

La inexigibilidad de licencia de apertura y actividad en las actividades comerciales minoristas y determinados servicios

Análisis urgente del Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo

Por Manuel Pulido Quecedo

Letrado del Parlamento de Navarra
Prof. Derecho Constitucional
Abogado

Junio de 2012

I. Introducción

El presente comentario del Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios (EDL 2012/ 88960), tiene por objeto exponer las líneas maestras del nuevo régimen de apertura en materia de comercio minorista y de determinados servicios, -en la jerga coloquial, **declaración exprés-** ante lo que puede considerarse la primera falla visible del complejo proceso de *mise en oeuvre* o de ejecución de la Directiva de Servicios 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre 2006 (EDL 2006/318974), por el Estado español, cuya fecha de trasposición terminó para nuestro País el 28 de diciembre de 2009. Ello es, sin embargo, historia pasada y podría remitirme a alguno de los variados estudios sobre la materia (Vid, R. Jiménez Asensio en el *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en el Derecho local* en “Revista Aragonesa de Administración Pública” -monográfico-, Zaragoza, 2010)

Como también lo es el levantamiento a modo de acta notarial de la manifiesta insuficiencia e insatisfacción del modelo adoptado por el Legislador estatal español mediante la llamada Ley *Paraguas* (Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; EDL 2009/251214) y la denominada *Ley Ómnibus* (Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a las actividades de servicios y su ejercicio; EDL 2009/282506), y legislación complementaria en la que aquí destaca la Ley 1/2010, de Reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (EDL 2010/8151) y el Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales (EDL 2009/283000).

Acta notarial que debiera contener a modo de Anejo la actitud reluctante o no (según los casos) de algunas Comunidades para transponer *in totum* la Directiva en virtud de sus ámbitos competenciales al Derecho propio de las Comunidades Autónomas. Y de consuno las dificultades para que la efectividad de las libertades comunitarias de establecimiento y de prestación de servicios fuesen una realidad en el ámbito de las entidades locales, como F. A. López de la Riva Carrasco y otros han puesto de manifiesto en su *Guía práctica de la aprobación de la Directiva de Servicios en las entidades locales*, 2012, en su versión actualizada, tras la aprobación de la Ley de Economía sostenible (Ley 2/2011, de 4 de marzo; EDL 2011/8038).

Pareciese como si la humorada gastada en la denominación de la Directiva Bolkestein como Directiva “*Frankenstein*” actuase como maleficio en nuestro complejo Estado, donde la fronda inextricable de nuestro sistema de fuentes, ha actuado como valladar o malla inexpugnable para su correcta y eficaz transposición multinivel, en especial en el ámbito de las entidades locales. ¿Por qué ahora el Real Decreto-ley 19/2012? Es lo que vamos a tratar de explicar en los epígrafes siguientes.

II. La Directiva de Servicios y su proyección normativa en el ámbito local

Como recuerda la Exposición de Motivos del RD-ley 19/2012, 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, modificó el art. 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (EDL 1985/8184), al objeto de someter los actos de control preventivo de ámbito municipal a sus principios cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios.

Posteriormente, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, incorporó a la citada Ley 7/1985, de 2 de abril, los arts. 84 bis y 84 ter, estableciendo con carácter general la inexigibilidad de licencia u otros medios de control preventivos para el ejercicio de actividades, salvo que resultase necesario para la protección de la salud o seguridad públicas, el medioambiente o el patrimonio histórico-artístico, o cuando requiriesen de un uso privativo y ocupación del dominio público pero, en todo caso, condicionando su exigibilidad a un juicio de necesidad y proporcionalidad.

El RD-ley 19/2012 avanza un paso más –declara su Exposición de Motivos- eliminando todos los supuestos de autorización o licencia municipal previa, motivados en la protección del medio ambiente, de la seguridad o de la salud públicas, ligados a establecimientos comerciales y otros que se detallan en el anexo con una superficie de hasta 300 metros cuadrados. Es decir, que el art. 2 del RD-ley 12/2012 (EDL 2012/43719) modula y modifica para este tipo de establecimientos el contenido de los art. 84 bis y el art. 84 ter, en la medida que este último precepto dispone que “*Cuando el ejercicio de actividades no precise autorización habilitante y previa, las Entidades locales deberán establecer y planificar los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de la misma por los interesados previstos en la legislación sectorial*”. Redacción esta última que se ve afectada por el art. 2.2 del RD-ley 19/2012, exceptuadas aquellas actividades que tengan impacto en el patrimonio histórico-artístico o en el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público.

