

LEY, DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES ECONÓMICAS: LA INTERVENCIÓN LOCAL EN SERVICIOS Y ACTIVIDADES

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III

I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS EQUÍVOCOS SUBYACENTES EN LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO INICIAL DE LA DSE Y, EN OCASIONES, DEL PROPIO PAQUETE NOSA09.—III. EL PAPEL DE LA LEY EN LA DETERMINACIÓN DE LOS REQUISITOS Y CONDICIONES QUE PUEDEN IMPONER LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN RELACIÓN CON ACTIVIDADES DE LOS CIUDADANOS: LA DOCTRINA DE LA COBERTURA LEGAL DE TODA IMPOSICIÓN DE LIMITACIONES Y SU ALCANCE: 1. *La «reserva» impropia de ley del artículo 5 de la LLAASE y la doctrina de la necesaria cobertura legal para toda intervención en la actividad de los ciudadanos.* 2. *El artículo 84.1 de la LRBRL en materia de intervención en actividades de los ciudadanos y la doctrina sobre la exigencia de otras normas legales materiales para intervenir en las actividades de los ciudadanos:* A) La cobertura de la determinación en Ordenanzas y bandos de las condiciones de ejercicio de actividades por parte de los ciudadanos por el juego consolidado del artículo 84.1.a), con las demás normas materiales contenidas en las leyes o en normas reglamentarias dictadas al amparo de las leyes. B) La cobertura del establecimiento en Ordenanzas de la obligación de proveerse de autorizaciones por el juego consolidado del artículo 84.1.b) en relación con la letra a) del mismo artículo y con las normas materiales contenidas en las leyes y normas reglamentarias dictadas al amparo de las leyes.—IV. LA DIFERENCIA DE REGULACIÓN DE LA FUNCIÓN DE LA LEY EN LA MOTIVACIÓN DE RÉGIMENES DE AUTORIZACIÓN ENTRE LAS ADMINISTRACIONES LOCALES Y LAS DEMÁS: 1. *El alcance de la reserva impropia de ley en los términos del artículo 5 de la LLAASE.* 2. *La violación de la autonomía local por los artículos 84.1 de la LRBRL y el 5.1 de la LLAASE.* 3. *La nueva violación de la autonomía local causada por la aprobación por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, de un nuevo artículo 84 bis que no sólo no ha remediado el problema, sino que lo ha agravado.*—V. LA EVENTUAL INCONSTITUCIONALIDAD DEL RÉGIMEN ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 84 Y 84 BIS PARA LAS AA.LL.—VI. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, LA PROTECCIÓN DE LAS LIBERTADES ECONÓMICAS FRENTE AL LEGISLADOR Y EL RESPETO AL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

RESUMEN

El artículo analiza las restricciones y discriminaciones que se han impuesto a las Corporaciones locales a la hora de regular sus potestades de intervención sobre los servicios y otras actividades. Discriminación porque se prohíbe a dichas entidades lo que se permite a otras Administraciones, sin que haya razón alguna que lo explique. Esa prohibición se refiere a limitar su posibilidad de

dictar normas regulando el régimen de autorizaciones. Tales normas sólo corresponderían al poder legislativo. El estudio llega a la conclusión de que las libertades económicas de establecimiento y servicios parecerían estar siendo tratadas por la Unión Europea con criterios que priman las libertades económicas más que las demás. Así, las económicas no podrían ser afectadas o restringidas salvo por razones excepcionales y con arreglo a rígidos criterios de proporcionalidad. Las demás libertades y derechos (libertad personal, de expresión, pensamiento, religión, intimidad, etc.), en cambio, no podrían resultar afectadas en su contenido esencial en ningún caso, pero fuera de tal contenido esencial el legislador tiene más margen de regulación, aunque siempre respetando los principios de necesidad y proporcionalidad. El artículo alerta sobre las consecuencias que ello puede tener en materia de interpretación de los capítulos segundo y tercero del Título I de nuestra Constitución, sobre derechos fundamentales.

Palabras clave: contenido esencial; rango de ley; reserva de ley; reserva impropia de ley; Ordenanzas locales; principio de proporcionalidad; libertades económicas; derechos fundamentales; cobertura legal; autonomía local; intervención en actividades y servicios; autorizaciones; requisitos de actividades y servicios; pluralismo político.

ABSTRACT

The article analyses the restrictions imposed by the Spanish regulation on the local governments when they exercise their powers of intervention over services and activities. Discrimination because is forbidden to such entities what is allowed to other Administrations, without any reason that explains it. That prohibition refers to limit their ability to enact rules regulating the regime of authorizations. Such norms only would correspond to the legislative power. The study concludes that the economic rights and freedoms of establishment and services seem to prevail over other rights and freedoms. Because economic rights could not be affected or restricted except under exceptional circumstances and under strict criteria of proportionality. Other freedoms and rights (personal freedom, freedom of expression, thought, religion, privacy, etc.), however, cannot be affected in its essence in any case, but outside of that essence, the legislature has more possibility of regulation, although always respecting the principles of necessity and proportionality. The article warns of the consequences this may have on the interpretation of the second and third chapters of Part I of our Constitution on fundamental rights.

Key words: essential content; range of law; matters reserved to the law; matters improperly reserved to the law; Local ordinances; principle of proportionality; economics freedoms; fundamentals rights; local autonomy; intervention in activities and services; authorizations; requirements of activities and services; political pluralism.

I. INTRODUCCIÓN

El conjunto de normas de transposición que a partir de 2009 se han ido dictando para adaptar el funcionamiento de las Administraciones públicas a las nuevas exigencias de la Directiva 2006/123/CE, de Servicios (DSE), es verdaderamente impresionante¹ y, en cierto modo, lo es también la atención que la doctrina le ha dedicado. Las normas dictadas con ese propósito no sólo se refieren a los servicios, sino, además, a otras actividades como las de carácter industrial y comercial que no quedaban sujetas al ámbito de la DSE, pero que han ido quedando incluidas en sus técnicas en virtud del conjunto de normas internas de transposición; conjunto éste que, por comodidad y brevedad, se designará en lo sucesivo con la denominación de *normas sobre servicios y actividades* —abreviadamente, NOSA09²—, comprendiendo de forma conjunta todo tipo de normas de todas las instancias (euro-

