



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho.
Facultad de Derecho.
Universidad de La Laguna.
Curso 2014/2015.
Convocatoria: Julio.

LA DIRECTIVA DE SERVICIOS Y LA NECESARIA REFORMA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LA POLEMICA EN TORNO A SU APLICACIÓN A LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS.

The Services Directive and the necessary reform of public administrations: the controversy about its application to urbanistics licenses.

Realizado por el alumno D^a. Eloina Paula Martín Hernández.

Tutorizado por el Profesor D. Francisco Lorenzo Hernández González.

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas.

Área de conocimiento: Derecho Urbanístico.

ABSTRACT

The services Directive approved in 2006 pretends facilitate freedom of establishment and freedom of provision of services with the goal of creating a real internal services market. The Directive requires to simplify all the procedures used in creating and establishing a service activity, and add points of single contact in its process.

Despite the goodness of their purposes, the application of the Directive has not been an easy process; and it has had many reviews that have emerged in transposing into Spanish law; such as, the breadth of its concepts or the application urbanism.

In this context, the transposition at regional and local level has not been very successful, due to it has not applied the principles of the Directive, despite the time elapsed.

RESUMEN

La Directiva de Servicios, aprobada en el año 2006, pretende facilitar la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios con el objetivo de crear un autentico mercado sin fronteras interiores. Con este fin, obliga a simplificar los procedimientos administrativos, en la medida en que no exista alguna razón imperiosa de interés general, y a implantar la ventanilla única en la creación y realización de las actividades de servicios.

A pesar de la bondad de sus propósitos, la aplicación de la Directiva no ha sido un proceso fácil. En este sentido, ha estado marcada por la polémica en torno a sus ámbito de aplicación y por la exclusión de las licencias urbanísticas.

En estos aspectos, la transposición a nivel autonómico y local no sido muy acertada, ya que, como veremos en el presente trabajo, a pesar del tiempo transcurrido, no se han cumplido plenamente los objetivos de la Directiva.

Sumario:

1. Introducción.....	5
2. La Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior: objetivos, medidas y límites.	6
2.1. Del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea a la Directiva Bolkestein. 6	
2.2. La Principal meta de la Directiva: un mercado sin fronteras interiores.	8
2.3. La simplificación administrativa como el objetivo principal de la norma europea.....	9
2.3.1. El principio de simplificación administrativa y su integración en el tradicional procedimiento administrativo.	9
2.3.2. La ventanilla única como instrumento de simplificación administrativa. 12	
2.3.3. Límites de la simplificación administrativa.....	14
2.4. Ámbito de aplicación de la Directiva.....	15
2.4.1. Los servicios a los que se aplica la Directiva.	15
2.4.2. ¿Están las licencias urbanísticas sujetas a la aplicación de la Directiva? 17	
2.5. Valoración general sobre la simplificación administrativa y su aplicación al urbanismo.....	20
3. De la normativa europea a la normativa estatal.....	21
3.1. Principios y rasgos fundamentales del proceso de transposición de la Directiva de Servicios.....	21
3.2. Ley Paraguas y Ley Ómnibus.	23
3.3. La modificación de otras normas.	26

3.4.	El régimen jurídico que establece el artículo 71 bis de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.....	28
3.5.	¿Qué paso con el considerando 9 de la Directiva de Servicios?	29
3.6.	Valoración general sobre la transposicion de la Directiva de Servicios.	30
4.	Aplicación de la Directiva en Canarias.....	31
4.1.	Las modificaciones de la legislación urbanística canaria como consecuencia de la aplicación de la Directiva.....	31
4.2.	Impacto de la Directiva en los Entes Locales.	33
4.2.1.	El problema competencial.	33
4.2.2.	El proceso de transposición local.....	35
4.3.	La normativa local en la <i>praxis</i>	36
4.4.	Valoración general sobre la aplicación de la Directiva en los Entes Locales ..	39
5.	Conclusiones.....	40
6.	Bibliografía.	43

1. Introducción.

En el presente trabajo se analiza la incidencia que ha tenido la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior¹, en las Administraciones Públicas, y en concreto, en el ámbito de las licencias urbanísticas.

En un primer lugar, debemos señalar que esta regulación tiene como objetivo fundamental la búsqueda de un mercado sin fronteras interiores en el que se garantice la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios como instrumento esencial para lograr un crecimiento económico en Europa. Para alcanzar dicho objetivo, la Directiva propone simplificar los procedimientos administrativos, eliminando las trabas a las actividades de servicios, a excepción de los casos en los que estén justificadas por razones de interés general, siempre y cuando no resulten discriminatorias y no vayan en contra del espíritu de la Directiva.

Esta labor se ve dificultada en tanto que la Directiva no es una norma de aplicación directa, sino que es un mecanismo a través del cual se obliga a los Estados miembros a conseguir el objetivo deseado, dejando al poder legislativo de cada Estado la elección de la forma y los medios. Es por ello, por lo que el proceso de transposición de la Directiva en España no ha sido una cuestión libre de debate, sino que ha estado rodeado de varias posturas doctrinales que se han posicionado a favor o en contra del método elegido por el legislador español.

La aplicación de la Directiva ha modificado la cultura administrativa en todos los niveles competenciales. En el ámbito autonómico, ha estado marcada por la inexistencia de un criterio unificador para las Comunidades Autónomas, derivado del reparto competencial de materias en España; y, además, ha puesto de relieve la dejadez del legislador autonómico canario en esta materia, consecuencia de la pocas reformas que se ha llevado a cabo en este ámbito.

También las entidades locales han llevado a cabo la transposición de la Directiva en sus respectivos ámbitos competenciales. En este sentido, algunos municipios han

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. [Diario Oficial L 376 de 27 de diciembre de 2006].

procedido a sustituir la licencia urbanística por la declaración responsable o, en su caso, por la comunicación previa, si bien con efectos muy limitados. A los efectos de tener una mayor visión práctica sobre esta transposición se analizan dos ordenanzas municipales, tomando como referencia a los Ayuntamientos de Santa Cruz de Tenerife y de Los Realejos, por ser el primero un municipio de gran población y, el segundo, un municipio de régimen común.

2. La Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior: objetivos, medidas y límites.

2.1. Del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea a la Directiva Bolkestein.

El sector servicios se consagra dentro de la Unión Europea como uno de los sectores más importantes. En primer lugar, porque representa aproximadamente el 70% del PIB; y, en segundo lugar, porque supone el motor general del progreso económico y, consecuentemente, de la creación de puestos de empleo².

La importancia de este sector se manifiesta desde los orígenes de la Unión Europea. Tal es así, que los artículos 14.2, 43 y 49 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea³ establecieron como objetivo principal “*la creación de un mercado único sin fronteras interiores*”, prohibiendo toda clase de restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios dentro de los Estados miembros⁴. Esta regulación se veía complementada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y alguna que otra regulación específica en diversos servicios, como por ejemplo en los servicios financieros o en los servicios de telecomunicaciones⁵. Sin

² Tal y como se establece en el Considerando 4 de la Directiva de Servicios.

³ Según la versión consolidada vigente en el momento de aprobarse la Directiva de Servicios. Dicha versión consolidada fue publicada tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1977, publicada en el *Diario Oficial n° C-340 de 10* de noviembre de 1977.

⁴ En el mismo sentido se pronuncia el Considerando 1 de la Directiva de Servicios.

⁵ En este contexto se pronuncia LÓPEZ PÉREZ, F., *El impacto de la Directiva de Servicios sobre el urbanismo comercial. (Por una ordenación espacial de los grandes establecimientos comerciales.)*, Atelier, Barcelona, 2009, págs. 31-32; y SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., "Capítulo III. La Directiva de Servicios y su transposición ¿una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa?", en Rivero Ortega, R. (dir.), *Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2009, pág. 107.

embargo, con el paso de los años, esta regulación resulta insuficiente, siendo necesaria una ordenación más específica.

Correlativamente, en el año 2000 se aprobaba la llamada “Estrategia Lisboa”⁶, que pretendía conseguir un crecimiento económico sostenible, el pleno empleo antes de 2010, y una mayor competitividad de la economía europea. Para conseguir estos objetivos y, a su vez, renovar la regulación existente, se hacía necesario dinamizar el sector servicios dentro de la Unión. Para ello, el Consejo de Europa encomendó a la Comisión de las Comunidades Europeas la elaboración de un Informe sobre el Mercado Interior de Servicios, con la finalidad de posteriormente regular una Directiva que estableciera la libertad de establecimiento y de servicios.

En julio de 2002 se publicaba el *Informe sobre el Mercado Interior de Servicios*⁷ que constata la existencia de fronteras en la libertad de establecimiento y en la libre prestación de servicios como consecuencia de la presencia de un importante número de obstáculos que frenaban el desarrollo del sector y que suponían una diferencia entre la visión para la Unión y la realidad que sufrían los ciudadanos y prestadores de servicios europeos. Con el fin de paliar dichos obstáculos, la Comisión presentó en enero de 2004 al Parlamento Europeo la propuesta de la Directiva⁸ impulsada por Frist Bolkestein⁹, del cual recibe su popular nombre de “Directiva Bolkestein”.

La propuesta de Bolkestein llegó en el momento menos oportuno, y es que por aquel entonces Europa se encontraba inmersa en el proceso de incorporación de los países del Este a la Unión; mientras que, a la vez, surgía, una nueva ideología antiglobalización, impulsada por países como Francia y Alemania, que temían que la liberalización de servicios que se proponía en la Directiva supusiera un peligro para sus

⁶ La estrategia Lisboa es un plan de desarrollo de la UE que se aprobó en la reunión del Consejo Europeo de marzo del año 2000, celebrada en Lisboa. Su principal objetivo era que en 2010 Europa fuera una economía mas prospera, dinámica y competitiva capaz de crecer económicamente de forma más sostenible y con más empleo y mayor cohesión social.

⁷ Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el Estado del Mercado Interior de Servicios. Bruselas, 30 de diciembre de 2002 -COM (2002).

