

# LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS EN LA DIRECTIVA RELATIVA A LOS SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

*Profesor de Derecho Administrativo de la UNED.*

SUMARIO: I. Introducción. El cambio del paradigma rector de la intervención de los poderes públicos en la sociedad. II. Las contradicciones del sistema y las exigencias de transformación debidas a los efectos de la globalización. III. El acceso libre a la actividad de prestación de servicios: un cataclismo en el núcleo central del Derecho Administrativo. El cambio de paradigma. IV. Los requisitos que deben concurrir en las autorizaciones en la Directiva 2006/123/CE. Requisitos para implantar un régimen autoritativo. V. Requisitos y caracteres que deben concurrir en la concesión de autorizaciones. Los caracteres de las autorizaciones: *1. Carácter reglado de los regímenes de autorización. 2. Carácter ilimitado en el tiempo de la autorización administrativa. 3. El control del ejercicio de la actividad autorizada. 4. Las autorizaciones sometidas a numerus clausus. La aproximación al régimen concesional. 5. Características de los procedimientos de autorización. 6. Requisitos prohibidos. 7. Requisitos sujetos al cumplimiento de condiciones.* VI. Directiva de servicios en el mercado interior y Derecho a una buena Administración.

## I. INTRODUCCIÓN. EL CAMBIO DEL PARADIGMA RECTOR DE LA INTERVENCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN LA SOCIEDAD

Aunque el optimismo comunitario tiende a destacar tan solo 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

Este artículo ha sido evaluado favorablemente por miembros del Equipo de Evaluación de esta Revista.

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, Directiva 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 exija 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, el 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 controlar las actividades de los operadores jurídicos la declaración de las mismas como servicios públicos. Y por otra parte, la gestión de los servicios públicos se ha ido diversificado 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 desde 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 solo 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 cierto 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 dere-

---

<sup>1</sup> Un ejemplo expresivo del contenido del derecho de propiedad del suelo se deduce del artículo 9 «Contenido del derecho de propiedad del suelo: deberes y cargas» de la reciente Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, que ya en el párrafo primero de su punto 1, dice: «El derecho de propiedad del suelo comprende, cualquiera que sea la situación en que éste se encuentre y sin perjuicio del régimen al que esté sometido por razón de su clasificación, los deberes de dedicarlo a usos que no sean incompatibles con la ordenación territorial y urbanística; conservarlo en las condiciones legales para servir de soporte a dicho uso y, en todo caso, en las de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato legalmente exigibles; así como realizar los trabajos de mejora y rehabilitación hasta donde alcance el deber legal de conservación».

cho a urbanizar o a construir o a trasformarlo agrícolamente<sup>1</sup>. 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.

## II. 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<sup>2</sup>. Esta circunstancia coincide con las exigencias que impone el mercado interior, y en especial 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. Los casos recientes de Forum Filatélico, Air Madrid, y otros tantos, acreditan esa nueva cultura que responsabiliza al Estado del mal funcionamien-

---

<sup>2</sup> Una reflexión sobre la protección pública de los consumidores y usuarios puede verse en mi trabajo: «La intervención de la Administración en la protección de los consumidores», en *Parte especial del Derecho Administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad*, en Colex, 2007.

to 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.

### **III. EL ACCESO LIBRE A LA ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS: UN CATACLISMO EN EL NÚCLEO CENTRAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. EL CAMBIO DE PARADIGMA**

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 la 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;*
- 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 puede 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 este 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*<sup>3</sup> 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 de 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 desconfianza protectora 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 insostenibles.

---

<sup>3</sup> Autorizaciones paradigmáticas en esta línea son las autorizaciones a los operadores financieros. En este sentido más ampliamente puede verse mi trabajo: «La intervención de la Administración en el sistema financiero» en *Parte especial del Derecho Administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad*, Colex, Madrid, 2007.

La liquidación del sistema autoritativo 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 un sistema de controles posteriores exige un régimen sancionador más intenso.

Por lo que a la actividad 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 a 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 derecho, 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 autoritativos, 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.

#### **IV. LOS REQUISITOS QUE DEBEN CONCURRIR EN LAS AUTORIZACIONES EN LA DIRECTIVA 2006/123/CE. REQUISITOS PARA IMPLANTAR UN RÉGIMEN AUTORITATIVO**

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 la misma, 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 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 miembro un amplio margen de maniobra para introducir autorizaciones. Pero, claro está, el apartado 2 del artículo 9 y el artículo 39 de la Directiva ha 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 en que deben justificar los motivos en que se fundan, y que son 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.
- Política veterinaria.

La relación de materias que se hace en la exposición de motivos de la Directiva debe entenderse en el sentido de que en relación con dichas materias sería posible aludir a la concurrencia de «razones imperiosas de interés general», pero no significa que baste aludir a dichas razones para que de modo automático pueda concurrir un régimen autoritativo. 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, son requisitos negativos que deben concurrir 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 circunstancias; y que el objetivo que se persiga no se pueda conseguir con medidas interventoras menos restrictivas, lo que supone la incursión 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 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.