¹ Entre los numerosos libros y artículos dedicados al tema pueden citarse, sin ánimo de ser exhaustivos, la *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, 2008, sobre «La directiva relativa a los servicios en el mercado interior», coordinada por Enrique LINDE PANIAGUA; *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, AA.VV., Círculo de Empresarios, 2009; *Mercado europeo y reformas administrativas: la transposición de la Directiva de servicios en España*, Ricardo RIVERO ORTEGA (coord.), Civitas, 2009; *Colección de Estudios* (Consejo Económico y Social de Castilla y León), núm. 13, 2010, sobre «Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León», Dámaso-Javier VICENTE BLANCO (dir.); *Revista de Estudios Locales*, núm. 122, julio-agosto 2009, sobre «La transposición de la Directiva de Servicios»; *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317, 2011, sobre «La Directiva de Servicios y su transposición al Derecho Español», R. RIVERO ORTEGA (coord.); *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 42, 2011, sobre «Los retos de la Directiva de Servicios», B. NOGUERA DE LA MUELA (COORD.); *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XII, 2010, sobre la Directiva de Servicios y su transposición en 2010; *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Ed. Comares y el Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, H. VILLAREJO GALENDE (dir.); *La termita Bolkenstein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Alba NOGUEIRA LÓPEZ (dir.), Thomson Reuter, 2012; *El impacto de la Directiva de servicios en las Administraciones públicas: Aspectos generales y sectoriales*, Vicenç AGUADO I CUDOLÀ y Belén NOGUERA DE LA MUELA, Atelier, 2012; *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número monográfico XII, sobre «El impacto de la Directiva Bolkenstein y la reforma de los servicios en el Derecho administrativo», Elisa MOREU CARBONELL (ed.), y *Autorizaciones y licencias hoy*, Luciano PAREJO (dir.), Tirant lo Blanc, 2013. También, *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Tomás de LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (dir.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, y *La ordenación de las actividades de servicios: Comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, Tomás de LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (dir.), Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

² NOSA como acrónimo de «normas» sobre «servicios» y «actividades», dado que todo el conjunto de normas ha ido más allá de los servicios, tal y como se venían entendiendo en la Directiva 2006/123/CE (DS) y, desde mucho antes, en el Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE); se ha ido más allá extendiendo las técnicas y exigencias de la DS a todo tipo de actividades como el comercio o la industria. Con el añadido 09, fecha del año en que concluía el plazo de transposición de la DSE, al acrónimo inicial SA se quiere expresar que ese paquete «legislativo» comprende todas las normas, incluida la propia DSE, y todas las normas de rango legislativo posteriores.

peas, estatales, autonómicas y locales) cualquiera que sea su rango (legal o reglamentario).

Sobre la cuestión más general relativa a la competencia de la UE para dictar la regulación contenida en la Directiva 2006/123/CE o sobre el carácter desregulador o no de la misma no merece la pena insistir más, pues la cuestión está suficientemente debatida y son claras las posiciones de las partes, sin que haya mucho más que añadir³, salvo las consideraciones que se harán en la parte final del presente artículo en relación con los límites de la potestad del legislador en trance de desarrollar los derechos fundamentales en general y, entre ellos, las libertades económicas en particular.

El objetivo del presente trabajo se centra en el papel que se ha querido que asuma el legislador a la hora de regular la intervención en servicios y actividades y algunas contradicciones en que parece haber incurrido. La cuestión se centra en la exigencia de ley y de motivación legal que la Ley 17/2009, de acceso a las actividades de servicios y a su ejercicio (LLAASE), ha impuesto en su artículo 5 para el estableci-

³ En sentido crítico con la competencia de la UE para algunas de las imposiciones de la DSE, así como con la imposición de medidas consideradas desreguladoras, pueden verse Luciano PAREJO ALFONSO, «La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkenstein», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*; Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, en «¿Quo vadis Bolkenstein? ¿Armonización o mera desregularización de la prestación de servicios?», en *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007, o Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «La directiva de servicios y la libertad de empresa», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7, 2009.

Por su parte, Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en el prólogo al libro *Mercado europeo y reformas administrativas: la transposición de la Directiva de servicios en España*, Thomson Reuters, 2009, coordinado por Ricardo RIVERO ORTEGA, se mostró crítico con la posición del autor del presente trabajo en el artículo citado de *El Cronista* sobre la base, sobre todo, de que el Tratado de Maastricht daría cobertura a la DSE con sus referencias a la libre competencia y a la economía de mercado. Después se ha ratificado en ello en otro prólogo más reciente al libro *El impacto de la Directiva de servicios en las Administraciones públicas: aspectos generales y sectoriales*, Ed. Atelier, 2012, de Vicenç AGUADO I CUDOLÀ y Belén NOGUERA DE LA MUELA (coords.), donde enfatiza tales referencias a la economía de mercado y a la libre competencia.

Frente a ello se mantuvo la posición inicial en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, en «Libertad de establecimiento y de servicios. ¿Reconocimiento mutuo o país de origen?», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 146, abril-junio 2010, destacando que en realidad las observaciones de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ no se centran en la esencia de la cuestión, consistente en que la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo no daba cobertura a lo que pretendía la DSE, así como que el Tratado de Maastricht no introdujo en realidad novedades de relieve en lo que toca al mercado y a la competencia, sino más bien en lo que toca a la construcción de una ciudadanía común, derechos sociales, medio ambiente, solidaridad entre Estados, etc.; lo cual se movería más bien en dirección contraria a la de la DSE. Todo ello aparte de que la Directiva de Servicios ni siquiera se molesta en invocar Maastricht en su preámbulo como fundamento de la norma. Por otra parte, tampoco los artículos del Tratado que en dicho preámbulo de la DSE se citan son novedades del Tratado de Maastricht.

Sea como fuere, las posiciones de las partes están claras y no tiene el mayor interés seguir profundizando en las mismas, puesto que el lector que esté interesado puede formarse su propia idea al respecto acudiendo a los textos citados.

miento de regímenes de autorización. Con esa exigencia de ley se restringe la potestad de las Administraciones públicas en el proceso de aplicación, ejecución o implementación del paquete normativo NOSA09, pues ya no bastaría con que se respetasen las previsiones materiales de la DSE y de la LLAASE (necesidad, oportunidad, proporcionalidad, etc.), sino que los ejecutivos estatales, autonómicos y locales parecerían haber quedado sujetos a la exigencia de cobertura específica de una ley que estaría, ella misma, obligada a motivar la concurrencia de determinadas condiciones de necesidad y proporcionalidad del régimen de autorizaciones que regule.

Esa restricción parece que finalmente se contrae únicamente a las Administraciones locales, pues respecto de ellas se ha producido un tratamiento diferente —habrá que ver su alcance— que muestra los desbordamientos en que se ha incurrido en trance de transponer la Directiva de Servicios (DSE), tal vez porque en ese nivel local se desencadenan todas las tensiones y dificultades. Sin duda, porque es en el nivel local donde se manifiestan de forma más viva y exigente los requerimientos ambientales, urbanísticos, sanitarios o de seguridad que explicaban, justificaban y siguen justificando las intervenciones administrativas.

En todo caso, son dos las perspectivas a tomar en consideración: por una parte, la del legislador y sus límites a la hora de transponer la Directiva, en vista de que está incidiendo en la regulación del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de empresa o de la libertad de ejercicio de profesión u oficio, y, por otra, la perspectiva de las consecuencias que para las Administraciones, en general, tiene el papel reservado al legislador. No se pueden perder de vista tampoco los efectos y alteraciones que se hayan podido producir por la nueva regulación de actividades y servicios en los delicados equilibrios entre, por una parte, la real promoción de la libertad de servicios con todas las ventajas de tal promoción (entre otras, la pretendida creación de empleo, al levantar las trabas de un «odioso» e «innecesario» intervencionismo administrativo, que es «el imputado» de todo este proceso, aunque, en ocasiones, no falten razones para ello) y, por otra, la defensa de los bienes y valores (seguridad, protección de los consumidores, medio ambiente, salud, ¿urbanismo?, patrimonio histórico-artístico, etc.) que parecían contraponerse al pleno despliegue de la libertad de servicios (despliegue que, suprimidas las trabas, comportaría el consiguiente florecimiento de empresas, que supuestamente habrían estado «reprimidas» por las trabas administrativas y, por ello, perjudicado el desarrollo económico).