⁸ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los Servicios en el Mercado Interior. [COM (2004) de 13 de enero de 2004]

⁹ Frist Bolkestein fue un político de los Países Bajos que durante 1999 y 2004 fue miembro de la Comisión Europea en lo relativo a mercado interno y unión aduanera y que durante su mandato desarrollo su popular proyecto de "Directiva Bolkestein".

economías, consecuencia de la incorporación de los nuevos trabajadores de los países del este a su mercado¹⁰.

Tras una dura fase de tramitación de casi tres años y varias modificaciones, el 12 de diciembre de 2006, se aprobaba definitivamente la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, que entraría en vigor el 27 de diciembre del mismo año.

2.2. La Principal meta de la Directiva: un mercado sin fronteras interiores.

El artículo 1 de la Directiva de Servicios establece que el objeto de la misma es “*facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios*”. Con este primer artículo, la Directiva deja claro que su principal finalidad es conseguir un mercado interior de servicios, suprimiendo los obstáculos a la libertad de establecimiento y a la libre de prestación de servicios, para así garantizar a los usuarios de los mismos, la seguridad jurídica necesaria en el ejercicio de estos derechos¹¹.

Se entiende por libertad de establecimiento¹², el derecho de los prestadores de servicios a establecerse en cualquier Estado miembro con indiferencia de aquel en el que estén establecidos. Es por ello, por lo que en consecuencia con el espíritu de la Directiva, los Estados miembros no podrán restringir el acceso a una actividad de servicios mediante instrumentos de Derecho Comunitario, es decir, mediante controles administrativos previos, salvo que se justifiquen por ser una razón imperiosa de interés general, como puede ser el orden público o la seguridad.

¹⁰ En este sentido se pronuncia VILLAREJO GALENDE, H., "Capítulo I. La Directiva de Servicios en el mercado interior: una perspectiva general" en Rivero Ortega, R. (dir.), *Mercado Europeo y reformas administrativas...*, ob. cit. págs. 25-31.

¹¹ En este mismo sentido se pronuncia el Considerando 5 de la Directiva de Servicios: "*Por tanto, procede eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y garantizar, tanto a los destinos como a los prestadores de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales del Tratado. [...]*".

¹² LINDE PANIGUA, 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* nº 14, 2008, págs. 83-101.

Por su parte, la libertad en la prestación de servicios supone el derecho de los prestadores a prestar servicios en un Estado miembro distinto de aquel en el que estén establecidos¹³. Y al igual que ocurre en la libertad de establecimiento, este derecho solo puede ser restringido por razones imperiosas de interés general. No obstante, esta libertad se encuentra restringida por el artículo 17 a determinados servicios como podrían ser los pertenecientes al sector del gas, o a la distribución y suministro de aguas.

El principal objetivo a conseguir de la Directiva es favorecer la simplificación administrativa en ambos ámbitos de libertades, tal y como veremos en el siguiente epígrafe, con el fin de favorecer la competitividad, en aras de un mayor crecimiento económico basado en un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible con un alto nivel de empleo y de protección social¹⁴.

2.3. La simplificación administrativa como el objetivo principal de la norma europea.

2.3.1. El principio de simplificación administrativa y su integración en el tradicional procedimiento administrativo.

El considerando 43 de la Directiva de Servicios señala que *“la principal dificultad a la que se enfrentan las PYMES en el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio reside en la complejidad, la extensión, y la inseguridad jurídica de los procedimientos administrativos”*. En este sentido, es la propia Directiva la que refleja la realidad existente de los prestadores de servicios que muchas veces ven impedido su derecho a prestar los mismos por la dificultad que entraña afrontar el procedimiento burocrático para poder iniciar una actividad.

Para suprimir esta dificultad, y consecuentemente impulsar la económica europea, la Directiva, apuesta por introducir el principio de simplificación administrativa como instrumento para *“garantizar los requisitos de transparencia y para eliminar los retrasos, costes y efectos disuasorios que ocasionan, por ejemplo, trámites innecesarios o excesivamente complejos y costosos”*. Esto supone, a grandes

¹³ En relación con el art. 16 de la Directiva de Servicios.

¹⁴ Tal y como se establece en el Considerando 1 de la Directiva de Servicios.

rasgos, suprimir los requisitos formales innecesarios y utilizar la técnica autorizatoria previa únicamente en aquellos casos donde sea indispensable, reduciendo así las barreras burocráticas innecesarias y ajustando el procedimiento administrativo a la modernización y a los nuevos avances de la sociedad mediante la aplicación de la denominada “Ventanilla única”¹⁵.

En la práctica, esta técnica supone una reducción de los costes, tanto para los particulares como para las administraciones, y así, por ejemplo, a la hora de que un particular abra un establecimiento el procedimiento sería menos dificultoso ya que estaría inspirado en los principios de celeridad, garantía y calidad¹⁶.

Las medidas que establece la Directiva a lo largo de su articulado se pueden dividir en dos grupos: a) medidas generales y, b) medidas específicas.

- a) Las *medidas generales* se encuentran reguladas en el Capítulo II de la norma y abarcan:
 - i. *La limitación de la intervención administrativa* (artículo 9 y 16 de la Directiva). Esta medida implica que el acceso o ejercicio de un servicio no podrá estar sometido a la técnica autorizatoria previa, salvo en aquellos casos en los que no se cumplan los principios de no discriminación y proporcionalidad, o bien porque existe una razón imperiosa de interés general que lo justifica.
 - ii. *La implantación de la ventanilla única*. Se encuentra regulada en el artículo 6 de la Directiva, y de ella nos ocuparemos en el siguiente apartado.

¹⁵ En este sentido se pronuncia el Considerando 43 de la Directiva de Servicios; y además 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" en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº14, 2008, págs. 47-82.

¹⁶ ALDOMÀ I BUIXADE, J., "La simplificación administrativa en la Directiva de Servicios" en AGUADO I CUDOLÁ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B. (dirs.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona, 2012, pág. 149.

- iii. *La digitalización de los procedimientos.* Regulada en el artículo 8 de la Directiva, supone realizar por vía electrónica todos los procedimientos y trámites necesarios para ejercer la libertad de establecimiento o la libre prestación de servicios.
 - iv. *El respeto a los derechos de información de los prestadores y destinatarios de servicios* (artículo 7 de la Directiva). Con esta medida se obliga a los Estados miembros a respetar el derecho de los prestadores y destinatarios de servicios a obtener toda la información que necesiten para acceder a una actividad de servicios o su ejercicio.
- b) *Las medidas específicas* suponen la aplicación singularizada a la *libertad de establecimiento* y a la *libre prestación de servicios*:
- i. Las medidas que conciernen a la primera se encuentran reguladas en los artículos 9.1.c), 13, 14.7, y 14.8 de la Directiva, que establecen que no se pueden aplicar las técnicas autorizatorias cuando existan otras menos restrictivas, la simplificación del procedimiento de autorización y la eliminación de ciertos requisitos como por ejemplo, la constitución de un aval bancario, o la inscripción en determinados registros.
 - ii. Las pautas que vinculan la libre prestación de servicios se regulan en los artículos 16.2.b), e) y g), y suponen la eliminación del procedimiento autorizatorio, la eliminación del documento de identificación específica y la eliminación de la obligación de presentar una autorización concedida por autoridades competentes nacionales.

Sin embargo, la labor de la Directiva en el establecimiento de este principio es meramente programática, ya que, en virtud del artículo 5 de la Directiva, “*los estados miembros verificarán los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una*

actividad de servicios y a su ejercicio”; y señala que cuando el procedimiento indicado por la Directiva no sea suficientemente simple, los Estados lo simplificarán más.

En este contexto, surge por parte de algunos autores una cierta desconfianza sobre la eficacia de este mandato, en tanto que existe la duda de si los Estados y las administraciones “*van a estar a la altura*” de este principio, pero será el tiempo el que se encargue de disolver o confirmar esta duda¹⁷.

2.3.2. La ventanilla única como instrumento de simplificación administrativa.

La ventanilla única se concibe, junto con las restricciones a la técnica autorizadora, como el principal instrumento de simplificación administrativa.

Regulada en el artículo 6 de la Directiva, supone un interlocutor único¹⁸ en el que el prestador del servicio pueda realizar todos los trámites necesarios para el ejercicio de una actividad; lo que implicaría que no sería necesaria hacer una búsqueda de los distintos órganos administrativos involucrados¹⁹. Las actuaciones que se podrían hacer mediante la aplicación ventanilla única son las siguientes²⁰:

- *“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 autoridades competentes, incluidas las solicitudes de inscripción en registro, listas oficiales, bases de datos o colegios o asociaciones profesionales;*

¹⁷ Este es el caso, por ejemplo, de NEVADO BATALLA, P., "Capítulo V. Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimientos y trámites para facilitar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicios" en Rivero Ortega, R. (dir.), *Mercado Europeo y reformas administrativas...*, ob.cit., pág. 169. En el mismo sentido se pronuncia RIVERO ORTEGA, R., "Simplificación administrativa y administración electrónica: objetivos pendientes en la transposición de la Directiva de Servicios" en *Revista catalana de dret públic*, nº42, 2011, págs. 115-138.

¹⁸ Así lo define el Considerando 48 de la Directiva de Servicios: "[...]conviene garantizar que todo prestador disponga de un interlocutorio único al que dirigirse para realizar todos los procedimientos y trámites (denominado en lo sucesivo ventanilla única)[...]."

¹⁹ALDOMÀ I BUIXADE, J., "La simplificación administrativa en la Directiva de Servicios" en AGUADO I CUDOLÁ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B. (dirs.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas...*, ob. cit., págs. 162-163.

²⁰ Art. 6.1 de la Directiva de Servicios.

- *las solicitudes de autorización necesarias para el ejercicio de sus actividades de servicios.*”

Por otro lado, la Directiva quiere dejar claro que “*la creación de la ventanilla única no supone una interferencia en el reparto de funciones o competencias entre las autoridades competentes dentro de cada sistema nacional*”²¹, lo que supone que no se van a modificar las competencias que cada órgano tenga asignadas, sino que estas se van a relacionar entre sí para evitar que el reparto competencial sea un problema.

