



CONSEJO DE ESTADO

Núm.: 779/2009

Tengo el honor de remitir a V. E. el dictamen emitido por el Consejo de Estado en el expediente de referencia, que adjunto se devuelve, recordándole al propio tiempo lo dispuesto en el artículo 7.4 del R. D. 1674/1980, de 18 de julio, sobre comunicación a este Consejo de la resolución que se adopte en definitiva.

Madrid, 21 de mayo de 2009

EL PRESIDENTE



CONSEJO DE ESTADO
REGISTRO GENERAL

22 May. 2009

Número. 779/2009 Hora. 10:13

SALIDA

EXCMA. SRA. VICEPRESIDENTA SEGUNDA DEL GOBIERNO Y
MINISTRA DE ECONOMÍA Y HACIENDA.



CONSEJO DE ESTADO

Nº: 779/2009

SEÑORES:

Rubio Llorente, Presidente
Lavilla Alsina
Sánchez del Corral y del Río
Manzanares Samaniego
Alonso García
Martín Oviedo, Secretario General

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 21 de mayo de 2009, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

"En cumplimiento de una Orden de V. E. de 8 de mayo de 2009, con registro de entrada el día 11 siguiente, el Consejo de Estado ha examinado con carácter urgente el expediente relativo al anteproyecto de Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley .../... sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

De los antecedentes remitidos resulta:

PRIMERO.- Contenido del anteproyecto

El anteproyecto sometido a consulta se inicia con una exposición de motivos que, en su primer apartado, hace referencia a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (cuyo anteproyecto se encuentra en fase de tramitación parlamentaria), que ha incorporado 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 (en adelante, Directiva de Servicios). Dicha ley fomenta 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 de la variedad y calidad de los servicios disponibles para empresas y ciudadanos.



CONSEJO DE ESTADO

Tal y como se recuerda a continuación, la referida norma incorpora al ordenamiento español los principios regulatorios compatibles con las libertades de establecimiento y de prestación de servicios e impone la supresión de las barreras y la reducción de las trabas que restringen injustificadamente el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. En particular, la ley exige analizar los instrumentos de intervención de las Administraciones públicas en este sector, a fin de determinar su conformidad con los principios de no discriminación, justificación por razones imperiosas de interés general y proporcionalidad, así como proceder a una simplificación de los procedimientos, evitando dilaciones innecesarias y reduciendo las cargas administrativas para los prestadores de servicios. Adicionalmente, se refuerzan las garantías de los consumidores y usuarios de los servicios, al obligar a los prestadores de servicios a actuar con transparencia, tanto respecto de la información que deben proveer como en materia de reclamaciones.

No obstante, para lograr una mejora significativa del marco regulatorio en este sector no basta con el establecimiento de los principios generales que deben regir la regulación actual y futura de las actividades de servicios, sino que resulta necesario proceder a un ejercicio de evaluación de toda la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y de su ejercicio para, en su caso, adecuarla a los principios que dicha ley establece.

M

A esta necesidad responde la ley proyectada, cuyo objetivo es doble: por un lado, pretende adaptar la normativa estatal de rango legal a lo dispuesto en la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en virtud del mandato contenido en su disposición final quinta; y por otro, se propone extender los principios de buena regulación a sectores no afectados por la Directiva de Servicios, con objeto de dinamizar en mayor medida el sector servicios y de alcanzar ganancias de competitividad en relación con nuestros socios europeos. Ello permitirá mejorar el entorno regulatorio del sector servicios y contribuirá a la supresión efectiva de requisitos o trabas no justificados o desproporcionados.

En su segundo apartado, la exposición de motivos describe de forma resumida la estructura y contenido de la ley.



La norma proyectada consta de una parte dispositiva, integrada por 47 artículos, distribuidos en seis títulos, tres disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una derogatoria y cinco disposiciones finales.

El título I, bajo la rúbrica "Medidas horizontales", contiene en sus cuatro capítulos las modificaciones que afectan de forma genérica a las actividades de servicios. En particular, el capítulo I ("Procedimiento administrativo") modifica la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en la que se incluye la regulación de las figuras de la comunicación y la declaración responsable y se generaliza el uso del silencio administrativo positivo) y la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. Se refuerza la normativa de defensa de los consumidores y usuarios en materia de reclamaciones, para lo cual se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (capítulo II, "Consumidores y usuarios de los servicios") y se adaptan diversas disposiciones sobre aspectos básicos de la regulación en materia de servicios profesionales, principalmente en lo que concierne a los Colegios Profesionales (capítulo III, "Servicios profesionales", que afecta a la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, y a la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales). Finalmente, se adoptan disposiciones relativas a las empresas y a la cooperación administrativa en el ámbito laboral y de Seguridad Social, modificándose a tal efecto el Real Decreto-ley 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales; la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales; la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; y la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (capítulo IV, "Actuaciones relativas a las empresas en el ámbito laboral y de Seguridad Social").

El título II ("Servicios industriales y de la construcción") se divide en dos capítulos que modifican la legislación relativa a la seguridad y calidad



CONSEJO DE ESTADO

industrial en materia de servicios prestados en el área de la instalación y mantenimiento de equipos, tratando de favorecer la reducción de cargas administrativas y de trabas desproporcionadas en el ejercicio de la actividad de las pequeñas y medianas empresas y de impulsar la simplificación de trámites. En particular, se modifican la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología; la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes; la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria; y la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada (capítulo I, "Servicios industriales"), así como la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, y la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción (capítulo II, "Servicios de la construcción").

Seguidamente, el título III, integrado por los artículos 17, 18 y 19, se dedica a los "Servicios energéticos". Además de modificar la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, elimina los regímenes de autorización para el ejercicio de las actividades de comercialización, en el ámbito de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. También elimina la obligación de inscripción en el Registro para los comercializadores y consumidores directos en mercado de electricidad y gas natural y suprime de todas las leyes del sector energético los requisitos que la Directiva declara prohibidos.

M

El título IV, bajo la rúbrica "Servicios de Transporte y Comunicaciones", incluye en su capítulo I ("Servicios de transporte") la modificación de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, y el articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, así como la de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, y de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general. En particular, elimina la intervención administrativa en materia de precios en el sector de los transportes y suprime la autorización administrativa específica para la instalación de estaciones de transporte y de centros de información y distribución de cargas, así como para el acceso a las actividades de arrendamiento de vehículos que se declara libre



CONSEJO DE ESTADO

y ejercicio de las mismas. Por su parte, el capítulo II ("Servicios de la información y comunicaciones"), modifica la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, y la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, a fin de adaptarlas a las disposiciones de la Directiva de Servicios y favorecer el acceso de los operadores al mercado postal y al de las telecomunicaciones.

Por su parte, el título V ("Servicios medioambientales y de agricultura") lleva a cabo la adaptación de diversas leyes a la Directiva de Servicios mediante la eliminación de ocho regímenes de autorización (cinco de los cuales se han sustituido por declaración responsable y uno por comunicación), la supresión de los requisitos prohibidos de carácter discriminatorio y las limitaciones territoriales y la inclusión del principio de concurrencia en los procedimientos de otorgamiento de autorizaciones o concesiones cuando se hace uso del dominio público. En concreto, este título comprende la modificación de las siguientes leyes relativas a los servicios medioambientales (capítulo I): Ley de 20 de febrero de 1942, por la que se regula el fomento y conservación de la pesca fluvial; Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza; Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias, y Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos; así como el texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio; Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes; Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales, y Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. En cuanto a los servicios de agricultura (capítulo II), se encuentran afectadas por esta modificación las leyes que a continuación se mencionan: Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado; Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal; Ley 30/2006, de 26 de julio, de semillas y plantas de vivero de recursos fitogenéticos; y Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y del Vino.

Por último, el título VI ("Otras medidas"), que comprende los artículos 40 a 47, incluye las modificaciones que afectan, entre otros, a los sectores de los servicios relacionados con la distribución e importación de labores del tabaco, las entidades de gestión de la propiedad intelectual y los servicios sanitarios. Así, se modifican el texto refundido de Tasas Fiscales,



CONSEJO DE ESTADO

aprobado por Decreto Legislativo 3059/1966, de 1 de diciembre; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril; la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria; el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios; la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias; la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; y la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales.

En cuanto al resto de las disposiciones que integran el anteproyecto, la disposición adicional primera elimina la autorización administrativa previa para la organización, celebración y desarrollo de combinaciones aleatorias con fines publicitarios o promocionales, siempre que la participación del público en estas actividades sea gratuita y no exista sobreprecio o tarificación adicional. Con ello se flexibilizan los instrumentos de promoción comercial. La disposición adicional segunda ("Sujetos inscritos en los registros administrativos en materia de energía eléctrica e hidrocarburos") aclara el régimen aplicable a los sujetos inscritos en los registros administrativos en materia de energía eléctrica e hidrocarburos, en tanto que la tercera ("Asesoramiento técnico en empresas de menos de diez trabajadores") se dirige a potenciar la asunción personal por el empresario de la gestión de la actividad preventiva, para lo cual contempla la aprobación de un plan de asistencia técnica al empresario por parte de la Administración. La disposición transitoria primera, bajo la rúbrica "Régimen transitorio", prevé que "lo establecido en esta ley sobre las condiciones de inicio de la actividad no será exigible a los prestadores autorizados o habilitados con anterioridad a su entrada en vigor" y añade que "la Administración competente realizará de oficio, en su caso, aquellas modificaciones que resulten necesarias para adecuar la inscripción de estos prestadores a los oportunos registros". Por su parte, la disposición transitoria segunda regula la "Aplicación de los requisitos previstos para el silencio administrativo desestimatorio regulado en normas preexistentes" y establece que "se entenderá que concurren causas justificativas de interés general en aquellos

my



CONSEJO DE ESTADO

procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley por normas con rango de ley o de Derecho comunitario europeo, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto". Y la disposición transitoria tercera contiene un mandato dirigido al Ministro de Trabajo e Inmigración de adaptar los procedimientos administrativos de autorización de servicios de prevención ajenos y entidades auditoras y declara aplicables, en tanto no se produzca tal adaptación, las previsiones del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, y la Orden de 27 de junio de 1997. La disposición derogatoria única declara derogadas "cuantas disposiciones de rango legal o reglamentario o estatutos de corporaciones profesionales y demás normas internas colegiales se opongan a lo dispuesto en esta ley". Por lo que se refiere a las disposiciones finales, la primera precisa los títulos competenciales a cuyo amparo se dicta la ley; la segunda indica que la ley incorpora parcialmente al ordenamiento jurídico español la Directiva de Servicios; y la tercera recoge las habilitaciones normativas necesarias para el desarrollo y aplicación de la ley. Seguidamente, la disposición final cuarta se refiere a la "Compensación de deudas en caso de responsabilidad por incumplimiento", estableciendo que las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus competencias incumplan lo dispuesto en la ley proyectada o en el Derecho comunitario afectado, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas, asumirán las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado, pudiendo compensar la Administración del Estado la deuda contraída por la Administración responsable con las cantidades que deba transferirla. Por último, la disposición final quinta, relativa a la entrada en vigor, preceptúa que la ley entrará en vigor en el plazo de treinta días a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, con excepción de lo previsto en el artículo 3 y en los apartados 7 y 12 del artículo 5, que entrarán en vigor el 27 de diciembre de 2009.

my

SEGUNDO.- Contenido del expediente

Integran el expediente las sucesivas versiones del anteproyecto sometido a consulta (incluida su versión definitiva, de fecha 8 de mayo de 2009) y la preceptiva memoria explicativa, en cuyo primer apartado se hace un completo análisis de la necesidad y oportunidad del anteproyecto de Ley y de su objeto y se



CONSEJO DE ESTADO

examinan algunas alternativas por las que podía optarse a la hora de llevar a cabo la transposición de la Directiva de Servicios -no se incluye expresamente la posibilidad, apuntada por este Consejo de Estado en su dictamen 99/2009, de 18 de marzo, al anteproyecto de Ley sobre libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios, de aprobar, a fin de lograr una adecuada adaptación de las normas autonómicas a la Directiva, una ley de armonización relativa al procedimiento a seguir, "fijando plazos estrictos y mecanismos de coordinación que permitan asegurar tanto el cumplimiento de esos plazos como la homogeneidad de los criterios que las Comunidades Autónomas utilizarán en el ejercicio de sus propias competencias"- . Asimismo, se examinan la estructura y contenido de la norma, se hace referencia al carácter básico de la ley, se resume el procedimiento de elaboración del anteproyecto, con indicación de las consultas realizadas, y se exponen las medidas idóneas para la implementación y evaluación de la norma.