La brutal recesión económica que comenzó a apuntar tras el verano de 2007, y se confirmó en el otoño de 2008 con la quiebra de Leh-

man Brothers, no nos ha permitido, lamentablemente, verificar y saborear las bondades sin fin de la Directiva de Servicios para la creación de los empleos prometidos; el hundimiento de la actividad económica y, consiguientemente, del empleo lo ha impedido y más bien hemos caminado en sentido contrario.

Sería, desde luego, completamente injusto deducir de ello que la Directiva no sirva para uno de los objetivos, la creación de empleo, que se postulaba como uno de los más importantes —enunciado, desde luego, en el preámbulo de la Directiva con tintes propagandísticos y eufemísticos⁴ que preferían invocar la creación de empleo antes que la desregulación económica—, pero, sin duda, la inanidad práctica de los mecanismos puestos en pie por la DSE para tal objetivo de aumentar el empleo en las presentes circunstancias sirve para subrayar cómo el auténtico motor del empleo es, fundamentalmente, la actividad y el crecimiento económico, como lo prueba que la aplicación de la DSE haya resultado inútil no sólo para crear algún puesto de trabajo, sino ni siquiera para contener la hemorragia masiva de ellos.

Lo cual no quiere decir que las medidas de la DSE no vayan a servir en el futuro, una vez que los motores del desarrollo económico se pongan en marcha. Pero tal vez el orden temporal de la regulación o desregulación de actividades y servicios debiera haber empezado dedicando sus esfuerzos, en primer lugar, a la regulación de las actividades financieras que están en el origen de la crisis y no a la desregulación de los servicios. Ocupada la UE en la desregulación de éstos, no prestó la más mínima atención a la gravedad de la desregulación de los servicios financieros. Merece, en efecto, una profunda reflexión la paradoja de que poco después de que la aprobación de la Directiva de Servicios tratase de suprimir y levantar los presuntos obstáculos a todo tipo de servicios, la UE se afanase en volver a levantarlos en otro tipo de servicios, los servicios financieros, de los que la propia DSE se había ufano de que no hacía falta incluirlos en su ámbito dado que, entre otras cosas, ya estaban desregulados.

De esa paradoja de la desregulación de los servicios en general y, por el contrario, de la re-regulación de los servicios financieros da cuenta,

⁴ La creación de empleo se menciona desde el primer considerando de la Directiva, también en el cuarto y en otros muchos lugares, por no mencionar los documentos previos. Lo cierto es que hay otros objetivos como la modernización administrativa o la supresión de las trabas innecesarias a la libertad de empresa; y todo ello es bien plausible y elogiado sin reservas, aunque, como en todo, puedan discutirse las dosis de la medicina o, en este caso, la propia competencia para imponer desde la UE tales objetivos, con independencia del debate sobre la bondad del objetivo mismo. De todas formas, lo cierto es que en apoyo de esos otros objetivos se destacó la creación de empleo como uno de los principales. Como se ve, el logro de ese objetivo ha quedado inédito por el momento, como también ha quedado el crecimiento económico.

entre otras muchas medidas, el Reglamento 1060/2009, sobre las agencias de calificación crediticia, que comienza a regular —es decir, «intervenir», siquiera fuera con técnicas más sofisticadas— el sector financiero, auténtico origen de la recesión económica mundial, con la primera medida de aprobar dicho Reglamento⁵. Sector financiero para el que sólo unos pocos meses antes se consideraba, como ya se ha indicado, que merecía quedar fuera de la Directiva de Servicios⁶ puesto que ya estaba regulado —es decir, desregulado— ajustándose al mismo espíritu de la DSE con los lamentables efectos de todos conocidos.

El estallido de la crisis puso de manifiesto que el rey estaba desnudo y que la ausencia de regulación para ese sector financiero podía ser letal; y, en esa línea, el Reglamento citado, así como otras decisiones posteriores, no son sino la toma de conciencia de que hay que intervenir cuando sea necesario, sin prejuicios ni apriorismos ni en un sentido ni en otro. No hay más que ver cómo los cantos desreguladores del sector financiero de Basilea I y Basilea II, en 2004, para evitar que se regule mucho más, se cambian ya tras la cumbre de Washington del G-20, en noviembre de 2008, por mayores controles en Basilea III⁷, cuando la crisis ha dado la cara con toda su crudeza y puesto de manifiesto las debilidades regulatorias del sector financiero⁸. En definitiva, que intervenir o no intervenir no puede responder a prejuicios sobre la maldad o la bondad del Estado y de su intromisión en la actividad económica, sino a elecciones racionales en función de las características del sector de que se trate y de la ponderación de los derechos e intereses en presencia en cada uno de ellos.

El recordatorio de la nulidad del impacto de las medidas de transposición de la DSE no ya en el desarrollo económico o en la creación de empleo, sino ni siquiera en la contención de la depresión (más que

⁵ Primera medida sobre el sector financiero que afecta a las agencias de calificación pero que no era sino el primer paso para regular más profundamente el sector, como se reconoce en el propio Reglamento en su considerando 9.^o, donde se afirma: «El Consejo Europeo de los días 13 y 14 de marzo de 2008 adoptó una serie de conclusiones en respuesta a las principales deficiencias observadas en el sistema financiero. Uno de los objetivos era mejorar el funcionamiento del mercado y las estructuras de incentivos, entre otras cosas la función de las agencias de calificación crediticia».

⁶ Vid considerando 18 de ésta, donde decía con satisfacción:

«(18) Conviene excluir los servicios financieros del ámbito de aplicación de la presente Directiva dado que estas actividades son objeto de una legislación comunitaria específica con el objetivo de realizar, **como la presente Directiva, un auténtico mercado interior de servicios**».

⁷ Vid. Elena RODRÍGUEZ DE CODES ELORRIAGA, en «Las nuevas medidas de Basilea III en materia de capital», Banco de España, *Estabilidad Financiera*, núm. 19, 2010, págs 11 y ss.

⁸ Vid. sobre Basilea el trabajo de Marcos M. FERNANDO DE PABLO, «Nuevo marco europeo de supervisión financiera: una visión desde España», en *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo, págs. 427 y ss.

recesión) y consiguiente destrucción masiva del empleo, no tiene más función en esta introducción que la de constituir un llamamiento a la objetividad en la valoración de las nuevas reglas en materia de actividades y servicios. En definitiva, que el «mantra» —o, mejor, la monserga⁹— de las bondades del nuevo sistema para el empleo y el crecimiento no haga perder de vista el juicio sereno y objetivo para descubrir tales bondades donde las haya, que las hay, pero sin que nos impida rechazarlas donde no las hay, como también ocurre. No debería suceder que los *fans* (*fan* viene del término inglés *fanatic*) de la Directiva pierdan la capacidad de ver sus excesos o los fans contra la Directiva la pierdan para negar los excesos materiales en que pudiera haberse incurrido en determinadas intervenciones de los poderes públicos que la Directiva quiere corregir, con toda razón.