En virtud del artículo 8 de la Directiva, la ventanilla única obliga a los Estados miembros a implantar procedimientos que se realicen “*fácilmente, a distancia y por vía electrónica a través de la ventanilla única*”. No obstante, la Directiva no regula un procedimiento de implantación ni de funcionamiento de la misma, y son los Estados miembros los que deberán de aplicar las medidas que estimen pertinentes para su correcta implantación.

En concreto, en España, el procedimiento se reguló en la Ley 11/2007²², de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. El artículo 6.3²³ de esta ley otorga a los ciudadanos el derecho a realizar los procedimientos relativos al acceso a una actividad de servicios a través de una ventanilla única electrónica. Sin embargo, en el artículo 44 de esta misma ley, este derecho se transforma en una potestad facultativa de la administración, ya que no se establece la obligación de implantarlas, sino que se les faculta para que en el ejercicio de sus competencias puedan “*suscribir convenios de colaboración con objeto de articular medidas e instrumentos de colaboración para la implantación coordinada y normalizada de una red de espacios comunes o ventanillas únicas*”. Es por ello, por lo que para autores como LÓPEZ PÉREZ²⁴ “*esto no deja de ser una mera posibilidad abierta a las decisiones de las demás administraciones*” y

²¹ Art. 6.2. de la Directiva de Servicios.

²² Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, publicada en el BOE nº 150, de 23 de junio de 2007, págs. 27150-27166.

²³ Art. 6.3. de la Ley 11/2007: “*En particular, 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 [...].*”

²⁴ LÓPEZ PÉREZ, F., *El impacto de la Directiva de Servicios sobre el urbanismo comercial (por una ordenación espacial de los grandes establecimientos comerciales)*, ob. cit., pág.64.

considera que la obligación de establecer la ventanilla única no puede entenderse ejecutada con esta sola ley²⁵.

2.3.3. Límites de la simplificación administrativa.

El principal límite que se establece en la Directiva a la simplificación administrativa son las "*razones imperiosas de interés general*". Este concepto, un tanto amplio, ha sido definido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en relación con los artículos 43 y 49 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y engloba, esencialmente, razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del consumidor, protección del medio ambiente y del entorno urbano, etc.²⁶. Uno de los criterios que el TJUE emplea para determinar si es o no una cuestión imperiosa de interés general es el recogido en la sentencia del TJUE de 17 de julio de 2008, asunto C- 386/2005, que dispone que:

“No cabe invocar una razón imperiosa de interés general si existe una armonización comunitaria que establece las medidas necesarias para garantizar la protección de ese mismo interés [...]”.

Por otro lado, debemos señalar que esta lista no es una lista cerrada, por lo que no hay motivo alguno para impedir que se admitan nuevas razones imperiosas de interés general y tampoco hay motivo alguno para que alguna de estas razones de interés general deje de serlo en tanto que puede darse un cambio en circunstancias que propiciaron su clasificación con razón imperiosa de interés general²⁷.

²⁵ En esta dirección también se pronuncia GAMERO CASADO, E., "El impacto de la Directiva de Servicios en la ventanilla única y en la administración electrónica" en AGUADO I CUDOLÁ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B. (dirs.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas...*, ob. cit., pág.125: "*En este mismo contexto (de inoperabilidad técnica) puede citarse el art. 44 LAE, que postula la creación de ventanillas únicas y de una red integrada de atención al ciudadano [...]”*.

²⁶ Tal y como se señala en el Considerando 40 de la Directiva de Servicios

²⁷ PARICIO RALLO, E., "Cuestiones jurídicas sobre la aplicación de la Directiva de Servicios", en *QDL, Fundación Democracia y Gobierno Local*, de 21 de octubre de 2009, págs. 143-144.; y NEVADO-BATALLA, P., "Capítulo V. Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimientos y trámites para facilitar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicios" en Rivero Ortega, R. (dir.), *Mercado Europeo y reformas administrativas...*, ob.cit., págs. 186-187.

Otro de los límites que se establece a la simplificación administrativa se determina por el propio ámbito de aplicación de la Directiva, y es que los mecanismos que la norma establece para la consecución de su objetivo de simplificación administrativa no se pueden aplicar a las materias excluidas de la Directiva, las cuales veremos a continuación. En este sentido, se establecen limitaciones a algunas actividades como pueden ser los servicios de transporte, los servicios sanitarios, los servicios no económicos de interés general²⁸, o las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública y esto se debe a que son generalmente actividades de intervención y monopolio de las administraciones públicas. Pero, pese a ello, estos servicios no se encuentran al margen total de la simplificación administrativa, ya que su procedimiento administrativo sigue estando regido por el principio de celeridad o el de economía procesal.

2.4. Ámbito de aplicación de la Directiva

2.4.1. Los servicios a los que se aplica la Directiva.

El ámbito de aplicación de la Directiva es una cuestión que ha sido enormemente debatida por la doctrina española. Para analizar esta cuestión, en primer lugar, debemos de establecer un concepto de servicios de acuerdo con la Directiva.

El considerando 33 de la Directiva establece que *“el concepto de servicios incluye actividades enormemente variadas y en constante evolución”* y señala a continuación, una serie de servicios, de los cuales debemos de destacar por el objeto al que se refiere este trabajo, *“los servicios relacionados con los inmuebles o la construcción”*. Por su parte, el artículo 4 de la Directiva define el concepto de servicios como *“cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado”*. Dicho artículo establece que *“se consideraran como servicios las prestaciones realizadas*

²⁸ Los servicios no económicos de interés general son servicios de utilidad social que no se realizan a cambio de una contraprestación económica. El Manual de transposición de la Directiva establece que *“la naturaleza económica o no de un servicio debe de hacerse a la luz de la jurisprudencia del TJUE”*, y así, por ejemplo, el TJUE declaró que *“las matriculas que los alumnos deben abonar en ocasiones para contribuir en cierta medida a sufragar los costes de funcionamiento del mismo [del sistema de educación nacional] no constituyen como tales una remuneración si el sistema se financia de todos modos esencialmente por fondos públicos”* (Sentencia de 7 de diciembre de 1993, Wirth, asunto C-109/92).

normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas". Esto se traduce en que, desde el punto de vista de la Directiva, se considera servicio a aquella actividad económica por cuenta propia prestada a cambio de una remuneración.

Sin embargo, esta definición de servicio no supone que todos aquellos que cumplan estas características formen parte del ámbito de aplicación de la Directiva, ya que la propia norma excluye una serie de servicios de su ámbito de aplicación. Esta clasificación negativa resulta un tanto compleja debido a su amplitud y generalidad, consecuencia de las numerosas modificaciones que se produjeron durante su tramitación²⁹. Podemos sistematizar esta delimitación negativa en tres grandes grupos: a) las actividades que no son objeto de la Directiva, b) los servicios excluidos, y c) una serie de excepciones adicionales³⁰:

- a) En primer lugar las actividades que no son objeto de la Directiva se encuentran reguladas en el artículo 1.2º, 3º, 4º, 5, 6º y 7º. De estas destacamos, las destinadas al ejercicio de los derechos fundamentales y las actividades para fomentar la diversidad cultural y lingüística y garantizar la defensa del pluralismo de los medios de comunicación.
- b) El segundo grupo hace referencia a los servicios excluidos de aplicación de la Directiva y se encuentran recogidos en el artículo 2.2º. Estos servicios excluidos son:
 - Los servicios no económicos de interés general.
 - Los servicios financieros.
 - Los servicios de redes de comunicaciones eléctricas.
 - Los servicios en el ámbito del transporte.
 - Los servicios de las empresas de trabajo temporal.
 - Los servicios sanitarios.

²⁹ VILLAREJO GALENDE, H., "Capítulo I. La Directiva de Servicios en el mercado interior: una perspectiva general" en Rivero Ortega, R. (dir.), *Mercado Europeo y reformas administrativas...*, ob.cit., págs. 34-36.

³⁰ *Ibidem.*, págs. 36-40.

- Los servicios audiovisuales.
 - Las actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario.
 - Las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública.
 - Los servicios sociales.
 - Los servicios de seguridad privados.
 - Los servicios prestados por notarios y agentes judiciales.
- c) El tercer, y último grupo, son las excepciones singulares a la libre circulación de servicios que se encuentran reguladas en el artículo 17 de la Directiva, y que engloba, entre otras, las actividades de cobro de deudas por vía judicial y las materias a las que se refiere la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977³¹, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados.

Con todo, nos encontramos con que en estas exclusiones no se hace referencia alguna al urbanismo, pese a que si se excluye de la aplicación de la Directiva en el considerando 9 de la norma. En este sentido, cabe preguntarnos si el urbanismo se encuentra o no dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, y consecuentemente, si al procedimiento de otorgación de las licencias urbanísticas hay que aplicarle los principios y medidas de la Directivas. Esta cuestión la explicaremos a continuación.

2.4.2. ¿Están las licencias urbanísticas sujetas a la aplicación de la Directiva?

El debate en torno a la aplicación o no de la Directiva de servicios a las licencias urbanísticas surge con motivo de la exclusión del urbanismo que la propia Directiva hace en el considerando 9³². Esta exclusión es consecuencia del debate que surge en la

³¹ DO L 778 de 26 de junio de 1977. Directiva modificada en último lugar por el Acta de Adhesión de 2003.

³² Considerando 9 de la Directiva de Servicios: "*La presente Directiva solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así, no se aplica a requisitos tales como normas de tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulen específicamente o no afectan específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica, al igual que por los particulares en su capacidad privada*".

tramitación de la Directiva y que supuso una infinidad de modificaciones que hicieron que la norma final nada tuviera que ver con la propuesta de Directiva de Bolkestein³³.