El segundo apartado de este documento contiene las "memorias de impacto del anteproyecto de Ley", esto es, las memorias de impacto económico y presupuestario y el informe sobre impacto por razón de género. En particular, la memoria económica destaca la complejidad del análisis del impacto económico del anteproyecto, entre otras razones, por la dificultad de cuantificar su ámbito sectorial de aplicación, por la diversidad de agentes afectados y porque la aprobación de esta norma afectará al conjunto de la economía española. Tras examinar la caracterización del sector servicios en España, los problemas detectados en el marco regulador de las actividades de servicios y el potencial impacto económico del anteproyecto por sectores, concluye afirmando que "los efectos del anteproyecto son especialmente relevantes al suponer la eliminación [de] 44 regímenes de autorización (de los cuales 28 se han sustituido por declaración responsable y 16 se han eliminado completamente). Asimismo, se han suprimido 22 requisitos y 4 se han sustituido por otros menos restrictivos. Se han introducido en 22 leyes los principios del anteproyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio en lo referente a concurrencia en concesión de autorizaciones limitadas, libre prestación, simplificación de procedimientos, silencio positivo, entre otros (...). Finalmente, en 10 de las autorizaciones o habilitaciones que se mantienen se amplía la validez de las mismas a todo el territorio nacional".



CONSEJO DE ESTADO

La memoria presupuestaria, por su parte, tras indicar que los mayores costes serán los derivados de las obligaciones de simplificación administrativa y establecimiento de ventanilla única, pone de manifiesto "que, en gran medida, los elementos de coste identificados corresponden o se solapan con iniciativas ya en marcha y compromisos adquiridos y, por lo tanto, se están atendiendo con cargo a las dotaciones presupuestarias ordinarias". Paralelamente, la aprobación del anteproyecto "puede suponer también ahorros de coste para las distintas Administraciones Públicas", y una elevación de los ingresos públicos, previéndose un posible aumento de la recaudación a largo plazo que se estima en 5.593 millones de euros.

Por último, la memoria de impacto por razón de género hace un breve análisis del papel que desempeña en la actualidad la mujer en el sector servicios y de los resultados que esperan lograrse con la aprobación del anteproyecto. En particular, considera que habrá un aumento del empleo en actividades de servicios que favorecerá la incorporación de la mujer al mercado laboral, contribuyendo a aproximar las tasas de ocupación de mujeres y hombres a nivel agregado, así como un aumento de productividad y salarios reales de los trabajadores de servicios, que determinará un incremento de los salarios reales percibidos mayoritariamente por mujeres y una menor desigualdad de rentas salariales entre mujeres y hombres. Igualmente estima que la eliminación de barreras a la creación de nuevas empresas facilitará la incorporación de mujeres a la actividad empresarial y directiva en los sectores de servicios. La conclusión a la que llega el informe es que "desde la perspectiva de la contribución a los objetivos de las políticas de igualdad de oportunidades, (...) el efecto principal de la propuesta puede ser coadyuvar a la mejora de la presencia laboral de las mujeres en el conjunto de la economía, a través de la expansión de las oportunidades de empleo y creación de empresas en actividades de servicios".

Han informado el anteproyecto los Ministerios de Industria, Turismo y Comercio; Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino; Ciencia e Innovación; Defensa; Fomento; Interior; Sanidad y Consumo; Trabajo e Inmigración; Cultura; Justicia; y Administraciones Públicas.



CONSEJO DE ESTADO

Han mostrado su conformidad con el texto el Gabinete Técnico de la Subsecretaría del Ministerio de Economía y Hacienda, la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos del citado departamento, la Subsecretaría y la Dirección General de Tributos de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos, así como la Secretaría General de Presupuestos y la Inspección General de la Subsecretaría. Ha emitido informe la Secretaría General Técnica, que únicamente ha formulado observaciones de carácter formal.

Asimismo, han intervenido en el expediente la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional de Energía, el Consejo de Consumidores y Usuarios y el Consejo Económico y Social. Obran en el expediente los informes sobre las observaciones formuladas por estos organismos, en los que se resumen las razones por las que se aceptan o rechazan sus sugerencias. Igualmente, han sido consultadas la Comisión Nacional de Administración Local, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Permanente del Consejo Superior de Administración Electrónica, la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, el Consejo Asesor de Medio Ambiente y la Dirección General de Transporte Terrestre.

M
Se ha dado audiencia a las Comunidades Autónomas. Han formulado observaciones diversas Consejerías, Direcciones Generales, Departamentos y Subdirecciones Generales de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Illes Balears, Cataluña, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Madrid, País Vasco y Galicia, de la Comunidad Valenciana y del Principado de Asturias. Igualmente, se ha dado amplia audiencia a los sectores afectados.

Finalmente, integran el expediente varios cuadros en los que se resumen gran parte de las observaciones realizadas y, en algunos casos, las razones por las que se aceptan o rechazan, así como una nota explicativa en la que se describe el objeto de la ley proyectada y se exponen sucintamente los aspectos más destacables del anteproyecto. Asimismo, se ha incluido el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se solicita del Consejo de Estado la emisión del dictamen relativo al anteproyecto consultado con carácter urgente, en el plazo máximo de 9 días, de acuerdo con lo establecido en el artículo 19 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.



En tal estado de tramitación, el expediente fue remitido al Consejo de Estado para dictamen.

Estando el expediente en este Consejo, diversas entidades solicitaron audiencia, que resultó denegada, dada la urgencia con que ha de evacuarse el dictamen.

I.- Objeto y competencia

El expediente remitido se refiere al anteproyecto de Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley .../... sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (cuyo proyecto se encuentra actualmente en tramitación parlamentaria).

La Orden de remisión invoca, a efectos de determinar el carácter preceptivo del dictamen, el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, a cuyo tenor "el Consejo de Estado en Pleno deberá ser consultado en los siguientes asuntos: (...) 2. Anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo".

Además, el dictamen se solicita con carácter urgente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la referida Ley Orgánica, cuyo primer apartado dispone que "cuando en la orden de remisión de los expedientes se haga constar la urgencia del dictamen, el plazo máximo para su despacho será de quince días, salvo que el Gobierno o su Presidente fijen otro inferior". Añade el segundo apartado que "si el plazo fijado fuese inferior a diez días, la consulta será despachada por la Comisión Permanente, aun siendo competencia del Pleno, sin perjuicio del que el Gobierno pueda requerir ulteriormente el dictamen del Pleno", precepto este que resulta aplicable al presente caso, habida cuenta de que el Consejo de Ministros ha acordado solicitar al Consejo de Estado la emisión del dictamen en un plazo máximo de 9 días.

MM



CONSEJO DE ESTADO

Según señala el acuerdo que la Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Economía y Hacienda elevó al Consejo de Ministros, la brevedad del plazo responde a "la necesidad urgente de transponer la Directiva comunitaria (...) y a la conveniencia de poner en marcha todas las medidas que se contemplan, en el menor tiempo posible". Ello obliga a "agilizar al máximo la tramitación administrativa para conseguir que el proyecto tenga entrada en el Congreso de los Diputados a la mayor brevedad posible".

Desde una perspectiva general, es preciso traer a colación las observaciones realizadas tanto por el Tribunal Supremo como por este Consejo a propósito de la urgencia (dictamen 2.268/98, de 28 de junio). A este respecto, cabe reiterar lo ya indicado por este Consejo en su Memoria de 1990 y reiterado con posterioridad en algunos dictámenes (entre ellos, el dictamen 2.268/98, citado):

"Es importante elevar al Gobierno la preocupación del Consejo de Estado respecto de la conveniencia -si no necesidad- de que se haga un uso meditado y prudente de las declaraciones de urgencia. Esta observación se apoya, básicamente, en las siguientes razones:

- Las declaraciones de urgencia se suelen producir -según acredita una simple verificación estadística- en asuntos de especial complejidad y envergadura, en los que, por lo mismo, puede padecer más la calidad que el Consejo de Estado se esfuerza en mantener en sus dictámenes.

- No es insólito que la declaración final de urgencia recaiga en expedientes que han experimentado notoria lentitud en su tramitación anterior; ni lo es que se remita la documentación incompleta, obligando a su devolución en petición de antecedentes.

-Es característica de la Administración consultiva clásica la de operar con sosiego y reflexión, en un proceso no siempre rápido de maduración, que puede quedar frustrado si se trasladan al Consejo de Estado, en demasía, las exigencias y apremios propios de la Administración activa".



CONSEJO DE ESTADO

Como se ha indicado, también la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha hecho eco de esta preocupación. Así, en la Sentencia de 24 de julio de 1989 se señala lo siguiente:

"El de la urgencia es sin duda un concepto jurídico indeterminado lo que significa que su naturaleza no es discrecional sino reglada: no permite elegir entre varias soluciones igualmente justas, es decir, jurídicamente indiferentes, sino que sólo admite una única solución justa, sin perjuicio del margen de apreciación que se reconoce a la Administración en la zona de incertidumbre o penumbra que separa las zonas de certeza positiva y negativa.

(...) la urgencia alude a un supuesto en el que actuando rápidamente en el procedimiento ordinario, la solución, dada la duración de aquél, habría de llegar tarde: las circunstancias concurrentes demandan una decisión que con la tramitación general ya sería tardía. Se sacrifican las garantías ordinarias porque con ellas la solución ya no serviría para resolver el problema...".

M

Estas consideraciones cobran particular significación en este caso concreto, dada la propia naturaleza del expediente. En este sentido, es preciso destacar la gran importancia y alcance de las modificaciones que se pretende incorporar a través del anteproyecto sometido a consulta (y de las que se ha dejado constancia en antecedentes): baste mencionar, entre otras, la eliminación de numerosas autorizaciones, la introducción de nuevas figuras (declaración responsable y comunicación previa) o la profunda modificación del régimen jurídico aplicable a algunos sectores de actividad (Colegios Profesionales, sector eléctrico...).

II.- Tramitación del expediente

Por lo que se refiere a la tramitación del anteproyecto sometido a consulta y en el marco de lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, pueden considerarse atendidas las exigencias



CONSEJO DE ESTADO

de índole procedimental que deben seguirse para preparar, con las necesarias garantías, un texto normativo como el ahora examinado.

Constan en el expediente -y así se recoge en los antecedentes- las sucesivas versiones del anteproyecto sometido a consulta y las preceptivas memorias que lo acompañan, así como los informes de los distintos órganos y dependencias administrativas que han intervenido en su elaboración. Asimismo, se ha dado audiencia a las Comunidades Autónomas y a las entidades representativas de los sectores afectados y se han incorporado los escritos de observaciones remitidos por las distintas entidades que han intervenido en la tramitación del anteproyecto. La tramitación se completa con la incorporación de varios cuadros en los que se resumen muchas de las observaciones realizadas.

My
No obstante lo anterior, no puede dejar de ponerse de manifiesto que, tal vez como consecuencia de la excesiva celeridad con que se han elaborado el texto final remitido a este Consejo de Estado y las memorias que lo acompañan, se han detectado en ellas algunas erratas o incongruencias que deberían haberse evitado. A título de ejemplo y sin ánimo exhaustivo, cabe mencionar la referencia que en su página 44 hace la memoria justificativa a una disposición adicional cuarta que no ha sido incluida en la versión del texto remitida y a una disposición final tercera que tampoco aparece en dicha versión. Tampoco es correcta, en la mención que la memoria hace a la disposición final primera del anteproyecto, la afirmación de que tal disposición declara el carácter básico de la ley, ya que no se contiene dicha declaración, sino una enumeración de los títulos competenciales que sirven de base al anteproyecto.

III. Antecedentes normativos

El anteproyecto sometido a consulta trae causa de la Directiva de Servicios, cuyos principios pretenden ser incorporados al ordenamiento interno a través del proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, cuyo anteproyecto fue dictaminado por el Consejo de Estado en Pleno (dictamen 99/2009, de 18 de marzo).