En el presente trabajo se abordará en primer término el equívoco que, en ocasiones, parece subyacer a la cuestión del desbordamiento por el paquete NOSA09 del ámbito de los servicios (II) para extender las técnicas de la DSE a otros ámbitos distintos y distantes que no tienen que ver, en realidad, con la actividad misma de que se trate (de servicios, comercial o industrial) para aplicar en ellos la exigencia de concurrencia de razones imperiosas. En segundo lugar, y a propósito de la singular e impropia «reserva» de ley que la LLAASE establece y que impone límites a los condicionantes específicos con que tienen que lidiar las Administraciones públicas (finalmente sólo las locales), se examinará la doctrina de la exigencia de cobertura de ley formal que incorpore, la propia Ley, la motivación sobre la concurrencia de condiciones de necesidad y proporcionalidad para que las Corporaciones locales —y, en el fondo, cualquier otra Administración, aunque sin ley formal que haga tal motivación— puedan imponer y exigir un régimen de autorización (III). Tras ello se tratará la cuestión de la distinta posición en que han quedado las Administraciones locales respecto de las demás a propósito de la exigencia de ley motivadora de la concurrencia de necesidad y proporcionalidad en materia de licencias para actividades de servicios (IV) y la eventual inconstitucionalidad de tal situación (V), para acabar con una reflexión acerca de la falta de cobertura constitucional de todo intento de construir la teoría que parece subyacer en las leyes de transposición de que, en materia de libertades económicas, el legislador tiene más límites de los que la Constitución le impone de respetar el contenido esencial de los derechos, cuando se trata de los demás derechos fundamentales no económicos (VI).

⁹ Probablemente, es mejor hablar de monserga en el sentido del Diccionario en su primera acepción, sobre todo, de exposición o petición fastidiosa o pesada, aunque también en la segunda de lenguaje confuso y embrollado.

II. LOS EQUÍVOCOS SUBYACENTES EN LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO INICIAL DE LA DSE Y, EN OCASIONES, DEL PROPIO PAQUETE NOSA09

El hecho de que hablemos de actividades y servicios, y no sólo de servicios, quiere expresar cómo el ámbito inicial de la Directiva ha sido ampliamente desbordado. En ocasiones lo ha sido con plena conciencia, pues se han querido extender las normas desreguladoras a otros ámbitos con la esperanza, tal vez, en medio del frenesí de actuaciones (sobreactuaciones) derivado de la impotencia frente a la depresión económica, de que sirviera de remedio para atraer la inversión de los emprendedores¹⁰.

Pero en otras ocasiones tal extensión se ha hecho por una cierta deriva que ha llevado a confundir lo que son las actividades (término genérico que comprende, desde luego, los servicios, pero también cualquier otra actividad económica, como la industrial o la comercial) con lo que son los servicios. Y, sobre todo, lo que se ha confundido en ocasiones son las limitaciones que se derivan directamente de la incidencia de la actividad de servicios, en sí misma considerada, en bienes y valores como el medio ambiente, el urbanismo, la protección de los consumidores, la salud, etc., y la incidencia en esos mismos bienes que no deriva de la actividad de servicios en sí misma, sino, por ejemplo, del local físico en que se va a ejercer.

Así, en el caso de la actividad de servicios que consiste en el que prestan los guías de turismo, una cosa podría ser la eventual regulación de dicha actividad de servicios de guías de turismo exigiendo a quien quiera desarrollarla pruebas, exámenes o certificados acreditativos de que conocen la historia, cultura, etc., del ámbito geográfico o cultural en el que quieren desarrollar su actividad, y otra muy distinta las características del local que funciona como oficina de la empresa que ofrece servicios de guías de turismo o donde eventualmente se reúne a los turistas para darles informaciones de todo tipo.

La actividad de servicio de guías de turismo podría llegar a ser objeto de limitaciones que tienen que ver con el contenido mismo de tal actividad y con la protección de los consumidores para evitar que se cometan fraudes con éstos; fraudes como ofrecerles informaciones culturales o turísticas —guía en un museo, por ejemplo— por parte de

¹⁰ Sobre el ámbito de la DSE puede verse, entre muchos otros, José VIDA FERNÁNDEZ, en capítulo I de *La ordenación de las actividades de servicios: Comentarios a la Ley 17/2009*, ob. cit., págs. 80 y ss. También, Íñigo URRUTIA LIBARONA, en *Marco jurídico del libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio en la Comunidad Autónoma del País Vasco*, IVAP, 2010, págs. 82 y ss.

quien no tiene preparación para ello; y, por tanto, con grave afección al derecho de los consumidores y afección también al turismo mismo, como industria de gran interés nacional por su peso en el producto interior bruto.

Esas intervenciones en la actividad de servicios es lo que se pretende someter a escrutinio para evitar que la invocación de determinadas «razones imperiosas de interés general» pueda llegar a tener un carácter proteccionista de los prestadores de servicios nacionales frente a los extranjeros comunitarios, de acuerdo con la aproximación tradicional de la UE en materia de servicios. Es decir, se trataba de proscribir las trabas que se establecían, invocando supuestas legítimas razones imperiosas de interés general, para evitar que la exigencia de requisitos y condiciones, conectados directamente con el contenido propio del servicio de cuya prestación se tratara, pudiera encubrir, en realidad, una barrera de entrada a los extranjeros de los demás países de la UE para prestar los mismos servicios¹¹.

En todo caso, lo relevante es que las eventuales trabas se contienen en medidas íntimamente vinculadas con el contenido característico mismo de la prestación de servicios de que se tratase y no con otros elementos conexos a ellos; como el local en que se presta el servicio o los medios de transporte con que se cuenta, etc., sino con el contenido característico del servicio. Es decir, no con otros aspectos (como el de si el servicio se presta en un establecimiento en el que, por ejemplo, de acuerdo con las Ordenanzas urbanísticas o las demás normas del mismo tipo, no se puede realizar dicha actividad), sino con aquellos que tienen que ver con el contenido propio del servicio. En el caso de que la autorización o licencia requerida no afecte al servicio mismo o a la actividad, sino al local en que se va a ejercer, y a si el mismo cumple con las normas urbanísticas correspondientes, entonces las disposiciones de la NOSA09 no deberían entrar en juego. Ocurre que esas normas urbanísticas no se han establecido para regular una concreta y característica actividad de servicios, sino que responden a otra lógica bien distinta. Y porque ello es así la Directiva de Servicios, en su considerando noveno¹², expresamente reconoce que la misma sólo se aplica a

¹¹ Vid. Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «Libertad de establecimiento y de servicios. ¿Reconocimiento mutuo o país de origen?», *ob. cit.*, págs. 229 y ss.

¹² «La presente Directiva sólo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así, no se aplica a requisitos tales como normas de tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada».

los requisitos que afecten al acceso o al ejercicio de la actividad de servicios y, por ello, concluye que no se aplica a las exigencias urbanísticas o de tráfico, etc.