Esta exclusión ha sido una cuestión enormemente debatida. Al respecto, nos encontramos con diversas posiciones enfrentadas entre sí: a) la postura que excluye absolutamente las licencias urbanísticas del ámbito de aplicación de la Directiva; b) la postura de los autores que consideran que las licencias urbanísticas forman parte de la libertad de establecimiento o de la libre prestación de servicios, por lo que consecuentemente, si deben de formar parte del ámbito de aplicación de la Directiva y c) la postura que considera que esta exclusión no es una exclusión absoluta, por lo que el procedimiento de otorgación de las licencias si debe adaptarse a la Directiva.

- a) En el primer grupo, que manifiesta la exclusión de la licencias urbanísticas a la Directiva, encontramos a autores como MOLINA FLORIDO³⁴, que justifica esta postura señalando que esta es una exclusión expresa y absoluta de la Directiva y por lo tanto no se pueden entender dentro del ámbito de aplicación de la Directiva las licencias urbanísticas. En esta misma dirección se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la sentencia nº 303/2011 de 17 de febrero de 2011³⁵, indicando que al establecer la Directiva en el considerando 9 la exclusión al urbanismo no se puede aplicar está a cuestiones relativas al urbanismo ya que queda fuera del ámbito de aplicación de la misma.
- b) El segundo grupo, a medio camino entre las distintas posturas, afirma que la Directiva de Servicios si debe aplicarse a las licencias urbanísticas en tanto que para ejercer el derecho a la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios es necesario, por ejemplo, una licencia de primera

³³ FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R., "Prólogo" en Rivero Ortega, R. (dir.), *Mercado Europeo y reformas administrativas...*, ob.cit., págs. 17-19.

³⁴ MOLINA FLORIDO, I., "La Directiva de Servicios y las Entidades Locales", en *El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados*, nº. 19, 2009, págs. 2794 y ss.

³⁵ S.T.S.J. de Madrid nº 303/2011(RJCA 2011/154). Con este mismo objeto y en esta misma dirección también se encuentran las sentencias del mismo órgano nº 209/2011 (JUR 2011/170534); nº 310/2011 (JUR 2011/170536); y nº 311/2011 (RJCA 2011/225).

utilización u ocupación. Por ello, estos autores consideran que las licencias urbanísticas forman parte esencial de estas libertades, en tanto que, por su objeto, son un requisito esencial para desarrollar una actividad de servicios. En este sentido se pronuncia GRANADOS RODRÍGUEZ³⁶, para quien limitar las licencias urbanísticas de la aplicación de la Directiva “*supondría una limitación ilegítima al acceso y ejercicio de las actividades –fundamentalmente, de servicios- contrario al espíritu de la Directiva*”.

- c) La tercera postura doctrinal, y la que más apoyo ha tenido, es la que aplica la Directiva a las licencias urbanísticas. Dentro de este grupo doctrinal encontramos a autores como GARCÍA GARRO³⁷ que establece rotundamente que la Directiva si se aplica a las licencias urbanísticas en tanto que “*el propio considerando 9 no excluye a las licencias urbanísticas, sino, como resulta evidente, a las normas urbanísticas y de ordenación urbana, que deben de respetarse por todos y también por los prestadores de servicios [...]*”. Asimismo se pronuncia HERNÁNDEZ LOPEZ³⁸, para quien, “*el objeto de la exclusión mencionada en dicho considerando son las normas y no las acciones concretas que pueda pretender ejercitar un particular o prestador de servicios [...]*”.

En la *praxis*, nos encontramos con que la mayor parte de las Comunidades Autónomas y Entes Locales han adecuado su normativa en materia de procedimiento de otorgación de las licencias urbanísticas a la Directiva, posicionándose a favor de la tercera postura³⁹. Más adelante analizaremos el supuesto de la normativa canaria.

³⁶ GRANADOS RODRÍGUEZ, J.F., "Las licencias urbanísticas y los títulos habilitantes para el ejercicio de actividades", en *Revista Digital Facultad de Derecho*, págs. 204-236.

³⁷ GARCIA GARRO, M. A., *El Impacto de la Directiva de Servicios en las licencias urbanísticas y de actividad*, ob. cit., págs. 35-36.

³⁸ HERNÁNDEZ LÓPEZ, J., "Aspectos prácticos que plantea el sometimiento de las actuaciones urbanísticas y del ejercicio de actividades al nuevo régimen de la Directiva 2006/123/CE: especial referencia a estas últimas" en Jornada sobre la aplicación práctica de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior, Toledo, 13 de junio de 2010.

³⁹ En este contexto se pronuncia PARICIO RALLO, E., "Cuestiones jurídicas sobre la aplicación de la Directiva de Servicios", loc. cit., págs. 124-143. Para este autor la exclusión o no de las licencias

2.5. Valoración general sobre la simplificación administrativa y su aplicación al urbanismo.

La principal crítica que ha recibido la Directiva, y a la que nos sumamos, se refiere al amplio margen de actuación de la norma, en tanto que no se establecen unos criterios delimitadores del contenido de la misma, lo que ha generado una grave inseguridad jurídica, que da lugar a interpretaciones divergentes sobre su aplicación.

La referencia que el considerando 9 hace al urbanismo no pasa desapercibida para la doctrina administrativa ya que la exclusión literal que se hace a esta materia parece ir en contra del espíritu de la directiva. En este sentido, no consideramos que esta exclusión sea adecuada por dos motivos: el primero, porque no se encuentra ubicada dentro del articulado de la Directiva, sino de los considerando, y por lo tanto sería una mera posibilidad a seguir; y en segundo lugar, porque que la redacción que se da en el considerando 9, en nuestra opinión, no hace referencia al urbanismo, sino a las normas urbanísticas, porque si la entendemos como una exclusión absoluta, estaríamos restringiendo la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios que la Directiva tanto se propone conseguir.

En apoyo a esta interpretación, entendemos que supresión de la técnica autorizatoria no supondría un perjuicio para la sociedad, sino un avance para la misma ya que se facilitarían los trámites administrativos burocráticos y la relación ciudadanos-administración sería más amena y práctica, dejando la actividad de la administración, para aquellos casos en que sea realmente necesaria por incumplirse las normas que afectan al planeamiento territorial, ambiental o urbanístico.

urbanísticas quedará finalmente definida por la adaptación normativa que haga cada Comunidad Autónoma, ya que estas pueden ir más allá del movimiento liberalizador que propone la Directiva.

3. De la normativa europea a la normativa estatal.

3.1. Principios y rasgos fundamentales del proceso de transposición de la Directiva de Servicios.

En virtud del artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁴⁰, las directivas obligan a los Estados miembros a conseguir los fines que estas establecen, pero dejando la elección de la forma y los medios a los legisladores nacionales. Esto significa que los poderes públicos están vinculados directamente por las directivas, y que, consecuentemente, deberán asumir la obligación de transposición de las mismas, dependiendo de ello su plena eficacia. En este sentido, el artículo 44 de la Directiva de Servicios regula su incorporación al derecho interno estableciendo que *“los Estados miembros pondrán 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.”*

Para lograr los objetivos que la Directiva propone, la transposición debe basarse en tres principios esenciales⁴¹:

El primero de los principios se basa en aplicar un enfoque ambicioso en la transposición de la Directiva. Esto significa que debe hacerse una reforma exhaustiva y minuciosa del ordenamiento jurídico para lograr, así, los objetivos de la norma europea, aprovechando al máximo la oportunidad que significa la transposición de la Directiva para los servicios en general, y en concreto, para el procedimiento administrativo relativo a ellos.

El segundo de los principios supone asumir la responsabilidad de la transposición de la Directiva teniendo en cuenta el reparto de competencias en nuestro país, lo que conlleva que cada ámbito competencial es el encargado de garantizar la correcta transposición de la Directiva de servicios dentro del ámbito de sus competencias.

⁴⁰ Antiguo art. 249 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

⁴¹ Informe sobre la transposición de la Directiva de Servicios de 20 de enero de 2010, pág. 18, en página web del Ministerio de Economía y Competitividad: <http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/enlaces/destacados/Doc3DS.pdf>

El tercero, y último, es el principio de colaboración que debe existir entre las distintas administraciones implicadas. Este principio se ha venido cumpliendo con la puesta en práctica del "Grupo de Trabajo para la Transposición de la Directiva de Servicios". Este grupo es una organización *ad hoc* de carácter informal de la que forman parte todos los Ministerios y Comunidades Autónomas (a través de un interlocutor único) y los Entes Locales (a través de la FEMP –Federación Española de Municipios y Provincias)⁴².

El cumplimiento de estos principios no ha sido una tarea fácil, sino que ha supuesto un reto para el legislador español, que se ha visto inmerso en un complejo proceso de adaptación de las normas jurídicas. Este desafío se ha visto marcado esencialmente por la dificultad que ha supuesto la transposición de una Directiva de servicios tan general y de carácter transversal, en tanto que afecta a un amplio sector que no queda definido con exactitud en la norma, sino que se limita a establecer lo que no forma parte de su ámbito de aplicación. Ello ha implicado que el legislador español lleve a cabo, primero, una tarea de identificación de los servicios y procedimientos afectados, para, así, luego modificar la normativa necesaria⁴³.

Uno de los problemas de la transposición es el derivado del concepto de "autoridad competente" que hace el artículo 4.9º de la Directiva⁴⁴ y que ha supuesto que la distribución territorial del poder sea una dificultad añadida al procedimiento de transposición, ya ha de existir una labor de coordinación entre los tres niveles administrativos con competencias en materia de servicios⁴⁵.

⁴² SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., "Capítulo III. La Directiva de Servicios y su transposición ¿una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa?" en Rivero Ortega, R. (dir.), *Mercado Europeo y reformas administrativas...*, ob.cit., pág. 129.

⁴³ Ibidem., págs. 127-137.

⁴⁴ Art. 4.9º de la Directiva de Servicios: "Autoridad competente: 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".

⁴⁵ GARCIA GARRO, M. A., *Impacto de la Directiva de Servicios en las Licencias Urbanísticas y de Actividad*, ob. cit., págs. 41-42.

