

REFC

REVISTA ESPAÑOLA DE LA

# Función Consultiva

SEPARATA

Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana



MONOGRÁFICO

Sobre las leyes 39/2015 y  
40/2015, de 1 de octubre

- Estudios
- 
- Dictámenes
- 
- Jurisprudencia
- 
- Bibliografía
- 
- Normativa
- 
- Información institucional

Enero/Junio

2016  
nº 25

ISSN: 1698-6849

## CONSEJO ASESOR

**Excmo. Sr. D. José Manuel Romay Beccaría**  
Presidente del Consejo de Estado

**Hnble. Sr. D. Joan Egea Fernández**  
Presidente del Consejo de Garantías Estatutarias de la Generalidad de Cataluña

**Excmo. Sr. D. Albert Lamarca i Marquès**  
Presidente de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña

**Excmo. Sr. D. Carlos Millán Hernández**  
Presidente del Consejo Consultivo de Canarias

**Hnble. Sr. D. Antonio José Diéguez Seguí**  
Presidente del Consejo Consultivo de las Illes Balears

**Excmo. Sr. D. Juan B. Cano Bueso**  
Presidente del Consejo Consultivo de Andalucía

**Ilmo. Sr. D. José Díez Cuquerella**  
Vicepresidente del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana

**Excmo. Sr. D. José Bermejo Vera**  
Presidente del Consejo Consultivo de Aragón

**Excmo. Sr. D. Joaquín Espert Pérez-Caballero**  
Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja

**Excmo. Sr. D. José Luis Costa Pillado**  
Presidente del Consejo Consultivo de Galicia

**Excmo. Sr. D. Joaquín Manuel Sánchez Garrido**  
Presidente del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

**Excmo. Sr. D. Antonio Gómez Fayrén**  
Presidente del Consejo Jurídico de la Región de Murcia

**Excmo. Sr. D. Alfredo Irujo Andueza**  
Presidente del Consejo de Navarra

**Ilmo. Sr. D. Sabino Torre Díez**  
Presidente de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi

**Excmo. Sr. D. Mario Amilivia González**  
Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León

**Excmo. Sr. D. Bernardo Fernández Pérez**  
Presidente del Consejo Consultivo del Principado de Asturias

**Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Concepción Montero Gómez**  
Presidenta de la Comisión Jurídica de Extremadura

**Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Rocío Guerrero Ankersmit**  
Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid

## CONSEJO DE REDACCIÓN

Director Honorífico

Vicente Garrido Mayol

**DIRECTOR**

José Díez Cuquerella

Enrique F. Fliquete Lliso, Margarita Soler Sánchez, Faustino de Urquía Gómez, Asunción Ventura Franch, Francisco Camps Ortiz, Miguel Pastor López (†), Miguel Mira Ribera (†), Vicente Cuñat Edo, Alberto Jarabo Calatayud, Ana Castellano Vilar, Joan Ignasi Pla i Durà, Federico Fernández Roldán, María Luisa Mediavilla Cruz

Secretario

Fernando García Mengual

Revista Española de la

---

---

# FUNCIÓN CONSULTIVA

**25**

**ENERO-JUNIO  
2016**

**MONOGRÁFICO SOBRE LAS LEYES 39/2015 Y  
40/2015, DE 1 DE OCTUBRE**



---

Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana

Edita: *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*

Producción gráfica: *Guada Impresores*

Maquetación: *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*

ISSN: 1698-6849

Depósito Legal: *V-4523-2004*

## SUMARIO

<b>Presentación</b>	11
<hr/>	
<b>Estudios</b>	
<hr/>	
MANUEL M <sup>a</sup> CONTRERAS ORTIZ. <i>Una reflexión sobre la nulidad de pleno derecho y la inderogabilidad singular de los Reglamentos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas</i> .....	15
TERESA P. VIDAL MARTÍN. <i>Sobre la nueva causa potestativa de suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento y notificar, regulada en el artículo 22.1.g) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas</i> .....	37
ELVIRA GALLARDO ROMERA. <i>Novedades en materia de iniciativa legislativa y potestad reglamentaria introducidas por las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público</i> .....	51
JOSÉ VICENTE MOROTE SARRIÓN. <i>El Principio de intervención mínima en el Derecho administrativo en relación con el ejercicio de una actividad</i> .....	61
LUIS MANENT ALONSO. <i>Crisis del Sector Público Institucional y Estado garante</i> .....	111
<hr/>	
<b>Dictámenes</b>	
<hr/>	
CONSEJO DE ESTADO	
Dictamen 274/2015, de 29 de abril, sobre el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas .....	141
Dictamen 275/2015, de 29 de abril, sobre el anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.....	231
CONSEJO DE GARANTÍAS ESTATUTARIAS DE CATALUÑA	
Dictamen 23/2015, de 17 de diciembre, sobre la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas .....	315
Dictamen 24/2015, de 17 de diciembre, sobre la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público .....	355

## CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS

- Dictamen 266/2016, de 9 de septiembre, en relación con el recurso de inconstitucionalidad contra el inciso final de apartado 1 del artículo 1, en conexión con los preceptos que constituyen el Título VI, y el apartado 2 del mismo artículo de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ..... 439

---

## Jurisprudencia

---

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia 155/2016, de 22 de septiembre, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia respecto de la disposición final segunda de la Ley gallega 15/2010, de 28 de diciembre. [*procedimiento administrativo comun – silencio administrativo – motivación de la ley – seguridad jurídica – principio de igualdad*] ..... 453

### TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA

- Sentencia 341/2016, de 10 de octubre, de la Sala Contencioso-Administrativo, sobre recurso de Resolución de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de fecha 29.12.15 que cesa el recurrente en su condición de Consejero del Consejo Consultivo de Extremadura. [*competencia en la regulación de las instituciones del autogobierno – reserva estatutaria – derogación de las leyes*].... 471

---

## Referencias Bibliográficas

---

- Referencias bibliográficas sobre las leyes 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público ..... 479

---

## Normas de los Consejos Consultivo

---

### CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA

- Acuerdo de 15 de diciembre de 2016, del Pleno de las Cortes de Castilla-La Mancha, por el que se modifica el artículo 22 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo* ..... 487

---

## Información institucional

---

- Consejo de Estado ..... 491  
Consejo Consultivo de Andalucía ..... 492  
Consejo Jurídico de la Comunitat Valenciana ..... 492

Consejo Consultivo de Aragón .....	493
Consejo Consultivo de Galicia .....	493
Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.....	493
Consejo de Navarra .....	494
<hr/> <b>Autores</b>	497
<hr/> <b>Consejo de Redacción</b>	499
<hr/> <b>Instrucciones a los autores</b>	501
<hr/> <b>Boletín de suscripción</b>	503

# EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN RELACIÓN CON EL EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD.

**José Vicente Morote Sarrión.**

*Socio-Director del área de Derecho Público y  
Regulatorio de Olleros Abogados.*

*Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia*

## Sumario:

- I. INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES NORMATIVOS.
  - a) La Directiva 2006/123 relativa a los Servicios en el Mercado Interior.
  - b) La Ley 17/2009, de 23 noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicio y su Ejercicio y la Ley 25/2009, de 22 diciembre, de Modificación de Diversas Leyes para su Adaptación a la Ley sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio.
- II. EL ARTÍCULO 4 DE LA LEY 40/2015. ALCANCE DEL PRECEPTO.
  - a) Diferencias entre el artículo 4 de la Ley 40/2015 y su predecesor, el artículo 39.bis de la Ley 30/1992, en su redacción dada por la Ley 25/2009.
  - b) Contenido del artículo 4 de la Ley 40/2015. El contenido del Principio de Intervención Mínima.
    1. *Formulación general.*
  - c) La declaración responsable y la comunicación previa como medios habituales de control.
    1. *El silencio administrativo positivo y su regulación en estos casos.*
    2. *Sobre el carácter ultravires del precepto en relación con lo establecido en la Directiva de Servicios.*
- III. LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA Y SUS CONSECUENCIAS.
  - a) El incumplimiento, por parte de otra Ley estatal, de lo establecido en este precepto.
    1. *Posible incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4 por parte de una Ley estatal previa.*
    2. *Posible incumplimiento por parte de una Ley estatal posterior.*
  - b) El desarrollo de este artículo 4 por las Comunidades Autónomas.

**c) Posible incumplimiento del artículo 4 por parte de la Legislación de las Comunidades Autónomas.**

*1. El de aquellas normas autonómicas que se hubieran dictado con anterioridad a la entrada en vigor de este artículo 4.*

*2. El de aquellas normas autonómicas que se dicten con posterioridad a la entrada en vigor de este artículo 4 y que puedan resultar contradictorias con su contenido.*

**IV. LA PROTECCIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA, DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO COMUNITARIO.**

**a) Los principios de autonomía, primacía y efecto directo.**

**b) Las posibilidades de actuación del juez nacional ante el conflicto de una Ley nacional que colisiona con la Directiva de Servicios.**

**V. CONSIDERACIONES FINALES.**

**VI. BIBLIOGRAFÍA.**

**I. INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES NORMATIVOS.**

El principio de intervención mínima en el Derecho administrativo, en relación con la autorización de una actividad o para el ejercicio de un derecho, viene regulado, fundamentalmente, en el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP)<sup>1</sup>. Este artículo dispone que:

*“(…) las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y 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 discriminatorias.”<sup>2</sup>*

El mismo, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Final Decimotava de la misma norma, entró en vigor al año de su publicación en el BOE, que se produjo el día 2 de octubre del 2015. Además de ello, la Disposición Final Decimoséptima establece que, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley,

<sup>1</sup> En este caso, el artículo 4 dejó sin efecto, en virtud de la cláusula derogatoria general de la Ley 39/2015, sin duda, el anterior artículo 39 bis de la Ley 30/1992.

<sup>2</sup> En su apartado segundo, con menor contenido material establece que «*las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación que resulte aplicable, para lo cual podrán, en el ámbito de sus respectivas competencias y con los límites establecidos en la legislación de protección de datos de carácter personal, comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que fueran necesarias.*»

se deberán adecuar a la misma, las normas estatales o autonómicas que sean incompatibles con lo previsto en la misma<sup>3</sup>.

Pero antes de analizar con detalle el contenido del precepto, es preciso contextualizar el origen del mismo, lo cual, sin duda, ayudará a comprender su importancia.

#### **a) La Directiva 2006/123 relativa a los Servicios en el Mercado Interior.**

Esta Ley 40/2015 incorpora, parcialmente, al Derecho español 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<sup>4</sup>, conocida como la Directiva de Servicios, que pasa por ser una de las más importantes y ambiciosas de las adoptadas hasta ahora, desde el punto de vista del Derecho administrativo. Y ello, principalmente, por afectar de un modo directo y profundo, al funcionamiento de las Administraciones Públicas de los Estados miembros y a sus relaciones con los empresarios y los ciudadanos en general<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> De cualquier manera, no es previsible una gran avalancha de cambios ni en la normativa estatal, ni en la autonómica, dado que ya se ha adaptado mucha normativa al respecto, desde la aprobación de la Directiva de Servicios y de la Ley 25/2009. Como ejemplo, basta citar el Informe sobre la transposición de la Directiva de Servicios, de 29 de abril de 2010, en el que ya se indicaba que en aquella fecha, las Comunidades Autónomas ya habían modificado o estaban a punto de modificar “199 leyes autonómicas, 174 órdenes y 6 resoluciones”, mientras que un total de 48 leyes estatales fueron ya modificadas por la Ley 25/2009.

Vid. <http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/enlaces/destacados/Doc3DS.pdf>

<sup>4</sup> La Exposición de Motivos de la referida Directiva 2006/123 recoge la necesidad de eliminar los controles previos para el desarrollo de actividades empresariales, en el máximo grado posible, en diversos párrafos. Así: «(2) Para fomentar el crecimiento económico y la creación de puestos de trabajo en la Unión Europea resulta esencial un mercado competitivo de servicios. Actualmente, hay un gran número de barreras en el mercado interior que impiden a los prestadores, en particular a las pequeñas y medianas empresas (PYME), extender sus operaciones más allá de sus fronteras nacionales y beneficiarse plenamente del mercado interior. Ello debilita la competitividad global de los prestadores de la Unión Europea. Un mercado libre que obligue a los Estados miembros a suprimir las barreras para la circulación transfronteriza de servicios y que, al mismo tiempo, ofrezca a los consumidores mayor transparencia e información, proporcionaría a los consumidores más posibilidades de elección y unos servicios a precios más bajos.” (3) En el informe de la Comisión sobre «El estado del mercado interior de servicios» se hace un inventario de un gran número de obstáculos que impiden o frenan el desarrollo de los servicios entre los Estados miembros y, especialmente, de los servicios prestados por las PYME, tipo de empresas predominante en el sector de servicios. En el informe se llega a la conclusión de que, diez años después de lo que debería haber sido la realización del mercado interior, existe todavía un gran desfase entre la existencia de una economía integrada para la Unión Europea y la realidad vivida por los ciudadanos y los prestadores de servicios europeos. Los obstáculos afectan a una amplia gama de actividades de servicios, así como a la totalidad de las etapas de la actividad del prestador, y presentan numerosos puntos en común, incluido el hecho de tener su origen con frecuencia en un exceso de trámites administrativos, en la inseguridad jurídica que rodea a las actividades transfronterizas y en la falta de confianza recíproca entre los Estados miembros.»

<sup>5</sup> En este sentido, FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R., entiende que se trata de “la norma más importante que la Comunidad Europea ha aprobado hasta hoy”. Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios: La larga marcha por la libertad de empresa, AAVV, Madrid, Círculo de Empresarios, XXV Edición del Libro Marrón, 2009, pág. 168 y MUÑOZ MACHADO, S., Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios: Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios, AAVV, Madrid, Círculo de Empresarios, 2009, pág. 1.

Así, este artículo 4 recoge básicamente lo que dispone el artículo 9 de la Directiva de Servicios que establece, dentro del capítulo III, que lleva por título “*Libertad de establecimiento de los prestadores*” y, más específicamente, en la Sección 1ª con la rúbrica de “*Autorizaciones*”:

*“1. Los Estados miembros solo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones:*

*a) el régimen de autorización no es discriminatorio para el prestador de que se trata;*

*b) la necesidad de un régimen de autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general;*

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

En relación con este punto, la Directiva es tan concreta que, como vemos, poco margen de maniobra deja a los Estados miembros para su trasposición. De esta manera, en cuanto a la autorización de actividades, la norma de trasposición, como decimos se asemeja mucho al texto traspuesto.

Como analizaremos más adelante, el Estado español ha incorporado el precepto comunitario, aunque dándole un mayor contenido liberalizador. Y ello, porque no lo ha limitado sólo a la liberalización administrativa de la prestación de servicios, sino que la ha extendido, también, al ejercicio de derechos individuales o colectivos.

Esta Directiva tiene como fin la liberalización del mercado de servicios y la eliminación de las barreras a la prestación de los mismos para que, salvo una justificación muy fundada en motivos de interés público, no pueda limitarse la implantación de actividades o la prestación de servicios. Así, como afirma FERNÁNDEZ TORRES: «*el marco jurídico que la norma europea diseña tiene como eje vertebrador la libertad. Esa libertad de establecimiento y de prestación de servicios, sólo es susceptible de ser constreñida de forma excepcional en función de la concurrencia de criterios delimitadores del ejercicio de la facultad de apreciación de las Administraciones competentes*»<sup>6</sup>.

Detrás de esta Directiva se aprecia, con claridad, una ideología liberal. La Directiva parte de que los controles administrativos son perjudiciales para el desarrollo del mercado único, pero no sólo para ello, sino, también, para el desarrollo eco-

---

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ TORRES, J.R., Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y Declaración responsable, Revista Catalana de Dret Públic núm. 42, 2011, págs. 88-89.

nómico, en general. Así, como afirma LOZANO CUTANDA «*acomete una liberalización del mercado de servicios dentro de cada uno de los Estados miembros, suprimiendo, minimizando o racionalizando los requisitos administrativos exigidos para la realización de estas actividades*»<sup>7</sup>, dado que, como afirma VILLAFÁNEZ GALLEGO<sup>8</sup> «*se ha podido comprobar que los sistemas de autorización previa, que debieran tener su origen en necesidades de interés general, se convierten generalmente en instrumentos discriminadores de los operadores jurídicos nacionales.*»

La importancia de la Directiva de Servicios no radica sólo en las medidas que se han ido incorporando al Derecho español, sino en que va suponiendo o debe suponer, definitivamente, un impulso para cambiar la forma de entender la actividad empresarial en los países de la Unión y, en concreto, en España. En virtud de ello, debe dejarse de lado la desconfianza, de entrada, en la labor de los empresarios, con independencia de cuál sea su tamaño.

Así, en nuestro caso, debe superarse la idea tan arraigada en la cultura nacional española de que, para poder desarrollar una actividad empresarial, es necesario que el Estado controle previamente la petición. Late en esta idea nacional una desconfianza hace el emprendedor, frente a otras sociedades en las que la cultura empresarial viene respetada, admirada y protegida. Subyace, sin duda, en la Directiva una inspiración calvinista. La Directiva de servicios parte de que la prestación de servicios es un derecho preexistente de todo ciudadano comunitario y que el Estado sólo puede someterlo a un control previo cuando existan motivos claramente justificados de interés público que así lo exijan.

Así hay varias líneas que trazó la Directiva de Servicios para conseguir este objetivo de liberalización del mercado de servicios:

- La primera gran línea es la que hace referencia al papel las autorizaciones previas en el desarrollo de una actividad prestacional de servicios.

En cuanto a las autorizaciones, la Directiva de Servicios las define como «*cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio*».

---

<sup>7</sup> Continúa la autora al decir: «*Subyace a la Directiva de Servicios la convicción (bastante fundada, por otra parte) de que los principios propios de los modelos de las economías intervenidas y del principio del Estado social, vigente en Europa a partir de la primera guerra mundial, han llevado a un nivel de intervención pública excesiva en el mercado de servicios mediante el establecimiento de requisitos y títulos habilitantes previos que dificultan el acceso al mercado, desincentivan la puesta en práctica de iniciativas empresariales y generan importantes costes de transacción y prácticas irregulares de corrupción.*» LOZANO CUTANDA, B., Ley ómnibus: Una revolución en las técnicas de intervención administrativa (silencio positivo) declaración responsable y comunicación previa, Working Paper IE Law School, AJ8-161, 25 de marzo de 2010, pág. 3.