Algunos han señalado que esa exclusión no se lleva al texto de la normativa¹³, pero con independencia de que en el 4.8 se vuelva a invocar el urbanismo o el medio ambiente, entre otros, como una de las razones imperiosas de interés general, lo cierto es que es en el artículo 1.1 de la DSE donde, al definir su ámbito, se vincula con el acceso y el ejercicio de actividades de servicios. Y, como dice el considerando noveno de la Directiva, la misma «*sólo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio*». Y por eso («*Así, no se aplica a requisitos tales como...*») no se aplica a las normas sobre el tráfico rodado, ordenación del territorio, urbanismo, etc., porque no tienen que ver ni con el acceso ni con el ejercicio de la actividad en sus rasgos característicos¹⁴. Que a un guía de turismo se le pueda exigir una titulación, un examen o un certificado tiene que ver con el ejercicio de la actividad (luego habrá que ver si es procedente o no tal exigencia), pero que el local donde la empresa ofrece servicios de guía de turismo se ajuste a las Ordenanzas urbanísticas, no tiene que ver con la actividad de guía de turismo. Que un odontólogo tenga que tener un título como condición para ejercer su actividad tiene que ver con ésta, pero que el local donde tiene la consulta se ajuste a las Ordenanzas no tiene por qué tener que ver en principio con la actividad en sí misma considerada.

A partir de la DSE el tratamiento de la libertad de servicios y establecimiento cambia su enfoque, puesto que ya no se trata sólo de evitar el trato desigual al extranjero comunitario, sino que, aparte del trato desigual (de la discriminación), que en todo caso se proscribe, se trata de verificar si los requisitos y condiciones responden para todos (nacionales o extranjeros comunitarios) a los principios de necesidad, adecuación y proporcionalidad. Es decir, se trata de verificar si persiguen un objetivo legítimo conectado con alguna razón imperiosa de interés general, si la medida exigida es adecuada para obtener el fin legítimo que se pretende y, finalmente, si la medida no puede ser sustituida por otra menos restrictiva de la libertad del prestador. En todo caso, debe notarse que de lo que se trata es de medidas que directamente

¹³ Tomás FONT I LLOVET y Alexandre PEÑALVER I CABRÉ, en «La incidencia de la directiva de servicios en los entes locales», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42, 2011, pág. 7; también, Ferrán TORRES COBAS, en «Los desafíos de la “Directiva Bolkestein” para las entidades locales: el adiós a las licencias y el posible renacer de las ordenanzas locales», en *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 4, julio-septiembre 2009, págs. 26 y ss.

¹⁴ El considerando noveno se erige así en criterio de interpretación de lo que debe entenderse por «acceso a una actividad de servicios o su ejercicio» del artículo 1.º de la DSE.

afecten al contenido característico de la prestación del concreto servicio y no de normas que no incidan sobre ese contenido característico, por más que puedan tener alguna conexión indirecta con la actividad de servicios, como dice el considerando noveno de la Directiva.

Con las reflexiones anteriores quiere subrayarse cómo, junto a la extensión deliberada de las técnicas de la DSE a ámbitos distintos de los servicios (a la industria o al comercio), se ha producido una confusión con lo que son requisitos y condiciones que tienen que ver con el contenido característico de cada servicio (o con el contenido propio y característico de la actividad industrial o comercial) y lo que son requisitos y condiciones que no están en principio en íntima relación ni con el contenido concreto de cada servicio ni con el contenido concreto de las demás actividades, sino que son exigencias que responden a otra lógica distinta. Son exigencias que no se han establecido pensando en cómo evitar que determinados servicios o actividades afecten a los bienes protegidos por razones imperiosas de interés general, sino que se han establecido por razones distintas y con una perspectiva diferente, como es la regulación del tráfico rodado (peso de los vehículos destinados al transporte o número de horas seguidas que se puede conducir), el medio ambiente o el urbanismo. Son exigencias que no se dirigen a regular los elementos característicos de una concreta actividad de servicios o industrial o comercial, sino aspectos como el tráfico rodado, el urbanismo, el medio ambiente, etc., que, aunque tengan conexión con tales actividades, no constituyen su contenido propio y característico. Por eso, tales exigencias no conectadas directamente con el contenido característico de los servicios y actividades no deben considerarse afectadas por las disposiciones NOSA09.

Y, sin embargo, se está produciendo una cierta confusión en relación con las medidas que caen dentro de las disposiciones NOSA09, y que, en realidad, no quedan comprendidas en ellas, como lo pone de manifiesto el tratamiento de las licencias urbanísticas. En el caso de que haya una ley que en su dinámica liberalizadora se refiera directamente a aspectos urbanísticos de las actividades, no cabe duda de que los mismos quedan comprendidos¹⁵ en la dinámica desreguladora, pero, en ocasiones, hay normas de rango infralegal que extienden las medidas a aspectos urbanísticos que en realidad no tienen que ver con el contenido característico de las actividades de servicios, en la creencia de que toda norma urbanística ha quedado comprendida dentro de las severas restricciones al empleo de las autorizaciones

¹⁵ Ver artículo 3 de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

III. EL PAPEL DE LA LEY EN LA DETERMINACIÓN DE LOS REQUISITOS Y CONDICIONES QUE PUEDEN IMPONER LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN RELACIÓN CON ACTIVIDADES DE LOS CIUDADANOS: LA DOCTRINA DE LA COBERTURA LEGAL DE TODA IMPOSICIÓN DE LIMITACIONES Y SU ALCANCE

A la hora de centrarnos en los condicionantes que pesan sobre las Administraciones públicas en trance de aplicar el paquete NOSA09 debe hacerse una primera reflexión sobre cuál es el papel que la Ley 17/2009, sobre el acceso a las actividades de servicios y a su ejercicio (LLAASE), ha reservado al legislador en la determinación y motivación de la necesidad y concurrencia de condiciones de necesidad y proporcionalidad para exigir autorizaciones de cualquier tipo; y en qué medida ese papel podría resultar difícil de hacer por el propio legislador, a la vez que trabaría en exceso la función ejecutiva correspondiente a las propias Administraciones al enfrentarse a la concreta regulación y aplicación de las normas a las distintas actividades y a su control operativo.