En este sentido, y dentro del ámbito urbanístico, esta dificultad se acentúa ya que los tres niveles administrativos tienen competencias relacionadas en esta materia⁴⁶: el Estado tiene competencia transversal en la regulación e intervención del suelo; las Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva, en virtud del artículo 148.1.3º de la Constitución Española, en la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda; y la Administración Local tiene competencia en la gestión de sus respectivos intereses en base al artículo 137 de la Constitución.

Estas notas características, que reflejan la dificultad de la transposición se han intentado salvar con el procedimiento elegido por el legislador y que se divide en dos grandes fases: la primera, basada en la identificación de los servicios y de la normativa afectada; y la segunda, consistente en la modificación de la legislación⁴⁷. El resultado de esta reforma del ordenamiento jurídico español es la publicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio⁴⁸, conocida como “*Ley Paraguas*”, y la Ley 25/2009, de 2 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio⁴⁹, que ha sido conocida generalmente como la “*Ley Ómnibus*”, entre otras.

3.2. Ley Paraguas y Ley Ómnibus.

La primera Ley que se aprueba como consecuencia de la transposición de la Directiva es la Ley 17/2009, más conocida como, Ley Paraguas. El objetivo de esta ley es “*establecer las disposiciones y principios necesarios para garantizar el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio realizadas en el territorio español por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea, simplificando los procedimientos y fomentando al mismo tiempo un nivel elevado de calidad en los servicios, promoviendo un marco regulatorio transparente,*

⁴⁶ VILLAR ROJAS, F.J., "Capítulo I. Marco conceptual" en VILLAR ROJAS, F. J.(dir.), *Derecho Urbanístico de Canarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2010, págs. 48-54.

⁴⁷ Vid. nota al pie 45.

⁴⁸ Ley17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, publicada en el BOE nº 283, de 24 de noviembre de 2009, págs. 99570-99593.

⁴⁹ Ley 25/2009, de 2 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, publicada en el BOE nº308, de 23 de diciembre de 2009, págs. 108507-108578.

predecible y favorable para la actividad económica, impulsando la modernización de las Administraciones Públicas⁵⁰”.

Se trata de una ley de carácter transversal cuyo contenido coincide principalmente con el articulado de la Directiva de Servicios, por lo que se trata de una norma meramente descriptiva y sin fuerza normativa inmediata. Tal es así, que la propia ley reconoce que no es suficiente su aplicación, sino que se hace necesario seguir legislado en esta dirección y es el propio preámbulo el que establece que *“será necesario llevar a cabo un ejercicio de evaluación de la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicio y su ejercicio conforme a los principios y criterios que esta Ley establece y, en su caso, modificar o derogar esta normativa”*.

En este contexto, surgen autores que consideran que esta es una norma irrelevante y de la cual se hubiera podido prescindir. Así GARCÍA GARRO⁵¹ afirma que *“es una norma innecesaria, porque para horizontalidad y generalidad ya teníamos la Directiva, y sólo faltaba efectuar las normas concretas”*; y FUERTES LÓPEZ⁵² indica que *“se podía haber prescindido de su aprobación”* ya que *“no era necesario dar más sombra al paisaje jurídico con otra ley”*. Es por ello, por lo que se hacía necesario continuar con la transposición de la Directiva para lograr, así, una transposición eficaz tanto en el ámbito formal como en el ámbito material.

En este sentido, y para completar a grandes rasgos el proceso de transposición, se publica la Ley 25/2009, denominada Ley Ómnibus, que supuso la modificación de la regulación sectorial. De esta ley llama la atención la fecha de su entrada en vigor, que se producía el 27 de diciembre de 2009⁵³, un día antes de finalizar el plazo para transponer de la Directiva. El objetivo de esta ley es, de acuerdo con el preámbulo de la misma, *“adaptar la normativa estatal a lo dispuesto en la ley 17/2009”* además de *“dinamizar en mayor medida el sector servicios y alcanzar ganancias de competitividad en relación con nuestros socios europeos”*.

⁵⁰ Preámbulo de la ley 17/2009.

⁵¹ GARCIA GARRO, A.M., *Impacto de la Directiva de Servicios en las licencias urbanísticas y de actividad*, ob. cit., págs. 46-50.

⁵² FUERTES LÓPEZ, M. "Luces y sombras en la incorporación de la Directiva de Servicios" en *Revista catalana de dret públic*, n.º. 42, 2011, pág. 65.

⁵³ Disposición final quinta de la ley 25/2009.

Con la aprobación de esta ley se modificaron un total de cuarenta y ocho leyes, de las cuales destacaremos, por el objeto de este trabajo, las que afectan al procedimiento administrativo, es decir, la Ley de Bases del Régimen Local, la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ y PAC) y la Ley de Acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. A continuación, clasificaremos estas modificaciones atendiendo al contenido que introducen:

- a) En el primer grupo de normas encontramos la regulación de la ventanilla única. En concreto, se añade el apartado cuarto del artículo 70 bis de la Ley de Bases del Régimen Local que indica que en el ámbito de aplicación de la Ley Paraguas los procedimientos y trámites se podrán realizar a través de una ventanilla única, por vía electrónica y a distancia. De esta misma forma se modifica la Ley de Acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, en concreto, el artículo 6.3, que introduce la tramitación a través de la ventanilla única para los procedimientos relativos al acceso a una actividad de servicios y su ejercicio.

- b) El segundo grupo de normas introduce la flexibilización de la exigencia de licencias. En este sentido, se modifica el artículo 84 de la Ley de Bases del Régimen Local en el que se legitima a las entidades locales a intervenir en las actividades de los ciudadanos a través del sometimiento a la comunicación previa o a la declaración responsable, lo que supone sustituir las licencias por esos instrumentos alternativos. Dentro de este grupo, destacamos, también, el artículo 39 bis de la LRJ y PAC que regula los principios de intervención de las administraciones en el desarrollo de una actividad, y que señala que a la hora de limitar derechos en el desarrollo de una actividad las administraciones *“deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen sin que en ningún caso se produzcan*

diferencias de trato discriminatorio". Igualmente, se añade el artículo 71 bis que define y establece el régimen jurídico de las declaraciones responsables y de las comunicaciones previas, del cual nos ocuparemos en los siguientes epígrafes.

- c) En el tercer grupo se modifica la regulación del silencio administrativo de los procedimientos iniciados a solicitud del interesado (artículo 43 de la LRJ y PAC). Sin embargo, la modificación que se hace no es de mucha repercusión, ya que no se cambia, sino sustancialmente, la redacción anterior de la Ley 4/1999, de 13 de enero y se trata, básicamente, de profundizar y generalizar el silencio positivo cuando la administración no responde en el plazo otorgado para ello.

3.3. La modificación de otras normas.

Junto a estas dos leyes se han aprobado, también, otras leyes que aplican la Directiva. Atendiendo al objeto de este trabajo debemos destacar:

En primer lugar, la Ley de 2/2011⁵⁴, de 4 de marzo, de Economía Sostenible que en su artículo 1 establece como objetivo *"introducir en el ordenamiento jurídico las reformas estructurales necesarias para crear condiciones que favorezcan un desarrollo económico sostenible"*. De esta ley, debemos subrayar la introducción de los apartados bis y ter del artículo 84 de la Ley de Bases del Régimen Local, en los que se establece que con carácter general no será necesario para acceder a una actividad de servicios la obtención de una licencia u otro medio de control preventivo, salvo que las actividades afecten a la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico artístico, la seguridad o la salud públicas, o que impliquen el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público; y, además, habilita a los Entes Locales para que regulen procedimientos alternativos en los casos en los que no se necesite autorización habilitante previa. También se introduce, en el artículo 40, que con el fin de agilizar el procedimiento administrativo se modificara el sentido del silencio administrativo en los

⁵⁴ Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, publicada en el BOE nº 55, 5 de marzo de 2011, págs. 25033-25235.

procedimientos que no se consideran cubiertos por razones imperiosas de interés general.

En segundo lugar, debemos mencionar la Ley 12/2012⁵⁵, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y determinados servicios que tiene como objetivo *"el impulso y dinamización de la actividad comercial minorista y de determinados servicios mediante la eliminación de cargas y restricciones administrativas existentes que afectan al inicio y ejercicio de la actividad comercial, en particular, mediante la supresión de las licencias de ámbito municipal vinculadas con los establecimientos comerciales, sus instalaciones y determinadas obras previas"*⁵⁶. De esta ley debemos destacar el artículo 3 que establece la inexigibilidad de licencia de actividad a los locales con una superficie menor a trescientos metro cuadrados, y el artículo 4 que menciona la no exigencia de licencias previas en base al artículo 71 de la LRJ y PAC.

También debemos señalar el Real Decreto 2009/2009⁵⁷, de 23 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de Servicios, en concreto, el artículo 22.1 que indica que *"la apertura de establecimientos industriales y mercantiles podrá sujetarse a los medios de intervención municipal, en los términos previstos en la legislación básica en materia de régimen local y en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio"*.

En el ámbito territorial Canario, no hay una ley de adaptación general a imagen y semejanza de la legislación estatal. No obstante, debemos destacar la Ley 7/2011⁵⁸, de 5 de abril, de actividades clasificadas y espectáculos públicos y otras medidas administrativas complementarias, que supuso la introducción del apartado 8 del artículo 166 y del artículo 166 bis del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del

⁵⁵ Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y determinados servicios, publicada en el BOE nº 311, de 27 de diciembre de 2012, págs. 87639-85658.

⁵⁶ Art. 1 de la Ley 12/2012.

⁵⁷ Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de servicios de las corporaciones locales, publicado en el BOE nº 313, de 29 de diciembre de 2009, págs. 111134-111135.

⁵⁸ Ley 7/2011, de 5 de abril, de actividades clasificadas y espectáculos públicos y otras medidas complementarias, publicada en el BOC nº 77, de 15 de abril de 2011, págs. 9104- 9130.

Territorio y de Espacios Naturales de Canarias. Esta modificación la estudiaremos en el apartado 4 del presente trabajo.

3.4. El régimen jurídico que establece el artículo 71 bis de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La Ley Ómnibus supuso la introducción del artículo 71 bis de la LRJ y PAC que regula el régimen jurídico de las declaraciones responsables y de las comunicaciones previas.