Tal y como se puso de manifiesto en tal dictamen, la norma comunitaria, pieza clave en la estrategia comunitaria de impulso económico y consolidación del mercado interior instrumentados en el seno de la estrategia de Lisboa, pretende alcanzar un auténtico mercado interior de servicios en la Unión Europea a través de la eliminación de las barreras legales y administrativas que actualmente limitan el desarrollo de actividades de servicios entre Estados miembros. Para lograr tal fin, incluye una serie de principios y medidas dirigidos a alcanzar los siguientes objetivos:

- Facilitar la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en la Unión Europea, con previsión de un ámbito de aplicación amplio, en el que, con carácter general y sin perjuicio de la existencia de ciertos sectores excluidos y del reconocimiento de la especificidad de determinadas actividades, se incluyen todos los servicios prestados a cambio de una remuneración.
- Simplificar trámites y agilizar los procedimientos, impulsando una ventanilla única para la tramitación electrónica.
- Fomentar la calidad de los servicios. Entre los medios previstos en la norma comunitaria para lograr este objetivo, cabe destacar la certificación voluntaria de las actividades o la elaboración de cartas de calidad, así como la aprobación de códigos de conducta europeos.
- Reforzar los derechos de los destinatarios de los servicios en su calidad de usuarios de dichos servicios, formalizando el derecho de los destinatarios a utilizar los servicios de otros Estados miembros y a obtener información sobre las normas aplicables a ellos, independientemente de su lugar de establecimiento y de los servicios ofrecidos por un prestador de servicios.
- Establecer una cooperación administrativa efectiva entre los Estados miembros, a fin de garantizar un control eficaz de las actividades de servicios en la Unión Europea y, al mismo tiempo, evitar una multiplicación de los controles. Se crea un mecanismo de alerta entre Estados miembros y se prevé la

M



CONSEJO DE ESTADO

instauración de un sistema electrónico de intercambio de información entre Estados miembros.

En atención a los fines de la Directiva, el proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio incluye diversas medidas encaminadas a impulsar la mejora de la regulación del sector servicios, reduciendo las trabas injustificadas o desproporcionadas al acceso o al ejercicio de una actividad de servicios y proporcionando un entorno favorable y transparente a los agentes económicos. No obstante, tal y como reconoce la exposición de motivos, para lograr los objetivos perseguidos no basta con introducir los principios de la Directiva a través de una norma horizontal, sino que debe llevarse a cabo una labor de evaluación de la normativa reguladora del acceso y ejercicio de las actividades de servicios, de conformidad con los principios y criterios que la ley proyectada establece, modificando o derogando, en su caso, dicha normativa. De este modo, y como consecuencia del enfoque adoptado por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos a la hora de abordar la labor de transposición de la Directiva, que optó por realizar una incorporación en dos fases o niveles, "el proceso de transposición de la Directiva de Servicios no se agota con la aprobación de esta norma, sino que deberá continuar con la adecuación del actual marco normativo de las actividades de servicios a lo establecido en la Directiva y en el propio anteproyecto, en todos los ámbitos sectoriales y territoriales" (dictamen 99/2009, antes mencionado).

Pues bien, precisamente a esa necesidad de adaptar la legislación sectorial aplicable a las actividades afectadas por la Directiva de Servicios –en este caso, la estatal- responde el anteproyecto sometido a consulta que, no obstante, se propone ir más allá, al tratar de extender sus principios a otras actividades que no están incluidas en el ámbito de aplicación de la norma comunitaria.

IV. Alcance del anteproyecto

Tal y como ha quedado expuesto, el anteproyecto sometido a consulta persigue un doble objetivo. En primer lugar, pretende completar la transposición de la Directiva de Servicios y lograr la necesaria adaptación de la



CONSEJO DE ESTADO

regulación interna de las actividades de servicios por ella afectadas a esta Directiva comunitaria y la futura Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que actualmente se encuentra en fase de tramitación parlamentaria. A este respecto, ha de tenerse presente que la aprobación del anteproyecto de Ley sometido a consulta en los términos en que ha sido remitido a este Consejo depende en parte de que, a su vez, el texto del proyecto de ley con el que se ha contrastado no sufra modificaciones en la última fase de su tramitación en el Parlamento.

M

En segundo término, más allá de este propósito, la norma proyectada trata también de extender los principios de buena regulación propuestos por la Directiva a otras actividades no incluidas en su ámbito de aplicación, a fin de mejorar la competitividad y dinamizar en mayor medida la actividad económica. A tal efecto, el anteproyecto lleva a cabo una reforma estructural y en profundidad del sector servicios. Adopta así lo que en la memoria justificativa se denomina "enfoque ambicioso" y con arreglo a él acomete diversas modificaciones legislativas en sectores o actividades situados extramuros del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios, dirigidas a alcanzar una mayor simplificación de los procedimientos, reducir las trabas y cargas administrativas y eliminar los requisitos que no respeten los principios de no discriminación, justificación y proporcionalidad. Entre los sectores excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios y afectados por este anteproyecto cabe mencionar los de transportes, telecomunicaciones, seguridad y salud en el trabajo, profesiones sanitarias, costas, montes, caza, pesca fluvial, servicios portuarios, sanidad, seguridad vial y Seguridad Social, entre otros.

Pues bien, aun cuando, con carácter general, la aplicación extensiva de los principios y reglas contenidos en la Directiva de Servicios -e incorporados a nuestro ordenamiento a través de la futura Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio- a sectores de actividad excluidos de su ámbito de aplicación no es en sí misma objetable, sí debe reprocharse que tales modificaciones se incluyan en este anteproyecto. Y ello porque tales reformas no vienen impuestas por la obligación de incorporar la Directiva y, en consecuencia, no están sujetas al acuciante plazo de



CONSEJO DE ESTADO

transposición que sí opera respecto de las materias directamente afectadas por ella. En consecuencia, debería considerarse la posibilidad de posponer la modificación de tales normas, lo que sin duda permitiría un debate más reposado y una ponderación más sosegada de los intereses en juego. Ello es especialmente patente en relación con aquéllas que afectan a materias propias del Derecho Laboral. A este respecto, cabe recordar que la Directiva de Servicios excluye tales materias de su ámbito de aplicación y que el proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio declara que su contenido no afecta "a las disposiciones legales o reglamentarias en materia de empleo y condiciones de trabajo, incluidas la seguridad y salud en el trabajo, ni a las cláusulas contenidas en convenios colectivos o en contratos individuales de trabajo ni al ejercicio de derechos colectivos en el ámbito laboral, como el derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos y a emprender acciones de conflicto colectivo". A pesar de ello, el anteproyecto prevé en sus artículos 7 a 10 la modificación de numerosos preceptos de diversas normas de carácter laboral y de Seguridad Social, como son, en particular, el Real Decreto-ley 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Sin embargo, el anteproyecto no constituye el instrumento idóneo para llevar a cabo estas modificaciones, habida cuenta de que afectan directamente a cuestiones que forman parte del "Diálogo Social" y en cuyo contexto deberían ser objeto de discusión. Algo similar ocurre en el sector de los servicios de transporte y los servicios portuarios, especialmente si se tiene en cuenta que algunas de las normas que lo regulan se encuentran actualmente en proceso de revisión (baste mencionar el proyecto de Ley General de Navegación Marítima, el proyecto de Ley del Contrato de transporte terrestre de mercancías o el proyecto de Ley de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general), como también lo está la normativa aplicable al ámbito de la seguridad vial (texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo).

my



CONSEJO DE ESTADO

Cierto es que la mayoría de tales modificaciones responden a un mismo fin, ya mencionado, cual es el consistente en extender los principios de buena regulación que establece la Directiva de Servicios a otras actividades. Pero también lo es que la técnica de las leyes "ómnibus" ha sido tradicionalmente objetada por este Consejo de Estado, particularmente exigente con la necesidad de situar cada norma jurídica o modificación de la misma en las "*sedes materiae*" que, presupuesta la conformación del ordenamiento en su conjunto a partir de criterios lógicos y sistemáticos, sea su ubicación normal. Desde esta perspectiva, no se considera una solución correcta ni adecuada la de incluir en una misma norma cuestiones tan diferentes y diversas como las que se regulan en el anteproyecto, habida cuenta de que "el empleo de esta técnica legislativa no hace sino aumentar la dispersión normativa existente; dispersión que dificulta la aplicación de unas normas jurídicas que tienen como destinatarios principales, no solo a autoridades, funcionarios y profesionales del derecho, sino también a particulares" (dictamen 4.908/97). Por ello debe reiterarse una vez más que razones de técnica jurídica y de buena técnica legislativa aconsejan que las normas legales nazcan en el seno propio de la materia objeto de regulación y vivan dentro de ella hasta que sean sustituidas por otras.

M

En definitiva, con independencia de la valoración de las razones que pudieran hacer aconsejable la opción seguida por el anteproyecto consultado, el Consejo de Estado considera necesario poner de relieve la conveniencia de extraer de la norma consultada la modificación de leyes reguladoras de actividades o sectores excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios y proceder a su modificación en un momento ulterior. Ello permitiría aprovechar las ventajas, ya destacadas por este Consejo en su Memoria de 1999, "que, en fase de iniciativa, de tramitación y de expedición de nuevas normas jurídicas, se siguen de la primaria ponderación de la nueva norma y de la sosegada seriedad en el proceso de su elaboración, atendido el contexto del específico sector del ordenamiento jurídico al que naturalmente pertenece y en el que su inserción ha de desplegar primordialmente los efectos queridos".



CONSEJO DE ESTADO

V. La transposición al ordenamiento interno de la Directiva de Servicios y la aplicación de sus principios a sectores excluidos de su ámbito de aplicación

Tal y como se ha señalado, el anteproyecto consultado lleva a cabo una transposición parcial de la Directiva de Servicios y pretende incorporar los principios que la inspiran a sectores excluidos de su ámbito de aplicación. Para ello aborda la modificación de un total de 47 normas estatales con rango de ley. En líneas generales, estas modificaciones siguen las pautas marcadas por la norma comunitaria, sin perjuicio de lo cual se formulan las siguientes observaciones:

1.- Ante todo, debe advertirse que el anteproyecto no agota en modo alguno las posibilidades de regulación que la incorporación de los principios y medidas previstos en la Directiva de Servicios ofrece, sino que, a menudo, opta por incorporar un mandato general y abierto que deberá ser objeto de concreción posterior mediante normas reglamentarias. Por consiguiente, y a pesar de que el anteproyecto consultado responde a la necesidad de adoptar medidas concretas en aplicación de los principios de la Directiva y de la ley de transposición horizontal, una vez más será necesario, para lograr una plena incorporación de la norma comunitaria, acometer una labor de identificación y evaluación de la normativa afectada por ella –en este caso, en el nivel reglamentario-, para posteriormente modificarla, a fin de adecuarla a los preceptos de la Directiva. Precisamente por ello resulta imprescindible recordar, una vez más, la importancia de proceder en estos casos a la elaboración *pari passu* y a la aprobación, en el más breve plazo posible, de las normas precisas para dar cumplimiento a la Directiva (que así lo exige, además, en su artículo 44), pues en tanto no tenga lugar su adaptación, el nuevo régimen de acceso a las actividades de servicios y de ejercicio de las mismas resultará incompleto. Por lo demás, aun cuando la remisión al reglamento de la regulación de cuestiones concretas no sólo no es en sí misma objetable, sino que incluso, en muchos casos, resulta técnicamente adecuada, no puede dejar de recordarse la necesidad de que las remisiones contenidas en las leyes no sean genéricas o abiertas e incorporen los criterios que han de presidir la regulación por parte del reglamento de las materias deferidas.

M



CONSEJO DE ESTADO

Deberían, pues, revisarse cuidadosamente las normas en que se contienen tales remisiones, a fin de incluir en ellas las pautas que deban guiar la labor reglamentaria (pueden mencionarse como ejemplo los artículos 46 y 82 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, modificados por el artículo 19 del anteproyecto, o el artículo 65 de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal, a la que se refiere el artículo 37 del anteproyecto).