III. La necesidad de la reforma: el RD-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios

La insuficiencia de la normativa expresada más arriba queda avalada por la exposición de motivos del RD-ley 19/2012, de 25 de mayo, al señalarse que “*a pesar del impulso de reducción de cargas y licencias de estas reformas en el ámbito del comercio minorista, el marco normativo sigue siendo muy complejo y poco claro y sigue existiendo una enorme dispersión normativa y de procedimientos, especialmente gravosa para las PYMES en general y para las microempresas, en particular, que soportan un coste considerable en comparación con la dimensión de su actividad*”. La realidad concreta del sector comercial minorista pone de manifiesto, por tanto, que es necesario hacer un mayor esfuerzo en la remoción de los

obstáculos administrativos que existen en la actualidad para ejercer determinadas actividades, estableciendo las bases e instando a las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, para una adaptación de su normativa que redunde en un beneficio real para las PYMES en el inicio y ejercicio de la actividad.

Se considera, tras realizar el juicio de necesidad y proporcionalidad, que no son necesarios controles previos por tratarse de actividades que, por su naturaleza, por las instalaciones que requieren y por la dimensión del establecimiento, no tienen un impacto susceptible de control a través de la técnica autorizatoria, la cual se sustituye por un régimen de control ex post basado en una declaración responsable.

Como se observará, el Gobierno -en funciones de legislador de urgencia- hace bien el diagnóstico y aplica la receta mediante la aprobación de este RD-ley 19/2012. Hay que tomar medidas expeditivas -se viene a decir- para hacer efectiva la transposición de la Directiva y sus beneficios liberalizadores contenidos en la legislación patria (estatal y autonómica) para remover los obstáculos legales de Comunidades Autónomas y entes locales.

La primera pregunta que podría hacerse un constitucionalista es si el Gobierno de la Nación ha observado los requisitos que la CE (EDL 1978/3879) establece en materia del RD-ley. Es decir, si es competente para dictar un Decreto Ley en la materia tanto por razones de existencia de un presupuesto habilitante claro (extraordinaria urgencia y necesidad, -art. 86.1 CE-, véase últimamente SSTC 68/2007, EDJ 2007/15052; y 61/2011, EDJ 2011/37501) como si afecta a algún ámbito material ajeno al art. 86. 1, pues no parece, *prima facie*, que estén afectados aquí ni el ordenamiento básico de las instituciones del Estado, los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos, ni el régimen de las CCAA, en los términos actuales de la jurisprudencia del TC. En este sentido, cabe señalar que la Disposición final novena, invoca como títulos competenciales del Estado lo dispuesto en las reglas 1.^a, 13.^a, 14.^a, 16.^a y 18.^a del art. 149.1 CE, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, el establecimiento de las bases y la coordinación de la actividad económica, Hacienda General, legislación sobre productos farmacéuticos, así como el establecimiento de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. ¡Demasiada munición!, para la operación legal que se diseña!¹

Permítanme, por ello, que no me detenga en estas importantes y previas cuestiones de validez constitucional por una poderosa razón. El RD-ley está vigente, va a ser convalidado en el plazo de 30 días (art. 86.2 CE) -dada la mayoría que ostenta el grupo parlamentario que sostiene al Gobierno- y, en consecuencia, tramítense o no como proyecto de ley ordinario por el procedimiento de urgencia (art. 86.3 CE y art. 151 del Reglamento del Congreso de los Diputados; EDL 1982/8507) es válido y eficaz mientras no medie pronunciamiento alguno de inconstitucionalidad o/y o nulidad del TC, si es que los órganos constitucionalmente legitimados lo impugnasen o algún Juez plantea la cuestión de inconstitucionalidad. Hechas estas aclaraciones entramos en su análisis.

¹ La exposición refuerza las medidas previstas en este RD-ley fundamentándolas en el derecho a la propiedad privada del art. 33.1 CE y a la libertad de empresa de su art. 38, así como en los principios de libertad de establecimiento, libre circulación de bienes y libre prestación de servicios del art. 139.2, que propugnan la unidad de mercado, lo que debe ser una suerte de traición de subconsciente del legislador o de la existencia de varias manos redactoras del presente RD-ley, pues dichos preceptos (en especial el 33 y el 38), afectan al ámbito material del decreto ley. Aquí la tarjeta roja constitucional puede ser sacada.

IV. Análisis de la Reforma

A) Objeto

El art. 1 establece que el título I de este RD-ley tiene por objeto el impulso y dinamización de la actividad comercial minorista y de determinados servicios mediante la eliminación de cargas y restricciones administrativas existentes que afectan al inicio y ejercicio de la actividad comercial, en particular, mediante la supresión de las licencias de ámbito municipal vinculadas con los establecimientos comerciales, sus instalaciones y determinadas obras previas.

La interpretación auténtica del precepto se encuentra en la propia exposición de motivos donde se lee que la flexibilización se extiende también más allá del ámbito de aplicación de la reforma de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, y afecta también a todas las obras ligadas al acondicionamiento de estos locales que no requieran de la redacción de un proyecto de obra de conformidad con la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (EDL 1999/63355). De esta manera, se podrá iniciar la ejecución de obras e instalaciones y el ejercicio de la actividad comercial y de servicios con la presentación de una declaración responsable o comunicación previa, según el caso, en la que el empresario declara cumplir los requisitos exigidos por la normativa vigente y disponer de los documentos que se exijan, además de estar en posesión del justificante del pago del tributo correspondiente cuando sea preceptivo.

