

Anexo I: Una reflexión sobre la Ley 17/2009 de 23 de noviembre sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio

El pasado 23 de noviembre fue aprobada por el Congreso de los Diputados la Ley 17/2009, conocida como ley ómnibus o ley paraguas por la amplitud de su ámbito de aplicación. Esta ley, cuya tramitación, debate y posterior aprobación ha pasado casi inadvertida por los medios de comunicación (salvo por las protestas de taxistas ante el Ministerio de Fomento tras su aprobación), provocará importantes cambios en la vida de los ciudadanos, básicamente porque establece un nuevo modelo de relación entre los ciudadanos y la Administración.

El espíritu de la Ley es, tal y como se proclama en su Exposición de Motivos, la libertad tanto de establecimiento como de prestación de servicios. En aras a la consecución de tan loable objetivo, aparentemente se simplifican procedimientos, se eliminan restricciones innecesarias o requisitos injustificados o desproporcionados para el ejercicio de cualquier actividad. Pero veamos un poco más de cerca qué dice la Ley.

1.- Ámbito de aplicación

La ley afecta prácticamente a casi todo lo que se mueve, porque se aplica a todos los servicios que se realizan a cambio de una contraprestación económica. A todos, menos a los siguientes:

- a) A los Servicios No Económicos de Interés General⁶
- b) A los servicios financieros.
- c) A los servicios y redes de comunicaciones electrónicas.
- d) A los servicios en el ámbito del transporte.
- e) A los servicios de las ETTs
- f) A los servicios sanitarios y farmacéuticos.
- g) A los servicios audiovisuales, a excepción de la comercialización al por menor de los productos audiovisuales.
- h) Al juego.
- i) A actividades que supongan el ejercicio de una autoridad pública, notarios y registradores.
- j) A los servicios sociales.
- k) A los servicios de Seguridad Privada.

2.- Libertad de establecimiento y ejercicio de las actividades de servicios

⁶ En línea con las directrices europeas, el lenguaje mismo de la Ley ya apunta intenciones: los servicios ya no son públicos, esto es, patrimonio de todos sino de interés general, y parece que si son económicos, esto es, que se realizan a cambio de una prestación económica, ya no pueden ser de interés general, y someterse al control público. Quien decide sobre la calificación de un servicio como no económico de interés general es la Comisión Europea. Un ejemplo de tipo de servicio que podemos citar es la Policía: por ahora el monopolio de la fuerza pública, fundamento del Estado, todavía es exclusivo del mismo, fuera de las reglas del mercado.

La principal desregulación que introduce la ley es la eliminación del régimen de autorizaciones como régimen general, en aquello en lo que lo mantiene, lo limita sustantivamente.

Una autorización por la propia naturaleza jurídica de la misma, no otorga derecho alguno a ejercer una actividad en concreto, sino que reconociendo la preexistencia de dicho derecho, comprueba la concurrencia de ciertos requisitos reglados, esto es previamente tasados, y reconoce el derecho a dicho ejercicio, con efectos retroactivos. La libertad de establecerse y ejercer una actividad existía ya, con o sin autorización.

Nos interesa hacer esta matización porque la nueva Ley, al eliminar el régimen de autorizaciones, con la excusa de otorgar más libertad a los particulares, en la práctica lo que hace es restar poder de control regulado a las Administraciones Públicas, (introduciendo discrecionalidad) y restar consecuentemente seguridad a los consumidores y usuarios:

- La nueva Ley consagra como sustituto perfecto al régimen de las autorizaciones el régimen de la comunicación previa o declaración responsable. ¿Y qué significa esto? Pues significa que el particular en cuestión acudirá a la Administración de que se trate (en realidad a la Ventanilla Única como luego explicaremos) y COMUNICARÁ a la misma que va a iniciar una actividad, declarando “responsablemente” que cumple con toda la normativa reguladora de dicha actividad.