2.- En segundo término, ha de destacarse que el anteproyecto atiende de manera desigual a los distintos objetivos o pilares de la norma comunitaria. Ello se debe a que el centro de gravedad de la regulación proyectada lo constituyen la eliminación de trabas o cargas administrativas y la supresión de numerosos regímenes de autorización, en ocasiones sustituidos por otros menos gravosos, como son la obligación de presentar una declaración responsable (telecomunicaciones, vías pecuarias, mercado del tabaco, prevención de riesgos laborales...) o una comunicación previa (servicios postales, autoescuelas que impartan exclusivamente clases teóricas...). Sin embargo, estas medidas no siempre van acompañadas del correspondiente aumento de los mecanismos de control *a posteriori* de la actividad, ni de un correlativo refuerzo de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios o del fomento de la calidad de los servicios. Sin ánimo exhaustivo, pueden mencionarse algunos ejemplos que ilustran esta observación:

my

- En primer lugar, puede mencionarse el artículo 24 del anteproyecto, que modifica la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general: en su apartado uno, da nueva redacción al artículo 89.3 y elimina la obligación de presentar el justificante acreditativo de estar al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social. Con ello se suprime un requisito burocrático que resta agilidad al procedimiento de otorgamiento de la autorización de prestación de servicios comerciales en el ámbito portuario y, en consecuencia, se simplifica el procedimiento administrativo. No obstante, la eliminación de tal requisito, cuya exigencia constituye práctica habitual en el ámbito administrativo, no lleva aparejada ninguna medida alternativa de control de la idoneidad para ser titular de una autorización de prestación de servicio por parte de quien solicita su otorgamiento.



CONSEJO DE ESTADO

- Cabe también citar el caso del artículo 39 del anteproyecto, relativo a la modificación de la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y del Vino, consistente, entre otras cosas, en la supresión de los apartados 5 y 7 del artículo 25, dedicado a los "Órganos de gestión de los vinos de calidad producidos en una región determinada". En particular, se elimina la exigencia de autorización previa al inicio de la actividad, sin prever ningún mecanismo de control del acceso a esta actividad o de control *a posteriori*. Además, dejan de exigirse la falta de ánimo de lucro y la representatividad de los intereses económicos y sociales, lo cual ha sido objetado a lo largo de la tramitación del expediente, por considerarse que se trata de una exigencia que contribuye a garantizar la calidad de los productos. Por lo demás, la opción de eliminar el requisito de falta de ánimo de lucro en este ámbito contrasta con la seguida en materia de propiedad intelectual, pues en este caso se ha mantenido, alegándose como justificación a su mantenimiento que constituye un requisito justo y proporcionado, que permite una mayor protección del bien jurídico afectado.

M

- Otro ejemplo es el de las novedades que el artículo 18 del anteproyecto introduce en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. En particular, se eliminan ciertas autorizaciones (para comercializadores y consumidores directos en mercado), por considerar que se apartan de lo dispuesto en la Directiva de Servicios, lo cual ha sido muy discutido por varias de las entidades y organismos que han intervenido en la tramitación del anteproyecto, en la medida en que las actividades energéticas constituyen actividades de interés económico general, en las que están implicados intereses de muy diversa índole, entre ellos, la protección de los consumidores y usuarios. Se ha alegado, además, que el régimen de autorizaciones existentes en este ámbito respeta los requisitos exigidos por la norma comunitaria, a saber: está justificado por razones de interés general, es proporcionado al ejercicio de la actividad que se autoriza, no incorpora especiales trabas y se rige por los principios de objetividad, transparencia y no discriminación. Sin entrar ahora a valorar la conveniencia y oportunidad de sustituir el requisito de la autorización previa por el de mera comunicación (en este caso, ni siquiera previa), es lo cierto que esta "desregulación" del sector eléctrico debería ir acompañada de la introducción de mecanismos eficaces de control que permitieran garantizar la protección de los consumidores y asegurar



CONSEJO DE ESTADO

la calidad del servicio. A este respecto, lo único que el anteproyecto prevé es la exigencia de prestación de garantía, la obligación de resolver las quejas que se planteen y la ya mencionada de comunicación de inicio de la actividad y cumplimiento de los requisitos que para ello se exijan. Llama la atención que ni siquiera se imponga al prestador, con carácter general, la obligación de acreditar el cumplimiento de tales requisitos, lo cual únicamente deberá hacer cuando sea expresamente requerido para ello por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. E igualmente sorprende que se haya eliminado el Registro de comercializadores y consumidores directos en mercado pues, aun cuando tal medida es coherente con la eliminación de la correspondiente autorización, no deja de ser un instrumento de control eficaz, cuya eliminación no lleva aparejada la inclusión de ningún mecanismo de supervisión alternativo. Podría haberse optado por la solución seguida en otros ámbitos, como por ejemplo, el de los servicios postales: en este sector, se ha eliminado igualmente la autorización (sustituida aquí por una declaración responsable), pero se mantiene la obligación de inscribir los datos de los prestadores de servicios postales en el Registro General de Empresas Prestadoras de Servicios Postales (si bien se trata de un inscripción que se practicará de oficio por la Comisión Nacional del Sector Postal, lo cual constituye una novedad que se alinea con los fines de la Directiva de Servicios de eliminar trabas o cargas injustificadas). Dicha previsión podría extenderse al ámbito del Sector Eléctrico o a otros supuestos.

MM

3.- Desde otra perspectiva, cabe objetar el que la regulación proyectada sea en ciertos puntos abierta e imprecisa y que no siempre se sigan criterios homogéneos a la hora de regular algunas materias. Ello se advierte, por ejemplo, en la regulación de las figuras de la declaración responsable y la comunicación previa. Dejando a un lado los motivos que han llevado a exigir en cada caso una u otra modalidad de control –algo que no se ha aclarado ni justificado a lo largo de la tramitación del anteproyecto-, cabe mencionar algunas de las cuestiones que deberían ser objeto de un tratamiento más acabado por parte de la norma en proyecto:

- En primer lugar, llama la atención el que en algunos casos se detallen los requisitos que deben reunir la declaración o comunicación y en otros no se regule esta cuestión, ni se establezcan los criterios que, en su caso,



CONSEJO DE ESTADO

m

puedan orientar la determinación de tales requisitos por vía reglamentaria. Ciertamente es que el nuevo artículo 71 bis que pretende introducirse en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ya hace referencia a las manifestaciones que deben incluirse en dichas declaraciones o comunicaciones; pero igualmente lo es que, a pesar de ello, en algunos casos sí se especifican los documentos que deben acompañar a tales manifestaciones o los extremos sobre los que han de versar, mientras que en otros se omite tal especificación. Sería útil incluir estas previsiones allí donde no se han regulado, pues debe procurarse que la regulación de esta materia, que constituye una novedad en nuestro ordenamiento, sea lo más completa y clara posible. Así, el artículo 8 de la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología, al que da nueva redacción el artículo 11.Dos del anteproyecto, establece que "las personas o entidades a que se hace referencia en el apartado anterior deberán, con anterioridad al inicio de la actividad, presentar al Registro de Control Metrológico una declaración responsable sobre la disponibilidad de los medios técnicos y el cumplimiento de los requisitos relativos a los procedimientos de trabajo y cualificación técnica profesional en los términos que se determinen reglamentariamente". Igualmente, el nuevo artículo 42.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, prevé que la declaración verse sobre el cumplimiento de los requisitos relativos a la capacidad técnica para el ejercicio de la actividad, medios técnicos y cobertura mínima del seguro "en los términos que se determinen reglamentariamente". En cambio, nada se dice, por ejemplo, en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, o en el artículo 65 de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal, como tampoco se hace en la modificación que afecta al texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, ni en la de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias.

- En segundo término, existen supuestos en los que se regulan expresamente las consecuencias derivadas de la inclusión en la declaración responsable de datos falsos o incorrectos (artículo octavo.2 de la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología, modificado por el artículo 11.Dos del anteproyecto o el artículo 31.2.k) de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria,



CONSEJO DE ESTADO

según el artículo 13. Seis del anteproyecto). En la mayoría, sin embargo, se prescinde de incluir una mención a las consecuencias que se derivan de la inexactitud, falsedad u omisión de datos (por ejemplo, en materia de vías pecuarias, aguas, pesca marítima o telecomunicaciones). Y aun cuando una vez más se trata de una cuestión prevista en el proyectado artículo 71 bis de la Ley 30/1992, no puede ignorarse que sería útil contar con una regulación expresa de esta materia en cada una de las leyes que prevén estas figuras, que deberían, además, modular las sanciones en atención a la irregularidad cometida, pues ciertamente no puede equipararse, con carácter general, la gravedad que supone la falsedad con la que conlleva una mera incorrección o inexactitud. La regulación de estos extremos en las leyes sectoriales en cada caso aplicables no sólo es más correcta desde el punto de vista de la técnica legislativa, sino también necesaria para salvaguardar el principio de seguridad jurídica, que debe protegerse de modo especial en el ámbito sancionador.

My - Cuestión distinta de la anterior, pero conectada con ella, es la falta de tipificación, con carácter general, del incumplimiento de la obligación de presentar declaración responsable o comunicación previa o, más correctamente, del inicio o ejercicio de una actividad cuando no se ha cumplido con la obligación previa de presentar la declaración responsable o comunicación, en los casos en que se imponga dicha presentación (y ello con independencia de que se cumplan los demás requisitos exigidos por la norma aplicable). Así, por ejemplo, en relación con la modificación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, operada por el artículo 18 del anteproyecto, en el que se han eliminado varias autorizaciones y se ha introducido la figura de la comunicación, se ha sugerido la posibilidad de imponer alguna sanción a quien incumpla la obligación de comunicar el inicio o cese de la actividad, del mismo modo que hasta ahora se sancionaba el ejercicio de la actividad sin autorización que habilitara a ello. El órgano de elaboración ha alegado que la referida ley ya permite sancionar a quien, habiendo omitido la comunicación, ejerza la actividad sin respetar los requisitos exigidos para ello. Ha de hacerse notar, sin embargo, que en tal caso lo que se sanciona no es la falta de comunicación, sino el desarrollo de la actividad sin cumplir los requisitos a ella aplicables -lo cual es independiente de que se haya procedido o no a efectuar la comunicación-. Y sucede que, efectivamente,



CONSEJO DE ESTADO

debería tipificarse como infracción autónoma el inicio o ejercicio de una actividad sin haber realizado la comunicación (o, en su caso, declaración) en los casos en que la ley impone esta modalidad de control. Y ello porque, de lo contrario, esto es, si no se desencadenasen consecuencias sancionadoras para quien omite la obligación de comunicación o declaración, y, a pesar de ello, inicia su actividad, no tendría sentido exigir su presentación. Uno de cuyos efectos es, precisamente, la posibilidad de que la Administración realice actividades de control y comprobación a posteriori. No puede haber una auténtica obligación si del incumplimiento de la misma no se derivan consecuencias para el sujeto que ha incumplido. Por consiguiente, debería preverse en las leyes afectadas la tipificación del ejercicio de una actividad sujeta a declaración o comunicación sin haber realizado tales manifestaciones, aun cuando no se incumpla ninguno de los restantes requisitos que para tal ejercicio se prevean. Así se hace, de hecho, en el nuevo artículo 31.2.l) de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, o en el proyectado artículo 13.3.c) de la Ley 3/1985, de 18 de marzo de Metrología. Podrían, pues, preverse reglas similares en el resto de las normas en las que se incluyen estas figuras:

M

- A fin de lograr que la regulación de estas figuras sea lo más completa posible, podría establecerse en las normas que las recogen la obligación de poner en conocimiento de la autoridad competente, una vez que se ha efectuado la declaración o comunicación, cualquier cambio que afecte a la información o a los datos incluidos en ellas. Únicamente lo prevé la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología, en su artículo octavo.2 (artículo 11 del anteproyecto). Además, en relación con los efectos de la presentación de la declaración o comunicación debería contemplarse de forma clara la posibilidad de establecer legalmente un plazo entre dicha presentación y el inicio de la actividad, así como preverse la imposibilidad de iniciar tal actividad cuando, habiendo sido presentada la declaración o comunicación, no se haya comenzado a prestar el servicio en un determinado plazo de tiempo. Sobre esta cuestión se volverá en la letra b) del siguiente apartado.