B) Ámbito de aplicación

El art. 2 dispone:

1. Las disposiciones contenidas en el título I de este real decreto-ley se aplicarán a las actividades comerciales minoristas y a la prestación de determinados servicios previstos en el anexo de este real decreto-ley, realizados a través de *establecimientos permanentes*, situados en cualquier parte del territorio nacional, y cuya superficie útil de exposición y venta al público no sea superior a 300 metros cuadrados.

2. Quedan al margen de la regulación contenida en el título I de este RD-ley las actividades desarrolladas en los mencionados establecimientos que tengan impacto en el patrimonio histórico-artístico o en el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público.

ANEXO. ACTIVIDADES INCLUIDAS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE ESTE RD-LEY

Las siguientes actividades se han identificado con las claves y en los términos establecidos por el Real Decreto 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueban las tarifas y la instrucción del Impuesto sobre Actividades Económicas.

Agrupación 45. Industria del calzado y vestido y otras confecciones textiles.

GRUPO 452. FABRICACIÓN DE CALZADO DE ARTESANÍA Y A MEDIDA (INCLUIDO EL CALZADO ORTOPÉDICO).

Epígrafe 452.1. Calzado de artesanía y a medida.

Epígrafe 452.2. Calzado ortopédico con excepción del considerado producto sanitario.

GRUPO 454. CONFECCIÓN A MEDIDA DE PRENDAS DE VESTIR Y SUS COMPLEMENTOS.

Epígrafe 454.1. Prendas de vestir hechas a medida.

Epígrafe 454.2. Sombreros y accesorios para el vestido hechos a medida

Agrupación 64. Comercio al por menor de productos alimenticios, bebidas y tabaco realizado en establecimientos permanentes.

GRUPO 641. COMERCIO AL POR MENOR DE FRUTAS, VERDURAS, HORTALIZAS Y TUBÉRCULOS.

GRUPO 642. COMERCIO AL POR MENOR DE CARNES Y DESPOJOS; DE PRODUCTOS Y DERIVADOS CÁRNICOS ELABORADOS; DE HUEVOS, AVES, CONEJOS DE GRANJA, CAZA; Y DE PRODUCTOS DERIVADOS DE LOS MISMOS.

Epígrafe 642.1. Comercio al por menor de carnes y despojos; de productos y derivados cárnicos elaborados; de huevos, aves, conejos de granja, caza; y de productos derivados de los mismos.

Epígrafe 642.2. Comercio al por menor, en dependencias de venta de carnicerías-charcuterías, de carnes frescas y congeladas, despojos y toda clase de productos y derivados cárnicos; de huevos, aves, conejos de granja, caza y de productos derivados de los mismos.

Epígrafe 642.3. Comercio al por menor, en dependencias de venta de carnicerías-salchicherías, de carnes frescas y congeladas, despojos, productos procedentes de industrias cárnicas y productos cárnicos frescos, crudos, adobados, tocino salado, embutidos de sangre (morcillas) y aquellos otros tradicionales de estas características para los que estén autorizados; así como de huevos, aves, conejos de granja, caza y de productos derivados de los mismos.

Epígrafe 642.4. Comercio al por menor, en carnicerías, de carnes frescas y congeladas, despojos y productos y derivados cárnicos elaborados; así como de huevos, aves, conejos de granja, caza y de productos derivados de los mismos.

Epígrafe 642.5. Comercio al por menor de huevos, aves, conejos de granja, caza; y de productos derivados de los mismos.

Epígrafe 642.6. Comercio al por menor, en casquerías, de vísceras y despojos procedentes de animales de abasto, frescos y congelados.

GRUPO 643. COMERCIO AL POR MENOR DE PESCADOS Y OTROS PRODUCTOS DE LA PESCA Y DE LA ACUICULTURA Y DE CARACOLES.

Epígrafe 643.1. Comercio al por menor de pescados y otros productos de la pesca y de la acuicultura y de caracoles.

Epígrafe 643.2. Comercio al por menor de bacalao y otros pescados en salazón.

GRUPO 644. COMERCIO AL POR MENOR DE PAN, PASTELERÍA, CONFITERÍA Y SIMILARES Y DE LECHE Y PRODUCTOS LÁCTEOS.

Epígrafe 644.1. Comercio al por menor de pan, pastelería, confitería y similares y de leche y productos lácteos

Epígrafe 644.2. Despachos de pan, panes especiales y bollería.

Epígrafe 644.3. Comercio al por menor de productos de pastelería, bollería y confitería.

Epígrafe 644.4. Comercio al por menor de helados.

Epígrafe 644.5. Comercio al por menor de bombones y caramelos.

Epígrafe 644.6. Comercio al por menor de masas fritas, con o sin coberturas o rellenos, patatas fritas, productos de aperitivo, frutos secos, golosinas, preparados de chocolate y bebidas refrescantes.