Las declaraciones responsables y las comunicaciones previas son técnicas de intervención administrativa preventiva. En concreto, el art. 71 bis 1º define a la declaración responsable como *“el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o derecho”*. Por su parte, en el apartado 2º se establece que *“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 [...]”*.

La principal diferencia que se desprende de estas definiciones es la relativa a la documentación necesaria, en tanto que, en la declaración responsable es el interesado el que dispone de la documentación que acredita que cumple con la normativa vigentes, mientras que en la comunicación previa la documentación se presenta a la Administración competentes, y es esta, la que es la encargada de corroborar que se cumple con la legislación⁵⁹.

⁵⁹ GARCÍA GARRO, M.A., *Impacto de la Directiva de Servicios en las licencias urbanísticas y de actividad*, ob.cit., págs. 78-79.

Continúa diciendo el artículo que estas producirán los efectos que cada legislación determine y permitirán, en general, “*el reconocimiento o ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad*” sin perjuicio de la actividades de policía que puedan ejercitar las administraciones.

Asimismo, se señala que la inexactitud, falsedad, omisión de datos o la no presentación de la declaración responsable o comunicación previa supone la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad, y en los casos en los que se determine, la restitución de la situación jurídica al momento previo del reconocimiento del derecho.

Este régimen jurídico ha sido el utilizado en la normativa autonómica y local para la sustitución de las licencias urbanísticas, lo que ha supuesto lograr, a grandes rasgos, el objetivo de simplificación administrativa que propone la Directiva de Servicios.

3.5. ¿Qué paso con el considerando 9 de la Directiva de Servicios?

Como señalamos anteriormente, en el considerando 9 de la Directiva de Servicios se establece la exclusión al urbanismo del ámbito de aplicación de la Directiva. Sin embargo, en el proceso de transposición de la Directiva en España esta exclusión no se menciona en ningún apartado de las Ley Paraguas, ni mucho menos en la Ley Ómnibus.

En este contexto, nos encontramos con un panorama desolador en el que se reina la incertidumbre del régimen de las licencias urbanísticas, en tanto, que le corresponde a cada Comunidad Autónoma el desarrollo del nuevo régimen jurídico.

En palabras de GARCÍA GARRO⁶⁰ esta situación “*genera inseguridad jurídica y dificulta el proceso de simplificación administrativa y de transposición de la Directiva*”, señala, además, que se deben de “*unificar criterios para todo el territorio nacional, evitando la discriminación territorial que produce la disparidad de*

⁶⁰ Ibidem., págs. 60-61.

regulaciones jurídicas existentes en un modelo de organización territorial descentralizado como el nuestro”.

En definitiva, nos encontramos con que no existen criterios unificadores en el procedimiento de otorgación de la licencias urbanísticas, lo que genera inseguridad jurídica y desigualdad entre los ciudadanos, que dependiendo de la Comunidad Autónoma en la que se encuentren aplicaran un procedimiento u otro para poder obtener una licencia urbanística.

3.6. Valoración general sobre la transposición de la Directiva de Servicios.

La transposición de la Directiva de Servicios al ordenamiento jurídico español no deja de ser particular, ya que se optó, en primer lugar, por transcribir el articulado de la Directiva, careciendo esto de toda eficacia jurídica, en tanto que no se establecía un procedimiento a seguir, sino, tan solo, unos principios reguladores; y en segundo lugar, por modificar la legislación sectorial a través de la Ley Ómnibus.

El resultado de estas modificaciones ha sido que el ordenamiento jurídico español este dotado de una gran cantidad de normas dispersas, de las que no depende directamente la eficacia práctica de la Directiva, ya que la misma, como veremos, depende de las actividades que desarrollen las Comunidades Autónomas y los Entes Locales en el desarrollo de sus competencias.

Otro de los problemas de la transposición es el olvido del considerando 9 de la norma europea, lo que ha supuesto que se genere inseguridad jurídica y desigualdad entre los ciudadanos, ya que son las Comunidades Autónomas las que tienen que determinar que el procedimiento se regule de una manera o de otra, en tanto que el legislador estatal no tiene competencias en materia urbanística.

4. Aplicación de la Directiva en Canarias.

4.1. Las modificaciones de la legislación urbanística canaria como consecuencia de la aplicación de la Directiva.

Tal y como hemos señalado anteriormente, la eficacia práctica de la Directiva depende, en gran medida, de las modificaciones legislativas que hagan los poderes autonómicos en el ejercicio de sus competencias legítimas⁶¹. La Comunidad Autónoma de Canarias, al igual que el resto de Comunidades Autónomas, goza de competencias que le permiten tomar las medidas necesarias para la correcta aplicación del Derecho de la Unión Europea, tal y como se ha establecido en el artículo 38.2 del Estatuto de Autonomía⁶².

El procedimiento elegido por el legislador autonómico canario ha sido el de llevar a cabo una serie de modificaciones verticales sobre algunos sectores de actividades, y no el de aprobar normas generales de simplificación administrativa, que ha sido el procedimiento elegido por Comunidades Autónomas como Cataluña, Madrid, o Galicia, entre otras⁶³.

Sin embargo, el hecho de que el legislador canario haya elegido este procedimiento no significa que se haya realizado con eficacia la aplicación de la Directiva, en tanto que, solo se han modificado una serie de normas sectoriales, y no la totalidad. Por lo que consideramos que no se ha llevado a cabo una completa regeneración del ordenamiento jurídico canario, que es lo que hubiera sido lo correcto si realmente se quiere poner en práctica el principio de simplificación administrativa que la Directiva propone.

⁶¹ Sobre este aspecto la disposición final quinta, segundo apartado, de la ley 17/2009 que 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.

⁶² Art. 38.2 del Estatuto de Autonomía de Canarias: "La Comunidad Autónoma adoptará las medidas necesarias para la ejecución de los tratados y convenios internacionales en lo que afecte a materias atribuidas a su competencia, según el presente Estatuto."

⁶³ GARCÍA GARRO, M.A., *Impacto de la Directiva de Servicios en las licencias urbanísticas y de actividad*, ob. cit., págs. 74-75.

Atendiendo al objeto de este trabajo debemos mencionar la publicación del Decreto 48/2009⁶⁴, de 28 de abril, por el que se establecen en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias medidas ante la crisis económica y de simplificación administrativa. El propósito de este Decreto es transformar el régimen de la administración canaria, y conseguir una administración más moderna y cercana al ciudadano que impulse el crecimiento económico. En concreto, el artículo 1 establece que el Decreto tiene por objeto *"regular el establecimiento de medidas de simplificación, reducción de cargas en la tramitación administrativa y de racionalización en los procedimientos administrativos de la Comunidad Autónoma de Canarias"*.

De las medidas que se establecen en este Decreto destacamos, por tener especial relación con el procedimiento de intervención administrativa, la de los artículos 16 y 17, que regulan el régimen de la declaración responsable y de la sustitución de autorizaciones por comunicaciones previas del interesado, con la correspondiente verificación posterior. Los procedimientos que establecen estos artículos son, a grandes rasgos, el mismo que el que establece el artículo 71 bis de la LRJ y PAC, por lo que nos remitimos a su explicación.

Por otro lado, las modificaciones más importantes en la normativa urbanística canaria son la que afecta al Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias⁶⁵. En concreto, se añade el apartado 8 al artículo 166 que legitima a la administración para convenir con entidades colaboradoras en el ejercicio de funciones de verificación y control de las comunicaciones previas y declaraciones responsables. También se introduce el artículo 166 bis, que aplica la técnica de la declaración responsable para la primera utilización y ocupación de edificaciones e instalaciones, y a la que deberán de adjuntar un certificado de finalización de obra en el que se acredite la adecuación de la actividad o instalación a la

⁶⁴ Decreto 48/2009, de 28 de abril, por el que se establecen en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias medidas ante la crisis económica y de simplificación administrativa, publicado en el BOC nº 89, de 12 de mayo de 2009, págs. 10120-10131.

⁶⁵ Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, publicada en el BOC nº 60, de 15 de mayo de 2000, págs. 5989-6307.

normativa urbanística⁶⁶. Sin embargo, lo que más se destaca de esta reforma es que no se ha llevado a cabo una modificación de lo establecido en el artículo 166.1, en tanto que, las actividades que en él se detallan siguen estando sujetas a las licencias urbanísticas⁶⁷.

4.2. Impacto de la Directiva en los Entes Locales.

4.2.1. El problema competencial.

Como señalábamos en los epígrafes precedentes, una de las dificultades de la transposición de la Directiva se basa en los diferentes niveles de poder territorial que se encuentran en España. En este sentido, la labor más importante es la desarrollada por los Entes Locales en tanto que son estos los que desarrollan las competencias más próximas a los ciudadanos, y por lo tanto, de los que depende, en gran medida, la eficacia material de la transposición de la Directiva de Servicios.

El principal problema que ha supuesto la transposición de la Directiva en los Entes Locales es el derivado del alcance que tienen las competencias que estos ostentan. El fundamento de este inconveniente radica en que los municipios ven su actividad normativa limitada jerárquicamente por las normas que dicten las Comunidades Autónomas o el Estado, sin que la cláusula de habilitación general que se establece en el artículo 25.1 de la Ley de Bases del Régimen Local⁶⁸ suponga que puedan gestionar sus intereses como les convenga.

Esta posición particular de los Entes locales ha provocado, como señala JIMÉNEZ ASECIO⁶⁹ que *“la transposición local de la Directiva de Servicios [...] esté muy condicionada por las soluciones que han adoptado o que adopten los niveles*

⁶⁶ Estas modificaciones han sido introducidas por la disposición adicional quinta de la Ley 7/2011, de 5 de abril, de actividades clasificadas y espectáculos públicos y otras medidas administrativas complementarias, publicada en el BOC nº 77, de 15 de abril de 2011, págs. 9104-9130.