- Finalmente, cabe mencionar que en algunos casos se regula la inscripción de la declaración o comunicación en algún Registro, la cual, con carácter general, será practicada de oficio por la autoridad competente y no



CONSEJO DE ESTADO

afectará a la posibilidad de que el interesado pueda iniciar su actividad (por ejemplo, el artículo 4.2.b) de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, o el artículo 42.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones). Ello sin duda evitará que las hipotéticas dilaciones que puedan concurrir en el procedimiento de inscripción impidan al interesado comenzar a prestar el correspondiente servicio. No está claro, sin embargo, si en tales supuestos la inscripción tendrá carácter automático o si, por el contrario, la autoridad competente tiene la obligación de comprobar con carácter previo que la declaración o comunicación cumple los requisitos exigidos para su validez y de, en su caso, requerir al interesado para que subsane los defectos o errores en que haya podido incluir o, en caso de que no lo haga, denegar la inscripción. Por consiguiente, se sugiere introducir en los supuestos afectados alguna norma que regule estos extremos.

4.- En estrecha relación con lo anterior, pueden mencionarse algunos otros ejemplos de preceptos que introducen una regulación confusa, que puede incluso llegar a plantear dudas acerca de su compatibilidad con la Directiva de Servicios. Especial atención merece, en este sentido, el artículo 31 del anteproyecto, que modifica la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, cuyo artículo 13.1, en la redacción proyectada, hace referencia en su primer párrafo, al régimen de autorización al que están sometidas "las instalaciones donde vayan a desarrollarse actividades de valorización o eliminación de residuos", y establece en el segundo que "asimismo deberán obtener autorización las personas físicas o jurídicas que realicen actividades de valorización y eliminación de residuos previa comprobación de que las instalaciones donde se van a realizar dispongan de la autorización indicada en el párrafo anterior o bien de autorización ambiental integrada". Parece, pues, que se introduce un régimen de doble autorización (para las instalaciones y para las personas), que se aparta del actualmente vigente, en el que sólo se exige autorización para las actividades (artículo 13 de la ley y artículo 23.1 de la Directiva 2008/98/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas directivas). Por consiguiente, debe modificarse este artículo, a fin de dejar claro cuál es el régimen de autorización que pretende introducirse y, en su caso,

my



CONSEJO DE ESTADO

justificar adecuadamente la introducción de un régimen dual, que se aparta de los fines de la Directiva de Servicios.

5.- Existen además supuestos en los que el resultado de la modificación va más allá de los objetivos que pretende alcanzar la Directiva. Tal es el caso de la modificación que el artículo 17 del anteproyecto introduce en la Ley 22/1973 de 21 de julio, de Minas, consistente en suprimir diversos preceptos de la norma. En particular, se elimina el artículo 91, que establece lo siguiente:

"1. Cuando se trate de materias primas minerales de interés estratégico, sólo se podrán otorgar derechos mineros a personas físicas de nacionalidad española o Sociedades cuyo capital social sea español en su totalidad.

La declaración de materias primas de interés estratégico corresponde al Consejo de Ministros.

M

2. Las Empresas nacionales o extranjeras que fueran titulares de concesiones mineras, de materias primas minerales, cuando éstas fuesen declaradas de interés estratégico, vendrán obligadas a suministrar al Estado, en la cuantía, precio y forma que reglamentariamente se determine, las cantidades necesarias por razones de seguridad, así como a mantener los *stocks* estratégicos que, también reglamentariamente, se fijen en cada caso".

Así pues, se eliminan la reserva de derechos mineros a nacionales españoles prevista en el apartado 1 -de modo que podrán ser titulares de tales derechos mineros todos lo no nacionales, sean o no de Estados miembros de la Unión Europea- y los requisitos que se imponen a las empresas nacionales o extranjeras titulares de concesiones mineras de determinadas materias primas, medidas que no vienen impuestas por la Directiva de Servicios, que no afecta a este ámbito concreto. Ciertamente -ya se ha señalado reiteradamente- que el anteproyecto busca aplicar sus principios a otras actividades y que la Directiva busca una simplificación de los procedimientos administrativos y reducción de las trabas injustificadas, lo que



CONSEJO DE ESTADO

sin duda podría justificar la supresión del apartado 2. Y también que la norma comunitaria pretende equiparar el tratamiento de los nacionales al de los de los demás Estados miembros y que, en línea con este planteamiento, podría eliminarse la referida reserva. Pero, precisamente por ello, si lo que se quiere es lograr tal equiparación, bastaría con modificar el apartado 1, para incluir en él a los nacionales de otros Estados miembros, sin que consten en el expediente los motivos por los que, en lugar de modificarse, se ha suprimido tal apartado.

Esta observación resulta igualmente aplicable a la previsión incluida en los artículos 50.4 y 98.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (artículo 19 del anteproyecto), que imponen a determinados sujetos la obligación de constituir determinadas reservas "en países de la Agencia Internacional de Energía", en lugar de referirse únicamente a los Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo.

M
Al margen de estos ejemplos, se ha suscitado en el expediente y también ante este Consejo de Estado la cuestión relativa a las modificaciones introducidas en la Ley de Colegios Profesionales de 1974 (Ley 2/1974, de 13 de febrero) y a la posible falta de obligatoriedad de las mismas derivada de la Directiva de Servicios.

La magnitud de la reforma es, sin duda, considerable, porque afecta a la práctica totalidad de sus 9 preceptos e introduce otros tantos, además de imponer modificaciones de calado en su tradicional régimen jurídico y de funcionamiento. Así lo revelan las cuestiones afectadas (fines esenciales de los Colegios Profesionales, régimen de colegiación, creación por las Comunidades Autónomas de Colegios Profesionales de adscripción obligatoria, eliminación de la comunicación profesional, modificación del régimen de comunicaciones comerciales y del visado colegial, introducción de formas societarias de ejercicio profesional, eliminación general de los baremos orientativos de honorarios profesionales o régimen de ejercicio multiprofesional de actividades profesionales, entre otras). Aun cuando podría argumentarse que no todas se integran en lo que podría considerarse la garantía institucional de los Colegios Profesionales, son materias que han venido formando parte de



CONSEJO DE ESTADO

su régimen jurídico legal y de las disposiciones que han aprobado los propios Colegios en uso de sus potestades normativas.

Obvio es que el régimen de los Colegios Profesionales tiene el límite que marca el artículo 36 de la Constitución, que encomienda a la ley la regulación de las peculiaridades propias de estas Corporaciones de Derecho Público y del ejercicio de las profesiones tituladas. Por ello, es el legislador el que debe establecer primariamente esas particularidades, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia (STC 83/1984, 42/1986, 93/1992 y 111/1993, entre otras; STS de 9 de diciembre de 1998 y de 17 de junio de 2005, entre otras).

Desde esta perspectiva, aun cuando las modificaciones que se proyecta introducir en la Ley de Colegios Profesionales hayan sido discutidas por numerosos Consejos Generales y Colegios, ha de señalarse que, en líneas generales, encuentran acomodo en el esquema descrito. Cuestión distinta es que tales modificaciones vengan directamente exigidas por la Directiva de Servicios y el proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Y ello porque estas disposiciones regulan cuestiones como las comunicaciones comerciales y las actividades multiprofesionales (en sus respectivos artículos 24 y 25) y configuran como "requisito de aplicación excepcional sujeto a evaluación previa", por la normativa de acceso y ejercicio de las actividades de servicios, el consistente en que se supediten ese acceso o ejercicio a "tarifas obligatorias mínimas y/o máximas que el prestador debe respetar" (artículo 15.2.g) de la Directiva) o a "restricciones a la libertad de precios, tales como tarifas mínimas o máximas, o limitaciones a los descuentos" (artículo 11.1.g) del proyecto de Ley). A este respecto, añade la Directiva, "la evaluación de la compatibilidad de las tarifas fijas mínimas o máximas con la libertad de establecimiento se refiere solo a las tarifas impuestas por las autoridades competentes para la prestación específica de determinados servicios" (Considerando 73). Esta descripción de las "tarifas" cuya compatibilidad con la libertad de establecimiento debe ser examinada presenta ciertas diferencias con los baremos orientativos cuya eliminación general propugna el anteproyecto (supresión del artículo 5.º y nuevo artículo 18 de la Ley de Colegios Profesionales). Pero, aun cuando, según se ha indicado,



CONSEJO DE ESTADO

muchas de las reformas introducidas por la regulación proyectada no vienen impuestas por la norma comunitaria, lo cierto es que el novedoso régimen que en este ámbito introduce el anteproyecto no resulta objetable desde el punto de vista de su conformidad con el precepto constitucional.

Sin perjuicio de esta afirmación, es preciso poner de manifiesto las dudas que a este respecto ha planteado la modificación introducida por el anteproyecto en el artículo 3.3, párrafo segundo, de la Ley 2/1974, pues se ha alegado que viene a dar carta de naturaleza a los Colegios Autonómicos de adscripción obligatoria, dejando así en manos del legislador autonómico la determinación del requisito de la colegiación obligatoria, materia que, en principio, corresponde al legislador estatal, en uso de la competencia exclusiva del artículo 149.1.18 de la Constitución (como puede deducirse de la STC 330/1994). Por consiguiente, debería precisarse esta cuestión en la nueva regulación y dejar claro que se trata de una materia sujeta a regulación por ley estatal y que se respeta el principio de colegiación única.

6.- Debe mencionarse también un supuesto concreto de interpretación errónea de lo dispuesto en la Directiva de Servicios, relacionado con la eliminación de los requisitos de solvencia económica y financiera.

Así, en su artículo 13.Cuatro, el anteproyecto modifica el artículo 15 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, al que da la siguiente redacción:

"1. Los Organismos de Control son aquellas personas naturales o jurídicas, que teniendo capacidad de obrar, dispongan de los medios técnicos e imparcialidad necesaria para realizar su cometido y cumplan las disposiciones técnicas que se dicten con carácter estatal a fin de su reconocimiento en el ámbito de la Comunidad Europea...".

Llama la atención que, al regular los organismos de control, se elimine la exigencia de que dispongan de "la solvencia financiera necesaria para realizar su cometido", que sí se recoge en la redacción vigente.



CONSEJO DE ESTADO

En la misma línea, al modificar la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, se suprime la obligación de garantizar la capacidad económica necesaria para acometer la actividad propuesta (artículo 40.1, modificado por el artículo 18.Cuatro del anteproyecto). Igualmente desaparece este requisito de los artículos 42.3 y 45.2 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de hidrocarburos (artículo 19 del anteproyecto). Pueden mencionarse otros ejemplos similares. Así, en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, se elimina la obligación de aportar los documentos que acrediten la solvencia económica precisa para hacer frente a las obligaciones resultantes de la concesión para la ocupación del dominio público portuario (artículo 109.1.b) de la ley, modificado por el artículo 24.Dos del anteproyecto).

M

A lo largo de la tramitación del expediente, se ha objetado esta opción de eliminar, allí donde actualmente son exigidos, los requisitos relativos a la necesidad de acreditar una determinada capacidad o solvencia económica o financiera. Dicha supresión se ha justificado sobre la base de la prohibición de los requisitos económicos que establece la Directiva de Servicios en el apartado 5 de su artículo 14 ("requisitos prohibidos"). En particular, prohíbe supeditar el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio a la exigencia de una prueba económica consistente en someter "la concesión de una autorización a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente" (apartado 5). La futura Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio incorpora este precepto a través de su artículo 10.e).

Ahora bien, en opinión del Consejo de Estado, lo que estas normas prohíben es condicionar el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio a la demostración de que tal actividad cubre una determinada necesidad económica o satisface una concreta demanda en el mercado, o va a reportar determinados beneficios. En otras palabras, se trata de requisitos que afectan a la propia actividad que pretende desarrollarse, no a la capacidad del prestador. Por ello, la prohibición de estos requisitos no excluye la posibilidad de exigir que aquel que



CONSEJO DE ESTADO

se proponga iniciar una actividad de servicios acredite que posee la solvencia económica o financiera necesaria para hacer frente a los gastos inherentes a ella o a las obligaciones que puedan derivarse de su ejercicio. De hecho, el cumplimiento de este requisito constituye una garantía, al menos indiciaria, de que el prestador del servicio es merecedor de crédito y tiene capacidad para asumir económicamente el desempeño de su actividad y las obligaciones derivadas de ello. Precisamente por esta razón, viene impuesto expresamente por diversas normas comunitarias, algunas de las cuales inciden en alguno de los sectores incluidos en el anteproyecto y a los que acaba de hacerse referencia. Tal es el caso de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, o de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

my
A la vista de lo anterior, debe concluirse que la eliminación de estos requisitos no viene impuesta por la Directiva de Servicios. Por consiguiente, dado que se trata de una garantía para los consumidores y usuarios del servicio y de un modo de asegurar la calidad del mismo, debería valorarse la posibilidad de mantener su exigencia.