GRUPO 645. COMERCIO AL POR MENOR DE VINOS Y BEBIDAS DE TODAS CLASES.

GRUPO 647. COMERCIO AL POR MENOR DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS Y BEBIDAS EN GENERAL.

Epígrafe 647.1. Comercio al por menor de cualquier clase de productos alimenticios y de bebidas en establecimientos con vendedor.

Epígrafe 647.2. Comercio al por menor de cualquier clase de productos alimenticios y de bebidas en régimen de autoservicio o mixto en establecimientos cuya sala de ventas tenga una superficie inferior a 120 metros cuadrados.

Epígrafe 647.3. Comercio al por menor de cualquier clase de productos alimenticios y bebidas en régimen de autoservicio o mixto en supermercados, denominados así cuando la superficie de su sala de ventas se halle comprendida entre 120 y 399 metros cuadrados.

Agrupación 65. Comercio al por menor de productos industriales no alimenticios realizado en establecimientos permanentes.

GRUPO 651. COMERCIO AL POR MENOR DE PRODUCTOS TEXTILES, CONFECCIÓN, CALZADO, PIELES Y ARTÍCULOS DE CUERO.

Epígrafe 651.1. Comercio al por menor de productos textiles, confecciones para el hogar, alfombras y similares y artículos de tapicería.

Epígrafe 651.2. Comercio al por menor de toda clase de prendas para el vestido y tocado.

Epígrafe 651.3. Comercio al por menor de lencería y corsetería.

Epígrafe 651.4. Comercio al por menor de artículos de mercería y paquetería.

Epígrafe 651.5. Comercio al por menor de prendas especiales.

Epígrafe 651.6. Comercio al por menor de calzado, artículos de piel e imitación o productos sustitutivos, cinturones, carteras, bolsos, maletas y artículos de viaje en general.

Epígrafe 651.7. Comercio al por menor de confecciones de peletería.

GRUPO 652. COMERCIO AL POR MENOR DE ARTÍCULOS DE DROGUERÍA Y LIMPIEZA; PERFUMERÍA Y COSMÉTICOS DE TODAS CLASES; Y DE PRODUCTOS QUÍMICOS EN GENERAL; COMERCIO AL POR MENOR DE HIERBAS Y PLANTAS EN HERBOLARIOS.

Epígrafe 652.2. Comercio al por menor de productos de droguería, perfumería y cosmética, limpieza, pinturas, barnices, disolventes, papeles y otros productos para la decoración y de productos químicos.

Epígrafe 652.3. Comercio al por menor de productos de perfumería y cosmética, y de artículos para la higiene y el aseo personal.

Epígrafe 652.4. Comercio al por menor de plantas y hierbas en herbolarios.

GRUPO 653. COMERCIO AL POR MENOR DE ARTÍCULOS PARA EL EQUIPAMIENTO DEL HOGAR Y LA CONSTRUCCIÓN.

Epígrafe 653.1. Comercio al por menor de muebles (excepto los de oficina).

Epígrafe 653.2. Comercio al por menor de material y aparatos eléctricos, electrónicos electrodomésticos y otros aparatos de uso doméstico accionados por otro tipo de energía distinta de la eléctrica, así como de muebles de cocina.

Epígrafe 653.3. Comercio al por menor de artículos de menaje, ferretería, adorno, regalo o reclamo (incluyendo bisutería y pequeños electrodomésticos).

Epígrafe 654.4 Comercio al por menor de materiales de construcción y de artículos y mobiliario de saneamiento.

Epígrafe 653.5. Comercio al por menor de puertas, ventanas y persianas, molduras y marcos, tarimas y parquet mosaico, cestería y artículos de corcho.

Epígrafe 653.6. Comercio al por menor de artículos de bricolaje.

Epígrafe 653.9. Comercio al por menor de otros artículos para el equipamiento del hogar n.c.o.p.

GRUPO 654. COMERCIO AL POR MENOR DE VEHÍCULOS TERRESTRES, AERONAVES Y EMBARCACIONES Y DE MAQUINARIA. ACCESORIOS Y PIEZAS DE RECAMBIO.

Epígrafe 654.1. Comercio al por menor de vehículos terrestres.

Epígrafe 654.2. Comercio al por menor de accesorios y piezas de recambio para vehículos terrestres.

Epígrafe 654.3. Comercio al por menor de vehículos aéreos.

Epígrafe 654.4. Comercio al por menor de vehículos fluviales y marítimos de vela o motor y deportivos.

Epígrafe 654.5. Comercio al por menor de toda clase de maquinaria (excepto aparatos del hogar, de oficina, médicos, ortopédicos, ópticos y fotográficos).

Epígrafe 654.6. Comercio al por menor de cubiertas, bandas o bandejas y cámaras de aire para toda clase de vehículos.

GRUPO 656. COMERCIO AL POR MENOR DE BIENES USADOS TALES COMO MUEBLES, PRENDAS Y ENSERES ORDINARIOS DE USO DOMÉSTICO.