<sup>8</sup> Vid. VILLAFÁNEZ GALLEGO, R., Primeras noticias jurisprudenciales de la Directiva de Servicios. [http://www.elderecho.com/administrativo/Primeras-jurisprudenciales-Directiva-servicios-EDB\\_11\\_480805003.html](http://www.elderecho.com/administrativo/Primeras-jurisprudenciales-Directiva-servicios-EDB_11_480805003.html) (16.9.2015).

En relación con el papel de las autorizaciones, la Directiva parte de unos postulados claros que son los siguientes<sup>9</sup>:

- El primero es la reducción del papel de las autorizaciones administrativas. Se establece que no deben ser el mecanismo estándar de control administrativo para el desarrollo de una actividad. No se trata de eliminarlas por completo. Tan solo se pretende eliminar *«aquellos regímenes de autorización excesivamente onerosos que obstaculizan la libertad de establecimiento y la creación de nuevas empresas de servicios que ésta comporta»*, tal y como, expresamente, indica el Considerando 42 de la Directiva de Servicios.

- El segundo es que, consecuentemente, las autorizaciones administrativas previas deben exigirse únicamente en los supuestos en que motivos evidentes de interés público así lo impongan.

- El tercero implica que, en los casos en que, por esos motivos de interés general, puedan establecerse regímenes autorizatorios, éstos deben ser no discriminatorios, hallarse justificados por una razón imperiosa de interés general, ser proporcionados<sup>10</sup>, claros e inequívocos, objetivos, transparentes y accesibles y ser hechos públicos con antelación.

En resumen, como afirma FERNÁNDEZ-TORRES<sup>11</sup> *«... todo pivota en torno a la existencia de una justificación, de una razón poderosa en suma, para restringir legítimamente la libertad. Si realmente concurre una razón de semejantes características, la Directiva de servicios admite la restricción de la libertad por la vía de la*

---

<sup>9</sup> En este sentido, resulta interesante citar la doctrina sentada, con anterioridad a la entrada en vigor de la Directiva por el TJUE, entre otras, en su sentencia de 22 de enero de 2002 (Asunto C-390/99, Canal Satélite Digital, S.L., v Administración General del Estado, apartado 43), que recoge y explicita el régimen que recogerá la Directiva de Servicios, haciendo hincapié en el respeto al principio de proporcionalidad. Así, dice el TJUE que, para que un procedimiento de autorización, que como tal restringe la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios, esté justificado, es necesario perseguir con ello *«una finalidad de interés general reconocida por el Derecho comunitario y respetar el principio de proporcionalidad»*. En el mismo sentido, Vid., SSTJCE de 20 de febrero de 2001 (Asunto C-205/99, Analir y otros v. Administración General del Estado); de 13 de mayo de 2003 (Asunto C-436/00, Comisión v. España); y de 17 de julio de 2008 (Asunto C-207/07, Comisión v. España).

<sup>10</sup> Aquí, es conveniente traer de nuevo a colación la Sentencia TJUE el 22 de enero de 2002 (Asunto C-390/99, Canal Satélite Digital, S.L., v Administración General del Estado, párrafo 43), donde también se detallan los aspectos que los órganos jurisdiccionales han de tener en cuenta a la hora de evaluar si una determinada normativa nacional respeta el principio de proporcionalidad. Según la consideración del TJCE esto será así cuando (i) el régimen de autorización se base en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, *«de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que esta no pueda utilizarse de forma arbitraria»*; (ii) que con dicha medida no se dupliquen los controles ya efectuados en el marco de otros procedimientos, bien en el mismo Estado, bien en otro Estado Miembro; (iii) que se considere el control a posteriori *«demasiado tardío para que su eficacia real quede garantizada y para permitirle alcanzar el objetivo perseguido»*; (iv) un procedimiento de autorización previa no podrá considerarse conforme a los principios fundamentales de libre circulación de mercancías y libre prestación de servicios *«si, por su duración y por los gastos desproporcionados que genera, puede disuadir a los operadores de llevar adelante su proyecto»*.

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ TORRES, J.R., Op.cit. págs. 95-96.

*utilización de la técnica autorizatoria, pero solo en la medida imprescindible y dentro de los contornos precisos que impiden un ejercicio arbitrario de la facultad de apreciación de las autoridades competentes.»*

- La segunda gran línea es la que establece la preferencia por los controles administrativos a posteriori, una vez ya iniciada la actividad prestacional.

Al establecer que la técnica autorizatoria debe sólo usarse de manera subsidiaria y cumpliendo con los requisitos analizados más atrás, es evidente que se potencian otras técnicas como la de la comunicación previa o la declaración responsable.

La idea de la Directiva de Servicios, como acabamos de ver, es que la libertad en la prestación de servicios sólo pueda ser limitada sometiéndola a un examen previo de manera excepcional. La regla general que impone la Directiva es la inexistencia de controles previos para la prestación de un servicio. De esta manera, evidentemente, se decanta por otorgar entidad suficiente para la implantación de las actividades a las declaraciones individuales de cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos. De esta manera, el control de la Administración se desplaza desde la fase previa a la fase del desarrollo de la actividad, lo que, en el caso de España, constituye una modificación sustancial de la práctica administrativa pues, tal como señala RAZQUÍN LIZARRAGA: *«implica un cambio de paradigma: frente a la intervención administrativa previa, que, bajo el prototipo de la autorización, era tradicional y normal en el Derecho Administrativo español, se postula un control a posteriori mediante una serie de principios generales aplicables en los distintos escalones de la actividad administrativa y la categorización de nuevos medios de intervención ex post.»*<sup>12</sup>

Añade este autor, además, que esta transformación: *«conlleva un control constante o seguimiento continuo de la actividad desarrollada, con la verificación efectiva y permanente del cumplimiento por los prestadores de las condiciones establecidas, propia de la regulación. La obligada supervisión administrativa, dado el carácter indefinido de los títulos habilitantes no termina en el momento del acceso a la actividad de servicios sino que perdura a lo largo de su ejercicio, por lo que su ausencia o incumplimiento puede justificar la adopción de medidas de cese y también de sanciones. Se produce, en fin, un cambio radical del sistema de intervención administrativa con la consiguiente reacomodación de las Administraciones públicas»*<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> RAZQUÍN LIZARRAGA, J.A., El impacto de la Directiva de Servicios, Revista Jurídica de Navarra, núm. 49, Enero-Junio de 2010, págs. 98-99.

<sup>13</sup> Como apunta ZAMBONINO PULITO, M. *«La actividad formal de la Administración da forma y cobertura a las diversas formas de actividad material, a través de las cuales se da cumplimiento a los objetivos y fines de la acción pública. Desde este punto de vista, la actividad formal (...), puede ir dirigida a diversos fines y objetivos, entre los cuales, debe citarse el control de la adecuación de la actividad de los particulares a los intereses generales y su adecuación al ordenamiento jurídico. Esta forma de actividad material viene siendo denominada "actividad de control, limitación, policía o intervención" y se traduce en abundantes actos administrativos dirigidos a efectuar aquel control. Las técnicas para desarrollar esta actividad de intervención son muy diversas, destacando entre ellas la autorización, los mandatos, las órdenes,*

- La tercera gran línea es la referida al silencio administrativo en relación con la petición de la autorización de actividades.

Entiende la Directiva de Servicios que el silencio, en principio, deberá ser de carácter positivo, salvo que razones muy acreditadas de interés general establezcan lo contrario<sup>14</sup>.

La Directiva equiparó, expresamente, el silencio a los restantes regímenes de autorización, al señalar en su Considerando 39 que la autorización, también, abarcaba la «*decisión implícita derivada, por ejemplo, del silencio administrativo de la autoridad competente*», al mismo tiempo que supuso el reconocimiento general de la regla del silencio positivo en relación con la prestación de servicios, acorde con los fines de la propia Directiva.

Como conclusión de todo lo analizado más atrás, puede decirse que esta Directiva de Servicios tenía una misión muy ambiciosa y pretendía, sin duda, afectar a las normativas administrativas nacionales, de manera realmente relevante. Esta consideración la ponen de relieve, entre otros, NOGUERA DE LA MUELA y SARTORIO ALBALAT<sup>15</sup> al decir que: «*no se trata de una norma europea más, sino que trae aparejada una auténtica revolución administrativa en los ordenamientos de los estados miembros de la Unión Europea, no siendo el nuestro una excepción. Y en este sentido representa numerosos desafíos y obliga a todo un cambio cultural que no se alcanza con sólo sustituir los controles previos—esto es, las autorizaciones— por inspecciones ulteriores, sino que incluye transformar a la propia Administración pública, poniéndose ésta al servicio de la iniciativa empresarial*».

---

*las inspecciones. Pues bien, la materialización formal de estas técnicas tiene lugar, en la mayoría de los supuestos mencionados, a través de actos administrativos (la autorización administrativa es un tipo de acto administrativo, igual que lo son los mandatos y las órdenes). Como consecuencia del principio comunitario introducido por la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior (más conocida como Directiva de servicios) en cuya virtud deben reducirse los controles y trabas administrativos para el reconocimiento y ejercicio de derechos y actividades, nuestro ordenamiento ha adoptado diversos mecanismos que reducen el ámbito de la técnica de autorizaciones, sustituyéndola en gran número de supuestos, por las denominadas declaraciones responsables y las comunicaciones previas, cuyo régimen estudiaremos con posterioridad.» ZAMBONINO PULITO, M., Apuntes de Derecho Administrativo I para la Licenciatura y el Grado en Derecho (Facultad de Derecho, Universidad de Cádiz), págs. 87-88.*

**14** Así resulta, precisamente, de su Considerando 39, que incluye el silencio administrativo dentro del concepto de “Régimen de autorización”. Así, indica que «*El concepto de «régimen de autorización» debe abarcar, entre otros, los procedimientos administrativos mediante los cuales se conceden autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones, pero también la obligación, para poder ejercer una actividad, de estar inscrito en un colegio profesional o en un registro, en una lista oficial o en una base de datos, de estar concertado con un organismo o de obtener un carné profesional. La concesión de una autorización puede ser resultado no solo de una decisión formal, sino también de una decisión implícita derivada, por ejemplo, del silencio administrativo de la autoridad competente o del hecho de que el interesado deba esperar el acuse de recibo de una declaración para iniciar la actividad en cuestión o para ejercerla legalmente*».

**15** NOGUERA DE LA MUELA, B. & SARTORIO ALBALAT, S., Els reptes de la Directiva de serveis: Presentació, (Retos de la Directiva de Servicios: Presentación), Revista Catalana de Dret Públic, núm 42. pág. 16.

De esta misma manera, se ha pronunciado, también FERNÁNDEZ TORRES<sup>16</sup>: «*Su impacto en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros es tan grande, que con toda probabilidad debe alterar sustancialmente el panorama general de nuestros días y, por supuesto, el Derecho Administrativo tradicional y, dentro de él, las distintas formas de intervención administrativa en la esfera jurídica de los administrados*».

Y es que, tal y como afirma MUÑOZ MACHADO, «*nunca una Directiva comunitaria había tenido tanta ambición regulatoria, ni había afectado de modo tan general a las prácticas administrativas en los Estados Miembros*<sup>17</sup>».

La Directiva de Servicios nace con la idea de continuar desarrollando un mercado único de servicios, pero lo que acaba diseñando es un mercado “único y ágil” de servicios. En esta misma línea se ha manifestado, también, LOZANO CUTANDA, al decir: «*La Directiva de Servicios pretende, por tanto, posibilitar que los prestadores de un servicio en un Estado miembro puedan también desempeñarlo sin trabas innecesarias en el territorio de los restantes, pero para ello, y como paso previo y necesario, acomete una liberalización del mercado de servicios dentro de cada uno de los Estados miembros, suprimiendo, minimizando o racionalizando los requisitos administrativos exigidos para la realización de todas estas actividades*<sup>18</sup>.»

Y así ha sido, cuanto menos, en el plano normativo.

**b) La Ley 17/2009, de 23 noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicio y su Ejercicio y la Ley 25/2009, de 22 diciembre, de Modificación de Diversas Leyes para su Adaptación a la Ley sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio.**

La transposición de la Directiva de Servicios, cuyo plazo finalizaba el 31 de diciembre de 2009, se ha realizado, inicialmente, mediante dos leyes: la Ley

---

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ TORRES, J.R. op.cit. pág. 87.

<sup>17</sup> MUÑOZ MACHADO, S., Op.cit. pág. 3.

<sup>18</sup> LOZANO CUTANDA, B., Op. cit., pág. 3. Vid también la detallada bibliografía citada por la autora.: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», en Revista Española de Derecho Europeo, núm. 22, 2007; DE LA CUADRA SALCEDO JANINI, T. «¿Quo vadis Bolkestein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?», en Revista Española de Derecho Europeo, núm. 22, 2007; RIVERO ORTEGA, R., «Reformas de Derecho Administrativo para 2010: la difícil transposición de la Directiva de Servicios en España», en Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 34, 2009; PAREJO ALFONSO, L., «La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein: la interiorización, con paraguas y en ómnibus de su impacto en nuestro sistema», en El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 6, 2009; MUÑOZ MACHADO, S., «Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios», en Revista General de Derecho Administrativo, núm. 21, 2009; SÁNCHEZ GUÉRREZ, M., «La transposición de la Directiva de Servicios al Ordenamiento español. Especial referencia a los cambios previstos en la regulación del sector del gas natural», en Revista General de Derecho Administrativo, núm. 22, 2009; Varios autores, El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, DE LA CUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (director), Marcial Pons, Madrid, 2009.

17/2009, de 23 noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicio y su Ejercicio y la Ley 25/2009, de 22 diciembre, de Modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Esta primera conocida como la Ley Paraguas y la segunda conocida como la Ley Omnibus. Es significativa, la denominación que recibe esta segunda Ley, del latín *omnis*, en dativo plural, se traduciría como “para todos”. El sobrenombre de esta Ley, efectivamente, trata de reflejar el objetivo amplio de la Directiva de liberalizar todos los procedimientos para la prestación de cualquier servicio o el desarrollo de cualquier actividad económica.

La ley 17/2009 trajo al Derecho español los grandes principios y requerimientos de la Directiva de Servicios. Como establece la Exposición de Motivos de la Ley 25/2009, la ley 17/2009 adoptó un enfoque ambicioso, fomentando una aplicación generalizada de sus principios con objeto de impulsar una mejora global del marco regulatorio del sector servicios, para así obtener ganancias de eficiencia, productividad y empleo en los sectores implicados, además de un incremento en la variedad y calidad de los servicios disponibles para empresas y ciudadanos.

Tras ello, era necesario realizar una tarea más concreta de determinación de los procedimientos específicos que quedarían afectados por la Directiva. En este contexto, nació la Ley 25/2009, que adaptó la normativa estatal de rango legal a lo dispuesto en la Ley 17/2009, en virtud del mandato contenido en su Disposición Final Quinta. Además de ello, con objeto de dinamizar, en mayor medida, el sector servicios y de alcanzar ganancias de competitividad en relación con nuestros socios europeos, extendió los principios de buena regulación a sectores no afectados por la Directiva. Adopta, así, un enfoque ambicioso que permitirá contribuir de manera notable a la mejora del entorno regulatorio del sector servicios y a la supresión efectiva de requisitos o trabas no justificados o desproporcionados, entendiéndose por tales: *«cualquier obligación, prohibición, condición o límite al acceso al ejercicio de una actividad de servicios previstos en el ordenamiento jurídico o derivados de la jurisprudencia o de las prácticas administrativas o establecidas en las normas de los colegios profesionales<sup>19</sup>»*.

El entorno regulatorio resultante de la misma, más eficiente, transparente, simplificado y predecible para los agentes económicos, debe ir suponiendo un significativo impulso a la actividad económica<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Artículo 2.8 de la Ley 17/2009, de 23 noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio.

<sup>20</sup> Si bien, no hay que perder de vista que este régimen legal afecta a los requisitos para el acceso a los servicios, pero como recuerda LAZQUÍN LIZARRAGA, J.A. *«no a otros 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 regulan específicamente o no afectan específicamente 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 (Considerando 9 de la Directiva)»*. LAZQUÍN LIZARRAGA, J.A., Op. cit, pág. 99, nota al pie.

En esta línea, se introdujo, por la Ley 25/2009, el artículo 39 bis en la Ley 30/1992<sup>21</sup> que, con posterioridad, ha dado lugar al artículo 4 de la Ley 40/2015.

## II. EL ARTÍCULO 4 DE LA LEY 40/2015. ALCANCE DEL PRECEPTO.

### a) Diferencias entre el artículo 4 de la Ley 40/2015 y su predecesor, el artículo 39.bis de la Ley 30/1992, en su redacción dada por la Ley 25/2009.

El artículo 4 de la nueva Ley 40/2015 es muy similar al original artículo 39 bis de la Ley 30/1992, aunque con algunas matizaciones, como analizamos a continuación. Así, el apartado primero del artículo 4 mantiene el contenido precedente e, incluso, su tenor literal. Tan sólo se introducen dos modificaciones que son las siguientes:

- Se introduce el principio de proporcionalidad, que deberá ser tenido en consideración a la hora de establecer medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o que establezcan requisitos para el ejercicio de los mismos.

- Se introduce la obligación de que las Administraciones que establezcan estas limitaciones, evalúen periódicamente los efectos y los resultados obtenidos.

Por su parte, el apartado segundo de este artículo 4 introduce tres modificaciones:

- La primera es una alteración puramente semántica ya que cambia, para tratar de dar mayor precisión, la expresión: «*Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente...*» por la expresión: «*Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación que resulte aplicable*». No existe una gran diferencia entre una y otra formulación, como se aprecia.