7. Por último, debe tenerse en cuenta que la Directiva de Servicios establece que sus preceptos no pueden interpretarse, transponerse, ni aplicarse de modo contrario a lo que dispongan las normas que afectan a la regulación sectorial del propio Derecho comunitario, lo cual obviamente debe también aplicarse a requisitos procedimentales, de autorizaciones o de otro tipo que existan conforme al mismo (artículo 3). En el mismo sentido, el proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio dispone en su artículo 2.4 que "en caso de conflicto entre las disposiciones de esta ley y otras disposiciones que regulen el acceso a una determinada actividad de servicios o su ejercicio en aplicación de normativa comunitaria, prevalecerán estas últimas en aquellos aspectos expresamente previstos en la normativa comunitaria de la que traigan causa".



CONSEJO DE ESTADO

Desde esta perspectiva, debe tenerse en cuenta que hay actualmente en el ordenamiento español requisitos meramente procedimentales exigidos sin duda alguna por el Derecho comunitario y tratados internacionales ratificados por España, cuya instrumentación jurídica consiste en introducir ciertas actuaciones en un procedimiento principal instrumentado como procedimiento administrativo de autorización de una actividad. Tal es el caso de las evaluaciones de impacto ambiental (ordinarias, simplificadas o consistentes en meros informes, máxime cuando se han suprimido las licencias de actividades y apertura a nivel estatal en la legislación reciente, por haberlas sustituido muchas Comunidades por informes previos) o de las evaluaciones de riesgos (para la salud o el medio ambiente).

M

Pues bien, ha de tenerse en cuenta que algunas de las actividades afectadas por la Directiva de Servicios se encuentran sometidas, por imposición del Derecho comunitario y la legislación estatal y autonómica de transposición del mismo, a evaluación de impacto ambiental o de riesgos (previas a la autorización sustantiva de la actividad) y, por tanto, han de someterse a ese procedimiento de autorización en cuyo seno se verifican las actuaciones o trámites relativos a tales evaluaciones (así, cualquier actividad, en caso de que pretenda llevarse a cabo en un lugar de la Red Natura 2000; cabe también mencionar como ejemplo paradigmático la modificación del artículo 4 de la Ley 21/1992, de Industria, según el artículo 13 del proyecto). A pesar de ello, en algunos de estos casos, el anteproyecto sustituye las autorizaciones que hasta ahora han venido exigiéndose por declaraciones responsables o simples comunicaciones, de tal modo que elimina el procedimiento sustantivo de autorización en cuyo seno se verifica el cumplimiento de los referidos trámites de evaluación, sin prever cómo y en qué momento habrán de verificarse dichos trámites. Tal trámite, por imposición del Derecho comunitario, debe ser previo, pero no se determina cómo puede introducirse en el actual sistema a modo de trámite colateral, pudiendo resultar complicado cohonestar el cumplimiento de esta exigencia del Derecho comunitario con los nuevos sistemas de declaración y comunicación.

Por todo ello, tal y como está articulado el proyecto de Ley, podría dificultarse, cuando no imposibilitarse, el cumplimiento de las normas de



CONSEJO DE ESTADO

Derecho comunitario sobre evaluación de impacto ambiental, a lo que necesariamente debe ponerse solución. Una posible solución sería añadir una disposición adicional nueva que establezca algo similar a lo que a continuación se propone:

"Se entenderá que quedan sometidas a autorización administrativa las actividades que requieran informe o evaluación de impacto ambiental o evaluación de riesgos previas al ejercicio de la actividad conforme a la legislación internacional aplicable en España, o el Derecho comunitario europeo, estatal o autonómico, salvo que la propia legislación reguladora de la evaluación de impacto o de riesgos establezca un procedimiento especial para emitir declaración de impacto ambiental, de sostenibilidad, de riesgos o equivalente con carácter previo a la comunicación o declaración responsable de actividad o cuando, en la forma que se establezca en dicha regulación, se vincule su realización al procedimiento de otorgamiento de otras licencias o autorizaciones sustantivas, como por ejemplo la urbanística, exigidas por ley".

VI. Observaciones al articulado y a las disposiciones del anteproyecto

a) Artículo 2.Uno y disposición transitoria segunda del anteproyecto

En su apartado uno, el artículo 2 del anteproyecto lleva a cabo la modificación del artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el que se regula el silencio administrativo en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado. Aun cuando se modifican la redacción y sistemática de todo el precepto, la única novedad sustancial que se introduce es la contenida en el primer párrafo del apartado 1, relativa a la necesidad de que el silencio negativo, contemplado como excepción a la regla general del silencio positivo, se encuentre establecido en "una norma con rango de Ley por razones justificadas de interés general o una norma de Derecho Comunitario Europeo".



CONSEJO DE ESTADO

Por consiguiente, se reitera una regla que ya se encontraba recogida en esta ley, cual es la relativa a la posibilidad que los interesados tienen de entender estimadas sus solicitudes en los casos en que la Administración no dicte resolución expresa en plazo, salvo que una norma con rango de ley o de Derecho comunitario europeo prevean lo contrario. Únicamente se añade ahora el requisito de que, en el primer caso, concurren razones justificadas de interés general.

Pues bien, son varias las consideraciones que cabe hacer a este respecto. La primera de ellas es que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ya establecía la regla del silencio positivo con carácter general y sin perjuicio de la admisión de determinadas excepciones, por lo que su modificación en este sentido no resulta imprescindible. Refuerza esta conclusión el hecho de que ni la Directiva de Servicios (artículo 13.4) ni el proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (artículo 6) exigen tal modificación, pues lo que realmente imponen es la generalización de la regla del silencio positivo en los procedimientos que regulen el acceso a tales actividades y su ejercicio, pero no al resto de los procedimientos administrativos. En efecto, el artículo 6 del referido proyecto dispone lo siguiente:

"Artículo 6. Procedimientos de autorización.

Los procedimientos y trámites para la obtención de las autorizaciones a que se refiere esta ley deberán tener carácter reglado, ser claros e inequívocos, objetivos e imparciales, transparentes, proporcionados al objetivo de interés general y darse a conocer con antelación. En todo caso, deberán respetar las disposiciones recogidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como garantizar la aplicación general del silencio administrativo positivo y que los supuestos de silencio administrativo negativo constituyan excepciones previstas en una norma con rango de Ley justificadas por razones imperiosas de interés general".

Así pues, lo que el precepto exige es que sean las normas reguladoras de los procedimientos aplicables a las solicitudes de autorizaciones



CONSEJO DE ESTADO

necesarias para iniciar una actividad de prestación de servicios incluidos en su ámbito de aplicación las que garanticen la aplicación del silencio positivo, sin perjuicio de que se admitan ciertas excepciones. Pero ello no obliga a modificar la Ley 30/1992, cuyo ámbito de aplicación, por lo demás, es mucho más amplio que el de la Directiva y la Ley de transposición, habida cuenta de que se aplica, directa o supletoriamente, a todos los procedimientos administrativos y, por tanto, no sólo a los que recaen dentro del ámbito del artículo 6 del proyecto (así, procedimientos de responsabilidad patrimonial, disciplinarios, sancionadores, de revisión de oficio o incluso, según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo –STS de 13 de marzo de 2008-, a los procedimientos de contratación administrativa, entre otros). Por consiguiente, con independencia de que se modifique o no la regla recogida en la ley que regula el procedimiento administrativo común, resulta necesario, a fin de dar cumplimiento al mandato recogido en el artículo citado, detectar las normas sectoriales que regulan los procedimientos a los que se refiere dicho precepto y modificarlas, al objeto de recoger en ellas la regla del silencio positivo o, en caso de que concurran razones imperiosas de interés general (definidas en el artículo 3.11 del proyecto de Ley de transposición horizontal), la regla del silencio negativo. Y precisamente en relación con este último extremo, ha de advertirse que, al modificar el artículo 43 de la Ley 30/1992, el anteproyecto emplea la expresión "razones justificadas de interés general", en lugar de "razones imperiosas de interés general" que es la que, en caso de mantenerse esta modificación, debería recogerse, pues es la acuñada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la que se recoge en la Directiva de Servicios y en la futura Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. En definitiva, aun cuando no es preciso modificar esta ley para cumplir con lo dispuesto en la Directiva, si finalmente se lleva a cabo la modificación proyectada, sería preferible que se respetase la expresión empleada en dicha Directiva y en la Ley de transposición, a fin de garantizar la necesaria homogeneidad que el tratamiento de esta materia requiere y evitar confusiones innecesarias.

En otro orden de ideas, pero en íntima conexión con lo anterior, es preciso señalar que la aplicación generalizada de la regla del silencio positivo a que obligan la Directiva de Servicios y el proyecto de Ley mencionado en los



CONSEJO DE ESTADO

sectores afectados puede verse frustrada como consecuencia de lo previsto en la disposición transitoria segunda del anteproyecto consultado, a cuyo tenor:

"A los efectos previstos en el primer párrafo del artículo 43.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de acuerdo con la redacción dada por la presente ley, se entenderá que concurren causas justificativas de interés general en aquellos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley por normas con rango de ley o de Derecho comunitario europeo, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto".

my

En la tramitación del expediente se ha justificado esta disposición alegando que la regla en ella establecida proporciona mayor seguridad jurídica a los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley proyectada. Y, en efecto, es lógico que se prevea que a aquellos procedimientos que estén pendientes de resolución a la entrada en vigor de esta ley y para los que una norma con rango legal prevea la aplicación del silencio negativo, se les siga aplicando tal regla. E incluso se podría ir más allá y establecer la vigencia de todas las normas con rango legal que regulan esta materia y que prevean el silencio negativo en tanto no sean adaptadas a la norma comunitaria y las leyes de transposición (lo cual debe suceder antes de que expire el plazo de transposición). Sin embargo, no es eso lo que se deduce del tenor literal de esta disposición. Antes bien, de la lectura de este precepto parece desprenderse que la finalidad de esta disposición es que, no obstante la obligación derivada de la Directiva de Servicios de generalizar el silencio positivo en los procedimientos de otorgamiento de autorizaciones necesarias para acceder a una actividad de servicios y ejercerla, pueda mantenerse la regla del silencio negativo, allí donde esté prevista por una norma de rango legal, por considerar que en tales casos concurren "causas justificativas de interés general" —debería decir, según ha quedado expuesto, "razones imperiosas de interés general"-. De ser éste el sentido de la disposición, se produciría un ajuste en bloque a la nueva regulación de todas las normas con rango de ley que actualmente prevén el silencio negativo. Y ello a pesar de que,



CONSEJO DE ESTADO

según ha quedado expuesto, la Directiva y el proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio exigen realizar una evaluación de la normativa por estas normas afectada y proceder, en caso de que sea necesario, a su adecuación a ellas o a su derogación. Desde esta perspectiva, debe destacarse que la disposición analizada no recoge realmente una regla de derecho transitorio, dirigida a facilitar el tránsito al régimen jurídico previsto por la nueva regulación, sino una regla que permite considerar ajustadas a las exigencias de la nueva regulación las normas legales vigentes, sin que ello implique necesariamente que hayan sido objeto del mencionado proceso de evaluación, que obliga a verificar y justificar que en las normas sectoriales aplicables concurre una razón imperiosa de interés general. Y ciertamente, es preciso que dicha concurrencia quede debidamente acreditada y concretada en las normas legales que contemplen el silencio negativo. Prueba de ello es que el propio anteproyecto, al modificar en su artículo 8 los artículos 30.7 y 31.5 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, indica expresamente que "el silencio administrativo en el procedimiento de autorización tendrá carácter negativo, con el objeto de garantizar una adecuada protección de los trabajadores".

