesidad justificada por una razón imperiosa de interés general, no discriminación y proporcionalidad. En ocasiones, sin embargo, la aplicación de la autorización no es una decisión del legislador nacional porque viene impuesta el propio Derecho comunitario, en cuanto así lo exigen expresamente otras directivas comunitarias. Así ocurre, en especial, en el ámbito de la protección del medio ambiente, en el que la utilizan como el medio más idóneo para hacer efectivo el principio de acción preventiva del art. 174.2 Tratado de la Comunidad Europea (pueden citarse, en este sentido, entre otras muchas, la Directiva 2006/11/CE, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad, o la Directiva 2008/1/CE, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación) (5) .

En estos casos en los que se exige por Directiva la autorización, el TJCE ha declarado (sentencia de 6 de noviembre de 2008, por la que se resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado francés) que este sistema de control *a priori* no puede ser sustituido por el legislador nacional por los de declaración o comunicación previa, dado que la autorización «implica un examen caso por caso de todas las solicitudes presentadas con este fin y que no puede ser tácita».

Para aquellos sectores en los que procede suprimir la exigencia de autorización, la Ley Ómnibus regula con carácter general, como técnicas alternativas de control *a posteriori*, la declaración responsable y la comunicación previa.

La Ley añade un nuevo art. 71 bis a la L 30/1992 en el que se definen ambas técnicas en los siguientes términos:

1. «(...) se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio» (esta definición se hallaba ya contenida en el art. 3.9 L 17/2009, sobre libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio).

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

Estos requisitos que enuncia el art. 70.1 son los que deben contener las solicitudes de iniciación de un procedimiento administrativo y sirven para identificar al interesado, pero los demás requisitos y condiciones que se exijan para el ejercicio de la actividad habrán de ser precisados por la legislación específica aplicable.

La forma de presentación de la comunicación previa o declaración responsable debe proporcionarla la propia Administración, según la prescripción que incluye el art. 71 bis.5: «Las Administraciones Públicas tendrán permanentemente publicados y actualizados modelos de declaración responsable y de comunicación previa, los cuales se facilitarán de forma clara e inequívoca y que, en todo caso, se podrán presentar a distancia y por vía electrónica».

Importa destacar que ambas técnicas eran ya conocidas en nuestro Derecho. La declaración responsable la prevén, por ejemplo, la L 38/2003 General de Subvenciones, como uno de los medios para la justificación por parte de las personas o entidades de no estar incurso en las prohibiciones para obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora que establecen sus preceptos, y la L 30/2007 de Contratos del Sector Público, que exige a los empresarios que participen en procedimientos de licitación que las proposiciones vayan acompañadas de una declaración responsable de no estar incurso en prohibición de contratar [art. 130.1 c)].

En cuanto a la comunicación previa, la L 32/2003, General de Telecomunicaciones, sustituyó, con el mismo objetivo de liberalizar el sector, la necesidad de autorización para explotar una red o prestar un servicio de comunicaciones electrónicas por la «notificación fehaciente» antes del inicio de la actividad a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. La comunicación previa viene aplicándose también desde hace años en las comunidades autónomas como una técnica de control ambiental para las actividades con una incidencia medioambiental moderada (la L 3/1998 de Intervención Integral de la Administración Ambiental catalana fue la pionera en su regulación, y hoy la contemplan varias leyes autonómicas de protección ambiental).

Con la Ley Ómnibus se dota a estas técnicas de una regulación general y con carácter de legislación básica en la L 30/1992, y, además, la propia Ley las aplica ya a la regulación estatal de diversos sectores, en sustitución normalmente de la autorización previa, como son, entre otros: apertura o modificación de centros de trabajo en relación al cumplimiento de las normas sobre seguridad e higiene; instalación, ampliación y traslado de actividades industriales; habilitación de las entidades de control y los laboratorios de ensayo de calidad de la edificación; comercialización por sociedades mercantiles de electricidad y adquisición de esta energía por los consumidores directos; venta de productos petrolíferos y su distribución al por menor; o actividades de comercialización al por mayor y al por menor de GLP. En la mayoría de los casos se opta por una de estas técnicas, pero en algunos supuestos se exigen conjuntamente la comunicación previa acompañada de una declaración responsable.