- La segunda novedad es una cláusula aclaratoria que, en principio, no añade un contenido material nuevo, y que hace referencia a que las labores de control inspección, etc., que corresponderán a las Administraciones Públicas se realizarán «*en el ámbito de sus respectivas competencias*».

---

<sup>21</sup> «Artículo 39 bis. Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad. 1. Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, 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 discriminatoria . 2. Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan.»

- Por último, la tercera modificación introducida y que, tampoco, tiene un contenido material significativo, es la relativa a que, en esas labores de inspección y control, deberán respetarse *«los límites establecidos en la legislación de protección de datos de carácter personal.»*

Por lo tanto, lo primero que debe decirse es que la Ley 40/2015, en este ámbito, no introduce grandes novedades en relación con lo que ya había hecho la Ley 25/2009<sup>22</sup>.

## **b) Contenido del artículo 4 de la Ley 40/2015. El principio de intervención mínima.**

### ***1. Formulación general.***

El artículo 4 de la Ley 40/2015 recoge, al igual que su predecesor, el principio de intervención mínima en el ámbito autorizatorio, ya sea para la implantación de actividades o para el ejercicio de derechos.

El principio de intervención mínima, (o de menor intervención, como él lo denomina) en palabras de GONZÁLEZ GARCÍA: *«... responde en principio a una política de mayor eficacia en el ejercicio de las actividades económicas, que permita el comienzo de éstas con la mayor celeridad, tal como resulta de un régimen de liberalización de la mayor parte de los sectores” y, además, añade que “conecta directamente, con el modo de funcionar un ente público en el contexto de Administración electrónica<sup>23</sup>.»*

En nuestro país, la generalización de autorizaciones previas con silencios administrativos negativos ha sido caldo de cultivo de prácticas corruptas. No ha hecho falta ni siquiera que se dictase una resolución ilegal que le impidiese a un empresario desarrollar una actividad, bastaba con que la Administración pública guardase silencio para que el particular no pudiera desarrollar una actividad o prestar un servicio que, en teoría, de acuerdo a la doctrina de las autorizaciones administrativas, tenía derecho siempre que cumplierse con los requisitos exigidos legalmente. El silencio administrativo negativo en los procedimientos autorizatorios de actividades, ha servido de coartada, en nuestro país para la desestimación de la petición del solicitante, en principio, cumplidor. La cultura existente en este país ha validado tradi-

---

<sup>22</sup> Efectivamente, ya con esa reforma se introdujo, según RAZQUÍN LIZARRAGA, J.A.: *«una nueva posición de la Administración pública [en España], orientada más a la supervisión que a la intervención previa, pues parte del ejercicio por el ciudadano de sus derechos y libertades, que se encauza mediante un sistema de control de menos a más (en sentido ascendente o creciente), por la Administración para asegurar el interés público, la calidad de los servicios y los derechos de los consumidores y usuarios»*, concepción de la actividad administrativa que persiste en el actual artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del Sector Público. Vid. RAZQUÍN LIZARRAGA, J.A., Op. cit., pág. 99.

<sup>23</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsables en la transposición de la Directiva de servicios. Revista d'estudis autonòmics i federals, núm. 11, octubre de 2010, págs. 255-293, en especial págs. 269 y 270.

cionalmente la idea de que aquél que pretendiese abrir una actividad económica era presuntamente incumplidor, y así, para el caso de que la Administración no le contestase, debería entender desestimada su petición, sobre la que recaía una presunción de ilegalidad.

El artículo 4 de la de la Ley 40/2015, de la misma manera que hacía el antiguo artículo 39 bis de la Ley 30/1992, consagra el principio de intervención mínima en el ámbito del Derecho Administrativo en la fase previa al desarrollo de la una actividad o cuando se trate de limitar el ejercicio de derechos individuales o colectivos. En virtud de ello y como ya se dijo al comienzo de este trabajo, el control previo desaparece como técnica estándar, pasando a poder utilizarse sólo en casos excepcionales, generalizándose el control a posteriori. Y así, sólo podrá ejercerse dicho control previo cuando, resumidamente: (a) así lo exijan evidentes motivos de interés público; y (b) los regímenes de autorización y control previo sean (i) no discriminatorios; (ii) estén plenamente justificados, en el sentido de motivados por causa de interés público; (iii) sean proporcionados, inequívocos, transparentes; y (iv) se hayan hecho accesibles al público con anterioridad<sup>24</sup>.

Además de ello, y en esta línea, la Ley 25/2009 introdujo otras dos medidas muy relevantes: (i) la declaración responsable y la comunicación previa como medios habituales de control y (ii) el silencio administrativo positivo. Como no podía ser de otra manera, estas determinaciones se mantienen en la nueva Ley 39/2015, concretamente en el artículo 69 para las comunicaciones previas y declaraciones responsables y en sus artículos 24 y 25 que regulan el régimen del silencio en los procedimientos iniciados a instancia del interesado y en los iniciados de oficio, respectivamente.

### **c) La declaración responsable y la comunicación previa como medios habituales de control.**

El establecimiento de las declaraciones responsables y comunicaciones previas como medidas de intervención administrativa es una consecuencia lógica de la desaparición del régimen de control previo del ejercicio de actividades, y de la generalización del control a posteriori.

---

<sup>24</sup> Como afirma LOZANO CUTANDA «*La Ley Omnibus va más allá de las exigencias de la Directiva de Servicios e introduce un nuevo artículo 39 bis en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en virtud del cual las Administraciones, cuando establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán: (i) elegir la medida menos restrictiva; (ii) motivar su necesidad para la protección del interés público y justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin introducir en ningún caso diferencias de trato discriminatorias; (iii) velar por el cumplimiento de los requisitos aplicables (mediante el ejercicio de funciones de comprobación, verificación, investigación e inspección)*». Se trata, por tanto, de un principio de “intervención mínima” aplicable al ejercicio de cualquier derecho o actividad y, para hacerlo efectivo, la ley introduce dos modificaciones importantes en la Ley 30/1992, Vid. Lozano Cutanda, B., Op.Cit pág.6.

El artículo 3.9 de la ley 17/2009 define la declaración responsable como:

*«... el documento suscrito por la persona titular de una actividad empresarial o profesional en el que declara, bajo su responsabilidad que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante la vigencia de la actividad»<sup>25</sup>.*

Esta definición no coincide exactamente con la establecida en el art. 71 bis apartado 1 de la ley 30/1992<sup>26</sup>, que añade además que *«los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable.»*

Por su parte, la comunicación previa se define en este mismo art. 71 bis, apartado 2 como *«aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1».*

Señala GONZÁLEZ GARCÍA, que estas dos figuras tienen un punto en común: *«... la falta de intervención administrativa previa al inicio de la actividad: esto es, el procedimiento administrativo no tiene el horizonte final de un acto de autorización, sino que concluye con la comunicación de datos o, en su caso la verificación de la información aportada por el particular»<sup>27</sup>.* Sin embargo, no se identifican pues:

<sup>25</sup> Nótese que doctrinalmente y como modalidad de intervención administrativa, las declaraciones responsables reciben la denominación de “comunicación previa con control”. A este respecto Vid. FERNÁNDEZ TORRES, J.R., Op. Cit. pág. 90, nota al pie núm. 30. También GONZÁLEZ GARCÍA, siguiendo a ARROYO JIMÉNEZ (Libre empresa y títulos habilitantes, Madrid, CEPC, 2004) la denomina “comunicación previa con control represivo”, señalando que se trata de una modalidad *«según la cual, aunque el particular pueda iniciar el ejercicio de su actividad, hay una intensidad mayor de control dado que éste se activa en el mismo instante del inicio de la actividad»*, mientras que la comunicación previa sería una “simple “comunicación previa sin control” siendo el método “para realizar actividades con escasa transcendencia para el interés general y por tanto la finalidad esencial sería, de este modo, la obtención de información por parte de la Administración Pública, con independencia de que disponga de las facultades de inspección y control adecuados a la naturaleza de la actividad». GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., Op cit, pág. 277.

<sup>26</sup> *«Artículo 71 bis. Declaración responsable y comunicación previa. 1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio».*

<sup>27</sup> RAZQUÍN LIZARRAGA, entiende que existen otros elementos comunes entre estas dos figuras, así y muy resumidamente:

- Son actos de sujetos privados, consistentes en declaraciones de voluntad de los interesados, realizados con el fin de acceder a una actividad en los supuestos en que así estén previstos en la normativa aplicable;
- En relación con las cuestiones procedimentales, (i) deben dirigirse a la autoridad competente, cumpliendo las exigencias documentales fijadas en la normativa de aplicación; (ii) en ocasiones exigen requisitos previos cuyo cumplimiento debe acreditarse en el momento de realizarse (Por ejemplo, la evaluación ambiental o la declaración de no ser necesaria. Vid. D.A. 5ª de la Ley 25/2009 y Ley 21/2013, de 9 de diciembre de evalua-

*«... se diferencia la intensidad del control, manifestado en la implicación del particular que se responsabiliza de una serie de datos que aporta a la Administración. Esta diferencia deriva, de la mayor complejidad de la actividad que se va a desarrollar. Precisamente por ello, aunque ambas entronquen dentro del género de la comunicación previa, los particulares van, en consecuencia, a poder ejercitar su derecho al desempeño, ya que responden a parámetros diferentes<sup>28</sup>.»*

En cuanto a las características esenciales del régimen jurídico que les es aplicable de conformidad con lo dispuesto en el art. 71 bis, apartados 3 a 5 de la Ley 30/1992<sup>29</sup> (artículo 69 de la Ley 39/2015), podemos señalar:

En primer lugar, tanto las declaraciones responsables como las comunicaciones previas producirán los efectos previstos por la legislación correspondiente, permitiendo (i) el reconocimiento o ejercicio de un derecho o (ii) el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tenga atribuida la Administración competente aunque las comunicaciones podrán presentarse con posterioridad al inicio de la actividad, si así está previsto expresamente.

Con esto se quiere indicar que tanto la declaración responsable como la comunicación previa producen, en definitiva, los efectos que serían propios de una

---

ción ambiental); (iii) constarán en soporte documental; (iv) no son solicitudes o actos de iniciación del procedimiento.

- No se les puede aplicar el régimen jurídico propio de los actos administrativos íntegramente dado que son actos del administrado, no de la administración, debiendo estarse siempre a lo que establezca la regulación sectorial o específica que las prevea.

Para un análisis más detallado, Vid. RAZQUÍN LIZARRAGA, J.A., Op. cit., págs. 117-120.

**28** GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., Op. cit., pág. 277.

**29** Señalan estos apartados lo siguiente: «3. Las declaraciones responsables y las comunicaciones previas producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente y permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente.

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

Asimismo, la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un periodo de tiempo determinado, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación.

5. Las Administraciones Públicas tendrán permanentemente publicados y actualizados modelos de declaración responsable y de comunicación previa, los cuales se facilitarán de forma clara e inequívoca y que, en todo caso, se podrán presentar a distancia y por vía electrónica.»

autorización puesto que permiten el ejercicio de un derecho o actividad sin que sea necesario un control previo por parte de la Administración<sup>30</sup>.

En segundo lugar, la inexactitud, falsedad u omisión esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se deba acompañar o incorporar a una declaración responsable o a una comunicación previa, o la no presentación ante la Administración competente de las mismas, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de aquellos hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas que pudieran corresponder. La resolución de la Administración Pública que declare las circunstancias anteriores puede determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o ejercicio del derecho o al inicio de la actividad de que se trate, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante el tiempo y en los términos determinados en la normativa aplicable<sup>31</sup>.

Igualmente, cabe entender que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 30/1992<sup>32</sup>, ahora 68 de la Ley 39/2015, cuando lo que se aprecien sean

**30** En este sentido, es especialmente clarificadora la opinión vertida por el Consejo de Estado en su Dictamen de 14 de diciembre de 2009, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 137/1998, de 4 de mayo, de ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria y se regula el Estatuto concesional de la red de expendedorías de tabaco y timbre: «...no acierta a comprenderse, en un régimen de declaración responsable, cómo ha de cohonestarse esta aprobación con la labor de verificación antes mencionada y con la posibilidad de que la declaración devenga ineficaz por no haberse acreditado debidamente el requisito de idoneidad de las condiciones de almacenamiento. Cabe aventurar que, al hablarse en este apartado de “aprobación”, se está condicionando la eficacia de la declaración responsable no sólo a la verificación de que concurre el mencionado requisito de idoneidad—que es lo que prevé la Ley 13/1998—, sino también al cumplimiento de otros requisitos. Y parece también que, en tanto no haya recaído la resolución aprobatoria, el interesado no puede iniciar su actividad, si bien el texto no lo señala expresamente, como tampoco indica cuál es el plazo en que ha de dictarse la resolución aprobatoria ni cuáles son las razones que, en su caso, podrían llevar a denegarla. Por lo demás, llama la atención a este Consejo que se emplee en este contexto el verbo “aprobar”, y ello porque, en principio y de conformidad con las reflexiones anteriores, la declaración responsable no tiene que ser objeto de aprobación alguna para producir efectos: basta la mera presentación de este documento para que el interesado pueda comenzar a desempeñar la actividad a que se refiera la declaración.»

**31** En relación con las omisiones e inexactitudes que puedan contener declaraciones responsables y comunicaciones previas, ha de señalarse que será la Administración competente en cada caso y al amparo de las facultades de investigación y comprobación que le otorga expresamente el apartado 2 del artículo 4 de la Ley 40/2015, la encargada de verificar la realidad y exactitud de las manifestaciones contenidas en dichos actos.

**32** «Artículo 71. Subsanação y mejora de la solicitud.1. Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42.

2. Siempre que no se trate de procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva, este plazo podrá ser ampliado prudencialmente, hasta cinco días, a petición del interesado o iniciativa del órgano, cuando la aportación de los documentos requeridos presente dificultades especiales.

3. En los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, el órgano competente podrá recabar del solicitante la modificación o mejora voluntarias de los términos de aquélla. De ello se levantará acta sucinta, que se incorporará al procedimiento.»

omisiones o errores que no quepa caracterizar de “*esenciales*”<sup>33</sup>, deberá requerirse al interesado para que proceda a la subsanación de los mismos, dándosele a la falta de subsanación en plazo los efectos previstos en la normativa que resulte de aplicación.

En este sentido, puede señalarse que, como regla general, la eficacia de estos actos suele ser inmediata, produciéndose a partir del momento de su presentación.

Además, se establece la obligación de las Administraciones Públicas de publicar y mantener actualizados los modelos de declaración responsable y de comunicación previa, los cuales se facilitarán de forma clara e inequívoca a los interesados y que, en todo caso, han de poder presentarse a distancia y por vía electrónica.

La mención expresa de esta obligación, a cargo de las Administraciones Públicas, no es, en modo alguno, superflua ya que el hecho de que las declaraciones responsables o comunicaciones provengan de los particulares no implica que no vaya a seguirse el correspondiente procedimiento administrativo, iniciándose, por lo general, mediante la comunicación de dichos actos a través los modelos o formularios que la Administración ponga a disposición de los interesados.

Por último, no queremos terminar esta exposición del régimen de declaraciones responsables y comunicaciones previas sin mencionar que también la transposición de la Directiva de Servicios a través de la Ley Omnibus ha afectado al régimen de intervención de las entidades locales en la actividad de los particulares, mediante la modificación del artículo 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local<sup>34</sup> (LBRL), posteriormente modificados por la Ley

---

<sup>33</sup> Precisamente, en este sentido señala FERNÁNDEZ TORRES, al analizar el artículo 7.2, párrafo segundo del que el artículo anterior trae causa, que «*es patente que no cabe entender ni mucho menos que cualquier inobservancia o irregularidad obste para la puesta en marcha o la continuación del desarrollo de la actividad, sino sólo la de aquel o aquellos requisitos que sean esenciales*» FERNÁNDEZ TORRES, J.R., Op. cit. pág. 105.

<sup>34</sup> «Art. 84. 1. Las Entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios:

a) Ordenanzas y bandos.

b) Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. No obstante, cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se estará a lo dispuesto en la misma.

c) Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

d) Sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma.

e) Órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo.

2. La actividad de intervención de las Entidades locales se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue.

3. Las licencias o autorizaciones otorgadas por otras Administraciones Públicas no eximen a sus titulares de obtener las correspondientes licencias de las Entidades locales, respetándose en todo caso lo dispuesto en las correspondientes leyes sectoriales». Para un análisis más detallado Vid. PRIETO ROMERO, C. y GÓMEZ ALONSO, M., Informe con respecto a la nueva regulación de las licencias locales de actividad, Cuadernos de Derecho local, núm. 26. 26 de junio de 2011, págs. 193-207.

2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, que introduce en la LBRL dos nuevos preceptos sobre este extremo<sup>35</sup>.

En resumen, pese a hacerse una remisión general al régimen de declaración responsable y comunicación previa previstos en la Ley 30/1992 y el sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, se mantiene, aunque con mucha menos intensidad, la vigencia de la licencia y control previo, si bien en caso de actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la ley 17/2009, se estará a lo dispuesto en ella.

Además, se señala expresamente que las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas sólo se someterán a un régimen de autorización cuando lo establezca una Ley que defina sus requisitos esenciales y las mismas sean susceptibles de generar daños sobre el medioambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud públicas y el patrimonio histórico y resulte proporcionado Y, en todo caso, la actividad de intervención se debe ajustar a los principios de igualdad, necesidad y proporcionalidad.