En definitiva, debe revisarse la redacción de esta disposición transitoria segunda, a fin de dejar claro que lo que en ella se establece es la salvaguarda de la aplicación de la regla del silencio negativo, allí donde esté prevista por una norma con rango de ley, a los procedimientos afectados por la Directiva de Servicios y sus normas de transposición que estén pendientes de resolución a la entrada en vigor de la Ley proyectada. O, si se quiere, podría incluso mantenerse la vigencia de las normas que regulan esta cuestión hasta que sean adaptadas a la nueva regulación. Y ello sin perjuicio de la procedencia de revisar cuidadosamente la normativa sectorial aplicable a la prestación de servicios incluidos en el ámbito de aplicación de tales normas, a fin de incluir en ellas la regla del silencio positivo o, si procede, la del silencio negativo, siempre que en este último caso concurren razones imperiosas de interés general, que deberán concretarse en la propia norma –y no en la memoria justificativa, como se ha mantenido a lo largo de la tramitación del expediente-. Con todo, si finalmente se opta por mantener la regla recogida en esta disposición transitoria



CONSEJO DE ESTADO

segunda, su contenido debería incluirse en una disposición adicional, en la que tendría un mejor encaje.

b) Artículo 2.Dos del anteproyecto

El artículo 2, a través de su apartado dos, incorpora a la Ley 30/1992 un nuevo artículo, el 71 bis, en el que se regulan las figuras de la declaración responsable y la comunicación previa, previstas en la Directiva de Servicios y el proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (artículos 3.9 y 5, entre otros). En particular, en el apartado 4 de este nuevo precepto se prevén las consecuencias de 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. Entre tales consecuencias se incluye "la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado". Ocurre, sin embargo, que la mera presentación de una declaración responsable o comunicación previa no da lugar, *per se*, a un procedimiento administrativo. De hecho, basta con dicha presentación para que el sujeto pueda iniciar su actividad, sin que de ella se derive necesariamente la sustanciación de procedimiento alguno, por más que lo normal sea que exista una inmediata actividad de comprobación y control de la veracidad de los datos por parte de la autoridad competente. Por consiguiente, sería más correcto hacer referencia a la "imposibilidad de presentar una declaración responsable o comunicación previa con el mismo objeto...". E igualmente sería preferible que el inciso "de carácter esencial" se situase detrás de "omisión". Por lo demás, resulta un tanto imprecisa la alusión a "un período de tiempo determinado (...) conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación"; sería preferible que, junto a la remisión al período establecido en cada caso por la legislación sectorial aplicable, se estableciese algún criterio orientativo en este sentido.

MY

Por otro lado, en línea con una observación realizada en el apartado anterior, sería útil incluir en este precepto un apartado que previese la posibilidad de sancionar el ejercicio de una actividad cuando se ha incumplido la obligación de presentar la declaración responsable o comunicación previa,



CONSEJO DE ESTADO

cuando sean exigibles (y ello con independencia de que sí se cumplen los requisitos exigidos para el acceso a tal actividad y para su desarrollo). Para ello, bastaría con incluir una remisión a la legislación sectorial aplicable de la determinación de las consecuencias derivadas de tal incumplimiento.

Asimismo, debería incluirse de forma más clara la posibilidad de que se establezca un plazo determinado que medie entre la presentación de la declaración o comunicación y "el reconocimiento o ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad" (que normalmente se produce desde la presentación). Aun cuando el apartado 3 ya prevé indirectamente esta posibilidad (pues puntualiza que tal efecto se producirá "con carácter general" y admite con ello posibles excepciones), el precepto ganaría en claridad y, con ello, mejoraría la regulación de esta materia, si indicase que el referido efecto se produce con carácter general y sin perjuicio de la posibilidad de prever legalmente el establecimiento de un plazo temporal que medie entre la presentación y la posibilidad de iniciar una actividad.

M
Además, podría introducirse un apartado que regulase la pérdida de efectos de la presentación de la declaración o comunicación en aquellos casos en que transcurrido un determinado plazo desde que tuvo lugar tal presentación no se haya procedido al inicio de la actividad pretendida.

Finalmente, de conformidad con la regla 28 de las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, debe añadirse a este artículo un título que indique el contenido o la materia a que se refiere. Ello viene exigido además, en este caso, por razones de coherencia interna de la propia Ley 30/1992, cuyos preceptos van acompañados de tal título.

c) Disposición adicional primera, en relación con el artículo 40 del anteproyecto

Establece la disposición adicional primera del anteproyecto ("Organización, celebración y desarrollo de combinaciones aleatorias con fines publicitarios o promocionales") que "a partir de la entrada en vigor de esta ley no



CONSEJO DE ESTADO

se exigirá la autorización administrativa previa para la organización, celebración y desarrollo de combinaciones aleatorias con fines publicitarios o promocionales, cualquiera que sea la fórmula de loterías o juegos promocionales que revistan, incluidos los establecidos en el artículo 20 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, siempre que la participación del público en estas actividades sea gratuita y en ningún caso exista sobreprecio o tarificación adicional alguna cualquiera que fuere el procedimiento o sistema a través del que se realice”.

Por su parte, el artículo 40 del texto refundido de Tasas Fiscales, aprobado por el Decreto Legislativo 3059/1966, de 1 de diciembre (en la redacción dada por el artículo 40 del anteproyecto) dispone en su apartado 1.b) que “en las apuestas y en las combinaciones aleatorias a las que se refiere la disposición adicional primera de la Ley.../... de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley.../... sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, la tasa se devengará en el momento en que se inicie su celebración u organización”. Y añade en el apartado 3 que “en los supuestos de la letra b) del apartado 1 anterior, los sujetos pasivos habrán de presentar una autoliquidación de la tasa dentro de los treinta días siguientes al devengo con arreglo al modelo que apruebe la Agencia Estatal de Administración Tributaria. La autoliquidación se presentará ante el órgano de la Agencia Tributaria que corresponda al lugar de celebración u organización de la actividad”.

Así pues, el cumplimiento de la obligación de ingresar la tasa queda en manos del sujeto pasivo, que deberá presentar a tal efecto la correspondiente autoliquidación. Por consiguiente, resulta imprescindible, a efectos de que la Agencia Estatal de Administración Tributaria pueda llevar a cabo un adecuado control del cumplimiento de esta obligación, que tenga conocimiento de los supuestos en que se están desarrollando actividades sujetas al devengo de una tasa. Sin embargo, dado que, a partir de la entrada en vigor de la ley no será necesario contar con una autorización para ejercer tales actividades, no será posible verificar tal control y, en consecuencia, determinar cuándo ha habido un incumplimiento de la obligación tributaria de ingreso de la deuda. Por consiguiente, debería preverse en estos casos, al menos, la obligación de comunicar a la Administración el inicio de las referidas actividades.



d) Disposición final primera. Títulos competenciales

Esta disposición debe ser objeto de una cuidada revisión, en la medida en que incurre en numerosos errores o imprecisiones a la hora de regular una materia de extraordinaria importancia, cual es la relativa a los títulos competenciales en que se ampara la regulación proyectada, ignorando en algunos casos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o lo dispuesto en las propias leyes modificadas por el anteproyecto.

El precepto ha tomado la opción de enumerar los títulos competenciales en que se basa cada artículo modificativo de leyes anteriores, incluidas algunas aprobadas con anterioridad a la aprobación de la Constitución (así, leyes de caza y pesca fluvial, a las que ya se ha hecho referencia, Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, o Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, entre otras). Con ello se ha apartado del criterio sugerido por el Ministerio de Administraciones Públicas, que hizo notar que "constituye una práctica habitual no exigir la invocación expresa de títulos competenciales en las disposiciones modificativas, sobre la premisa de que el fundamento estatal no podrá ser diferente de la disposición modificada". La decisión tomada por el órgano de elaboración se ha justificado diciendo que "gran parte de las normas que se modifican con este anteproyecto de ley no especifican su fundamento competencial, por lo que se ha optado por incluir todos los títulos competenciales de las disposiciones modificativas".

Sin perjuicio del debate no zanjado acerca de la conveniencia de incorporar o no, en los textos normativos, cláusulas que invoquen expresamente las competencias en que se basan los distintos preceptos de una norma, el Consejo de Estado no objeta la opción de técnica normativa finalmente adoptada. No obstante, tal opción plantea algunos problemas en su articulación práctica sobre los que cabe formular diversas observaciones:

1. Una cuestión que ya se ha apuntado es que, en algunos casos, el anteproyecto se ve forzado a invocar uno o varios títulos competenciales excesivamente genéricos, porque la materia a la que afectan las normas modificadoras está recogida en una ley preconstitucional (por ejemplo, la



CONSEJO DE ESTADO

regulación del artículo 5, que modifica la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, se sustenta en lo previsto en el artículo 149.1.1ª, 6ª, 13ª, 18ª y 30ª de la Constitución). En otras ocasiones, la excesiva vaguedad de las normas competenciales contenidas en la disposición final primera se debe simplemente a que las leyes modificadas no hacían mención expresa de los títulos y éstos se han recogido con cierta amplitud (así, todas las leyes sobre actuaciones de las empresas en el ámbito laboral y de la seguridad social a las que hace referencia el capítulo IV del título I se han fundado en lo dispuesto en el artículo 149.1.3ª, 7ª, 17ª y 18ª de la Constitución). En todo caso, no cabe objetar este tipo de expresión genérica del soporte competencial, que responde, como se ha dicho, a la opción normativa tomada.

2. Problema en parte diferente es el que suscita la invocación de títulos competenciales que se hace en bloque o para ciertos grupos de materias que no tienen carácter totalmente homogéneo desde un punto de vista de la distribución constitucional de competencias. Lo dicho afecta, sobre todo, a los títulos en los que se apoya la regulación de los títulos III, IV y V del anteproyecto (servicios energéticos, de Transporte y Comunicaciones y medioambientales y de agricultura, respectivamente):

a. Respecto al primero, dice la disposición final primera que "lo dispuesto en el Título III y en la disposición adicional segunda se dicta al amparo del artículo 149.1.25ª de la Constitución" (precepto que se refiere a las "bases del régimen minero y energético"). Sin embargo, deberían ser objeto de mayor precisión al menos estos aspectos:

- Por lo que hace a la modificación de la Ley 54/1997, de 27 noviembre, del Sector Eléctrico, su disposición final primera expresa el carácter básico de la ley "de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.13ª y 25ª de la Constitución" (apartado 1), lo cual debiera recogerse en el anteproyecto. Además, su apartado 4 hace referencia también al título del artículo 149.1.22ª de la Constitución (es de competencia exclusiva del Estado la "autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial"), norma que debería igualmente mencionarse por el anteproyecto, cuyo artículo



CONSEJO DE ESTADO

18. Cuatro modifica el artículo 40.1 de la Ley del Sector Eléctrico, que hace referencia a dichas instalaciones.

- En cuanto a la Ley 34/1998, de 7 octubre, del Sector de Hidrocarburos, su disposición final primera establece que "la presente Ley tiene carácter básico, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.13ª y 25ª de la Constitución". El anteproyecto habría de recoger, pues, ambos títulos.

b. En lo referente al título IV, la disposición final primera del anteproyecto establece simplemente que lo en él dispuesto "se dicta al amparo del artículo 149.1.21ª de la Constitución". Parece claro que debería ser objeto de mucha mayor precisión, atendiendo a la diversidad de los dos capítulos que integran este título (servicios de transporte y servicios de comunicación) y, a su vez, a la especificidad de algunos artículos:

- Debe precisarse que la Ley 16/1987, de 30 julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, se basa en el primer inciso de dicho artículo 149.1.21ª de la Constitución (transportes terrestres intercomunitarios), que ha sido objeto de una matizada jurisprudencia constitucional sobre su relación con el artículo 148.1.5 de la Constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional 118/1996, de 27 de junio).

- La modificación del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, se basa en cambio en la competencia de carácter exclusivo que se recoge en el artículo 149.1.21ª sobre "tráfico y circulación de vehículos a motor".

- Por su parte, la Ley 39/2003, de 17 noviembre, del Sector Ferroviario, enumera estos títulos en su disposición final segunda: "Esta Ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.1ª, 13ª, 14ª, 21ª y 24ª de la Constitución".

- En cuanto a la Ley 48/2003, de 26 noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, no se



CONSEJO DE ESTADO

basa en el artículo 149.1.21ª de la Constitución, sino en lo dispuesto en el artículo 149.1.14ª y 20ª de aquella (conforme a su disposición final primera).