## V. REQUISITOS Y CARACTERES QUE DEBEN CONCURRIR EN LA CONCESIÓN DE AUTORIZACIONES. LOS CARACTERES DE LAS AUTORIZACIONES

### 1. 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 autoritativa; 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 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 autoritativos 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.

## 2. Carácter ilimitado en el tiempo de la autorización administrativa

La segunda de las características del régimen autoritativo 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:

- a) Que se trate de autorizaciones que se renueven automáticamente, lo que equivale a autorizaciones ilimitadas en el tiempo;
- b) Que la vigencia de la autorización este tan sólo sujeta al cumplimiento continuo de los requisitos de acceso a la actividad;
- c) 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.

### 3. 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 de 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 autoritativo 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.

### 4. 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 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 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 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, condi-

ciones típicas en el régimen concesional. Una vez concurra 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; c) y, 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;
- Objetivos 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;
- 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.

## 5. 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 añade rasgos novedosos que mejorarán nuestro sistema procedimental<sup>4</sup>. El valor de lo dispuesto en el artículo 13 de la Directiva se en-

---

<sup>4</sup> Me remito a mi libro *Procedimientos, actos y recursos administrativos: cuestiones prácticas*, 2ª ed. actualizada, Colex, Madrid, 2007.

cuenta 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.

### ***5.1. 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.

### ***5.2. 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.

### ***5.3. Principios de objetividad e imparcialidad***

Los procedimientos deben ser los adecuados para garantizar que 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).

### ***5.4. 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.

### ***5.5. 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.

### ***5.6. 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.

### ***5.7. 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 solo 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.

### ***5.8. 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.

### ***5.9. 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.

### ***5.10. 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.

## **6. 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:

- a) Discriminación directa o indirecta en razón de la nacionalidad para las personas físicas;*
- b) Discriminación directa o indirecta en razón al domicilio para las personas jurídicas;*



- c) *Prohibición de estar establecido en varios Estados miembros;*
- d) *Prohibición de estar inscrito en registros, colegios o asociaciones de varios Estados miembros;*
- e) *Limitaciones en la libertad del interesado para elegir el establecimiento principal o secundario, la forma de los mismos o que el establecimiento principal este en territorio nacional;*
- f) *Exigencia de reciprocidad con el Estado miembro 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;*
- g) *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;*
- h) *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 genera (la información pública);*
- i) *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;*
- j) *Obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un periodo determinado en registros nacionales o haber ejercido la profesión previamente.*

## **7. 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.

### **7.1. 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;*
- 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, postteriormente al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

### **7.2. Las obligaciones de los Estados miembros**

No voy a entretenerme con desarrollar los requisitos antes referidos, 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.*

### **7.3. 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.

## **VI. DIRECTIVA DE SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR Y DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN**

La Directiva indica una tendencia clara en la dirección de eliminar o aminorar los controles previos de la Administración al ejercicio de actividades y su sustitu-

ción por controles posteriores sobre el ejercicio de la actividad. Sin embargo, este viraje se hace al modo comunitario, esto es, con gran precaución, excluyendo de plano un considerable número de servicios, y permitiendo que los Estados sigan utilizando el régimen autoritativo en numerosos supuestos. Pero resulta evidente que estamos ante el principio del fin de un modelo administrativo que ha regido en los Estados miembros más de un siglo.

Capítulo aparte es el de la configuración de los procedimientos autorizativos que se hace en la Directiva. Sin duda alguna el modelo que se deduce de la Directiva tiene la virtud de que producirá una suerte de homogeneidad de los procedimientos autorizativos de los Estados miembros de acuerdo con un patrón similar al del procedimiento administrativo común de la Ley 30/1992.

Por otra parte, de algún modo, la Directiva supone un anticipo aplicación y de desarrollo del *derecho a una buena administración consagrado* en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En efecto, el artículo II-101 de la *no nata* Constitución Europea establece una serie de derechos que afectan a las instituciones, órganos y organismos de la Unión. Así en el apartado 1 de dicho artículo se establecen los derechos al trato imparcial y equitativo de los asuntos por los poderes públicos como desarrollo de los derechos a: el derecho de toda persona a ser oído antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, esto es, en nuestro procedimiento administrativo *la audiencia al interesado*; el derecho de toda persona a acceder al expediente que la concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, o *derecho de acceso al procedimiento* que tienen los interesados en el procedimiento en el Derecho interno español; y la *obligación de la Administración de motivar sus decisiones* que rige parcialmente en nuestro ordenamiento jurídico.

Aunque el contenido del artículo referido es en exceso escueto debiera servir de fundamento para la implementación de un modelo de procedimiento general o común en la Unión Europea, al modo de nuestra Ley 30/92, lo que sin duda sería un avance extraordinario que tendría por beneficiarios a los ciudadanos europeos.