Así, por ejemplo, la Ley 25/2009 de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, al modificar entre otras muchas, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación ha establecido que a partir de ahora, las entidades y los laboratorios de control de calidad en la edificación que precisaban antes de una autorización administrativa para ejercer su actividad, podrán ahora hacerlo con una simple declaración responsable de que cumple con los requisitos técnicos exigidos reglamentariamente por la Comunidad Autónoma respectiva.

- Así pues, la nueva Ley, POSPONE en el tiempo el control administrativo. Lo cual nos lleva a preguntarnos: ¿se comprobarán todas y cada una de las declaraciones responsables por las que se comunique el inicio de una actividad? Y si no es así ¿cuál será el criterio que determine cuáles se comprueban y cuáles no? ¿La discrecionalidad? ¿El azar o la arbitrariedad? ¿La producción de un siniestro o perjuicios a consumidores? Recordemos por ejemplo la actividad investigadora de la Inspección de Trabajo: ¿acaso se comprueban todos y cada uno de los Centros de Trabajo?

- Este control a posteriori, no sólo deja indefensos a consumidores y usuarios quienes van a contratar con prestadores de servicios de los que ninguna garantía tienen de que cumplan con la legislación vigente, -excepto su propia

palabra-, sino que, además, traslada a los propios prestadores de servicio, a los particulares, la carga de saber en cada momento cuáles son los requisitos legales y reglamentarios que han de cumplir, cosa totalmente imposible, pensemos para los pequeños empresarios

- Ley 25/2009 de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que fue aprobada inmediatamente después de la que ahora analizamos, en aplicación de ésta ha alterado el régimen de autorización en numerosas materias, entre las que podemos destacar las algunas:

a).- Ha eliminado la necesidad de obtener de la autoridad competente en materia de industria en cada comunidad autónoma la autorización para la instalación, ampliación y traslado de las actividades industriales, modificando al efecto el artículo 4 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, bastando la comunicación o declaración responsable del interesado, sin perjuicio de la comprobación que se realice.

b).- Ha eliminado la necesidad de que las empresas que vendan, entreguen, instalen o mantengan equipos de seguridad privada no conectados a centrales de alarma, (cámaras de grabación) estén autorizadas como empresas de seguridad por el Ministerio del Interior e inscritas en el correspondiente Registro, exonerándolas de cumplir con la Ley de Seguridad Privada. A partir de ahora ya no tendrán que pasar por el control del Ministerio del Interior.

Ha desaparecido pues el control del uso de las imágenes que podían ejercer las empresas de seguridad autorizadas. Ahora, quienes adquieran de estas empresas otras empresas estos dispositivos, para tratar los datos personales derivados de la captación de las imágenes no necesitarán acudir a empresas de seguridad privada. Sólo se les exigirá cumplir con la LOPD (por ejemplo los relativos a que las imágenes que se capten sean las necesarias y no excesivas para la finalidad perseguida; el deber de informar a los interesados, tanto a través de la colocación de carteles informativos como mediante la puesta a disposición de aquéllos de impresos en que se detalle la información; la notificación de la existencia de los ficheros a la Agencia Española de Protección de Datos; o la implantación de medidas de seguridad).

c) Queda suprimido el requisito de la previa autorización para proceder a la apertura de un Centro de Trabajo. En adelante, será suficiente la comunicación de la apertura dentro de los 30 días siguientes a la autoridad laboral competente.

d) Ha eliminado la necesidad de tener la nacionalidad española para ser titular de derechos mineros y otros requisitos relativos a la nacionalidad de los miembros de los consejos de administración de las personas jurídicas autorizadas, o de los trabajadores, o del domicilio de la propia persona jurídica que había de radicar en España

3.- ¿Relatividad de la reforma actual?

A pesar de que el régimen de comunicación o declaración responsable es el régimen general para el ejercicio de las actividades, inspirador de la Ley, ésta contempla la subsistencia del régimen de autorizaciones, excepcionalmente.