1. *La «reserva» impropia de ley del artículo 5 de la LLAASE y la doctrina de la necesaria cobertura legal para toda intervención en la actividad de los ciudadanos*

Es conocido cómo la LLAASE ha configurado una especie de reserva de ley —reserva impropia de ley, pues sólo la Constitución puede establecer¹⁶ una reserva de ley en sentido propio— para el establecimiento de regímenes de autorización que satisfagan una exigencia que no figura en la DSE en cuanto a la motivación de la necesidad y proporcionalidad de la exigencia misma de tal autorización; por lo cual la LLAASE desborda y agrava lo realmente establecido en la Directiva hasta límites excesivos y no proporcionados. Esa reserva impropia de ley en cuanto al establecimiento y a la motivación de la necesidad y proporcionalidad de cualquier régimen de autorización, que formulada desde una ley ordinaria resulta fácilmente soslayable por cualquier

¹⁶ Tal vez cabría respecto de las CC.AA. la posibilidad de que el legislador básico estatal exija que algunas materias se regulen por normas autonómicas con rango de ley. Pero en tal caso o bien tal exigencia derivada de la Constitución misma —de los derechos y libertades proclamados en su Título I— y entonces podría discutirse si la imposición extrae su fuerza del legislador básico estatal o más bien de aquélla, o bien no es una exigencia derivada de la norma suprema y entonces pueden suscitarse dudas acerca de la pertinencia de la reserva impuesta desde la ley estatal.

otra norma posterior del mismo rango¹⁷, es sin duda muy criticable por muchas razones. Pero una de ellas, concretamente, lo es por razón de la desigualdad en que podría colocar a las CC.LL. el artículo 84.1 de la Ley de Bases de Régimen Local (en la redacción dada por la Ley 25/2009 —Ómnibus—) respecto de otras Administraciones si prosperase una determinada interpretación del artículo 84.1 citado, que en un apartado posterior se examinará, en relación con el artículo 39 bis de la LRJAP-PC, añadido también por la propia Ley Ómnibus.

En la medida en que lo que hemos llamado reserva impropia de ley, contenida en el artículo 5 de la LLAASE, podría tratar de encontrar amparo en una prestigiosa y relevante doctrina que adelantó su posición en relación con el artículo 84.1 de la LRBRL —desde su redacción originaria—, se hace conveniente una reflexión sobre dicha doctrina y su alcance. Doctrina que sucintamente sostenía que dicho artículo 84.1 no habilitaba a las CC.LL. para dictar Ordenanzas que, directamente y sin otro amparo legal que dicho precepto, pretendiesen ser el fundamento de cualquier régimen de intervención previa en la actividad de los particulares¹⁸ mediante la imposición de autorizaciones o imponiendo cualesquiera otros requisitos de fondo. Tal posición no puede sino compartirse plenamente, sin perjuicio de no llevarla más allá de su propio y único sentido lógico en los términos que a continuación se dirán, tratando de poner de relieve que la misma no puede ser un argumento legitimador de la impropia reserva de ley contenida en el artículo 5 de la LLAASE¹⁹ ni un argumento a cuyo amparo pueda extenderse el alcance de dicha reserva impropia.

Esa reflexión doctrinal manifestada de modo expreso en relación con la LRBRL era aplicable, en el fondo y por las mismas razones, a cualquier Administración puesto que su fundamento no descansaría en el hecho de tratarse de una Administración local, sino en el hecho de que cualquier restricción de los espacios de libertad debería tener su fundamento en una norma con rango de ley. Si se había formulado en re-

¹⁷ De hecho, se habría soslayado ya por la publicación de la Ley 25/2009 para la aplicación de la LLAASE que introduce en la Ley 30/1992 un artículo dirigido a todas las Administraciones públicas que prescinde de la exigencia de ley motivadora de la concurrencia de condiciones de necesidad y proporcionalidad y atribuye a las AA.PP. la apreciación de esas condiciones. La Ley 25/2009, pese a su número y a su título, es anterior a la Ley 17/2009, por lo que podría suscitarse la cuestión de si ha quedado derogada por ésta —ley posterior—, que es la que exige ley que motive la necesidad y proporcionalidad de las condiciones, aunque la entrada en vigor de ambas es el mismo día.

¹⁸ Vid. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 6.ª ed., Thomson-Civitas, tomo II, págs. 108 y 109.

¹⁹ Debe recordarse, como se ha dicho más arriba, que esa exigencia probablemente no pueda entenderse aplicable a todas las Administraciones, por las razones que luego se dirán, que tienen que ver con el nuevo artículo 39 bis que introdujo la Ley 25/2009, dictada para la aplicación de la LLAASE.

lación con el artículo 84 se debía a que era tal artículo el que, en relación con la Administración local, había expresado, con carácter general, la posibilidad de intervenir en la actividad de los particulares.

Lo cierto es que, como enseguida veremos, la regulación vigente parecería haber reducido esa reserva impropia de ley contenida con carácter general en la LLAASE al ámbito local —y sólo para las autorizaciones en materia de servicios—, lo cual obliga a una reflexión específica para dicho ámbito local, sin perjuicio de que sus conclusiones puedan extenderse al ámbito de las demás Administraciones, aunque sólo sea para avalar una interpretación que confirme su exclusión de la «reserva» impropia de ley del artículo 5 de la LLAASE.

2. *El artículo 84.1 de la LRBRL en materia de intervención en actividades de los ciudadanos y la doctrina sobre la exigencia de otras normas legales materiales para intervenir en las actividades de los ciudadanos*

Es claro que la habilitación genérica del artículo 84.1 de la LRBRL no puede por sí misma —y en ausencia de cualquier otra norma legal— habilitar a las CC.LL. ni para dictar normas que impongan requisitos sustantivos al ejercicio de actividades, ni para imponer obligaciones de obtener previa autorización para empezar a desarrollar las mismas. Sobre la exigencia formal de autorización dirigida a comprobar si se cumplen los requisitos y condiciones sustantivas para el ejercicio de determinadas actividades se tratará de forma específica en el apartado siguiente, centrándonos en el presente en la imposición por Ordenanzas de requisitos o condiciones sustantivas o de fondo para comenzar una actividad.

Ahora bien, en esta perspectiva de las condiciones sustantivas o de fondo que reglamentos u Ordenanzas puedan exigir para el ejercicio de una actividad, no puede perderse de vista que, aparte del citado artículo 84, la propia LRBRL está llena de normas sustantiva y materiales —y atributivas de competencias sobre sectores de actividad—, y lo mismo ocurre con el resto de normas sectoriales de rango legal, del Estado o de las CC.AA., que regulan los distintos sectores que tienen que ver con la actividad de los particulares. Todo ello aparte de otras normas de carácter más genérico, como las urbanísticas o las relativas a actividades molestas, nocivas, insalubres o peligrosas, que o bien constituyen normas sustantivas de cobertura de todo tipo de normas reglamentarias, o bien contienen títulos generales de atribución competencial suficiente para establecer condiciones al ejercicio de la mayor parte de tales actividades.

Por tanto, que tengan que existir normas materiales con rango de ley no significa que las Ordenanzas se hayan ido dictando en el pasado sin esa cobertura, puesto que sí han existido, ya sea con carácter genérico o específico, ya sea, simplemente, como normas habilitadoras de las CC.LL. para intervenir en distintos ámbitos de la actividad de los ciudadanos.