⁶⁷ Sobre este aspecto ver DE LA CONCHA BERGILLO, C., "Las licencias urbanísticas" en VILLAR ROJAS, F.J. (dir.), *Derecho urbanístico de Canarias*, ob. cit., págs. 441-480.

⁶⁸ Art. 25.1 de la Ley de Bases del Régimen Local: *"El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal"*.

⁶⁹ JIMÉNEZ ASECIO, R., "El impacto de la Directiva de Servicios en el derecho local", en *Revista Aragonesa de Administraciones Públicas*, pág. 122.

de gobierno estatal y autonómico". En esta misma dirección se pronuncia SALVADOR AMENDÁRIZ⁷⁰, que añade que esto supone una falta de uniformidad en la legislación como consecuencia de la inexistencia de un criterio general de interpretación que *"es el resultado querido y buscado, cuando menos aceptado, del modelo político y jurídico que nuestra Constitución ha establecido o al menos que el Tribunal Constitucional ha propiciado"*.

Estos planteamientos parten de la base de que, en primer lugar, se debe modificar la normativa estatal y la autonómica, para finalmente, poder adaptar la normativa local. Pero la realidad no va siempre de mano de la teoría, y este caso no es la excepción. La lentitud que ha acompañado al proceso de transposición de la Directiva ha generado un debate en torno a si los ayuntamientos pueden legislar sin que exista una normativa autonómica que establezca unas pautas a seguir.

La doctrina se manifiesta en dos posiciones contrarias: a) la que afirma que los Entes Locales deben de esperar a que las Comunidades Autónomas adecuen su normativa a la Directiva y b) la que considera que no es necesario que se regule primero la normativa autonómica, en tanto que la Directiva y la Ley Paraguas son de aplicación automática.

- a) La primera postura es defendida por autores como CHOLBI CACHÁ⁷¹ que afirma que *"los entes locales no podrán, por si mismos, alterar el régimen jurídico autonómico vigente en cada momento, mediante una invocación a los principios de la Directiva de Servicios, hasta que la legislación de las Comunidades Autónomas no lleven a cabo un adecuado proceso de transposición, entre otras razones porque no tienen título jurídico competencial en la materia"*.

⁷⁰ SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A., "El impacto de la Directiva de Servicios en la administración local: una reflexión general" en AGUADO I CUDOLA, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B. (dirs.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las administraciones públicas: aspectos generales y sectoriales*, ob. cit., págs. 219-221.

⁷¹ CHOLBI CACHÁ, F. A., *El régimen de la comunicación previa, las licencias de urbanismo y su procedimiento de otorgamiento. Especial referencia a las relaciones con las licencias de actividad y a la aplicación del silencio positivo*, La Ley-grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2010, pág. 83.

- b) En el grupo de la segunda postura encontramos a autores como HERNÁNDEZ LÓPEZ⁷² que expone que *" puesto que la Directiva tiene efectos directos y resulta de obligada observancia, al igual que las leyes traspuestas, ninguna razón hay para que, a falta de que las Comunidades Autónomas acometan las debidas reformas legislativas, no las puedan ir adelantando los entes locales por medio de sus Ordenanzas"*. En esta misma dirección, que habilita a los Entes Locales para efectúen modificaciones en su normativa a pesar de que no exista una legislación autonómica, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia nº 2008/1934, de 30 de enero de 2008⁷³.

Nos encontramos, pues, con que los entes locales se han posicionado a favor de esta segunda postura, en tanto que existen ordenanzas que no tiene la legitimación de la normativa de las Comunidades Autónomas.

4.2.2. El proceso de transposición local.

El proceso de transposición de la Directiva en la Administración Local ha estado dividido en tres etapas: la primera consiste en la identificación de los regímenes de autorización y procedimientos afectados por la Ley Paraguas, que es la que tiene aplicación automática en el ordenamiento jurídico español; la segunda etapa consistente en modificar las ordenanzas y o reglamentos a través del procedimiento legislativo correspondiente; y finalmente, la tercera etapa, que sería la de informar al Estado de las autorizaciones que se mantengan y el por qué se mantienen.

Una vez los ayuntamientos hayan adecuado su normativa a la Directiva y a la Ley Paraguas se podría dar por concluido el proceso de transposición de las Directiva de Servicios al ordenamiento jurídico español. En este sentido, el legislador español, previendo que esto sería un procedimiento bastante lento, introdujo en la Ley Paraguas un disposición derogatoria que mantiene la vigencia de las disposiciones preexistentes

⁷² HERNÁNDEZ LÓPEZ, J., "Aspectos prácticos que plantea el sometimiento de las actuaciones urbanísticas y del ejercicio de actividades al nuevo régimen de la Directiva 2006/123/CE: especial referencia a estas últimas" en Jornada sobre la aplicación práctica de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior, Toledo, 13 de junio de 2010.

⁷³ S.T.S. nº 2008/1934, de 30 de enero.

que resulten incompatibles con los capítulos II, III, el artículo 17.1 del capítulo IV y los artículos 24 y 25 del capítulo V hasta el 27 de diciembre de 2009. Esto significa que todas aquellas ordenanzas o reglamentos que vayan en contra del espíritu simplificador de la Directiva carecerán de efecto a partir de esta fecha.

4.3. La normativa local en la *praxis*.

Como cierre de este trabajo vamos a analizar cómo han llevado a cabo la transposición: a) el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife y, b) el Ayuntamiento de Los Realejos; por ostentar estos regímenes de organización diferentes (de gran población y de régimen común):

- a) En febrero de 2015, el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife aprobaba la ordenanza reguladora del procedimiento para la tramitación de la declaración responsable para la primera utilización y ocupación de edificaciones e instalaciones y habitabilidad de viviendas⁷⁴. La aprobación de esta ordenanza es consecuencia de la obligación de los Estados miembros de la Unión Europea a adecuar su normativa a la Directiva de Servicios, y que es el motivo por el cual se modificó el artículo 166 bis del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias.

Con la aprobación de esta ordenanza, el Ayuntamiento de Santa Cruz pretende "*ofrecer a los ciudadanos un compromiso de claridad y agilidad*", simplificando el procedimiento de otorgación, de las ya antiguas, cédulas de habitabilidad. El artículo 1 de la ordenanza establece que el objeto de la misma es "*determinar de forma clara y sistematizada el procedimiento para la primera utilización y ocupación de edificaciones e instalaciones*⁷⁵ en el término municipal de Santa Cruz

⁷⁴ Ordenanza reguladora del procedimiento para la tramitación de la declaración responsable para la primera utilización y ocupación de edificaciones e instalaciones y habitabilidad de viviendas, publicada en el BOP de Santa Cruz de Tenerife nº 15, 2 de febrero de 2015, págs. 1667-1679.

⁷⁵ La declaración responsable para la primera utilización y ocupación de edificaciones e instalaciones pretende comprobar si lo edificado se ajusta al proyecto aprobado anteriormente en la licencia de obra, y acreditar, así mismo, que la obra o instalación puede destinarse al uso pretendido.

de Tenerife, así como los trámites formales encaminados a la verificación del contenido de la declaración responsable y los que integran los procedimientos de comprobación e inspección.

El artículo 3 de la ordenanza se define lo que es la declaración responsable, coincidiendo ésta, con la definición dada en el apartado 1 del artículo 71 bis de la LRJ y PAC. Por lo que en este aspecto, no se introduce ninguna novedad.

En el artículo 8 de la ordenanza se obliga al ayuntamiento a publicar modelos normalizados de declaración responsable, lo que va en concordancia con lo establecido en el apartado 5 del artículo 71 bis de la LRJ y PAC. Sin embargo, nos encontramos con que el Ayuntamiento de Santa Cruz no tiene habilitada la presentación telemática de la declaración responsable, lo que iría en contra, en primer lugar, del artículo 71 bis; en segundo lugar, de la Ley Paraguas; y en tercer lugar, de los principios de la Directiva de Servicios que establecen como medida de simplificación de los procedimientos administrativos la presentación de la documentación a través de una ventanilla única que se tramite por vía electrónica y a distancia.

Siguiendo el procedimiento de la ordenanza, una vez presentada la declaración responsable, y en un plazo inferior a tres meses, los técnicos de la gerencia municipal de urbanismo "*verificarán si la ejecución de la obras se ha llevado a cabo con sujeción al proyecto autorizado*". En este contexto, de comprobación e inspección por parte del ayuntamiento, surge la duda, por parte de algunos autores, de si realmente estamos ante un supuesto de técnica de intervención administrativa preventiva, o si nos encontramos, con un uso de las declaraciones responsables como técnica en cubierta de las licencias urbanísticas.

Finalmente, debemos señalar que la ordenanza, al igual que el artículo 71 bis, establece que en caso de que esta inspección sea desfavorable se

obligará al interesado a restituir la situación jurídica al momento previo a la presentación de la declaración responsable, sin que esto suponga que se abra un expediente administrativo sancionador.

En definitiva, nos encontramos con que la ordenanza del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife aplica, en grandes rasgos, la simplificación administrativa, si bien, obvia la tramitación por vía electrónica y a través de la ventanilla única, que es una de las medidas que más contribuirían a simplificar el procedimiento administrativo y a reducir las cargas burocráticas de los ciudadanos interesado en este procedimiento.

- b) Por su parte, en el mismo mes, el Ayuntamiento de Los Realejos aprobaba la ordenanza municipal reguladora de la declaración responsable para la ejecución de obras menores⁷⁶. Y al igual que la ordenanza del ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, la aprobación de esta ordenanza es consecuencia de la simplificación administrativa que propone la Directiva de Servicios. Lo destacable de esta ordenanza es que aplica el régimen de las declaraciones responsables a las *obras menores*, que generalmente, y en la mayoría de los ayuntamientos canarios, se otorgan mediante la tradicional licencia de obra menor que es el régimen que se establece en el artículo 166.1 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias. Sin embargo, que el Ayuntamiento de Los Realejos haya innovado en esta dirección no supone ningún problema legal, ya que, como vimos anteriormente, la doctrina y jurisprudencia avalan que los Entes Locales puedan llevar a cabo modificaciones sectoriales sin una ley autonómica precedente.