Lo que ocurre es que, como en la mayoría de las ocasiones, las excepciones legales pueden ser más generales que excepcionales dependiendo de cómo se aplique la Ley.

Eso sí, sólo se pueden mantener las autorizaciones que cumplan con todos y cada uno de los siguientes tres requisitos:

1.- No discriminación: Que la exigencia de la autorización no sea discriminatoria en función de la nacionalidad o ubicación del prestador de servicios.

2.- Necesidad: que la exigencia de autorización esté justificada por una razón imperiosa de interés general. Este concepto jurídico indeterminado ha sido definido e interpretado por la jurisprudencia del TJCEE (hoy TJUE) y equivale a todas las siguientes cosas, que la propia Ley indica: orden público, seguridad pública, protección civil, salud pública, preservación del equilibrio financiero del régimen de Seguridad Social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural. Como se puede comprobar, todo, podría ser de una u otra forma incardinado en alguno de estos conceptos, incluso medidas intervencionistas. Pero la ley se cuida mucho de cerrar de plano cualquier intento de control, planificación o intervención en el mercado cuando expresamente prohíbe: “las razones imperiosas de interés general que se invoquen no podrán encubrir requisitos de planificación económica”.

3.- Proporcionalidad: que la autorización sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado. Este es a nuestro entender el requisito más difícil de cumplir, por cuanto la propia Ley ordena que en ningún caso se sujete a autorización el ejercicio de una actividad cuando sea suficiente una comunicación o declaración responsable del prestador de servicios mediante la que se manifieste el cumplimiento de los requisitos legales y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad.

A nuestro entender, si el espíritu de la Ley es reducir a excepción el régimen de autorización, se interpretará que siempre es suficiente la comunicación o declaración responsable, por cuanto con la misma, al

proporcionar los datos relativos a la ubicación de la actividad, siempre, se va a posibilitar el control de la Administración.

Por último junto con estos tres requisitos, la Ley exige que para el caso de que se mantenga un régimen de autorización, habrán de garantizar la aplicación general del silencio administrativo positivo siendo el silencio negativo sólo una excepción justificada por razones imperiosas de interés general. Recordemos lo que significa el silencio administrativo positivo: pido permiso; si no me contestan en el término previsto, tengo el permiso. Siendo el silencio administrativo negativo, lo contrario: pido permiso, si no me contestan, NO tengo el permiso.

Así pues, la subsistencia de un régimen concreto de autorización dependerá en todo caso del respeto a los requisitos enunciados, que son básicos, y de que dicho régimen no incurra en prohibiciones claramente liberalizadoras definidas en la ley.

4.- Ruegos y preguntas

Por último la Ley intenta de alguna manera compensar sobre el papel la desprotección en la que deja a los consumidores y usuarios, consagrando un capítulo entero a la labor de fomento de calidad en los servicios que tendrán las Administraciones y en las obligaciones de información a consumidores y usuarios que se trasladan a los prestadores de servicios.

A su vez se propone crear una “Ventanilla Única” para centralizar todos los trámites administrativos y establece mecanismos de control y comunicación entre las diversas Administraciones de los países miembros de la Unión Europea necesarios dada la ubicuidad de los prestadores.

5.- Conclusión

Resulta una tragedia la supresión del régimen de autorizaciones y la supresión de toda intervención administrativa por implantación de un sistema “libre” e inseguro, en el que la Administración se lo pone a sí misma difícil para comprobar el cumplimiento de la Ley, que será a todas luces, tardío, ineficaz e infinitamente más costoso.

La aprobación de esta Ley es la legitimación para liquidar los servicios públicos por cuanto cualquier servicio no declarado como Servicio No Económico de Interés General estará totalmente desregulado, a merced de las reglas del libre mercado y sin la posibilidad legal de intervención alguna pues se prohíbe la intervención motivada, aunque sea veladamente, en la planificación económica (¿se vacía pues de contenido la política económica?)