Incluso en el ámbito del medio ambiente, en el que la autorización podrá seguir aplicándose cuando concurren los criterios de proporcionalidad y no discriminación —al ser la «protección del medio ambiente y del entorno urbano» una razón imperiosa de interés general definida por el Tribunal de Justicia de Comunidad Europea y expresamente contemplada en la L 17/2009—, la Ley Ómnibus introduce la comunicación previa para determinadas actividades, como las operaciones de gestión de residuos no peligrosos distintas a la valorización o eliminación (art. 32.cuatro), y para ciertos usos comunes especiales del dominio público (como son, entre otros: la navegación y flotación en aguas continentales; la navegación recreativa en embalses; y las instalaciones o circulación de vehículos de motor por vías pecuarias cuando estén vinculados a una actividad de servicios), que hasta ahora requerían autorización.

La disp. adic. 5.ª de la Ley dispone que en aquellos supuestos en los que, de acuerdo con la misma, se exija «una declaración responsable o una comunicación para el acceso a una actividad o su ejercicio y una evaluación de impacto ambiental, conforme al Texto Refundido de la Ley de Impacto Ambiental de proyectos, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, o a la normativa autonómica de desarrollo, la declaración responsable o la comunicación no podrá presentarse hasta haber llevado a cabo dicha evaluación de impacto ambiental y, en todo caso, deberá disponerse de la documentación que así lo acredite». Cabe preguntarse, no obstante, si en aquellos supuestos en los que se exige una evaluación de impacto ambiental para determinada actividad no queda ya por ello acreditada la concurrencia de una razón imperiosa de interés general vinculada a la protección del medio

ambiente que, del mismo modo que justifica el sometimiento al procedimiento de EIA, requeriría un control *a priori* mediante autorización.

Para garantizar que los intereses públicos implicados en el desempeño de las actividades, singularmente los derechos de los consumidores y usuarios y la calidad de los servicios, queden salvaguardados a pesar de la sustitución de la autorización por estas técnicas menos exigentes de control, la Ley añade dos previsiones en el nuevo art. 71.bis:

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

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

Surge la duda de si con estas previsiones quedan suficientemente garantizados los derechos de los consumidores y usuarios y la calidad de los servicios, teniendo en cuenta que no vivimos en una cultura como la anglosajona, que repudia absolutamente la mentira, y que la Ley no contempla un incremento o refuerzo de los mecanismos de inspección y control para acometer con eficacia el presunto control *a posteriori* de las actividades.

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en su dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Ómnibus (Dictamen 779/2009), señalando que las medidas de supresión de controles previos «no siempre van acompañadas del correspondiente aumento de los mecanismos de control *a posteriori* de la actividad, ni de un correlativo refuerzo de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios o del fomento de la calidad de los servicios» (criticando especialmente, en este sentido, la modificación de la L 54/1997 del Sector Eléctrico en cuanto elimina determinadas autorizaciones sin que esta «desregulación», a pesar de afectar a actividades energéticas de interés económico general, vaya acompañada de la introducción de mecanismos eficaces de control ni de la necesaria tipificación como sanción del incumplimiento del deber de realizar la comunicación previa). La Comisión Nacional de Energía también se ha mostrado muy crítica con la eliminación de la autorización previa para determinadas actividades energéticas (Informe 7/2009 relativo al anteproyecto de ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio).

En estas actividades que constituyen servicios esenciales o de interés económico general, un instrumento de supervisión que serviría y que se aplica ya en algunos sectores para garantizar mejor los intereses públicos implicados es la creación de un registro de operadores en el que la propia Administración de oficio inscriba los datos relativos a los prestadores de servicios. Así lo prevé, por ejemplo, la Ley General de Telecomunicaciones con el denominado «Registro de operadores», y así lo establece también la propia Ley Ómnibus para algunos sectores como el del servicio postal, con la creación del «Registro General de Empresas y Servicios Postales», aunque lo ha suprimido en otros, como el Sector Eléctrico (lo que es objeto de crítica por el Consejo de Estado en el dictamen citado).

Son muchas, sin embargo, las actividades de prestación de servicios en las que los beneficios derivados de la eliminación de trabas o cargas injustificadas superan los posibles riesgos de fraude, en cuanto abren de forma efectiva su prestación a la libre competencia, incentivando las iniciativas empresariales, reduciendo costes de transacción y evitando prácticas colusorias o eventuales tramas de corrupción, lo que redundará en beneficio de los consumidores y usuarios y de la calidad en la prestación de los servicios (6). No podemos, por ello, sino aplaudir esta corriente de aire liberalizadora que nos llega de Europa.