GRUPO 657. COMERCIO AL POR MENOR DE INSTRUMENTOS MUSICALES EN GENERAL, ASÍ COMO DE SUS ACCESORIOS.

GRUPO 659. OTRO COMERCIO AL POR MENOR.

Epígrafe 659.1. Comercio al por menor de sellos, monedas, medallas conmemorativas, billetes para coleccionistas, obras de arte y antigüedades, minerales sueltos o en colecciones, fósiles, insectos, conchas, plantas y animales disecados.

Epígrafe 659.2. Comercio al por menor de muebles de oficina y de máquinas y equipos de oficina.

Epígrafe 659.3 Comercio al por menor de aparatos e instrumentos médicos, ortopédicos y ópticos, excepto en los que se requiera una adaptación individualizada al paciente y fotográficos.

Epígrafe 659.4 Comercio al por menor de libros, periódicos, artículos de papelería y escritorio, y artículos de dibujo y bellas artes.

Epígrafe 659.5. Comercio al por menor de artículos de joyería, relojería, platería y bisutería.

Epígrafe 659.6. Comercio al por menor de juguetes, artículos de deporte, prendas deportivas de vestido, calzado y tocado.

Epígrafe 659.7. Comercio al por menor de semillas, abonos, flores y plantas y pequeños animales.

Epígrafe 659.8. Comercio al por menor denominados «sex-shop».

Epígrafe 659.9. Comercio al por menor de otros productos no especificados en esta Agrupación, excepto los que deben clasificarse en el epígrafe 653.9.

Agrupación 69. Reparaciones.

GRUPO 691. REPARACIÓN DE ARTÍCULOS ELÉCTRICOS PARA EL HOGAR, VEHÍCULOS AUTOMÓVILES Y OTROS BIENES DE CONSUMO.

Epígrafe 691.1. Reparación de artículos eléctricos para el hogar.

Agrupación 75. Actividades anexas a los transportes.

GRUPO 755. AGENCIAS DE VIAJE.

Epígrafe 755.1. Servicios a otras agencias de viajes.

Epígrafe 755.2. Servicios prestados al público por las agencias de viajes.

Agrupación 83. Auxiliares financieros y de Seguros. Actividades Inmobiliarias.

GRUPO 833. PROMOCIÓN INMOBILIARIA.

Epígrafe 833.1. Promoción de terrenos.

Epígrafe 833.2. Promoción de edificaciones.

GRUPO 834. SERVICIOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INMOBILIARIA Y A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL.

Agrupación 86. Alquiler de bienes inmuebles.

GRUPO 861. ALQUILER DE BIENES INMUEBLES DE NATURALEZA URBANA.

Epígrafe 861.1. Alquiler de viviendas.

Epígrafe 861.2. Alquiler de locales industriales y otros alquileres N.C.O.P.

GRUPO 862. ALQUILER DE BIENES INMUEBLES DE NATURALEZA RÚSTICA.

Agrupación 97. Servicios personales.

GRUPO 971. Lavanderías, tintorerías y servicios similares.

Epígrafe 971.1. Tinte, limpieza en seco, lavado y planchado de ropas hechas y de prendas y artículos del hogar usados.

Epígrafe 971.2. Limpieza y teñido de calzado.

Epígrafe 971.3. Zurcido y reparación de ropas.

GRUPO 972. SALONES DE PELUQUERÍA E INSTITUTOS DE BELLEZA.

Epígrafe 972.1. Servicios de peluquería de señora y caballero.

Epígrafe 972.2. Salones e institutos de belleza y gabinetes de estética.

GRUPO 973. SERVICIOS FOTOGRÁFICOS, MÁQUINAS AUTOMÁTICAS FOTOGRÁFICAS Y SERVICIOS DE FOTOCOPIAS.

Epígrafe 973.1. Servicios fotográficos.

Epígrafe 973.2. Máquinas automáticas, sin operador, para fotografías de personas y para copia de documentos.

Epígrafe 973.3. Servicios de copias de documentos con máquinas fotocopadoras.

GRUPO 975. Servicios de enmarcación.

El ámbito de esta disposición afecta, por tanto:

1º.- A las actividades comerciales minoristas y a la prestación de determinados *servicios* en los términos que hemos visto en el anexo transcrito *ut supra* y siempre que no tengan impacto en el patrimonio histórico artístico o el uso privativo y ocupación de bienes de dominio público.

2º.- Que se realicen a través de establecimientos permanentes, lo que excluye otro tipo de actividades no permanentes, como ambulantes, ocasionales o fuera de establecimiento que no tengan vinculación con dicho requisito etc.

3º.- Situados en cualquier parte del territorio nacional, lo que enerva cualquier traba administrativa municipal, comarcal o provincial.

4º.- Cuya superficie útil de exposición y venta al público no sea superior a 300 metros cuadrados.

Este último requisito es objeto de modulación en un doble sentido: por arriba, el Estado -a través de la Disposición final séptima- está habilitado para modificar el umbral de superficie previsto, a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad, con el objeto de poder extenderlo a otras superficies adaptándose a las circunstancias del mercado y de la coyuntura económica. En todo caso, procederá a revisarlo en el plazo de un año desde la entrada en vigor del mismo.