---

**35** «Artículo 84 bis.

*1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo.*

*No obstante, podrá exigirse una licencia u otro medio de control preventivo respecto a aquellas actividades económicas:*

*a) Cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.*

*b) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado.*

*2. Las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas solo se someterán a un régimen de autorización cuando lo establezca una Ley que defina sus requisitos esenciales y las mismas sean susceptibles de generar daños sobre el medioambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud públicas y el patrimonio histórico y resulte proporcionado. La evaluación de este riesgo se determinará en función de las características de las instalaciones, entre las que estarán las siguientes:*

*a) La potencia eléctrica o energética de la instalación.*

*b) La capacidad o aforo de la instalación.*

*c) La contaminación acústica.*

*d) La composición de las aguas residuales que emita la instalación y su capacidad de depuración.*

*e) La existencia de materiales inflamables o contaminantes.*

*f) Las instalaciones que afecten a bienes declarados integrantes del patrimonio histórico.*

*3. En caso de existencia de licencias o autorizaciones concurrentes entre una Entidad Local y otra Administración, la Entidad Local deberá motivar expresamente en la justificación de la necesidad de la autorización o licencia el interés general concreto que se pretende proteger y que éste no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente”.*

*“Artículo 84 ter.*

*Quando el ejercicio de actividades no precise autorización habilitante y previa, las Entidades locales deberán establecer y planificar los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de la misma por los interesados previstos en la legislación sectorial».*

### ***1. El silencio administrativo positivo y su regulación en estos casos.***

Coherentemente con todo lo dicho hasta ahora, la Ley 17/2009 modificó el artículo 43 de la Ley 30/1992 y, con algunas excepciones<sup>36</sup>, pasó a recoger la regla del silencio positivo para aquellos procedimientos iniciados a instancia del interesado, del siguiente modo:

*«Artículo 43. Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud de interesado.*

*1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario.»*

Mientras que para los procedimientos iniciados de oficio, se establece en el artículo 44 que cuando *«pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo»*. Es decir, que, en estos supuestos, se mantiene la regla del silencio negativo.

Pues bien, ha de señalarse que el régimen legal del silencio, si bien los preceptos de la Ley 39/2015 que ahora lo regulan han sufrido alguna variación en su redacción, se mantiene en esta nueva Ley.

Por lo tanto, a partir de la reforma operada por la Ley 25/2009 en la Ley 30/1992 y después, con la entrada en vigor de la nueva Ley 39/2015, para que en un supuesto determinado el legislador pueda aplicar el régimen del silencio negativo, no bastará ya, como ocurría con la redacción dada a este precepto tras la ley 4/1999 de 13 de enero, con la mera previsión legal. Será necesario, ahora, que el establecimiento de dicho régimen venga impuesto por una norma con rango de ley y que, además, se encuentre plenamente justificado por *“razones imperiosas de interés general”*, de modo semejante a lo que ocurre con el régimen de autorización previa.

---

<sup>36</sup> Continúa diciendo este artículo: *«Asimismo, el silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo.»*

Para determinar qué debe entenderse por “razones imperiosas de interés general” ha de acudirse a la definición proporcionada por la Ley 17/2009, en su artículo 3.11 según la cual se trataría de: «(...) razón definida e interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural».

BALLESTEROS MOFFA, señala: »(...) La noción de «razón imperiosa de interés general» constituye un concepto jurídico indeterminado en constante evolución, que hunde sus raíces en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Cuyo alcance es precisado con cierta generosidad en el cuadragésimo considerando de la Directiva de Servicios, y reiterado, ya en el articulado, por los arts. 4.8) de la Directiva y 3.11 de la Ley «Paraguas», si bien en términos exhaustivos en esta última pese a desgranarse en la primera como *numerus apertus*. (...)»<sup>37</sup>»

Si bien, como acertadamente afirma LOZANO CUTANDA<sup>38</sup>, nuestra norma nacional es más restrictiva a la hora de determinar qué debe entenderse por tales, puesto que el art. 4.8 de la Directiva de Servicios las define como: «razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural».

## **2. Sobre el carácter ultra vires del precepto en relación con lo establecido en la Directiva de Servicios.**

Es muy importante poner de relieve dos aspectos en los que el precepto nacional va más allá de lo que establece la Directiva de Servicios.

<sup>37</sup> BALLESTEROS MOFFA, L.A., Crisis del silencio administrativo negativo, Madrid, Revista Digital Facultad de Derecho, núm. 6, (Ejemplar dedicado a Premios García Goyena XII Edición (2013), pág. 11.

<sup>38</sup> Vid. LOZANO CUTANDA, B. Op. cit. pág. 7.

- El primero es que la Directiva hace referencia únicamente a la liberalización para la prestación de servicios, definiendo servicios así: «servicio» (es) cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado», mientras que el artículo 4 de la Ley extiende, también, la liberalización administrativa al «ejercicio de derechos individuales o colectivos o... desarrollo de una actividad.» De esta manera, el alcance objetivo de este artículo 4 va mucho más allá de lo que exige la Directiva.

Incluso, el título del propio artículo 4 de la Ley 40/2015 es engañoso (ya lo era antes el del antiguo artículo 39 bis de la Ley 30/1992). Y ello porque, de una lectura del título del precepto parece derivarse que se regulan, únicamente, los controles para el ejercicio de una actividad prestacional, dado que lleva por título “Principios de la Intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad” y en su desarrollo, sin embargo, regula, además de esto, las posibles limitaciones para el ejercicio de derechos individuales o colectivos.

- El segundo aspecto diferenciador es que la Directiva excluye una serie de materias de su ámbito de aplicación<sup>39</sup>, mientras que, en principio, la norma nacional no establece esas mismas excepciones.

Sucede igual que ocurrió con la Ley Omnibus, que aplicó los principios de la Directiva a sectores que, en principio, estaban excluidos de aquella<sup>40</sup>. Desde el

---

<sup>39</sup> Así, el artículo 2.2 dispone que no se aplicará a las actividades siguientes:

«a) los servicios no económicos de interés general; b) los servicios financieros, como los bancarios, de crédito, de seguros y reaseguros, de pensiones de empleo o individuales, de valores, de fondos de inversión, de pagos y asesoría sobre inversión, incluidos los servicios enumerados en el anexo I de la Directiva 2006/48/CE; c) los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, así como los recursos y servicios asociados en lo que se refiere a las materias que se rigen por las Directivas 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE, 2002/22/CE y 2002/58/CE; d) los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los servicios portuarios, que entren dentro del ámbito de aplicación del título V del Tratado; e) los servicios de las empresas de trabajo temporal f) los servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado; g) los servicios audiovisuales, incluidos los servicios cinematográficos, independientemente de su modo de producción, distribución y transmisión, y la radiodifusión; h) las actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, juego en los casinos y las apuestas; i) las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública de conformidad con el artículo 45 del Tratado; j) los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionados por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado; k) los servicios de seguridad privados; l) los servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración.»

Para un estudio más detallado de los servicios incluidos y excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios, Vid., Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, El Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios, 2007.

<sup>40</sup> Vid. LOZANO CUTANDA, B., Op. cit. pág. 5 cuando dice: «La ley Omnibus supone la modificación de 47 leyes estatales, afectando a los sectores más diversos (servicios industriales y de la construcción, servicios energéticos, servicios medioambientales y de agricultura...) Interesa señalar que la Ley extiende los principios de liberalización y simplificación administrativa a sectores excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva (como los de transportes, telecomunicaciones seguridad y salud en el trabajo, profesiones sanitarias, servicios portuarios, sanidad, Seguridad Social, entre otros).»

punto de vista del Derecho Comunitario, esta determinación ampliatoria es, evidentemente, una decisión nacional, dado que la Directiva establece unos mínimos que los estados pueden mejorar. Si la norma nacional no recoge las mismas excepciones a este precepto, mientras se respeten las que recoge la Directiva, al Derecho comunitario esto no le incumbe pues, como indica URRIARTE TORREALDAY, no debe olvidarse que las normas comunitarias «*son siempre normas de mínimos para los Estados miembros- a favor de la Comunidad Europea*»<sup>41</sup>.

### III. LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA Y SUS CONSECUENCIAS.

La nueva Ley 40/2015, a lo largo de su articulado, mezcla aspectos básicos aplicables a todas las Administraciones Públicas con otros aspectos que no son básicos y que, consecuentemente, son sólo aplicables a la Administración del Estado, lo cual no ayuda a la claridad<sup>42</sup>.

De acuerdo con lo que establece la Disposición Final Decimocuarta, la Ley se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.18 CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las bases del régimen jurídico de las Administracio-

<sup>41</sup> Vid. URRIARTE TORREALDAY, R., Propiedad, libre empresa y trabajo: los derechos económicos en la Constitución Española y en el proyecto constitucional europeo. Revista de Derecho Constitucional Europeo, núm. 4, 2005, págs. 333-372, y en especial, pág. 368.

<sup>42</sup> En ese sentido es muy elocuente la opinión del Consejo de Estado que en las páginas 23-24 de su Dictamen 274/2015 emitido en fecha de 29 de abril de 2015 en relación con el Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. Así en él se recoge: «*En total, el número de preceptos básicos del Anteproyecto, aplicables por tanto a todas las Administraciones Públicas, asciende a cincuenta y nueve. El resto de previsiones, que son mayoría, se refieren exclusivamente a la organización y funcionamiento del sector público estatal. Si a ello se une que los preceptos dedicados al sector público estatal contienen una regulación completa y acabada de la materia –como es propio de su naturaleza, dado que la competencia del Estado no es básica en este caso, sino plena–, parece obligado concluir que el anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público constituye, en realidad, un texto fundamentalmente dedicado a la regulación de la organización y funcionamiento de la Administración del Estado, al que se han incorporado disposiciones básicas aplicables a todas las Administraciones Públicas en determinadas materias. El entrecruzamiento entre normas básicas y no básicas en el anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público no sólo introduce notable oscuridad en el deslinde entre unas y otras, sino que, además, ofrece la impresión general de un texto legal muy prolijo y detallado que no predispondrá a su intérprete –si llegara el caso– a un juicio apriorístico favorable en relación con la adecuación de las normas básicas del anteproyecto a la competencia del Estado ex artículo 149.1.18ª de la Constitución. Así las cosas, el anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público no supone un avance positivo respecto de la regulación vigente en materia de organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas. A juicio del Consejo de Estado, resultaría preferible, en términos sistemáticos, que las normas básicas aplicables a todas las Administraciones Públicas, de una parte, y las disposiciones específicas de la Administración del Estado, de otra, se mantuvieran en cuerpos legales diferentes, como sucede en la actualidad: en tal sentido, hubiera sido más acertado que los anteproyectos procedieran a la reforma o sustitución, de forma separada, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en un caso, y de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y, en parte, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en otro.*»

nes Públicas, así como al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.13 CE, relativo a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y del artículo 149.1.14 CE, relativo a la Hacienda Pública general.

En este caso, es evidente que este artículo encuentra su fundamento en el artículo 149.1.18 CE, relativo a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, porque no guarda relación, desde nuestro punto de vista, ni con lo establecido en el artículo 149.1.13 CE, ni con lo recogido en el artículo 149.1.14 CE. En esta misma línea se ha manifestado con claridad el Consejo de Estado<sup>43</sup> al decir que «*los artículos 149.1.13<sup>a</sup> y 14<sup>a</sup> de la Constitución no pueden ser invocados con carácter general como títulos competenciales de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público*». La regulación de esta norma atañe a la organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas y, en cuanto tal, debe ampararse en la competencia del Estado para la determinación de las «*bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas*» prevista en el artículo 149.1.18<sup>a</sup> de la Constitución, máxime cuando, a través de estas bases, pueden atenderse –como ha señalado expresamente el Tribunal Constitucional– «*intereses generales superiores a los de las Comunidades Autónomas*» (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 130/201,3 de 4 de junio, Fundamento Jurídico Sexto) entre los que, desde luego, figuran la sostenibilidad financiera y la estabilidad presupuestaria de las diferentes Administraciones Públicas.

La ley establece, en esta Disposición Final Decimocuarta, que todos sus preceptos tienen el carácter de básico con la excepción de los que la misma relaciona. De

---

43 Dictamen del Consejo de Estado núm.: 274/2015, de 29 de abril de 2015 pág. 48: De la misma manera, en la página 51 del mismo Dictamen, con mucha claridad: «*La disposición final cuarta del anteproyecto invoca de manera genérica e indiscriminada una serie de títulos competenciales del Estado, de los cuales sólo el relativo a las “bases y del régimen jurídico de las Administraciones Públicas” ex artículo 149.1.18<sup>a</sup> de la Constitución tiene una relación directa e inmediata con la materia regulada. No puede decirse lo mismo de las competencias del Estado sobre las “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica” y la “hacienda general”, contemplados en los artículos 149.1 13<sup>a</sup> y 149.1. 14<sup>a</sup>, pues el anteproyecto de Ley del Régimen Jurídico del Sector Público no regula un sector económico de actividad ni establece medidas en materia de hacienda pública, por más que pueda existir un trasfondo económico o presupuestario en algunas de ellas. El anteproyecto, en fin, tampoco contiene “legislación civil” y “legislación mercantil” aplicable a todas las Administraciones Públicas que justifique la cita genérica de los artículos 149.1.6<sup>a</sup> y 149.1.8<sup>a</sup> de la Constitución.*

*En una norma de tanta trascendencia para la organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas como el anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, la selección de los títulos competenciales del Estado debe realizarse con rigor y precisión. Las competencias autonómicas sobre la organización y funcionamiento de sus Administraciones Públicas obligan a que la cita de otros títulos competenciales distintos del artículo 19.1 18<sup>a</sup> de la Constitución solo pueda realizarse cuando exista una conexión real y específica entre el mismo y la materia regulada. Pero ni en el anteproyecto sometido a consulta se establece dicha conexión, ni de su contenido cabe deducir que sea posible una invocación genérica de los títulos competenciales contenidos en los artículos 149.1.13<sup>a</sup> y 149.1.14<sup>a</sup> o en los artículos 149.1.6<sup>a</sup> y 149.1.8<sup>a</sup> de la Constitución.*

*Por lo demás, la circunstancia de que la mayor parte de los preceptos del anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público sean exclusivamente aplicables a la Administración General del Estado, con la mayor densidad regulatoria inherente a los mismos, no favorece el juicio de constitucionalidad de los preceptos básicos, máxime cuando estos, por sí mismos, ya contienen un desarrollo normativo superior al previsto en el ordenamiento vigente”.*

esta manera, y dado que el artículo 4 aquí analizado no se encuentra excluido expresamente de la misma, debe considerarse como un precepto que tiene el carácter de básico<sup>44</sup>.

Por lo tanto, lo establecido en este artículo 4 es de obligado respeto para todas las Administraciones Públicas incluidas las de las Comunidades Autónomas y los entes locales.

La consideración de este precepto como básico, no parece plantear problemas. Para el propio Consejo de Estado no los tiene, no planteándole tacha alguna a esta consideración.

### **a) El incumplimiento, por parte de otra Ley estatal, de lo establecido en este precepto.**

Una vez dicho todo esto, es necesario analizar las posibles consecuencias de los hipotéticos incumplimientos por parte de las diferentes Administraciones Públicas en relación con este artículo 4.

#### ***1. Posible incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4 por parte de una Ley estatal previa.***

No quedó claro en la Disposición derogatoria de la Ley 25/2009 qué sucedía con las normas existentes que establecían requisitos más restrictivos que los establecidos en el nuevo artículo 39.bis de la Ley 30/1992. Así, la Ley 25/2009 no estableció

---

**44** Disposición Final decimocuarta. «*Título competencial. 1. Esta Ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.18.º de la Constitución Española que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre las bases régimen jurídico de las Administraciones Públicas, así como al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.13.º, relativo a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, y del artículo 149.1.14.º, relativo a la Hacienda Pública general.*

*2. No tiene carácter básico y se aplica exclusivamente a la Administración General del Estado y al sector público estatal lo previsto en: a) La subsección 2.º referida a los órganos colegiados de la Administración General del Estado de la sección 3.ª del capítulo II del Título preliminar. b) El Título I relativo a la Administración General del Estado. c) Lo dispuesto en el Capítulo II relativo a la organización y funcionamiento del sector público institucional estatal, el Capítulo III de los organismos públicos estatales, el Capítulo IV de las Autoridades administrativas independientes, el Capítulo V de las sociedades mercantiles estatales, en el artículo 123.2 del Capítulo VI relativo a los Consorcios, los artículos 128, 130, 131, 132, 133, 135 y 136 del Capítulo VII de las fundaciones del sector público estatal y el Capítulo VIII de los fondos carentes de personalidad jurídica, todos ellos del Título II relativo a la organización y funcionamiento del sector público institucional. d) Lo previsto en las disposiciones adicionales: cuarta, sobre adaptación de entidades y organismos estatales, quinta, sobre gestión compartida de servicios comunes en organismos públicos estatales, sexta, sobre medios propios, séptima, sobre el registro electrónico estatal de órganos e instrumentos de cooperación, undécima, sobre conflictos de atribuciones intraministeriales, duodécima, sobre Autoridades Portuarias y Puertos del Estado, decimotercera, relativa a las entidades de la Seguridad Social, decimocuarta, sobre la organización militar, decimoquinta, relativa al personal militar, la decimosexta, sobre Servicios territoriales integrados en las Delegaciones del Gobierno, decimoséptima, relativa a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, la decimoctava relativa al Centro Nacional de Inteligencia, la decimonovena relativa al Banco de España y la vigésima relativa al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria.»*

un período para la adaptación normativa, por lo que no quedó claro qué sucedía con las normas que ya estuvieran en vigor y que establecieran procedimientos con requisitos más restrictivos.

Esto obligó a una labor de interpretación y la jurisprudencia se encargó de aclararlo al entender que, aunque la Ley 25/2009 no establecía un período para la adaptación, la misma resultaba aplicable a todos los procedimientos anteriormente regulados, desde el mismo momento de su entrada en vigor y, consecuentemente, la norma previa, en caso de conflicto, debía ceder ante la nueva.