- Finalmente, tanto la Ley 24/1998, de 13 julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, como la Ley 32/2003, de 3 noviembre, General de Telecomunicaciones, se fundan en la competencia exclusiva estatal recogida en el artículo 149.1.21ª de la Constitución sobre "correos y telecomunicaciones".

c. En el título V del anteproyecto existe un problema similar. En particular, respecto a su capítulo II se dice que lo dispuesto en él "se dicta al amparo de la competencia exclusiva del artículo 149.1.19ª de la Constitución y con carácter básico al amparo del artículo 149.1.13ª y 16ª de la Constitución". Podría fácilmente precisarse que la competencia exclusiva citada en primer lugar corresponde únicamente a la regulación del artículo 36 (modificación de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado), mientras que tienen carácter básico al amparo de los dos últimos títulos citados las modificaciones de las leyes que se llevan a cabo por los artículos 37 a 39 del anteproyecto.

M

3. En tercer lugar, deberían corregirse o completarse otras referencias específicas de esta disposición final primera:

- Lo dispuesto en el artículo 6.Tres del anteproyecto (modificación del artículo 9.3 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales) habría de revestir carácter básico ex artículo 149.1.18ª de la Constitución, según la disposición final primera de dicha ley.

- Respecto del artículo 13 del anteproyecto (modificación de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria), los títulos que justifican su carácter básico son los previstos en el artículo 149.1.1ª y 13ª de la Constitución, según la disposición final única de la citada ley.

- En cuanto al artículo 14 del anteproyecto (modificación de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada), se invoca lo previsto en el



CONSEJO DE ESTADO

artículo 149.1.6ª, 8ª y 13ª de la Constitución. Debiera tenerse en cuenta lo que afirma la exposición de motivos de la ley en cuestión: "La proyección de la Administración del Estado sobre la prestación de servicios de seguridad por empresas privadas y sobre su personal se basa en el hecho de que los servicios que prestan forman parte del núcleo esencial de la competencia exclusiva en materia de seguridad pública atribuida al Estado por el artículo 149.1.29 de la Constitución, y en la misión que, según el artículo 104 del propio texto fundamental, incumbe a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana".

M

- La modificación por el artículo 15 del anteproyecto del artículo 14.3 la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, se basa en lo previsto en el artículo 149.1.1ª y 13ª de la Constitución. Sin embargo, la disposición final primera, apartado a) de dicha ley, invoca "el artículo 149.1.6ª, 8ª y 30ª en relación con (...) las obligaciones de los agentes de la edificación (...) establecidas en el Capítulo III, sin perjuicio de los derechos civiles, forales o especiales existentes en determinadas Comunidades Autónomas", materia a la que se refiere la modificación proyectada.

- En cuanto al título competencial del artículo 16 del anteproyecto (modificación de la Ley 32/2006, de 28 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, sobre la base del artículo 149.1.7ª y 18ª de la Constitución), podría establecerse que se basa en este último título específicamente y que tendrá por ello carácter básico.

- En la mención de los títulos competenciales del capítulo I del título V (medio ambiente), debería precisarse, en la medida de lo posible, qué títulos específicos son de aplicación a cada artículo. Se hace referencia al artículo 149.1.1ª de la Constitución, para fundamentar el carácter básico de las normas contenidas en el capítulo I del referido Título, siendo así que, según ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional, dicho precepto "no atribuye al Estado competencia para dictar legislación básica" (STC 37/2002). En cuanto a la mención del artículo 132.2 de la Constitución –que parece hecha pensando en la modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas- debería



CONSEJO DE ESTADO

suprimirse, habida cuenta de que no se trata de un precepto atributivo de competencias. En este sentido, debe recordarse la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, conforme a la cual "la titularidad del dominio público no es, en sí misma, un criterio de delimitación competencial y que, en consecuencia, la naturaleza demanial no aísla a la porción del territorio así caracterizado de su entorno, ni la sustrae de las competencias que sobre ese aspecto corresponden a otros entes públicos que no ostentan esa titularidad". Tal doctrina no significa, sin embargo, que la Constitución no establezca con absoluta precisión que es competencia propia del Estado la determinación de aquellas categorías de bienes que integran el dominio público natural y que atribuya al Estado la titularidad del mismo, como ya se declaró en la STC 227/1988 (fundamento jurídico 14). Según allí se demuestra no sólo resulta, en efecto, del análisis del art. 132 C. E. la conclusión de que «tratándose del demanio natural es lógico que la potestad de demanializar se reserve en exclusiva al Estado y que los géneros naturales de bienes que unitariamente lo integran se incluyan asimismo, como unidad indivisible en el dominio estatal», sino que esa solución es la única compatible con otros preceptos constitucionales, muy especialmente los contenidos en los párrafos primero y octavo del apartado primero del art. 149" (Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio, FJ 1.C).

my

- El artículo 31.Dos del anteproyecto (modificación del artículo 10 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos), debería tener carácter exclusivo, conforme a lo dispuesto por la disposición final segunda, párrafo tercero de dicha ley: la materia del artículo 10, que regula el traslado de residuos desde o hacia países terceros no miembros de la Unión Europea, tiene el carácter de legislación sobre comercio exterior, competencia exclusiva del Estado de acuerdo con el artículo 149.1.10.^a de la Constitución.

- En lo que respecta al artículo 41 del anteproyecto, debería distinguirse entre lo dispuesto en el apartado uno (basado en la competencia de bases y coordinación general de la sanidad) y lo previsto en el apartado dos (que se funda en la competencia exclusiva sobre legislación sobre productos farmacéuticos), ambos títulos recogidos en el artículo 149.1.16.^a de la Constitución.



CONSEJO DE ESTADO

- También, por último, el artículo 46, en los diversos apartados que hacen referencia a la legislación de productos farmacéuticos (apartados uno, cuatro y nueve), debiera precisarse que se dictan al amparo de la competencia exclusiva estatal sobre ella *ex* artículo 149.1.16ª de la Constitución.

4. Por último, debe incluirse en esta disposición final la referencia al título que habilita al Estado para modificar el texto refundido de Tasas Fiscales, aprobado por Decreto Legislativo 3059/1966, de 1 de diciembre, que no aparece especificado.

e) Disposición final cuarta

Regula esta disposición la posibilidad de compensar las deudas contraídas con la Hacienda Pública estatal por la Administración responsable de un incumplimiento de lo establecido en esta ley o en el Derecho comunitario afectado, cuando de ello se derive una sanción al Reino de España por parte de las instituciones comunitarias.

A juicio del Consejo de Estado, no es la ley cuyo anteproyecto se dictamina el lugar adecuado para regular esta cuestión que, por lo demás, ya se encuentra prevista, en términos similares, en el proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en la que encuentra su ubicación idónea, precisamente por esta razón se sugiere que se elimine esta disposición.

f) Otras observaciones

1.- Desde el punto de vista de la técnica y la sistemática del anteproyecto, resulta procedente hacer algunas observaciones particulares.

En primer lugar, debería cuidarse en las referencias a leyes que éstas aparecieran, al menos la primera vez en que son mencionadas, con su denominación oficial completa. En efecto, según establece la norma 80 de las Directrices de técnica normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, en relación con la cita de leyes estatales, "la



CONSEJO DE ESTADO

primera cita, tanto en la parte expositiva como en la parte dispositiva, deberá realizarse completa y podrá abreviarse en las demás ocasiones señalando únicamente tipo, número y año, en su caso, y fecha". A fin de adaptar el texto del anteproyecto a lo dispuesto en esta regla, debe incluirse, en el párrafo cuarto del apartado II de la exposición de motivos, la cita completa de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

En segundo término, ha de advertirse que en el artículo 2 del anteproyecto, que lleva a cabo la modificación de la Ley 30/1992, debería invertirse el orden de los apartados dos y tres, en la medida en que el actual apartado dos introduce un nuevo artículo 71 bis en dicha ley, en tanto que el siguiente añade un nuevo artículo 39 bis y, en consecuencia, debería preceder al actual apartado dos. Por otra parte, en línea con una de las observaciones realizadas en la letra b) de este apartado, se ha de llamar la atención acerca de la necesidad de incluir en el nuevo artículo 39 bis de la Ley 30/1992, un título expresivo de su contenido.

M
Asimismo, en el artículo 6 del anteproyecto, que afecta a la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, el apartado cinco, que deroga la disposición adicional segunda, debería preceder al cuatro, puesto que éste modifica la disposición adicional séptima. La sistemática del nuevo artículo 42 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (artículo 26 del anteproyecto), mejoraría si el último párrafo del apartado 2 se antepusiese al penúltimo.

En el artículo 7 de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, modificado por el artículo 25 del anteproyecto, la referencia al Registro debería incluir completa su denominación oficial.

Finalmente, debe llamarse la atención acerca de la incorrección en que incurre el artículo 40 del anteproyecto, al señalar que modifica el artículo 40 del "Decreto legislativo 3059/1966, de 1 de diciembre, aprueba el texto refundido de Tasas Fiscales", ya que el artículo 40 modificado no pertenece al



CONSEJO DE ESTADO

decreto legislativo citado, sino al texto refundido, debiendo por ello corregirse este error.

2.- Desde el punto de vista formal, se encarece con carácter general una revisión de la redacción del texto del anteproyecto consultado, pues se han detectado numerosos defectos gramaticales, de puntuación y de redacción que deben corregirse, así como frases imprecisas o mal construidas que han de ser modificadas. Solo *ad exemplum* se enuncian a continuación algunos de ellos:

- En el primer párrafo del apartado I de la exposición de motivos, debe corregirse la errata en la cita de la Ley sobre el libre acceso "a" las actividades de servicios y su ejercicio.
- En el quinto párrafo del apartado II de la exposición de motivos, es preciso añadir una coma entre "vehículos" y la frase "que se declara libre". En cambio, no es necesaria, en el siguiente párrafo, la que separa "territoriales" de la conjunción "y".
- A lo largo del texto se hace referencia a la "realización" de procedimientos. Es más correcto hablar de sustanciación o tramitación.
- Podría mejorarse la redacción del nuevo artículo 39 bis de la Ley 30/1992, sustituyendo la frase inicial por "Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas...". Además, el apartado 2 no aclara a qué se aplican los requisitos mencionados en él (solicitudes, actividades, procedimientos...).
- Resulta confusa la redacción de la letra d) del artículo 11 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, dada por el artículo 5 del anteproyecto. También lo es la redacción del inciso final del apartado 3 del nuevo artículo 14, cuyo sentido dista mucho de ser claro. Además, sería

M



conveniente revisar la puntuación del artículo 16.2 introducido en la citada Ley.

- En el artículo 5.5 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, debería hablarse del "procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general" o, si se mantiene como sujeto "las disposiciones generales", sustituir el verbo "incorporar" por "ir acompañadas".
- En el artículo 15 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, modificado por el artículo 13 del anteproyecto, la referencia a la "Comunidad Europea" debe sustituirse por "Unión Europea".
- En el artículo 44.3 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, según la redacción del anteproyecto (artículo 18), debe evitarse la reiteración de las expresiones "en todo caso" y "en su caso".
- Es preciso eliminar, en el nuevo artículo 65.2 de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal (artículo 37 del anteproyecto) la reiteración del sintagma "por el".
- Falta en el apartado 5 de la disposición adicional segunda el verbo "se considerará" antes de "cumplida". En el apartado 6, en lugar de emplearse el pretérito imperfecto de subjuntivo "figurasen", ha de utilizarse el presente de subjuntivo "figuren".
- En la disposición transitoria tercera ha de precisarse que el cómputo del plazo de seis meses se hará "desde la entrada en vigor de esta ley".
- La disposición final cuarta ganaría en claridad si se revisase la redacción de la frase que sigue al primer punto y seguido y se adoptase la que a continuación se propone o una similar: "La Administración del Estado podrá compensar la deuda contraída con la Hacienda Pública estatal por la Administración responsable con las cantidades...".

MY



CONSEJO DE ESTADO

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que, una vez consideradas las observaciones que se formulan en el cuerpo del presente dictamen, puede V. E. someter a la aprobación del Consejo de Ministros, para su posterior elevación a las Cortes Generales, el anteproyecto de Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley .../... sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 21 de mayo de 2009
EL SECRETARIO GENERAL,

EL PRESIDENTE

EXCMA. SRA. VICEPRESIDENTA SEGUNDA DEL GOBIERNO Y
MINISTRA DE ECONOMÍA Y HACIENDA.