Por abajo, la Disposición final octava, establece una suerte de autorización ampliatoria para que las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias amplíe el umbral de superficie y del catálogo de actividades comerciales y servicios, previstos en el título I y en el anexo de este real decreto-ley. Lo que significa, por un lado, el reconocimiento de la competencia autonómica en el marco de sus facultades y potestades de desarrollo legislativo (binomio bases -desarrollo), y de otro, un guiño para que active la cláusula durmiente de su competencia legislativa en línea con lo dispuesto en el Decreto-ley: esto es, ¡que legisle!².

C) Régimen jurídico de la inexigibilidad de licencia

El art. 3 establece la **inexigibilidad de licencia**, en los términos que siguen:

1. Para el inicio y desarrollo de las actividades comerciales y servicios definidos en el artículo anterior, **no podrá exigirse por parte de las administraciones o entidades del sector público la obtención de licencia previa de instalaciones, de funcionamiento o de actividad**, ni otras de clase similar o análogas que sujeten a previa autorización el ejercicio de la actividad comercial a desarrollar o la posibilidad misma de la apertura del establecimiento correspondiente.

² Aquí el RD-ley se pone preventivamente la venda antes que la herida al destacar –Exposición de motivos– que la reforma que se introduce responde a la finalidad positiva de adoptar unos fines y orientaciones generales, clasificándolas las medidas contenidas “*como auténticas medidas de ordenación general de la economía*”, como ha resaltado de modo reiterado la jurisprudencia constitucional, puesto que la acción normativa adoptada posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general” Adicionalmente –se señala–, las medidas contenidas en este RD-ley, facilitan la gestión administrativa y la eliminación de cargas, aspecto que incide también sobre el procedimiento administrativo común (art. 149.1.18ª CE).

2. Tampoco están sujetos a licencia los cambios de titularidad de las actividades comerciales y de servicios. En estos casos será exigible comunicación previa a la administración competente a los solos efectos informativos.

3. No será exigible licencia o autorización previa para la realización de las obras ligadas al **acondicionamiento de los locales** para desempeñar la actividad comercial cuando no requieran de la redacción de un proyecto de obra de conformidad con la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

4. La inexigibilidad de licencia que por este artículo se determina no regirá respecto de las **obras de edificación** que fuesen precisas conforme al ordenamiento vigente, las cuales se seguirán regulando, en cuanto a la exigencia de licencia previa, requisitos generales y competencia para su otorgamiento, por su normativa correspondiente.

Este precepto marca el auténtico nudo gordiano de la reforma al contemplar:

1º. La inexigibilidad por parte de las Administraciones públicas de la obtención previa de licencia previa de instalaciones, funcionamiento y actividad u otra similar –exclusión de cualquier autorización condicionada– que sujeten el ejercicio de la actividad comercial o la apertura de establecimiento.

2º.- La inexigibilidad de licencia alcanza a los cambios de la titularidad de actividad o servicios. Será suficiente una simple comunicación a los solos efectos informativos.

3º.- No será tampoco exigible la licencia de obras para aquellas ligadas al acondicionamiento de los locales, siempre que no requieran la redacción de un proyecto de obra.

4º.- Sí será necesario, por el contrario, la licencia para obras de edificación en los términos que establece la legislación vigente.

La interpretación auténtica de este precepto se contiene, también en la Exposición de motivos, al advertir de manera severa que *“de conformidad con las medidas previstas en este real decreto-ley, en orden a la supresión de licencias, y por aplicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, cualquier norma, disposición o acto, adoptado por cualquier órgano de las administraciones autonómicas o locales que contravenga o dificulte la aplicación de este régimen, podrá ser declarado nulo de pleno derecho, sin perjuicio de la exigencia, en su caso, de la correspondiente responsabilidad patrimonial a la administración pública incumplidora”*. Lo que nos pone sobre aviso del carácter universal y totalizador de la regulación sobre la materia regulada, que no permite resquicios interpretativos. **El régimen establecido se aplica por y a través de la regulación autonómica y local existente.**

Este contenido además se completa con dos disposiciones adicionales. En la primera, se dispone, de una parte, la elaboración de modelos de comunicación previa y declaración responsable-tipo con objeto de que faciliten la cooperación administrativa y, de otra, el desarrollo de una ordenanza tipo en materia de licencias municipales. En la segunda de las disposiciones adicionales se otorga habilitación a las entidades de colaboración privadas para la comprobación de los requisitos de los declarantes.

D) Su sustitución por la declaración responsable o comunicación previa

El art. 4 establece el régimen de la declaración responsable o comunicación previa:

1º.- Las licencias previas que, de acuerdo con los artículos anteriores, no puedan ser exigidas, serán sustituidas por declaraciones responsables, o bien por comunicaciones previas, de conformidad con lo establecido en el art. 71.bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (EDL 1992/17271), relativas al cumplimiento de las previsiones legales establecidas en la normativa vigente. En todo caso, el declarante deberá estar en posesión del justificante de pago del tributo correspondiente cuando sea preceptivo.