En efecto, junto al apoderamiento genérico del artículo 84.1 de la LRBRL hay que situar y contemplar, además de los demás preceptos de la misma Ley que reconocen competencias a las CC.LL. en distintos sectores de la acción pública, todas y cada una de las normas sectoriales de rango legal, con sus correspondientes desarrollos reglamentarios, en las que se establecen determinaciones materiales sobre el ejercicio de actividades de particulares y empresas por razones de medio ambiente, urbanismo, protección de los consumidores, sanidad, salud, seguridad, orden público, etc. Todas ellas comportan que la puesta en pie de un mecanismo de intervención, ya sea sustantivo (el establecimiento de requisitos y condiciones de fondo para el ejercicio de actividades), ya sea formal (como es la autorización o licencia —dirigido a verificar si se cumplen las condiciones materiales de ejercicio de una determinada actividad—), no se establece sólo con el fundamento único del citado artículo 84.1 de la LRBRL, sin otra cobertura legal material, sino que ese mecanismo se pondrá en marcha en cuanto existan determinaciones y condiciones sustantivas en materia de urbanismo, medio ambiente, sanidad, consumo, etc., etc., etc., establecidas por ley o con base en la ley.

En definitiva, que, en efecto, el despliegue de mecanismos de intervención de carácter sustantivo (exigencia de requisitos y condiciones de fondo) o formal²⁰ (autorizaciones, registros, etc.) se ha venido basando no sólo en el precepto del artículo 84.1 de la LRBRL, sino en los restantes preceptos legales materiales que establecían y establecen condiciones para el ejercicio de actividades o habilitan a las CC.LL. para establecer dichas condiciones y requisitos; condiciones respecto de las cuales las técnicas de intervención como autorizaciones o registros son puramente instrumentales y, por ello, es en la norma sustantiva (urbanismo, medio ambiente, sanidad, seguridad, consumo, etc.) donde hay que buscar la cobertura que explica la puesta en marcha de un mecanismo como, por ejemplo, la autorización. Y es también en la normativa sustantiva donde en ocasiones se apodera a las CC.LL. para ordenar e intervenir en distintos ámbitos de interés de tales entidades que tienen que ver con actividades de los ciudadanos.

²⁰ Son mecanismos de carácter formal las autorizaciones o registros en cuanto ellos mismos no establecen los requisitos y condiciones materiales que hay que cumplir para poder desarrollar cualquier actividad, sea de servicios o no.

Entendido de esta forma, el principio de que toda medida de limitación de las libertades precisa de cobertura de ley debe compartirse; al igual que la preocupación respecto a que el artículo 84.1, sin más previsiones adicionales, pudiera haber servido en el pasado de cobertura para cualquier medida autorizadora dirigida a verificar condiciones sustantivas que no hubieran sido fijadas en su aspecto material por ley o con amparo de la ley. Y la misma preocupación debe compartirse en cuanto a que la primera letra del artículo 84.1 pudiera haber servido para exigir requisitos y condiciones sin la cobertura de otro precepto legal con contenido material o que apoderase a las CC.LL. para ejercer determinadas competencias en materias concretas.

Como se comprende, no siempre se ha entendido correctamente la integración del artículo 84.1 con las normas materiales sectoriales que o establecen ellas mismas condiciones de ejercicio de actividades o remiten a los reglamentos la concreción de tales condiciones de acuerdo con los criterios legales aprobados por ley o apoderan directamente a la Administración para establecerlas de acuerdo con principios, expresos o implícitos, de necesidad y proporcionalidad.

La legitimación de las intervenciones de las CC.LL. en la actividad de los ciudadanos se basa así no en el artículo 84.1 aisladamente considerado, sino en las demás normas sustantivas que se contienen ya sea en la propia LRBRL, ya sea en el resto del ordenamiento jurídico²¹.

- A) *La cobertura de la determinación en Ordenanzas y bandos de las condiciones de ejercicio de actividades por parte de los ciudadanos por el juego consolidado del artículo 84.1.a), con las demás normas materiales contenidas en las leyes o en normas reglamentarias dictadas al amparo de las leyes*

Conviene diferenciar la cuestión de la exigencia de condiciones y requisitos materiales para el ejercicio de la actividad de la cuestión, distinta, de la exigencia de autorizaciones para poder comenzar una actividad. La diferencia viene impuesta por el artículo 5.º de la LLAASE en la medida que exige una norma de rango legal que motive que se dan las condiciones de necesidad e idoneidad para exigir un concreto régimen de autorización. Tal exigencia no se contiene, sin embargo, en el artículo 9 de la Ley últimamente citada para establecer principios, re-

²¹ Vid. Ferrán TORRES COBAS, en «Los desafíos de la “Directiva Bolkestein”...», *ob. cit.*, en cuyas págs. 9 y ss. muestra su preocupación por el alcance de dicha doctrina, que interpreta en su sentido más riguroso.

quisitos y condiciones de carácter sustantivo para tal ejercicio o acceso a actividades.

Por tanto, en realidad, podríamos centrarnos sólo en la procedencia de la «reserva impropia» de ley en relación con la exigencia de autorización si no fuera porque la errónea interpretación de la doctrina —que no de ésta en sí misma— que ha podido servir de fundamento al artículo 5 de la LLAASE no distingue entre exigencia de requisitos formales como puede ser la autorización (técnica formal dirigida a verificar si se cumplen los requisitos de fondo exigidos por las normas antes de dar comienzo efectivo a una actividad) y la imposición de requisitos y condiciones de fondo o sustanciales relativos a los que deben cumplirse para desarrollar una actividad. El hecho de no exigir esa reserva impropia de ley para lo que es más importante —el establecimiento de requisitos sustanciales por las Administraciones públicas— obliga a salir al paso de una eventual tentación de exigir reserva impropia de ley para el establecimiento de tales requisitos o condiciones de fondo; reserva que vaya más allá de la mera fijación de principios generales como el de necesidad, adecuación y proporcionalidad.

Pues bien, esa fijación de requisitos y condiciones de fondo se ha venido estableciendo tradicionalmente mediante Ordenanzas locales (y también mediante reglamentos de otras Administraciones) que han tenido no sólo el amparo del conjunto de normas del ordenamiento local (no sólo el artículo 84.1 de la LRBRL), sino del resto del ordenamiento jurídico que, de acuerdo con la ley o bajo el amparo de ésta, ha abierto la posibilidad de establecer en normas locales requisitos y condiciones de ejercicio de las más variadas actividades.

La propia reforma de la LRBRL de 2003, que incluyó un nuevo Título XI, relativo nada menos que a la tipificación de determinadas infracciones y sanciones, es expresión de cómo se reconocen competencias a las CC.LL. en supuestos de inexistencia de ley sectorial en determinadas materias²².

Lo que interesa ahora señalar es que esa posibilidad de establecer en las Ordenanzas locales (OO.LL.) condiciones materiales de ejercicio de actividades no sólo «puede» ser atribuida a las CC.LL. por las citadas normas con rango legal, sino que en realidad en muchos casos «debe» ser atribuida de forma obligatoria. En efecto, no puede olvidarse que el artículo 84 de la LRBRL no está aislado en el sistema ju-

²² El artículo 139 no puede ser más expresivo: «Para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos siguientes».

rídico local, sino que dentro del mismo había, y sigue habiendo, muchos otros preceptos de rango legal con contenido material. Para empezar, en la propia LRBRL, pero también en las leyes sectoriales que reconocen títulos y competencias a los EE.LL. para actuar.