Pueden citarse, entre otras, la Sentencia núm. 1163/2011 de 1 diciembre de 2011, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) en la que se analiza la compatibilidad de la normativa reguladora de un procedimiento (Ley de carreteras) a la luz del principio de intervención mínima consagrado en el artículo 39 bis de la Ley 30/1992. Así, a pesar de que se desestima el recurso, en el Fundamento Jurídico Primero de la referida Sentencia, se dispone:

*«Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la Resolución de 9-3-10 de la Dirección General de Carreteras que denegó la autorización solicitada por la actora para realizar obras de conservación en una casa sita en la margen derecha del punto kilométrico 316,450 de la carretera CN-525. (...) La pretensión de la actora de que se anule la resolución impugnada se fundamenta en que carece de la exigible motivación, es contraria al principio de intervención mínima del artículo 39 bis de la Ley 30/92... La resolución impugnada se limita ciertamente a remitirse a lo decidido en otra anterior que denegó a la recurrente una petición similar con base en lo establecido en el artículo 21 de la Ley de Carreteras, cuyo apartado 3 dispone que solamente podrán realizarse obras o instalaciones en la zona de dominio público de una carretera, previa autorización del Ministerio, cuando la prestación de un servicio público así lo exija. (...) En cuanto al principio de intervención mínima de las Administraciones Públicas, para que opere es necesario que sea posible elegir entre varias opciones, y la Ley de Carreteras no prevé en materia de obras en terrenos de dominio público otra que no sea la prohibición si la prestación de un servicio público no lo exige, y es evidente que en un caso como el presente no concurre tal exigencia... Por todo ello el recurso tiene que ser desestimado.»*

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo Sentencia de 7 octubre 2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª)<sup>45</sup> y, también, Sentencia

---

45 «Se considera por el Consejo General demandante que no existe justificación legal de esa exigencia de "certificación" y que la misma resulta contraria a lo dispuesto en la libertad de establecimiento, que consagra el artículo 4 de la Ley 30/1992, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en relación con su artículo 3.9, que sólo establece una "declaración responsable" como "documento suscrito por la persona titular de una actividad empresarial o profesional". Contradice además, sostiene, el principio de intervención mínima que establece la Ley 25/2009, de 22 de diciembre que ha modificado la LRJPAC sobre intervención de las Administraciones Públicas en el ejercicio de una actividad, introduciendo en ella, en este sentido, el artículo 39 bis), así como el artículo 71 bis) sobre declaración responsable y comunicación previa. Se aduce que no cabe ni imaginar siquiera la concurrencia de ninguna razón imperiosa de interés general»

de 15 octubre 2011 de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª).

Lo mismo debe suceder en relación con el artículo 4 de la nueva Ley 40/2015 y la incompatibilidad con leyes estatales precedentes que establezcan requisitos más restrictivos.

## ***2. Posible incumplimiento por parte de una Ley estatal posterior.***

También, cabe la posibilidad de que se produzca un incumplimiento de lo establecido en el artículo 4 de la Ley 40/2015 por parte de un Ley estatal aprobada con posterioridad a su entrada en vigor.

Esta situación, desde el punto de vista nacional, no tendría relevancia contenciosa en el ámbito del Estado, pues se trataría de una norma posterior y, además, más específica, por lo que, en caso de contradicción, primaria la segunda. Además, estaría, en última instancia dictada al amparo del mismo título competencial constitucional. Por lo que entendemos que no cabría accionar, a nivel nacional y en relación con la aplicación del Derecho nacional, frente a esta Ley específica que no respetara lo establecido en este artículo 4.

---

*que legitime la exigencia de la "certificación" que establece la disposición impugnada; se pide por ello la nulidad de los artículos 3 a 7, ambos inclusive, de las Disposiciones adicionales quinta y séptima, de las Disposiciones transitoria primera, tercera y cuarta y del Anexo I del Real Decreto.*

*El Real Decreto 785/2010, de 16 de junio, contiene disposiciones dictadas en ejercicio de una habilitación expresa de Reglamentos de la Unión Europea. Excluyen éstos, de forma necesaria, la aplicabilidad de las disposiciones legales que se invocan en la demanda, por lo que el alegato debe ser rechazado.*

*En efecto, el artículo 5 del Reglamento (CE) n° 842/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, sobre determinados gases fluorados de efecto invernadero da una cobertura inequívoca a la exigencia de "certificación" que se discute, al exigir a los Estados miembros de la Unión, en plazos que no son ahora del caso, la obligación de establecer las medidas de certificación, tanto para empresas como para el personal pertinente, que se establecen en el Real Decreto impugnado en este proceso.*

*Los Reglamentos números 303/2008 a 307/2008, de la Comisión, todos ellos de 2 de abril de 2008, establecen, de conformidad con el citado Reglamento europeo n° 842/2006, los requisitos mínimos y las condiciones de reconocimiento mutuo de la certificación de empresas y personal en lo que se refiere a los equipos fijos de refrigeración, aire acondicionado y bombas de calor que contengan determinados gases fluorados de efecto invernadero; a los sistemas fijos de protección contra incendios y los extintores que contengan determinados gases fluorados de efecto invernadero; a la certificación del personal que recupere determinados gases fluorados de efecto invernadero de los equipos de conmutación de alta tensión; a la certificación del personal que recupere de equipos determinados disolventes a base de gases fluorados de efecto invernadero y en lo que respecta, en fin, a los sistemas de aire acondicionado de ciertos vehículos de motor que contengan determinados gases fluorados de efecto invernadero. El Reglamento (CE) n° 308/2008 de la Comisión, de 2 de abril de 2008, establece, por último, el modelo para la notificación de los programas de formación y certificación de los Estados miembros.*

*Será de añadir, que la misma Ley 17/2009, de 23 de noviembre, conectada también con el Derecho de la Unión Europea que transpone, soslaya en forma expresa -si necesario fuera- cualquier posibilidad de conflicto con las normas de aplicación prevalente que se acaban de indicar al disponer, en su artículo 2.4, que en caso de conflicto entre las disposiciones de dicha Ley y otras disposiciones que regulen el acceso a una determinada actividad de servicios o su ejercicio en aplicación de normativa comunitaria, deben prevalecer estas últimas en aquellos aspectos expresamente previstos en la normativa comunitaria de la que traigan causa, precaución que se reitera en el artículo 4.3 de la misma.»*

Por lo tanto, desde el punto de vista del Derecho nacional, no cabría la adopción de ninguna medida jurídica, en esta circunstancia. Sin embargo, cabe una opción y es la de que la norma estatal posterior que vulnere el artículo 4, pueda analizarse en relación con su compatibilidad con el Derecho comunitario y, en concreto, con la vulneración de la Directiva de Servicios. Esto lo analizaremos posteriormente.

#### **b) El desarrollo de este artículo 4 por las Comunidades Autónomas.**

En relación con el desarrollo legislativo, por parte de las Comunidades Autónomas, de este precepto de carácter básico, es necesario poner de relieve que el Tribunal Constitucional ha fijado que la regulación estatal de lo básico puede ser de mayor intensidad cuando afecte a las relaciones con los administrados. Así, ha dicho el alto Tribunal en el Fundamento Jurídico Tercero de su Sentencia núm. 50/1999 de 6 de abril:

*«En virtud de esta competencia básica el Estado puede establecer los elementos esenciales que garanticen un régimen jurídico unitario aplicable a todas las Administraciones públicas. Con todo, es cierto que, como queda dicho, la intensidad y extensión que pueden tener las bases no es la misma en todos los ámbitos que integran ese régimen jurídico. Así, el alcance de lo básico será menor en aquellas cuestiones que se refieren primordialmente a la organización y al funcionamiento interno de los órganos de las Administraciones públicas, que en aquellas otras que inciden más directamente en su actividad externa, sobre todo cuando afectan a la esfera de derechos e intereses de los administrados, aunque ciertamente no cabe trazar una distinción tajante entre unos aspectos y otros. No debe olvidarse que, según establece el art. 149.1.18 CE, el objetivo fundamental, aunque no único, de las bases en esta materia es el de garantizar «a los administrados un tratamiento común ante ellas» y no cabe duda de que cuanto menor sea la posibilidad de incidencia externa de las cuestiones reguladas por los preceptos impugnados, más remota resultará la necesidad de asegurar ese tratamiento común y, por el contrario, mayor relieve y amplitud adquirirá la capacidad de las Comunidades Autónomas de organizar su propia Administración según sus preferencias.»*

Pero, por otra parte, el Tribunal Constitucional tiene establecido que los preceptos que tengan el carácter de básicos no deben agotar la capacidad de desarrollo legislativo de las Comunidades Autónomas.

*«No obstante, en ambos supuestos, deberá recordarse que, como hemos declarado en múltiples resoluciones el Estado al establecer el común denominador normativo que encierran las bases, y a partir del cual cada Comunidad Autónoma con competencias de desarrollo legislativo puede regular la materia con arreglo a sus peculiaridades e intereses (por todas, SSTC 49/1988, fundamento jurídico 3º; 225/1993, fundamento jurídico 3º, y 197/1996, fundamento jurídico 5º), no puede hacerlo con un grado tal de detalle y de forma tan acabada o completa que prácticamente impida la adopción por parte de las Comunidades Autónomas de políticas propias en la materia mediante el ejercicio de sus competencias de desarrollo*

*legislativo. Como se afirma, entre otras, en la STC 147/1991 «la definición de las bases, en el ámbito de la legislación compartida, tiene por objeto crear un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional, dentro del cual las Comunidades Autónomas dispongan de un margen de actuación que les permita, mediante la competencia de desarrollo legislativo, establecer los ordenamientos complementarios que satisfagan sus peculiares intereses, por ello, en principio, debe entenderse que excede de lo básico toda aquella ordenación que, por su minuciosidad y detalle, no deja espacio alguno a la competencia autonómica de desarrollo legislativo, produciéndose en tal caso, por regla general, un resultado de vulneración competencial que priva a lo presentado como básico de su condición de tal» (fundamento jurídico 5º).»*

En este caso, la situación es más compleja de lo habitual porque el Estado lo que hace es trasponer una Directiva que es bastante completa y detallada. La regulación del artículo 4 es muy concreta, como también lo era la Directiva de Servicios de la que trae cuenta. Consecuentemente con ello, no cabe, realmente, un desarrollo autonómico de este precepto de carácter básico, porque es suficientemente claro y concreto y detallado como para dejar espacio para que las Comunidades Autónomas puedan desarrollarlo. Lo único que cabe a las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, es la aplicación de este artículo 4 a sus procedimientos de control del desarrollo de actividades o ejercicio de derechos individuales o colectivos.

Esta situación tiene encaje constitucional porque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como acabamos de ver, permite regular detalladamente aquellos aspectos básicos de la normativa que incidan en las relaciones con los ciudadanos y no se refieran a aspectos puramente procedimentales u organizativos.

Esto además se ve corroborado con que este precepto es prácticamente igual, como hemos analizado más atrás, que su predecesor, el anterior artículo 39 bis que, como hemos visto, fue introducido en la Ley 30/1992 por la Ley 25/2009 y que no ha sufrido ninguna tacha de inconstitucionalidad.

De acuerdo con la consideración como básico de este precepto, se nos plantean diversas situaciones interesantes en relación con posibles contradicciones por parte de la legislación de las Comunidades Autónomas.

### **c) Posible incumplimiento del artículo 4 por parte de la Legislación de las Comunidades Autónomas.**

Con independencia de la posibilidad del planteamiento de posibles conflictos de competencia o de posibles recursos de inconstitucionalidad por vulneración de la distribución constitucional de competencias, lo que analizamos en el presente apartado es cuáles son las opciones de las que dispone un juez ordinario que se enfrenta a dos normas que pueden estar en colisión, como son el artículo 4 de la Ley 40/2015 y una norma autonómica que pueda resultar contradictoria en relación a ésta.

Imaginemos que para una determinada actividad, una Ley autonómica estableciera la necesidad de la obtención de una determinada licencia y no se cumplieran los requisitos establecidos en el artículo 4 para la introducción de ese control previo. ¿Podría, en este caso, un juzgado o Tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa inaplicar la normativa autonómica y, consecuentemente, exigir que ese control se desarrolle a posteriori por los órganos competentes, y ello, en aplicación de la normativa básica estatal?

Aquí hay que diferenciar dos supuestos:

***1. El de aquellas normas autonómicas que se hubieran dictado con anterioridad a la entrada en vigor de este artículo 4.***

En este caso es donde ha existido menor claridad. Sobre esta posibilidad, debemos hacer referencia, en primer lugar, a lo establecido en el artículo 149.3 C.E:

*«3. Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas».*

En este aspecto, hemos de recordar que ha habido una diferencia de pareceres entre lo que han mantenido el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en relación con las facultades que ostenta el juzgador, en supuestos como éste.

Así, y para ilustrar esta cuestión, podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2007, en relación con el urbanismo valenciano y su posible contradicción con la normativa básica de contratación administrativa, que en su Fundamento Jurídico Décimocuarto sintetiza la postura del Supremo de la siguiente manera:

*«En primer lugar, para rechazar la denuncia de no haberse planteado por el Tribunal a quo cuestión de inconstitucionalidad de los preceptos de la Ley autonómica 6/1994, Reguladora de la Actividad Urbanística, hemos de recordar que el artículo 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que «procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional», y en este caso el proceder de la Sala de instancia ha sido el preconizado, entre otras, en nuestra sentencia de fecha 4 de enero de 2007 (recurso de casación 4839/2003), al haber llevado a cabo la exégesis de los preceptos legales y reglamentarios autonómicos en armonía con la legislación estatal básica.*

*En segundo lugar, esta Sala y Sección del Tribunal Supremo ha declarado en sus sentencias de fechas 28 de diciembre de 2006 (recurso de casación 4245/2003) y 27*

*de marzo de 2007 (recurso de casación 6007/2003 ) que es aplicable a las adjudicaciones de actuaciones urbanísticas contempladas en la Ley autonómica valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 13/1995, de 18 de mayo, y en el Texto Refundido de la misma, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, dado que estos Textos legales constituyen legislación básica sobre contratos administrativos de acuerdo con el artículo 149.1.18ª de la Constitución y han incorporado a nuestro ordenamiento interno el propio de la Unión Europea, entre otras la Directiva 93/37/CEE en materia de contratos de obras. La tesis del Tribunal sentenciador, al declarar en la sentencia recurrida que la ejecución urbanística concedida por el Ayuntamiento al Agente urbanizador reúne las características de una obra pública y tiene la naturaleza propia de un contrato de obras, es coincidente con esa doctrina jurisprudencial, y, dado que la adjudicación a aquél del Programa en cuestión no ha respetado los principios de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la anula, con lo que, al así resolver, no abroga precepto alguno de la Ley valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la Actividad Urbanística, ni infringe lo dispuesto en los artículos 7.1, 11, 62 y 63 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, sino que, por el contrario, en estricta aplicación de lo establecido en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, aprobado por la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, y en el artículo 149.3 de la Constitución, se limita a declarar que en las adjudicaciones de los Programas de Actuación Integrada se deben observar, de acuerdo con los citados artículos 62 y 63 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, los principios de no discriminación y libre concurrencia, criterio, por tanto, acorde no sólo con la orientación jurisprudencial de esta Sala del Tribunal Supremo, a que hemos hecho referencia, sino también con la doctrina interpretativa de Directiva 93/37/CEE , plasmada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2001.»*

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha entendido que, en estos casos, no cabe el desplazamiento de la norma autonómica y que la función del juez, en este caso, es el de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, si entiende que la normativa autonómica es contraria a lo establecido en la normativa.

Así, en el Fundamento Jurídico Quinto de su STC núm. 66/2011, de 16 de mayo, ha dicho:

*«(...) En este sentido forma parte, sin duda, de las garantías consustanciales a todo proceso judicial en nuestro Ordenamiento el que la disposición de ley que, según el juzgador, resulta aplicable en aquél no pueda dejar de serlo, por causa de su posible invalidez, sino a través de la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad mediante resolución motivada (art. 163 CE) y con la audiencia previa que prescribe el art. 35 LOTC. Ignorar estas reglas, constitucionales y legales, supone, en definitiva, no sólo menoscabar la posición ordinal de la ley en nuestro Derecho y soslayar su singular régimen de control, sino privar también al justiciable de las garantías procedimentales (como el de la previa audiencia, a que nos acabamos de referir), sin cuyo respeto y cumplimiento la ley aplicable al caso no puede dejar de ser, en ningún supuesto, inaplicada o preterida»(STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 8).*

6. *La aplicación al presente asunto de la doctrina constitucional expuesta conduce al otorgamiento del amparo solicitado.*

*De una parte, al dejar inaplicado “por propia, autónoma y exclusiva decisión” el art. 131.2 de la Ley del Parlamento de Canarias 14/1990, de 26 de julio, de régimen jurídico de las Administraciones públicas de Canarias, que se integran en una “ley postconstitucional vigente”, (–en colisión con las normas básicas de la ulterior Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local–) la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife de 19 de mayo de 2006, por más que pueda resultar “aparente o formalmente motivada” en virtud de las referencias al desplazamiento de la norma autonómica, constituye, sin embargo, “una resolución no fundada en Derecho” (STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 8), que resulta, por tanto, lesiva del derecho a la tutela judicial sin indefensión (art. 24.1 CE). De otra parte, al dejar inaplicado ese precepto por razón de su posible contradicción con la Constitución sin haber promovido una “cuestión de inconstitucionalidad mediante resolución motivada (art. 163 CE) y con la audiencia previa que prescribe el art. 35 LOTC” (STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 8) la Sentencia de instancia ha vulnerado igualmente el derecho de la entidad recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).*

*Hemos de reiterar, en definitiva, que los órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 16), dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley postconstitucional ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1). La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional”*

Es decir, utiliza dos argumentos muy relevantes.

El primero es que puede producirse indefensión en relación con el titular de la potestad legislativa autonómica que ve, como en un proceso que no es parte, se inaplica una norma suya sin tener la posibilidad de defender su adecuación a la Constitución. Esto se aprecia con claridad en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 187/2012, de 29 octubre, en la que el Tribunal le reconoce la legitimación activa a la Generalitat de Cataluña en un recurso de amparo por vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva, como consecuencia de haberse inaplicado en un proceso contencioso-administrativo, una norma catalana en materia urbanística con rango de Ley, sin haber sido parte<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Así, esto es lo que argumentaba la Generalitat de Cataluña demandante de amparo: Mantuvo la Generalitat que la Sentencia del Tribunal Supremo que inaplicó su normativa con rango de Ley produjo su indefensión material, con lesión de su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), porque dada la fundamentación de la misma se debió plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, donde la recurrente hubiese podido alegar en defensa de la norma autonómica cuestionada y, finalmente, inaplicada. En la demanda de amparo se mantuvo que la inaplicación de disposiciones legales vigentes por un órgano judicial ordinario, sin acudir al proceso debido, supone una lesión del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, lo que además legitima activamente a la Administración recurrente

El segundo es que la competencia para esos cometidos de control de constitucionalidad corresponde al Tribunal Constitucional. Como mantiene el Tribunal Constitucional, entre otras, en el Fundamento Jurídico Tercero de su Sentencia núm. 177/2013, de 21 octubre:

«(...) Como es sabido, este Tribunal tiene declarado que los “órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 16), dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley postconstitucional ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1). La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia erga omnes, la inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es expresión de la voluntad popular –como se declara en el preámbulo de nuestra Constitución– y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España.” (SSTC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 4; 104/2000, de 13 de abril, FJ 8; 120/2000, de 10 de mayo, FJ 3; 173/2002, de 9 de octubre, FJ 9 y 66/2011, de 16 de mayo, FJ 6).»