2º.- La declaración responsable, o la comunicación previa, deberán contener una manifestación explícita del cumplimiento de aquellos requisitos que resulten exigibles de acuerdo con la normativa vigente, incluido estar en posesión del proyecto, en el caso de que las obras que se hubieran de realizar así lo requieran según lo establecido en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre.

3º.- Los proyectos a los que se refiere el apartado anterior deberán estar firmados por técnicos competentes de acuerdo con la normativa vigente.

4º.- Cuando deban realizarse diversas actuaciones relacionadas con la misma actividad o en el mismo local en que ésta se desarrolla, las declaraciones responsables, o las comunicaciones previas, se tramitarán conjuntamente.

El nuevo régimen de inexigibilidad de licencias en materia de comercio minorista se ve sustituido por las declaraciones responsables o comunicaciones previas que prevé ya la LRJPAC, tras la reforma de 2009.

Régimen de la declaración responsable que deberá contener una serie de requisitos entre los que destaca:

1º.- La manifestación explícita del cumplimiento de aquellos requisitos que resulten exigibles de acuerdo con la normativa vigente incluido el proyecto de obras, caso de ser necesario, con los requisitos de visado por técnico competente que exigen las legislación vigente.

2º.- El justificante del pago del tributo correspondiente cuando sea preceptivo.

E) Control administrativo ex post facto

El art. 5 establece la sujeción al régimen general de control:

La presentación de la declaración responsable, o de la comunicación previa, con el consiguiente efecto de habilitación a partir de ese momento para el ejercicio material de la actividad comercial, no prejuzgará en modo alguno la situación y efectivo acomodo de las condiciones del establecimiento a la normativa aplicable, ni limitará el ejercicio de las potestades administrativas, de comprobación, inspección, sanción, y en general de control que a la administración en cualquier orden, estatal, autonómico o local, le estén atribuidas por el ordenamiento sectorial aplicable en cada caso.

En el marco de sus competencias, se habilita a las entidades locales a regular el procedimiento de comprobación posterior de los elementos y circunstancias puestas de manifiesto por el

interesado a través de la declaración responsable o de la comunicación previa, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 71.bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

El RD-ley 19/2012, de conformidad con el nuevo paradigma de comunicación previa y declaración responsable que sustituye la autorización previa de la tradicional licencia, instaura un régimen de control más acorde con el sistema de libertades que los Tratados Comunitarios establece y que la Directiva Bolkestein implementó. Como señala la exposición de motivos, a modo una vez más de interpretación auténtica, el control administrativo pasará a realizarse *a posteriori* aplicándose el régimen sancionador vigente en materia de comercio interior, ordenación del suelo y urbanismo, protección de la salud, del medio ambiente y del patrimonio histórico artístico, de tal forma que este mecanismo no suponga un menoscabo de las garantías en la prestación del servicio hacia los consumidores ni de las obligaciones de cumplimiento de la normativa sectorial autonómica o municipal aplicable.

En este punto sí puede destacarse –en el de la actividad de comprobación e inspección–, que el RD-ley 19/2012 habilita a las entidades locales a regular el procedimiento de comprobación posterior de los elementos y circunstancias puestas de manifiesto por el interesado

Pudiendo añadirse que la sustitución de la licencia por otros actos de control ex post no supondrá en ningún caso, según se señala, merma alguna de los ingresos fiscales de los Ayuntamientos o de los organismos que expidieran con anterioridad las licencias previas de apertura. Por el contrario, en la medida que se agilice la apertura de nuevos establecimientos, podrá registrarse un incremento de la recaudación obtenida por este concepto al facilitarse la apertura de más y nuevos comercios. Este RD-ley prevé la reforma del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (EDL 2004/2992), con este fin.

F) El régimen de comprobación a través de las entidades colaboradoras

La Disposición adicional segunda establece que:

*“Para el desempeño de la actividad de comprobación de los requisitos y circunstancias referidos en la declaración responsable o comunicación previa reguladas en el artículo 4 de este real decreto-ley, las corporaciones locales competentes **podrán recurrir a la colaboración privada de entidades de valoración legalmente acreditadas, a través de las cuales podrá gestionarse la totalidad o una parte de la actividad de comprobación.** Dichas entidades actuarán en régimen de concurrencia. En cualquier caso, los interesados, a efectos de la valoración de los requisitos manifestados en sus declaraciones responsables, o en sus comunicaciones previas, podrán libremente hacer uso o no de los servicios de dichas entidades, sin que de ello pueda derivarse tratamiento diferenciado alguno por parte de la administración competente, destinataria de la comunicación”.*

Esta disposición es discutible, aunque se entiende su intención de habilitar el régimen de comprobación a través de entidades colaboradoras. Supone una suerte de ejercicio privado de función pública, sobre la que, en principio, debería acudirse de manera restrictiva y excepcional: sólo hasta que los municipios y ente locales acomoden su nueva función de control *ex ante* a control *ex post*. Abre, aquí, un portillo importante a la regulación reglamentaria de origen estatal o a la legislación autonómica así como a los propios entes locales. Puede, con todo, ser una disposición polémica en su aplicación. Pues supone una suerte de “agencia normalizada” sobre la valoración de sus servicios. Debería revisarse o concretarse este último aspecto, si el D-Ley se tramita como proyecto de ley.