(1)

El Tratado de la Comunidad Europea (TCE, en adelante) consagra, ya desde 1957, tanto la libertad de establecimiento (actual

art. 43) como la libertad de circulación de servicios (art. 49). En aplicación de estos preceptos, el Tribunal de Justicia Europeo (TJCE, en adelante), ha venido eliminando trabas al libre establecimiento y libre prestación de servicios, a consecuencia de los procedimientos de infracción abiertos en torno al incumplimiento de los arts. 43 y 49. Sin embargo, a juicio de las instituciones comunitarias, los avances en estas libertades, tras cuatro décadas del Tratado, se han revelado insuficientes. Así se puso de manifiesto en el Consejo Europeo de 22 y 24 de marzo de 2000, que diseñó la llamada «Estrategia de Lisboa», en virtud de la cual la Unión se fija como objetivo para esta década «convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social». Para ello, una de las metas que el Consejo Europeo marca a la Comisión, al Consejo y a los Estados miembros es el de «elaborar una estrategia para la supresión de los obstáculos a los servicios». En cumplimiento de este mandato, y tras una intensa consulta (promovida por la «Comunicación sobre los servicios de interés general en Europa», Comunicación de 20 de septiembre de 2000, DOCE C-17/4, de 19 de enero de 2000), la Comisión publicó en 2002 un informe sobre «El estado del mercado interior de servicios» en el que expuso el inventario de un gran número de obstáculos que impiden o frenan el desarrollo de los servicios entre los Estados miembros y, especialmente, de los servicios prestados por las PYME, y se subrayaba que el enfoque sectorial seguido hasta ese momento resultaba claramente insuficiente, siendo imprescindible la elaboración de una Directiva única que ofreciera un enfoque global y horizontal, abordando de manera consistente y efectiva las barreras que impedían la consecución de un verdadero mercado único de servicios, sin olvidar garantizar un elevado nivel de calidad de los servicios.

(2)

Sobre la Directiva de Servicios y su transposición a nuestro Derecho *vid.*: FERNÁNDEZ, T. R., «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007; T. DE LA CUADRA SALCEDO JANINI, «¿Quo vadis Bolkestein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007; RIVERO ORTEGA, R., «Reformas de Derecho Administrativo para 2010: la difícil transposición de la Directiva de Servicios en España», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 34, 2009; PAREJO ALFONSO, L., «La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein: la interiorización, con paraguas y en ómnibus de su impacto en nuestro sistema», en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, 2009; MUÑOZ MACHADO, S., «Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 21, 2009; SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M., «La transposición de la Directiva de Servicios al Ordenamiento español. Especial referencia a los cambios previstos en la regulación del sector del gas natural», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 22, 2009; Varios autores, *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE, relativa a los servicios en el mercado interior*, DE LA CUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (director), Marcial Pons, Madrid, 2009. Para la interpretación de la Directiva resulta de interés el *Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios*, editado por la Dirección General del Mercado Interior y de Servicios de la Comisión Europea en 2007.

(3)

Vid. HERNÁNDEZ LÓPEZ, J., «La Directiva de Servicios y su incidencia en el ámbito municipal. Apuntes de urgencia», en *El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados*, quincena del 15 al 29 de octubre de 2009, Editorial LA LEY.

(4)

Vid. sobre estas sentencias y con una crítica favorable a su doctrina, LÓPEZ DE HONTANAR SÁNCHEZ, J. F., «El mecanismo del silencio positivo en la concesión de las licencias, ¿es una vacuna contra la corrupción urbanística?», en *Diario LA LEY* núm. 7068, de 2 de diciembre de 2008 (LA LEY 36878/2008).

(5)

Sobre la exigencia de autorización para las actividades con incidencia ambiental *vid.* LOZANO CUTANDA, B., *Derecho ambiental administrativo*, Dykinson, Madrid, 10.ª ed., 2009.

(6)

El impacto negativo de la «complejidad, extensión e inseguridad jurídica de los procedimientos administrativos» es resaltado por la Directiva de Servicios, que pone de manifiesto que la «acción de modernización» que acomete tiene por objeto «aparte de garantizar los requisitos de transparencia y actualización de los datos relativos a los operadores, eliminar los retrasos, costes y efectos disuasorios que ocasionan, por ejemplo, trámites innecesarios o excesivamente complejos y costosos, la duplicación de operaciones, las formalidades burocráticas en la presentación de documentos, el poder arbitrario de las autoridades competentes, plazos indeterminados o excesivamente largos, autorizaciones concedidas con un periodo de vigencia limitado o gastos y sanciones desproporcionados» (considerando 43).