Coincidimos con los argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional y consideramos que se trata de la postura que debe ser acogida.

## **2. El de aquellas normas autonómicas que se dicten con posterioridad a la entrada en vigor de este artículo 4 y que puedan resultar contradictorias con su contenido.**

En relación con este supuesto, la doctrina era bastante unánime y así, si existía una norma básica estatal y posteriormente se dictaba una norma autonómica incompatible con aquélla, debería plantearse una cuestión o recurso de inconstitucionalidad para expulsar a esta norma autonómica del Ordenamiento Jurídico. Y es que la norma básica forma parte del bloque de constitucionalidad y por tanto la norma autonómica que la contraviene deviene inconstitucional, pero esta inconstitucionalidad está reservada en su apreciación al monopolio del Tribunal Constitucional. Así, en el Fundamento Jurídico Tercero de su Sentencia núm. 177/2013, de 21 octubre, dispone:

«(...) Efectivamente, descendiendo al caso concreto, la selección de la norma jurídica aplicable al caso de autos, es decir, el art. 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, produjo los siguientes efectos: en primer lugar, llevó implícito el encuadramiento competencial de un precepto como el controvertido, la disposición transitoria cuarta, apartado sexto, de la Ley 10/2004, de 24 de diciembre, de modificación de la Ley de urbanismo de Cataluña, en un ámbito material como la eficacia de las normas jurídicas, cuando la propia Sentencia reconoce, asimismo, que se trata de una ley de convalidación de normas urbanísticas, materia en la que Cataluña tiene competencia exclusiva (arts. 148.1.3 CE y 149.5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, aprobado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de junio). En segundo lugar, el órgano judicial aplicó la cláusula de prevalencia del Derecho esta-

*tal del art. 149.3 CE a pesar de reconocer que el asunto sobre el que versaba el pleito era la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, es decir, competencia exclusiva estatal ex art. 149.1.8 CE. Sin embargo, el art. 149.3 CE dispone que el Derecho del Estado será prevalente en caso de conflicto sobre las normas de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. Pero, en realidad, según el razonamiento de la propia Sentencia impugnada no era una materia en la que la Generalitat y el Estado tuviesen competencias, sino que la competencia era exclusiva estatal. Apreciamos, por tanto, un razonamiento que determinó, además, el desplazamiento e inaplicación del apartado sexto de la disposición transitoria cuarta de la citada Ley 10/2004, de modificación de la Ley de urbanismo de Cataluña, sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad, lo que tampoco resulta conforme con la doctrina constitucional expuesta previamente. En tercer lugar, como alega el Ministerio Fiscal, la interpretación realizada del precepto autonómico conlleva su reiterada inaplicación y produce un efecto parecido a la derogación de la norma inaplicada que, recordamos, es una ley postconstitucional.»*

Por lo tanto, y como conclusión de este punto y como establece la doctrina del Tribunal Constitucional más reciente, no va a caber, en ninguno de los dos supuestos analizados, la inaplicación de la normativa autonómica por ser contraria a la normativa básica.

Así la conclusión es que, a pesar de que corresponde al órgano judicial realizar, como paso previo obligado, la selección de la norma jurídica aplicable al caso, cuando dicha selección implica la inaplicación de una norma postconstitucional con rango de Ley resulta preciso el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Para el Tribunal Constitucional, la posible inaplicación de una norma con rango de Ley autonómica con justificación en la cláusula de prevalencia del Derecho estatal (ex art. 149.3 CE), tiene un efecto parecido a la derogación de la misma.

Esto conlleva dos efectos en relación con la aplicación de este artículo 4. Por una parte, un efecto positivo que implica seguridad jurídica, porque una norma no podrá aplicarse e inaplicarse al mismo tiempo, como ha sucedido, entre otras materias, en relación con el urbanismo valenciano. Y, por otra parte, un efecto negativo que implica que hasta que se resuelvan las posibles cuestiones de inconstitucionalidad no se va a conocer la normativa de aplicación y eso retrasará la implantación efectiva de este artículo 4 de la nueva Ley.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> No pueden dejarse de mencionar las consecuencias del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, por un lado, la suspensión del procedimiento, pero no suspensión de la aplicación de la norma. Así, y conforme a lo visto hasta ahora, para el caso de futuras normas que se aprueben por las Comunidades Autónomas y que puedan resultar contrarias a la legislación básica contenida en este artículo 4, cabrá el planteamiento por parte del juez de la cuestión de inconstitucionalidad, pero entiendo que no cabrá su inaplicación.

Debe recordarse que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 de la LOTC no implica la suspensión de la aplicación de la norma y que tan sólo cabrá la suspensión singular de su aplicación al proceso concreto dentro del cual se plantea la cuestión para el

#### IV. LA PROTECCIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA, DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO COMUNITARIO.

##### a) Los principios de autonomía, primacía y efecto directo.

En este punto, se nos plantea la siguiente cuestión ¿Podría un juez nacional, en este supuesto, aplicar una Ley estatal por ser contraria a la Directiva de servicios?

Lo primero que debe reiterarse es que, como ya hemos dicho más atrás, la redacción del artículo 4 es más amplia de lo que establece la Directiva de servicios y por ello, no a toda contradicción en relación con lo que establece el artículo 4 le va a resultar de aplicación lo que decimos en este apartado. Y ello, porque la Directiva de Servicios hace referencia únicamente a los servicios, como hemos dicho más atrás, mientras que el artículo 4 nacional hace referencia, también, al ejercicio de derechos individuales o colectivos.

Analicemos los principales principios de Derecho Comunitario que resultan de aplicación.

- El principio de autonomía del Derecho comunitario.

En relación con este principio, que implica que no es necesario un acto de recepción en el Derecho nacional de los diferentes Estados para que la norma comu-

---

caso de que el juez suspenda cautelarmente los efectos del concreto acto impugnado, pero no suspende la aplicación de la norma. *«Artículo treinta. La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo ciento sesenta y uno, dos, de la Constitución para impugnar; por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas»*. Por ello, a pesar de haberse planteado la cuestión de inconstitucionalidad, la norma seguirá aplicándose en otros supuestos en los que los jueces no consideren el planteamiento de esta cuestión. En segundo lugar, la no afectación a procesos precedentes en los que hubiera recaído sentencia firme, ya que, tal y como establece el artículo 40 de la LOTC en su apartado primero *“Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”*, si bien, como añade su apartado segundo: *“En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales»*.

En los casos de los entes locales, éstos, en principio, no tienen la posibilidad de establecer *ex novo* mecanismos de control limitativo del ejercicio de un derecho o el desarrollo de una actividad por cuanto esto estaría reservado a la Ley. Pero aún en el caso de que establecieran algún tipo de mecanismo de control sin concurrir estos requisitos, por ejemplo en el caso de que se actúe *ultra vires* en el caso de la Ordenanza municipal Reguladora de la Intervención municipal en la apertura de actividades económicas en el municipio, siempre cabría la impugnación de esa Disposición reglamentaria por parte de cualquier posible afectado ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

nitaria despliegue sus efectos en los territorios de los mismos, es de destacar la STJCE, de 5 de febrero 1963, en el asunto Van Gend & Loos (Asunto 26/62, NV (Sociedad Anónima) Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Nederlandse administratie der belastingen)<sup>48</sup>.

- El principio de primacía sobre el Derecho nacional.

No existe duda, a día de hoy, sobre la primacía del Derecho Comunitario<sup>49</sup> sobre las normativas nacionales, con independencia de cuál sea el rango de esta normativa, incluidas las normas con rango de Ley<sup>50</sup>. Por lo tanto, de manera teórica, los Estados miembros no pueden aplicar normas nacionales contrarias al Derecho europeo.

Se trata de un principio fundamental del Derecho Europeo que garantiza su superioridad sobre los Derechos nacionales, tal y como expresamente se reconoce en el Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007 (Documento

---

**48** Esta es la primera sentencia que establece el carácter autónomo del Derecho comunitario y la posibilidad de que éste establezca derechos directamente para los ciudadanos. «(...) la primera en abrir el camino tanto a la hora de reconocer el carácter autónomo del Derecho comunitario, como –de forma imbricada– en consagrar la vocación general de ordenamiento comunitario in genere para producir directamente efectos en la esfera de los ciudadanos (...)» UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. y BENGOETXEA CABALLERO, J., Breves apuntes sobre las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 33, 2014, págs. 443-480, en concreto pág. 445.

**49** Conceptualmente distinto de su aplicabilidad directa. En este sentido, SERRANO CHAMIZO, J., en el VI Seminario de contratación pública. El efecto directo de las Directivas de contratación pública de 2014, página. 2 y, en especial, nota al pie núm. 6) entiende, recogiendo la opinión de MATA SIERRA, M.T., que la “aplicabilidad directa” implica que la norma en cuestión se integra en el ordenamiento interno sin necesidad de un acto de incorporación expreso, desde el momento de su publicación en el DOUE.

**50** E incluso, con independencia de la naturaleza constitucional o fundamental de la norma en cuestión, tal y como expresamente ha venido a señalar el TJCE en alguna ocasión. En este sentido, mencionan UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA y BENGOETXEA CABALLERO «En esta misma línea [...] y confirmando sus ideas sobre el carácter autónomo y la base jurídica de la Comunidad, el TJCE añadirá que “la alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados con la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional, no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado” (de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH, 11/70, apartado 3)»; Vid.. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. y BENGOETXEA CABALLERO, J., Op. cit. pág. 447. En este mismo sentido, Vid. STUE de 16 de diciembre de 2008, Michaniki (C-213/07) o SSTUE de 4 de junio de 1992, Debus (C-13/91 y C-113/91, Rec. pág. 3617), apartado 32; de 27 de octubre de 2009, ČEZ (C-115/08, Rec. pág. I-0000), apartado 138, y de 19 de noviembre de 2009, Filipiak (C-314/08, Rec. pág. I-0000), apartado 84; si bien debe recordarse que nuestro Tribunal Constitucional ha reiterado que «ni el fenómeno de la integración europea, ni el art. 93 CE a través del que ésta se instrumenta, ni el principio de primacía del Derecho de la Unión que rige las relaciones entre ambos ordenamientos, han dotado al Derecho de la Unión Europea, originario o derivado, “de rango y fuerza constitucionales» [por todas, STC 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 3ª), con cita de otras] (STC 232/2015, de 5 de noviembre de 2015, FJ 4).

11.197/07, JUR 260), relativo a la primacía<sup>51</sup>, y en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea<sup>52</sup>.

- El efecto directo del Derecho Comunitario<sup>53</sup>.

Sin embargo, el efecto directo no se reconoce siempre y en los mismos términos respecto de toda manifestación normativa de la Unión, así, podemos distinguir:

*i. Efecto directo del Derecho primario.*

En el asunto Van Gend & Loos el TJCE sentó las bases para el reconocimiento del efecto directo de los Tratados –requisitos igualmente exigibles al Derecho derivado– señalando que es necesario que las obligaciones establecidas en los mis-

**51** «Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho Comunitario es un principio fundamental del Derecho Comunitario. Según el Tribunal de Justicia, este principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea [...] el hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia» Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007 (Documento 11197/07, JUR 260). Entre las Declaraciones Anejas al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, la Declaración número 17, relativa a la primacía, expresamente recuerda que: «... con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia», además, integra dentro de su contenido los pronunciamientos del Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007 (Documento 11.197/07, JUR 260) lo que constituye un reconocimiento expreso de la existencia y vigencia de este principio como fundamental del Derecho Comunitario tanto con anterioridad como con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Por lo tanto, puede concluirse que, al igual que el principio de efecto directo, no está inscrito en los tratados, pero ha sido consagrado por el TJUE y goza de reconocimiento expreso, aunque sea fuera del cuerpo de los mencionados tratados.

**52** En concreto, debe citarse la ya conocida STJUE Costa contra En el del 15 de julio de 1964. En esta sentencia, el Tribunal declara que el Derecho procedente de las instituciones europeas se integra en los sistemas jurídicos de los Estados miembros que están obligados a respetarlo. Por lo tanto, el Derecho europeo tiene primacía sobre los Derechos nacionales. Señala esta sentencia que «la primacía del Derecho comunitario está confirmada por el artículo 189 [luego 249 TCE, ahora 288 TFUE], a cuyo tenor los Reglamentos tienen fuerza «obligatoria» y son «directamente aplicables en cada Estado miembro»; que esta disposición, que no está acompañada de reserva alguna, carecería de alcance si un Estado pudiera unilateralmente destruir sus efectos mediante un acto legislativo oponible a las normas comunitarias. Considerando que del conjunto de estos elementos se desprende que al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original, una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad; que la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en favor del comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña por tanto una limitación definitiva de su soberanía, contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad».

**53** Es importante señalar que el efecto directo del Derecho Comunitario presenta varias manifestaciones. Así, es posible distinguir un “efecto directo horizontal”, que tiene lugar en el plano de las relaciones entre particulares, cuando un ciudadano de un Estado miembro o pretende invocar una norma europea frente a otro; y un “efecto directo vertical”, cuando la relación en cuestión se establece entre los particulares y el Estado miembro, presentando este último dos variantes: ascendente cuando es el particular quien invoca la norma europea frente al estado y descendente cuando es el Estado miembro quien pretende hacer valer dicha norma frente a un particular.

mos sean claras e incondicionales, no requiriendo ninguna acción posterior o complementaria de los Estados miembros para su efectividad<sup>54</sup>.

Sin embargo, el reconocimiento de este efecto directo no es incondicionado<sup>55</sup>. En este sentido, ya en la sentencia Becker, de 19 de enero de 1982, el Tribunal de Justicia rechazó el efecto directo en cuanto los países posean un margen de manobra relativa a la aplicación de la disposición contemplada<sup>56</sup>, por muy mínima que sea.

*ii. Efecto directo del Derecho derivado.*

Es decir, el efecto directo de los distintos actos aprobados por las instituciones comunitarias sobre la base de los tratados. El alcance de dicho efecto directo varía según el acto ante el que nos encontremos<sup>57</sup>. Así, la característica esencial de los Reglamentos es, precisamente, que siempre tienen ese efecto directo<sup>58 59</sup>.

En relación con las decisiones el mismo art. 288 TFUE señala que *«La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos»<sup>60</sup>*.

---

**54** *«Considerando que el texto del artículo 12 contiene una prohibición clara e incondicional, que no es una obligación de hacer, sino de no hacer [y] que, por otro lado, esta obligación no se acompaña de reserva alguna de los Estados que supedita su efectividad a un acto positivo de Derecho interno»*; STJCE Van Gend & Loos, de 5 de febrero de 1963 (Asunto 26/62) par., 26 y 27. Es decir, que pueda ser perfectamente idónea, por su propia naturaleza para producir efectos directos en las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y sus justiciables, como resulta de su par., 28.

**55** El propio TJCE lo limitó desde muy temprano.

**56** *«Del tenor literal del artículo 176 de la Decisión se deduce que, si se cumple la condición de reciprocidad, esta disposición obliga sin reservas a las autoridades competentes a tratar a los nacionales de los demás Estados miembros de una forma no discriminatoria en cuanto al establecimiento y la prestación de servicios, no concediendo a los Estados miembros ninguna facultad de apreciación»*. STJCE de 12 de diciembre de 1990, Asuntos acumulados C-100/89 y C-101/89 - Kaefer y Procacci.

**57** Si bien no todos los actos que forman parte del Derecho derivado tendrán efecto directo. Así, dado que a las recomendaciones y dictámenes (última categoría de actos relacionados en el art. 288 TFUE) no se les reconoce carácter vinculante, tampoco podrán tener, consecuentemente, efecto de aplicabilidad directa alguno.

**58** Este efecto directo de los Reglamentos ha sido reconocido en múltiples ocasiones por el Tribunal de Justicia, destacando la afirmación contenida en la sentencia de 14 de diciembre de 1971 Politi, asunto 7/71, que declara lo siguiente: *«Conforme a su naturaleza y función en el sistema de fuentes del Derecho comunitario, el Reglamento tiene efecto directo y puede, como tal, conferir derechos a los particulares que el juez nacional debe tutelar»* Se trata en este caso de un efecto directo completo, en todas sus manifestaciones: vertical y horizontal. En el mismo sentido Vid., las conclusiones del Abogado General SR. L.A. GEELHOED el 13 de diciembre de 2001 (1) Asunto C-253/00 Antonio Muñoz y Cia, S.A. Superior Frutícola, S.A. contra Frumar Limited Redbridge Produce Marketing Limited.

**59** Así resulta de lo dispuesto en el art. 288 del TFUE, conforme al cual *«El Reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.»*

**60** Si bien reconociendo el TJUE que *«Ahora bien, cuando una Decisión dirigida a los Estados miembros contiene disposiciones precisas e incondicionales cuya aplicación debe efectuarse en un plazo determinado, dichas disposiciones no pueden ser invocadas por los particulares frente a un Estado miembro más que en el supuesto de que éste se abstenga de aplicar la Decisión o lo haga de forma incorrecta una vez transcurrido el plazo previsto»* Sentencia de 10 de noviembre de 1992. En el asunto C-156/91, Hansa Fleisch En el mismo sentido puede citarse la anterior STUJE de 6 de octubre de 1970 (Asunto 9/70), conocida como sentencia Grad, apartado 9.