El objetivo de esta ordenanza es habilitar, a través de la declaración responsable, a la realización de obras menores, como puede ser la reposición de revestimientos y pavimentos, la reparación de redes de

⁷⁶ Ordenanza municipal reguladora de la declaración responsable para la ejecución de obras menores, publicada en el BOP de Santa Cruz de Tenerife nº 18, de 6 de febrero de 2015, págs. 2745- 2774.

fontanería en el interior de las viviendas, el pintado y reparación de fachadas que conlleve la colocación de andamiaje, o las tareas de restauración de instalaciones agrícolas y agropecuarias siempre que no afecte a su estructura.

En cuanto a la definición y régimen jurídico de las declaraciones responsables, la ordenanza se remite a lo dispuesto en el artículo 71 bis de la LRJ y PAC, por lo que no se presentan ninguna novedad a este aspecto. Asimismo se obliga al ayuntamiento a poner a disposición de los ciudadanos modelos de declaraciones responsables. Hay que destacar, por ir en contra de lo establecido en el artículo 71 bis, que en la ordenanza se establece que la declaración responsable surtirá efectos 15 días después de que se haya presentado la misma, mientras que el artículo 71 bis establece que producirá efecto desde el mismo momento de su presentación.

Con respecto a la presentación por vía electrónica, debemos indicar, que el Ayuntamiento de Los Realejos también carece de la posibilidad de presentar la declaración responsable de forma telemática, por lo que, al igual que en el Ayuntamiento de Santa Cruz, no se están cumpliendo la totalidad de medidas que la Directiva de Servicios propone para simplificar los trámites burocráticos administrativos.

Con el análisis de estas dos ordenanzas, llegamos a la conclusión, de que los ayuntamientos canarios se están adaptando poco a poco al nuevo régimen administrativo, pero que todavía queda mucho que hacer en tanto que no han implantado la presentación telemática, y a distancia, de documentación.

4.4. Valoración general sobre la aplicación de la Directiva en los Entes Locales.

La transposición que han llevado a cabo los Entes Locales ha estado marcada por el debate en torno a si estos pueden modificar sus ordenanzas sin una previa habilitación de la normativa autonómica. En este sentido, consideramos que los Entes Locales sí pueden llevar a cabo la modificación de su normativa, sin una previa

habilitación autonómica, por cuatro razones: la primera, porque no nos encontramos ante un supuesto de reserva de ley; la segunda, porque los entes locales son sujetos de la transposición de la Directiva en virtud de la disposición final quinta de la Ley Paraguas; la tercera, porque nada impide que los ayuntamientos vayan adelantando la modificación de las normas, que tarde o temprano tendrán que realizar; y la cuarta, porque que los Entes Locales se adelanten en esta labor impediría que surja una laguna legal, en tanto que la normativa que no se adapte a la Directiva será derogada automáticamente por la disposición derogatoria de la Ley Paraguas.

No obstante, sea cual fuera la postura que adoptemos sobre este aspecto, lo cierto, es que los Entes Locales ha ido añadiendo este nuevo régimen a sus ordenanzas, aunque de manera diferente, en tanto que no se ha seguido un método homogéneo de actuación, ya que, como hemos visto, los distintos ayuntamientos han efectuado las modificaciones en distintos ámbitos de aplicación.

También hay que destacar que no han introducido la presentación telemática de las declaraciones responsables o de las comunicaciones previas, que implicaría una mejora para la administración, en tanto que los procedimientos se realizarían más rápidos, y una mejora para el ciudadano, que no tendría que soportar el realizar las largas esperas en la administración.

5. Conclusiones.

La aprobación de la Directiva de Servicios ha puesto de relieve uno de los grandes objetivos de la Unión Europea: la creación de un mercado único sin fronteras interiores. Para ello, se ha modificado la cultura administrativa de los Estados miembros, y en especial, de España, por ser uno de los países con mayor tradición doctrinal en esta materia.

La limitación de la técnica autorizadora previa, la eliminación de los obstáculos burocráticos y la implantación de la ventanilla única son los principales instrumentos que propone la Directiva. En este sentido, la simplificación administrativa que propone la Directiva es uno de los cambios que más falta hacía en el ordenamiento jurídico español, que se encontraba anclado en un procedimiento de tradición e intervención

administrativa excesiva. Sin embargo, la aplicación de la Directiva, como hemos señalado, no ha sido tan idílica como se planteaba en un primer momento, ya que ha estado marcada por la polémica que ha rodeado su transposición al derecho interno.

Como indicamos anteriormente, el considerando 9 de la Directiva ha generado el principal debate sobre la aplicación de la misma. Un debate, en el que la posición mayoritaria, y de la cual estamos a favor, es la aplicación de la Directiva a las licencias urbanísticas. Resuelto este primer problema, y tras una labor de identificación de la normativa afectada, el legislador español optó por la aprobación de la Ley Paraguas. Esta ley no ha pasado inadvertida para la doctrina y ha generado multitud de críticas basadas en su generalidad, ya que se limita a transcribir el articulado de la Directiva, y no establece ninguna medida en concreto.

Tras ello, el legislador español optó por regular una segunda Ley en la que se introducían una serie de modificaciones en legislación sectorial. La aplicación de esta nueva norma fue vista con buenos ojos por la doctrina, pero criticando el poco margen de actuación de la misma, ya que debido al reparto competencial, las modificaciones que se produjeron no han sido de gran utilidad práctica, en tanto que, las verdaderas modificaciones han de hacerse en los parlamentos autonómicos y en los plenos de los ayuntamientos.

En el ámbito autonómico canario la aplicación de la Directiva no ha sido muy eficaz, en tanto que se han llevado a cabo pocas modificaciones legislativa, y que en concreto afecten al urbanismo, solo la introducción de apartado 8 y bis del artículo 166 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y Espacios Naturales de Canarias.

No obstante, esta pequeña modificación, no ha sido vista como una excusa para que los Entes Locales no lleven a cabo una adecuación de su normativa. Sin embargo, la falta de criterios delimitadores han motivado un régimen asimétrico que se caracteriza por la diversidad de soluciones, generando, así, inseguridad jurídica.

Pese a ello, la aplicación de la Directiva de Servicios ha supuesto una mejora en el funcionamiento del mercado interior de servicios. Pero, aún queda un largo camino

que recorrer, y no podemos permitirnos abandonar el cambio normativo en el que estamos inmersos, sino que se debe continuar en esta misma dirección, partiendo de la experiencia de este proceso y de las vivencias de su aplicación práctica.

6. Bibliografía.

- AGUADO I CUDOLA V. y NOGUERA DE LA MUELA B. (Directores), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona, 2012.
- CHOLBI CACHÁ, F. A., *El régimen de la comunicación previa, las licencias de urbanismo y su procedimiento de otorgamiento. Especial referencia a las relaciones con las licencias de actividad y a la aplicación del silencio positivo*, La Ley-grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2010.
- FUERTES LÓPEZ, M. "Luces y sombras en la incorporación de la Directiva de Servicios", en *Revista catalana de dret públic*, nº 42, 2011.
- GARCÍA GARRO, M. A., *Impacto de la Directiva de Servicios en las licencias urbanísticas y de actividad*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013.
- GRANADOS RODRÍGUEZ, J.F., "Las licencias urbanísticas y los títulos habilitantes para el ejercicio de actividades", en *Revista Digital Facultad de Derecho*.
- HERNÁNDEZ LÓPEZ, J., "Aspectos prácticos que plantea el sometimiento de las actuaciones urbanísticas y del ejercicio de actividades al nuevo régimen de la Directiva 2006/123/CE: especial referencia a estas últimas" en Jornada sobre la aplicación práctica de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior, Toledo, 13 de junio de 2010.
- Informe sobre la transposición de la Directiva de Servicios de 20 de enero de 2010, en pagina web del Ministerio de Economía y Competitividad, disponible en:
<http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/enlaces/destacados/Doc3DS.pdf>
- JIMÉNEZ ASECIO, R., "El impacto de la Directiva de Servicios en el derecho local", en *Revista Aragonesa de Administraciones Públicas*.

- LINDE PANIGUA, 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* nº 14, 2008.
- LÓPEZ PÉREZ, F., *El impacto de la Directiva de Servicios sobre el urbanismo comercial. (Por una ordenación espacial de los grandes establecimientos comerciales.)*, Atelier, Barcelona, 2009.
- Manual de Transposición de la Directiva de Servicios, página web del Ministerio de Economía y Competitividad, disponible en:
<http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/enlaces/destacados/Docu2DS.pdf>
- MOLINA FLORIDO, I., "La Directiva de Servicios y las Entidades Locales", en *El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados*, nº 19, 2009.
- PATRICIO RALLO, E., "Cuestiones jurídicas sobre la aplicación de la Directiva de Servicios", en *QDL Fundación, Democracia y Gobierno Local*, de 21 de octubre de 2009.
- RIVERO ORTEGA, R. "Simplificación administrativa y administración electrónica: objetivos pendientes en la transposición de la Directiva de Servicios", en *Revista catalana de dret públic*, nº 42, 2011.
- RIVERO ORTEGA, R. (Director), *Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2009.
- VILLAR ROJAS, F.J. (Director), *Derecho Urbanístico de Canarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2010.
- VILLAREJO GALENDE, H., "La simplificación administrativa en la Directiva relativa a los servicios interiores. Sus repercusiones en la administración electrónica española y el desafío que plantea su transposición" en *Revista de Derecho de la Unión Europea* nº 14, 2008.

- **Relación de jurisprudencia.**

- STJUE de 17 de julio de 2008, asunto C- 386/2005.
- STSJ de Madrid nº 209/2011 (JUR 2011/170534).
- STSJ de Madrid nº 303/2011 (RJCA 2011/154).
- STSJ de Madrid nº 310/2011 (JUR 2011/170536).
- STSJ de Madrid nº 311/2011 (RJCA 2011/225).
- STS nº 2008/1934, de 30 de enero.