G) Régimen de aplicación transitorio

El RD-ley contiene una disposición transitoria, que establece una dualidad clara en cuanto al régimen de licencias anterior a la entrada en vigor:

1º.- Los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del título I de este real decreto-ley, y que tengan por finalidad la obtención de las licencias o autorizaciones que fuesen precisas con arreglo a la normativa anterior, se tramitarán y resolverán por la normativa vigente en el momento de la presentación de la solicitud.

2º.- No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el interesado podrá, con anterioridad a la resolución, desistir de su solicitud y, de este modo, optar por la aplicación de la nueva normativa en lo que ésta a su vez resultare de aplicación.

El régimen parece correcto, pues deja en manos del ámbito de disponibilidad del titular-solicitante seguir con la tramitación de la licencia o desistir y acogerse al nuevo régimen de declaración responsable y/o comunicación previa que establece el RD-ley. Se podrá decir por algún administrativista especialista en licencias que ello puede generar alguna picaresca. Pero está en manos de la administración sancionadora o de comprobación, el evitarlo.

V. Valoración final

El nuevo régimen de las llamadas impropiedades “licencia exprés”, contemplada en el RD-ley 19/2012, marca un punto de inflexión o si se prefiere constituye un aldabonazo en la ejecución de obras e instalaciones y en el ejercicio de la actividad comercial y de servicios.

En primer lugar, porque la aprobación de la reforma del régimen de apertura del comercio minorista y de determinados servicios manifiesta una pretensión de vigencia y aplicación inmediata, que desplaza u orilla la inacción autonómica o local. El RD-ley desplaza aquí al derecho autonómico y el local.

En segundo lugar, la disposición estudiada levanta acta de la insuficiencia del complejo proceso de aplicación de la Directiva de Servicios (Bolkestein) en el ámbito de los entes locales. Lo que posibilita arriesgar la opinión de que si funciona bien se ampliará a otros sectores inactivos o reacios a su aplicación, sean de competencia estatal, local o autonómica. Aunque lógicamente primará lo local.

En tercer lugar, el éxito de su aplicación dependerá en primer lugar, de la diligencia de sus destinatarios, si se prestan a exigir el cumplimiento del nuevo régimen de comunicación en comercio minorista y otros servicios. Pero en último término dependerá de que las autoridades municipales y locales así como funcionariado cambien el chip de su sistema operativo para convertir su anterior función autorizante en función certificante o inspectora, lo que exigirá un cambio de mentalidad y sobre todo de formación legal adecuada para poder hacerlo. Este cambio de mentalidad tan enraizado en la parcela de poder del que otorga la concesión de la licencia, -allí donde haya un mínimo de actividad discrecional- no será un tema baladí o menor. Se impone, por tanto, una cultura diversa en orden a atender la comerciante más como cliente que como subordinado.

Finalmente, surgen interrogantes. Algunos de orden constitucional que aquí no hemos desarrollado y otros de orden práctico, que tienen que ver con cuestiones tan menudas pero importantes, como son la necesidad de que se elaboren cuanto antes los modelos-tipo de

comunicación previa y declaración responsable tipo con objeto de que faciliten la cooperación administrativa y, de otra, el desarrollo de una ordenanza tipo en materia de licencias municipales, tema este que ha ocupado a los expertos. Aquí surgirá, como siempre la dificultad de entendimiento entre los grandes, medianos y pequeños municipios. Pero es aquí donde las Federaciones de Municipios de cualquier orden y entidad estatal y autonómica deben ponerse de acuerdo.

Por último, la cuestión de la delegación de funciones públicas en entidades colaboradora privadas debe ser aplicada con tacto y medida, así como su participación facultativa a modo de intermediarios de la tramitación de la declaración responsable. Poniendo además de manifiesto, que es en el procedimiento de comprobación, y, en su caso, de inspección donde los entes locales gozan de una habilitación expresa en la materia.

La reforma se plantea como un test sobre la operatividad del nuevo modelo administrativo que introduce la Directiva de servicios. ¡Ojalá resulte acertada y el Gobierno pueda hacer uso de la cláusula de revisión anual para extenderla a nuevas superficies u a otros ámbitos y sectores! Mientras tanto, las CCAA, a través de sus potestades legislativas -algunas incluso con la figura del Decreto-Ley autonómico en su repertorio legislativo- pueden ampliar, simplificar y mejorar el nuevo régimen de apertura de las actividades comerciales aquí expuestas.