Por último, también se ha ocupado el TJUE del efecto directo que es aplicable de los tratados internacionales, celebrados entre la Unión por un lado y terceros países por otro<sup>61</sup>.

### iii. *Efecto directo de las Directivas.*

El reconocimiento del efecto directo de las normas anteriores resultaba claro, desde un principio, sin embargo el de las Directivas ha suscitado dudas<sup>62</sup>. En resumen:

- Inicialmente, el reconocimiento se basó únicamente en el efecto imperativo que el art. 189 (ahora 288) del TFUE confería a las Directivas<sup>63</sup> y en la pérdida, en otro caso, de su efecto útil<sup>64</sup>.

- Después, se señaló como criterio a tomar en consideración el incumplimiento por parte del Estado Miembro de su obligación de adoptar las medidas necesarias para la trasposición de la Directiva<sup>65</sup>.

- Sin embargo, son necesarios dos requisitos esenciales para que pueda reconocerse efecto directo a las disposiciones de una Directiva, teniendo en cuenta su naturaleza, en principio, “*incompleta*.”<sup>66</sup>

<sup>61</sup> El TJUE entiende que un tratado de esta naturaleza «*debe considerarse directamente aplicable cuando contiene, a la vista de su tenor, de su objeto, así como por la naturaleza del acuerdo, una obligación clara y precisa, cuya ejecución y cuyos efectos no se subordinan a la adopción de acto ulterior alguno*». Sentencia del TJUE de 30 de septiembre de 1987 en el asunto 12/86, DEMIREL / STADT SCHWÄBISCH GMÜND.

<sup>62</sup> En este sentido, son particularmente clarificadoras las Conclusiones del Abogado General SR. Philippe Léger, presentadas el 11 de enero de 2000, en el Asunto C-287/98, Gran Ducado de Luxemburgo vs Berthe Linster y otros), en la que realiza una síntesis de la evolución de la doctrina del TJUE relativa al efecto directo de las Directivas.

<sup>63</sup> Concretamente, la Sentencia del TJCE de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn (Asunto 41/47) supuso el reconocimiento de que el efecto directo de las normas comunitarias no se circunscribía únicamente a los Reglamentos. De este modo, la misma, en su apartado 5, señala que «*si bien en virtud de lo dispuesto en el artículo 189 los Reglamentos son directamente aplicables y por consiguiente puede, por su propia naturaleza, producir efecto directo, ello no implica que otras categorías de actos mencionados por dicho artículo no puedan producir efectos análogos*».

<sup>64</sup> La sentencia Van Duyn también señaló que, precisamente, el fin perseguido por las Directivas «*quedaría debilitado si se impidiera que los justiciables la invocasen ante los órganos jurisdiccionales nacionales y que éstos la tuvieran en cuenta como elemento del derecho comunitario*» (apartado 12); mientras que la STJCE de 5 de abril de 1979 (Ministerio Fiscal vs Tullio Ratti, Asunto 148/79) también reconoce este extremo diciendo «*que, en particular, en los casos en que las autoridades comunitarias hayan obligado a los Estados miembros por medio de una Directiva a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de dicho acto quedaría debilitado si a los justificables se les impidiera invocarlo ante los Tribunales y a éstos tenerlo en cuenta como un elemento del Derecho comunitario*» (apartado 21).

<sup>65</sup> Nuevamente debe traerse aquí a colación la STJCE de 5 de abril de 1979 (Ministerio Fiscal vs Tullio Ratti, Asunto 148/79): «*que, por consiguiente, el Estado miembro que no haya adoptado dentro de plazo, las medidas de ejecución que impone la Directiva, no puede oponer a los particulares su propio incumplimiento de las obligaciones que la Directiva implica*» (apartado 22).

<sup>66</sup> «*Es necesario, además para que las disposiciones de una Directiva produzcan efectos a falta de una norma interna de adaptación, que se cumplan determinados requisitos que acrediten su capacidad para integrarse de pleno derecho en la normativa nacional y, por tanto, su capacidad para aplicarse directamente*».

Debe ser (i) suficientemente precisa e (ii) incondicional, no dejando dudas sobre su contenido<sup>67</sup>, de forma que pueda producir efectos jurídicos por sí misma y no requiriendo la adopción de ningún acto de las instituciones comunitarias ni de los Estados miembros, si bien, «*las medidas de adaptación del Derecho interno o, en el plano comunitario, de aplicación, que puedan resultar necesarias, no se oponen al reconocimiento del efecto directo de la Directiva cuando el margen de apreciación de la autoridad encargada de ejecutarla es nulo o incluso simplemente escaso*»<sup>68</sup>».

Sin embargo, el efecto directo de las Directivas no es pleno, pues el TJUE, en principio, únicamente lo reconoce en el plano vertical, es decir, en las relaciones entre Estados e individuos, pero no admite la posibilidad de un efecto directo horizontal entre particulares y así lo ha declarado reiteradamente la jurisprudencia comunitaria<sup>69</sup>. Es más, el TJUE ha reafirmado su postura de que una Directiva no transpuesta no puede crear obligaciones a cargo de los particulares descartando su invocabilidad por un Estado Miembro incumplidor frente a un particular que infringe lo

---

*Una norma incompleta, como es, por principio, la Directiva, está a priori bloqueada a falta de una norma interna de adaptación, salvo, precisamente, si las características de su contenido permiten una aplicación directa, pura y simple*». Conclusiones del Abogado General SR. Philippe Léger, presentadas el 11 de enero de 2000, en el Asunto C-287/98, Gran Ducado de Luxemburgo vs Berthe Linster y otros) (parágrafo 37).

**67** En este sentido y como particularmente significativas, Vid. SSTJUCE Beentjes, de 20 de septiembre de 1988 y Fratelli de 22 de junio de 1989.

**68** Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Léger, presentadas el 11 de enero de 2000, en el Asunto C-287/98, Gran Ducado de Luxemburgo vs Berthe Linster y otros) (parágrafo 39). En relación con el criterio del margen de apreciación y su relación con los principios de la precisión e incondicionalidad, Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de febrero de 1997. Por lo tanto, puede decirse que una Directiva tendrá efecto directo y será directamente invocable por los particulares cuando sus previsiones sean claras e indubitadas, incondicional, no requiriendo de ninguna medida de adaptación para poder procederse a su aplicación y el margen de apreciación dejado al Estado Miembro sea pequeño, de forma que pueda decirse que los preceptos de la Directiva puedan ser aplicados sin apenas intervención normativa de éste. En relación con el criterio de la discrecionalidad, es interesante recordar que éste fue introducido por la sentencia *Verbond van Nederlandse*, de 1 de febrero de 1977, en la jurisprudencia del TJCE.

**69** Dicha jurisprudencia ha venido señalando que «*una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular...*» y también que «*no puede, por consiguiente ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona*» (Sentencia del TJCE de 20 de febrero 1986 (*Marshall vs Southampton and South-West Hamshire Area Health Authority*, Asunto C-152/84, apartado 48. Más recientemente puede citarse la Sentencia del TJUE de 27 de febrero de 2014 (OSA- *Ochranný svaz autorský pro práva k dílu m hudebním o.s.* Asunto C-3351/12, apartado 43), donde se dice: «*conviene recordar al respecto que, según reiterada jurisprudencia, incluso una disposición clara, precisa e incondicional de una Directiva que tiene por objeto conferir derechos o imponer obligaciones a los particulares no puede aplicarse como tal en el marco de un litigio entablado exclusivamente entre particulares (sentencia de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale*, C176/12 y jurisprudencia citada)*». Por lo tanto, y en síntesis, no cabe duda del reconocimiento del efecto directo de las Directivas, siempre que cumplan los requisitos antes citados (precisión, incondicionalidad y escaso margen de apreciación para los Estados Miembros) pero limitado siempre al plano de las relaciones Estado Miembro – particular, nunca entre particulares.

dispuesto en la Directiva<sup>70</sup>; es decir, que las Directivas tienen efecto directo vertical, sí, pero únicamente ascendente, no descendente<sup>71</sup>.

El reconocimiento de este efecto directo nos lleva a plantearnos dos cuestiones en relación con las Directivas: (i) la situación que se produce cuando transcurre el plazo para la trasposición de la Directiva sin que el Estado Miembro lo haya hecho y (ii) el supuesto de mala aplicación o de mala trasposición de las Directivas, que pasamos a analizar.

*iv. El efecto directo de las Directivas. Tránsito del plazo para su interposición sin que el Estado lo haya hecho.*

En el caso de que, transcurrido el plazo para la trasposición de una Directiva, el Estado Miembro lo incumpla y no proceda a dicha trasposición, si los preceptos de la Directiva son lo suficientemente precisos e incondicionales como para reconocerles efecto directo, éstos podrán ser invocados directamente por los interesados ante el juez nacional<sup>72</sup>, en lo que ha sido llamado “*invocabilidad de sustitución*”<sup>73</sup>. Sin

---

<sup>70</sup> Este criterio fue establecido tempranamente. En este sentido, es especialmente relevante la STJCE 11 de junio de 1987 (Pretore di Salò asunto 14/86, apartados 19 y 20) A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha decidido en su sentencia de 26 de febrero de 1986 (Marshall, 152/84, Rec. 1986, pág. 723 y ss., especialmente pág. 737) «*que una Directiva no puede crear por sí misma obligaciones a cargo de un particular, y que lo dispuesto en una Directiva no puede pues ser invocado como tal contra dicha persona. De una Directiva no incorporada al ordenamiento jurídico interno de un Estado miembro no pueden derivarse pues obligaciones para los particulares frente a otros particulares ni, con mayor razón, frente al propio Estado.*

*En consecuencia, procede responder a la segunda cuestión que la Directiva 78/659 del Consejo, de 18 de julio de 1978, no puede producir el efecto, por sí misma y con independencia de una ley interna de un Estado miembro adoptada para su aplicación, de determinar o agravar la responsabilidad penal de los que infringen sus disposiciones».* También Vid. STJCE de 8 de octubre de 1987 Kolpinghuis Nijmegen BV asunto 80/86.

<sup>71</sup> Por lo tanto y en resumen, un Estado Miembro que incumple su deber de transponer una Directiva deberá reconocer a los particulares los derechos y cumplir las obligaciones que la misma establece pero no podrá invocar su aplicabilidad frente a ellos cuando infrinja su deber de adaptar el Derecho interno a sus prescripciones.

<sup>72</sup> Esta posibilidad fue enunciada por el TJCE tempranamente en la sentencia, Van Duyn, de 4 de diciembre de 1974, (Asunto 41/71) donde sostuvo que el artículo 3 de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, no estaba condicionado, ni precisaba acto alguno de aplicación, pues estaba redactado de forma tan precisa y detallada que no dejaba margen de apreciación y discreción al legislador nacional, por lo que, habiendo transcurrido el plazo para ser desarrollada sin que Gran Bretaña lo hubiese hecho, el TJCE consideró que la Directiva producía efecto directo

<sup>73</sup> En este sentido, vuelve a ser clarificadora la STJCE de 5 de abril de 1979 (Ministerio Fiscal vs Tullio Ratti, Asunto 148/79), cuando dice que, «(...) de ello se deriva que un órgano jurisdiccional nacional al que recurra un justiciable, que se ha atendido a las disposiciones de una Directiva, solicitando que no se aplique una disposición nacional incompatible con la Directiva a la que no se ha adaptado el ordenamiento jurídico interno del Estado que la incumple, debe estimar dicha petición siempre que la obligación de que se trate sea incondicional y suficientemente precisa» (apartado 23). Este mismo criterio se mantiene en la actualidad, al reiterar el TJUE en su Sentencia de 24 de noviembre de 2011 (Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito y Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo vs Administración del Estado, apartado 51). que «a este respecto procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, siempre que las disposiciones de una Directiva resulten ser; desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares podrán invocarlas frente al Estado, en particular cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva dentro del plazo señalado o cuando haya procedido a una adaptación incorrecta (véase la sentencia de tres de marzo de 2011, Auto Nikolovi, C-203/10 Rec. P I-0000, apartado 61 y jurisprudencia que se cita)».

embargo, quedaría por determinar qué ocurre con aquellas Directivas que no reúnen estos requisitos y que no se incorporan al derecho interno a su debido tiempo.

En este sentido, la jurisprudencia comunitaria ha ido perfilando una serie de criterios, que también serían aplicables a los supuestos de mala o defectuosa transposición, que abren paso a la posibilidad de que, apoyado no en el efecto directo de las Directivas, sino en la primacía del Derecho Comunitario, el juez nacional pueda tomar en consideración los preceptos de estas Directivas<sup>74</sup> y garantizar así su primacía, o de derivar algún tipo de responsabilidad del Estado Miembro incumplidor con vistas a reparar el daño causado al particular a resultas de su infracción.

De este modo, ha configurado dos principios esenciales: el de interpretación conforme, es decir, que el juez nacional, dentro de las limitaciones que pueden derivar de la naturaleza propia de las Directivas y del margen de apreciación que se le pueda conceder al Estado Miembro, realiza una interpretación conforme del derecho interno, lo que también es frecuente en los casos de defectuosa adaptación de la norma de trasposición<sup>75 76</sup>.

En segundo lugar, se ha establecido lo que se ha denominado la “invocabilidad de reparación”<sup>77</sup>, es decir, el reconocimiento de la existencia de una responsabilidad patrimonial que los particulares pueden exigir cuando la falta de adaptación del Derecho interno a las prescripciones de una Directiva les produce una lesión o perjuicio, considerándose que fue la sentencia del TJCE de 5 de

---

**74** En este sentido, puede citarse la STJCE de 14 de julio de 1994 (Faccini Dori, Asunto C-91/92, apartado 26: «*Debe recordarse además que es jurisprudencia reiterada, a partir de la sentencia de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann (14/83, Rec. pág. 1891), apartado 26, que la obligación de los Estados miembros, dimanante de una Directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber, conforme al artículo 5 del Tratado, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales. Según se desprende de las sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1990, Marleasing (C-106/89, Rec. pág. 1-4135), apartado 8, y de 16 de diciembre de 1993, Wagner Miret (C-334/92, Rec. pág. 1-6911), apartado 20, al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado*»; en el mismo sentido, STJCE de 13 de noviembre de 1990 (Marleasing, Asunto C106/89).

**75** Como ocurrió en la STJCE de 10 de abril de 1984 Von Colson y Kamann, asunto 14/83, que precisamente establece este principio.

**76** En este sentido, puede decirse que «*La efectividad del derecho comunitario exigía al menos que, teniendo en cuenta los límites derivados de la naturaleza de las Directivas, así como del contenido de las disposiciones pertinentes de la Directiva considerada, se reconociese una invocabilidad de interpretación a las partes que se consideraban lesionadas por la falta de adaptación del derecho interno a una Directiva que les atribuida derechos a la vez que les dejaba cierto margen de apreciación a los Estados Miembros.*» Conclusiones del Abogado General SR. Philippe Léger, presentadas el 11 de enero de 2000, en el Asunto C-287/98, Gran Ducado de Luxemburgo vs Berthe Linster y otros) (párrafo 61).

**77** En cuanto a esta “invocabilidad de reparación” y como especialmente significativa, Vid. la STJCE de 19 de noviembre de 1991 (Francovich y otros. Asuntos acumulados C-6/90 y C9/90)

marzo de 1995, en los asuntos acumulados *Brasserie du Pêcheur* y *Factortame* (asuntos C-46/93 y C-48/93) la que supuso el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial en este ámbito<sup>78 79 80</sup>.

*v. El efecto directo de exclusión en los supuestos de mala aplicación o mala trasposición de las Directivas.*

Sin embargo, el efecto directo de las Directivas no se pone de manifiesto solo cuando la Directiva no es incorporada al ordenamiento interno sino también cuando el Estado Miembro lleva a cabo una mala aplicación o una defectuosa trasposición de las mismas. Y éste podría ser el supuesto de que una Ley nacional contradijera o pudiera contradecir lo establecido en la Directiva de Servicios. En este caso se habla no de efecto de sustitución, como en el caso anterior, sino de “efecto de exclusión”<sup>81</sup>. El reconocimiento expreso de este efecto de exclusión vino dado por la STJCE de 1 de febrero de 1977 en el asunto *Verbond van Nederlandse Ondernemingen*<sup>82</sup>.

---

**78** Para un estudio más detenido de esta cuestión, que no es objeto específico de análisis en el presente artículo, Vid. AEDO BARRENA, C. E., Régimen de responsabilidad de los Estados Miembros por el incumplimiento del Derecho Comunitario. Boletín de la Academia Vasca de Derecho. Año 6, núm. 16. 2008.

**79** En este sentido, señala AEDO BARRENA, C.E. que con esta sentencia «*el Tribunal fue mucho más allá, pues, como veremos ya no va a supeditar la responsabilidad de los Estados sólo a la hipótesis de no existir efecto directo de las resoluciones, haciéndose cargo de cuestiones relevantes para el establecimiento de la responsabilidad y creando un régimen de derecho común, al equiparar los requisitos de la responsabilidad estatal con los requisitos exigidos para configurar la responsabilidad patrimonial de las instituciones y órganos comunitarios*» AEDO BARRENA, C.E., Op. cit. pág. 119.

**80** Si bien la Sentencia *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978 ya estableció que «*el Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional*». Posteriormente, la sentencia de 8 de octubre de 1996, en los asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94 y relativa a la interpretación de la Directiva 90/314/CEE, del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados, conocida como Sentencia *Dillenkofer*, consolidó y unificó esta doctrina, que fue ampliada después por la más reciente de 30 de septiembre de 2003, que amplía la posibilidad de la exigencia de responsabilidad cuando la infracción del Derecho Comunitario proviene de un órgano judicial. En este sentido, señala SARMIENTO que «*Con el paso de los años, mientras la responsabilidad de Francovich se extendió al ejecutivo, al legislativo y a los órganos constitucionales de un Estado, no ocurrió lo mismo con las infracciones cometidas por los Tribunales nacionales. Esta vía ha quedado abierta en el año 2003 a partir de la sentencia Köbler*». SARMIENTO RODRÍGUEZ-ESCUDERO, D., Poder Judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisprudencial para la Unión. Ed. Civitas. 2004, págs. 267-268.

**81** MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., identifica este efecto como «*aquel supuesto en el que las Directivas comunitarias se invocan por los particulares para argumentar que los Estados, en la transposición o en la aplicación, han rebasado el margen de apreciación que aquellas les dejaban y pretender la inaplicación de la normativa o de la medida interna resultante, que sería así ultra vires*». MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. Otra virtualidad de las Directivas: su Efecto directo de exclusión. Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia, núm. 244, 2006, pág. 1.

**82** En esta sentencia, el TJCE puso de manifiesto que «*sería incompatible con el efecto imperativo que el artículo 189 reconoce a la Directiva excluir, en principio, que la obligación que ésta impone pueda ser invocada por los interesados. En particular, en los casos en lo que, a través de una Directiva, las autoridades comunitarias hayan obligado a los Estados miembros a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de tal acto quedaría debilitado si se impidiera al justiciable invocarlo ante los tribunales y si los órganos jurisdiccionales nacionales no pudieran tomarlo en consideración, como elemento de Dere*

Por tanto y a propósito de esto último, debe tenerse en cuenta que, con el reconocimiento del “efecto directo de exclusión”, los órganos jurisdiccionales nacionales habrán de garantizar no sólo que las medidas estatales no vulneran derechos reconocidos por una Directiva, sino también que tales medidas tampoco sobrepasan los límites de apreciación dejados al Estado<sup>83</sup>.

Si bien, sería necesario matizar que esa facultad de sustitución encontraría un límite en aquellos supuestos en que la Directiva en cuestión deja un margen de discrecionalidad al Estado Miembro<sup>84</sup>.

### **b) Las posibilidades de actuación del juez nacional ante el conflicto de una Ley nacional que colisiona con la Directiva de Servicios.**

Por lo tanto, de todo lo dicho hasta ahora, resulta que el juez nacional tendrá dos posibilidades:

i. La inaplicación del Derecho nacional o el efecto directo de exclusión, en caso de contradicción de la norma nacional con la Directiva de servicios.

La primera opción, de acuerdo con lo que acabamos de exponer, es la relativa a la posible inaplicación de la norma nacional, por su posible contradicción con la Directiva de servicios cuando el juzgador no tenga dudas sobre la existencia de contradicción entre ambas normas y el texto de la Directiva sea claro, preciso e incondicional. Esto exige una actitud proactiva del órgano jurisdiccional.

---

*cho comunitario, para verificar si, dentro de los límites de la facultad de que dispone en cuanto a la forma y los medios de ejecutar la Directiva, el legislador nacional ha respetado los límites del margen de apreciación trazado por la Directiva [...] incumbe a la jurisdicción nacional ante la cual se invoca la Directiva comprobar si la medida nacional litigiosa se sitúa fuera del margen de apreciación de los estados miembros» (apartados 22 a 24 y apartado 29).*

**83** O dicho de otra manera, el juez nacional podrá comprobar si las autoridades nacionales han respetado el margen de apreciación concedido o si estos se han extralimitado, sobrepasando sus límites. En caso de que así fuera, tendría que inaplicar las leyes nacionales. Señala en relación con este extremo, MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., que: «En este sentido, el control del respeto del Derecho comunitario que efectúan los tribunales nacionales se aproxima al que lleva a cabo el TJCE: del mismo modo que éste podrá condenar a un Estado cuando considere que ha rebasado los límites fijados por una Directiva a su discrecionalidad, los jueces nacionales podrán constatar, aunque sea ad casum, esa misma vulneración. Al igual que el TJCE declarará el incumplimiento del Derecho comunitario por parte de un Estado al margen de que la previsión violada de una Directiva tenga o no efecto directo (en sentido clásico), los tribunales nacionales podrán contrastar la conformidad de las disposiciones de Derecho interno con las disposiciones de una Directiva, tengan éstas o no ese efecto directo, para, como mínimo, dejarlas inaplicadas y, en su caso, sustituirlas por aquéllas». MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., Op. cit. pág. 18.

**84** Este es el supuesto que se planteó en la Sentencia de 15 de junio de 2000 en el asunto Brinkmann (Asunto C C-365/98) que señala «Pues bien, la fórmula ad valorem sólo corresponde a una de las opciones previstas por la Directiva, y ésta no puede, por tanto, interpretarse en el sentido de que obliga al Juez nacional a sustituir al legislador nacional a quien corresponde exclusivamente elegir la fórmula impositiva que considere apropiada, en el marco definido por el artículo 3, apartado 1, de la Directiva» (apartado 33).

La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 58/2004, de 19 de abril de 2004, nos despeja algunas dudas, al matizar que para que el juez pueda inaplicar la norma nacional por su contradicción con la Directiva, no debe tener ninguna duda sobre la incompatibilidad normativa. Así, señala:

*«13. Lo anterior supone que cuando la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de forma aislada y ajena al resto de la doctrina judicial recaída en la materia, aprecia la contradicción entre el Derecho interno y el comunitario está, de entrada, introduciendo una duda en la aplicación del Derecho comunitario donde hasta ese momento no existía. En consecuencia, el órgano judicial –aun cuando expresara su ausencia de toda duda respecto de la incompatibilidad entre la norma nacional y la norma comunitaria–, dado que precisamente venía a asumir una contradicción donde ningún otro órgano judicial la había apreciado, debía haber planteado, conforme a la doctrina del propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea para someter a la consideración del Tribunal de Luxemburgo las causas o motivos por los que, a su juicio, y fuera de los criterios interpretativos ya sentados previamente, podía ser incompatible un Derecho con el otro (SSTJCE de 24 de junio de 1969, asuntos Milch, Fett und Eierkontor; 29/68; y de 11 de junio de 1987, asunto Pretori di Salò, 14/86). Debe tenerse en cuenta, al efecto, que la existencia o inexistencia de una duda –a los efectos ahora considerados– no puede entenderse en términos de convicción subjetiva del juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho comunitario (una apreciación subjetiva) sino como inexistencia objetiva, clara y terminante, de duda alguna en su aplicación. No se trata, pues, de que no haya dudas razonables sino, simplemente, de que no haya duda alguna. Por ello el criterio expuesto por el Tribunal Supremo, unido al de los restantes órganos judiciales que se pronunciaban de forma concurrente en contra de la incompatibilidad, debía sembrar (sobre quién podía entender lo contrario) la duda suficiente en la materia como para generar la obligación de, antes de inaplicar el derecho interno por su supuesta contradicción, plantear la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 TCE. Cabe afirmar, en el mismo sentido, que la existencia de una previa Sentencia interpretativa del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no excusa del nuevo planteamiento de la cuestión prejudicial, cuando un órgano judicial utiliza los criterios interpretativos fijados en un sentido que conduce a una conclusión contraria a la expresada por los restantes órganos judiciales (...).»*

En esta misma línea restrictiva se expresa el Fundamento Jurídico Noveno de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 173/2002, de 9 de octubre.

*«(...) el eventual juicio de incompatibilidad de una norma legal interna con el Derecho comunitario no puede depender exclusivamente de un juicio subjetivo del aplicador de Derecho, esto es, de su propia autoridad, sino que debe estar revestido de ciertas cautelas y garantías, “tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es la expresión de la voluntad popular –como se declara en el Preámbulo de nuestra Constitución– y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España»*

Ha de añadirse además que este criterio se ha visto ratificado en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 232/2015, de 5 de noviembre de 2015 cuyo Fundamento Jurídico Quinto señala, de forma muy sintética y, precisamente, con cita de la Sentencia núm. 58/2004, que:

*«a) Que dejar de aplicar una ley interna, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, por entender un órgano jurisdiccional que esa ley es contraria al Derecho de la Unión Europea, sin plantear tampoco cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) si existe una “duda objetiva, clara y terminante” sobre esa supuesta contradicción (STC 58/2004, FFJJ 9 a 14)”;* añadiendo que *“b) Sin embargo, dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión (según la parte) no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria (...)»*

Y he aquí donde se pueden plantear las dudas sobre si la Directiva de Servicios es suficientemente clara, precisa e incondicional<sup>85</sup>. Desde nuestro punto de vista, y tal y como hemos analizado a lo largo de este trabajo, sí lo es.

## ii. El planteamiento de la cuestión prejudicial.

La segunda opción y la más sencilla para el juzgador, en caso de la existencia de una posible incompatibilidad de una norma nacional con la Directiva de servicios, sería plantear una cuestión prejudicial de las previstas en artículo 267 TFUE ante el TJUE. La viabilidad de esta posibilidad es clara y así lo ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional, entre otras, en sus Sentencias 29/1991, de 14 de febrero y 58/2004, de 19 de abril.

Así se estableció ya en la STJUE Factortame, de 19 de junio de 1990, ya citada a lo largo de esta exposición, y en la que el Tribunal de Justicia indicó que una jurisdicción nacional, en el marco de una cuestión prejudicial sobre la validez de una norma nacional, deberá suspender inmediatamente la aplicación de esta norma, a la espera de la solución preconizada por el Tribunal de Justicia y de la sentencia que el órgano jurisdiccional dicte al respecto en cuanto al fondo. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que corresponde al juez nacional hacer respetar el principio de primacía y por ello, éste puede, en caso de duda en cuanto a la aplicación del mismo, hacer uso del procedimiento prejudicial. Pero sólo cuando albergue dudas, porque en el caso de tener clara la contradicción, deberá proceder a la inaplicación de la normativa nacional.

---

<sup>85</sup> Dado que, como ya se dijo, en la sentencia Becker (sentencia de 19 de enero de 1982), el Tribunal de Justicia rechaza el efecto directo en cuanto los países poseen un margen de maniobra relativa a la aplicación de la disposición contemplada (sentencia de 12 de diciembre de 1990, Kaefer y Procacci), por muy mínima que sea aunque, a tenor de lo analizado hasta ahora, los preceptos de esta Directiva sí parecen lo suficientemente claros e incondicionales.

## V. CONSIDERACIONES FINALES.

La introducción del principio de Intervención Mínima en relación con la autorización para el ejercicio de una actividad o de un derecho, en el artículo 39 bis en la Ley 30/1992, a través de la Ley 25/2009 y la ratificación del mismo con la introducción del artículo 4 en la Ley 40/2015 de Procedimiento Administrativo, tienen una importancia capital en el ámbito regulatorio.

La preterición de la técnica autorizatoria previa, como procedimiento general de control para el desarrollo de una actividad o el ejercicio de un derecho, implica un cambio en la forma de entender la labor de control de la Administración. Esta regulación de fuerte inspiración comunitaria, es de alabar, desde nuestro punto de vista y sus efectos benéficos para facilitar la implantación de empresas en el territorio nacional, empiezan a vislumbrarse. Poco a poco, va calando en todos los operadores jurídicos, fundamentalmente, los administrativos y judiciales, la necesidad de poner en práctica el mismo. Sin embargo, falta mucho camino por recorrer para que se produzca una verdadera aplicación práctica de este principio.

Esperemos que con esta regulación concreta y detallada, el principio de intervención mínima tenga una implantación más real y los jueces y Tribunales lleven hasta sus últimas consecuencias los efectos de este principio, ahora legalmente establecido y anulen aquellas disposiciones limitativas de derechos que no tengan una fundamentación en los términos exigidos<sup>86</sup>.

## VI. BIBLIOGRAFÍA.

AEDO BARRENA, C. E., Régimen de responsabilidad de los Estados Miembros por el incumplimiento del Derecho Comunitario. *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*. Año 6, núm. 16, 2008. págs. 111-177.

BALLESTEROS MOFFA, L.A., Crisis del silencio administrativo negativo, Madrid, *Revista Digital Facultad de Derecho*, núm. 6, (*Ejemplar dedicado a Premios García Goyena XII Edición*, 2013, págs. 1-32.

---

<sup>86</sup> Afirmaba ya en el 2011 FERNÁNDEZ TORRES, analizando la trasposición de las Directivas a través de las Leyes 17 y 25 de 2009, que era necesario reflexionar sobre «la acomodación y ajuste de las mentalidades, estructuras burocráticas y viejas prácticas de las administraciones públicas a las nuevas formas de intervención, que reclaman que el acento se ponga a partir de ahora, no en la fase de control previo de las actividades de los particulares, sino más bien en las fases posteriores de verificación, investigación, inspección y sanción, lo que exige un revisión de prioridades y objetivos y una consecuente reasignación de medios personales, materiales y financieros, amén de un esfuerzo en el plano formativo del personal a su servicio y segundo, la posibilidad de la implantación de mecanismos y técnicas de autorregulación y control sucesivo habituales en la ordenación de importantes sectores económicos y la externalización parcial de la actividad administrativa de verificación, investigación e inspección en los control de acceso a la actividad de servicios y de desarrollo y práctica posteriores mediante la participación de entidades de certificación.» Vid. FERNÁNDEZ TORRES, J.R. Op. cit. pág. 109.

SERRANO CHAMIZO, J., VI Seminario de contratación pública: El efecto directo de las Directivas de contratación pública de 2014, *Observatorio de Contratación Pública*, págs. 1-8.

DE LA CUADRA SALCEDO JANINI, T., ¿Quo vadis Bokestein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007. págs. 237-280.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios: *La larga marcha por la libertad de empresa*, AAVV, XXV Edición del Libro Marrón, Madrid, Círculo de Empresarios, 2009. págs. 161-184.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007, págs. 189-197.

FERNANDEZ TORRES, J.R., Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y Declaración responsable, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42, 2011, págs. 85-113.

GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsables en la transposición de la Directiva de servicios. *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 11, octubre de 2010, págs. 255-293.

LOZANO CUTANDA, B., Ley ómnibus: Una revolución en las técnicas de intervención administrativa (silencio positivo) declaración responsable y comunicación previa, *Working Paper IE Law School*, AJ8-161, 25 de marzo de 2010, págs. 1-19.

MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., Otra virtualidad de las Directivas: su “efecto directo de exclusión”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 244, 2006, págs. 3-16.

MUÑOZ MACHADO, S., Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios: *Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios*. AAVV, Madrid, Círculo de Empresarios, 2009, págs. 297-326.

NOGUERA DE LA MUELA, B. & SARTORIO ALBALAT, S., Coordinadores del número monográfico: Els reptes de la Directiva de serveis: Presentació, (Retos de la Directiva de Servicios: Presentación), *Revista Catalana de Dret Públic*, núm 42.

PAREJO ALFONSO, L., La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein: la interiorización, con paraguas y en ómnibus de su impacto en nuestro sistema, en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, 2009, págs. 34-41.

PRIETO ROMERO, C. y GÓMEZ ALONSO, M., Informe con respecto a la nueva regulación de las licencias locales de actividad, *Cuadernos de Derecho local*, núm. 26. 26 de junio de 2011, págs. 193-207.

RAZQUÍN LIZARRAGA, J.A., El impacto de la Directiva de Servicios, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 49, Enero-Junio de 2010, págs. 98-99.

RIVERO ORTEGA, R., Reformas de Derecho Administrativo para 2010: la difícil transposición de la Directiva de Servicios en España, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 34, 2009, págs. 51-80.

SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M., La transposición de la Directiva de Servicios al Ordenamiento español. Especial referencia a los cambios previstos en la regulación del sector del gas natural, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 22, 2009.

SARMIENTO RODRÍGUEZ-ESCUADERO, D., Poder Judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisprudencial para la Unión. Ed. Civitas. Madrid. 2004.

URRIARTE TORREALDAY, R., Propiedad, libre empresa y trabajo: los derechos económicos en la Constitución Española y en el proyecto constitucional europeo. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, 2005, págs. 333-372.

VILLAFÁEZ GALLEGO, R., Primeras noticias jurisprudenciales de la Directiva de Servicios, *El Derecho.com, Lefebvre*, 16 de septiembre de 2015. [http://www.elderecho.com/administrativo/Primeras-jurisprudenciales-Directiva-servicios-EDB\\_11\\_480805003.html](http://www.elderecho.com/administrativo/Primeras-jurisprudenciales-Directiva-servicios-EDB_11_480805003.html)

ZAMBONINO PULITO, M., Apuntes de Derecho Administrativo I para la Licenciatura y el Grado en Derecho (Facultad de Derecho, Universidad de Cádiz).

- VARIOS AUTORES, El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, DE LA CUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (Director), Madrid, 2009, págs. 84-127.

## **RESUMEN**

El principio de Intervención Mínima, en cuanto a la autorización de actividades, se introdujo, en el Derecho Administrativo español, a través de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley 17/2009 sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. De esta manera, se incorporó a la Ley 30/1992 el artículo 39 bis. Un contenido similar se ha recogido en el artículo 4 de la Ley 40/2015 de Procedimiento Administrativo. La positividad de este principio ha supuesto cambios de importancia capital en el

ámbito regulatorio, entre los que destaca la reserva de la técnica autorizatoria previa, para casos excepcionales.

La sustitución de la técnica autorizatoria como mecanismo general de control para el inicio del desarrollo de una actividad, implica un cambio fundamental en la forma de entender la labor de control de la Administración. Sin embargo, es necesario que se produzca una verdadera aplicación práctica de este principio y, todavía, existe un largo camino por recorrer para que podamos decir que se está aplicando correctamente.

**PALABRAS CLAVE:** Principio – Autorización – Directiva europea – Servicios.

### ***ABSTRACT***

The principle of Minimum Intervention, regarding the authorization of activities, was introduced in Spanish Administrative Law, through Law 25/2009, of 22 December, amending various laws to adapt to the free access to service activities and its exercise Act. Thus, article 39 bis. was incorporated to Law 30/1992. A similar content has been introduced in Article 4 of Law 40/2015 which regulates the Administrative Procedure. The incorporation of this principle has led to changes of paramount importance in the regulatory environment, among which we can outline the change in the requirement of prior authorization, now required only for exceptional cases.

Modifying the prior authorization technique as a general control mechanism for initiating the development of an activity involves a fundamental change in the way we understand the control exercised by the Administration. However, it is still necessary a real and practical application of this principle and there is still a long way to go before we can say that is being applied correctly.

**KEY WORDS:** Principle – Authorization – European directives – Services.