En la propia LRBRL se atribuyen competencias a las CC.LL. en los distintos ámbitos de la acción pública en los artículos 25 a 28. Desde luego, las competencias en materia de seguridad en lugares públicos [25.2.a)], de ordenación del tráfico de vehículos y personas en vías urbanas [25.2.b)], de protección civil y prevención y extinción de incendios [25.2.c)], de disciplina urbanística [25.2.d)], de protección del medio ambiente [25.2.f)], de abastos, mataderos y defensa de consumidores y usuarios [25.2.g)], de protección de la salubridad pública [25.2.h)], de atención primaria a la salud [25.2.i)], sobre servicios sociales [25.2.k)], turismo [25.2.m)], etc., etc., etc., ofrecen suficientes títulos materiales como para suponer que no se produce en el vacío el título formal del artículo 84.1.a) de la LRBRL que permite el establecimiento de requisitos y condiciones de fondo²³ en relación con todas esas materias. Es decir, que cuando una Ordenanza pone en pie determinadas exigencias sustantivas para el ejercicio de una actividad no lo hace sobre cualquier materia, aunque no sea de la competencia local. En absoluto; la concepción a que responde el sistema parte de que las CC.LL. tienen atribuidas competencias materiales en los distintos sectores de la acción pública en relación con actividades privadas para regular distintas materias y, por tanto, los mecanismos formales del artículo 84.1.a) (dictar bandos y Ordenanzas) presuponen la existencia de respaldo de todos los títulos materiales originarios que, para empezar, la propia LRBRL, las demás leyes sectoriales y, finalmente, los que por tradición y por razón del sistema (incluso desde la perspectiva civil²⁴) se reconocen a los

²³ En definitiva, las licencias o autorizaciones, como técnicas de control previo de si se cumplen los requisitos que fijan las propias Ordenanzas o las demás normas estatales o autonómicas, son una técnica formal para verificar si se han observado las prescripciones sustantivas de las Ordenanzas y de las demás normas. Es una técnica instrumental.

²⁴ Vid. Antonio HERNÁNDEZ GIL, en *Las relaciones de vecindad en el Código Civil*, Madrid, 1985, que aporta su definición como el «conjunto de normas que regulan los derechos de exclusión y los deberes de tolerancia que se imponen a los propietarios vecinos». En el Código Civil se configuran como servidumbres legales, como ha reconocido la jurisprudencia que ha acogido las categorías doctrinales de relaciones de vecindad (SSTS de 16 de diciembre de 1997, 24 de diciembre de 2003 y 18 de julio de 1997), siendo numerosos los artículos que a ellas se dedican en el Código Civil con remisión a OO.LL. Así, los artículos 551, 570, 571, 589 y 591. También en el Código Penal se contenían remisiones a las OO.LL., como es el caso de los artículos 577 y 581 en la determinación de las faltas contra los intereses generales de las poblaciones por razones sanitarias, de propagación del fuego y almacenamiento de sustancias inflamables.

No obstante, el más característico antes de la entrada en vigor del nuevo Código Penal de 1995 era el artículo 603, que, siguiendo la tradición de Códigos anteriores, constituía así la norma con rango de ley que reconocía las competencias municipales con toda normalidad,

EE.LL. Títulos que se concretan en sus Ordenanzas y que habilitan para fijar los requisitos y condiciones materiales dirigidos a objetivos legitimados por sus títulos competenciales y por su ejercicio de acuerdo con la ley y el Derecho. Todo ello sin perjuicio de los títulos materiales específicos que se contienen en las normas legales sectoriales estatales y autonómicas. Es el caso de la Ley de Sanidad, Ley de Seguridad Ciudadana, Ley de Costas, el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas²⁵, etc., llenas todas ellas de remisiones al mundo local.

Sea como fuere, aparte de las ampliaciones y concreciones que puedan contenerse en normas sectoriales con rango de ley, es lo cierto que las competencias materiales que se contienen en la propia LRBRL a lo largo de su articulado ya constituyen norma con rango legal suficiente para legitimar la puesta en práctica de la competencia formal reconocida en la letra a) del artículo 84.1, que no se ejerce sólo desde sí mismo, sino con apoyo en los demás preceptos de la LRBRL o de las leyes sectoriales. Como es lógico, deberán hacerlo sometándose a las leyes sectoriales que se dicten, pero el fundamento del actuar de las CC.LL. no depende, en buena parte de los casos, de dichas leyes sectoriales, sino que están legitimadas para hacerlo desde el reconocimiento constitucional de su autonomía para la gestión de sus intereses y del reconocimiento de competencias que se contiene en la LRBRL. Intereses concretados, por tanto, en las competencias reconocidas en la ley básica estatal y en las leyes autonómicas de desarrollo de la misma.

No tendría sentido que el artículo 25.1.a) reconozca competencia a las CC.LL. en relación con la seguridad en lugares públicos para decir, acto seguido, que mientras no exista una ley estatal o autonómica no pueden mover un dedo por dicha seguridad; desde luego, deberán observar y sujetarse a las leyes cuando existan, pero las CC.LL. tienen una obligación de actuar. De hacerlo, desde luego, de acuerdo con las leyes y también de acuerdo con el Derecho; por lo que los principios de necesidad, adecuación y proporcionalidad, así como de norma previa

cuando disponía en relación con las sanciones por faltas que: *«En las ordenanzas municipales y demás reglamentos generales o particulares de la Administración que se publicaren en lo sucesivo y en los bandos de policía y buen gobierno que dictaren las Autoridades, no se establecerán penas mayores que las señaladas en este libro, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determinare otra cosa por leyes especiales. Conforme a este principio, las disposiciones de este libro no excluyen ni limitan las atribuciones que por las leyes municipales o cualesquiera otras especiales competan a los funcionarios de la Administración para dictar bandos de policía y buen gobierno y para corregir gubernativamente las faltas en los casos en que su represión les esté encomendada por las mismas leyes».*

²⁵ Que ha servido en el pasado de fundamento suficiente de muchas Ordenanzas, aparte de los efectos que puede seguir teniendo en el presente, pese a su derogación.

(norma previa propia: Ordenanzas) que sirva de fundamento a cada actuación concreta, son el parámetro de la legalidad de su conducta y elementos de control por parte de los tribunales.

Lo mismo ocurre con la protección civil o la prevención y extinción de incendios [art. 25.1.c)] o con la ordenación del tráfico de vehículos y personas por las vías urbanas [art. 25.1.b)]. Su ejercicio deberá adecuarse a las leyes, pero su obligación de actuar surge de su autonomía para la gestión de sus intereses. Y esas materias son todas de su interés, como les reconoce la LRBRL.

No puede olvidarse, además, la singular posición de las CC.LL. en su relación con la ley y con la Constitución misma. En efecto, en el caso de los Entes locales se dan dos circunstancias que hacen muy singular esa posición.

La primera, que hay normas de rango constitucional y básico que directamente dan cobertura a los Entes locales en cuanto les reconocen competencias para la gestión de sus intereses; intereses que las normas básicas del Estado han concretado en muchas materias.

La segunda, que, por eso mismo, la relación de la ley con los Entes locales, cuya autonomía se reconoce constitucionalmente en los artículos 137 y 140 de la norma suprema, es diferente de la que la ley tiene con la Administración no municipal ni provincial. Ello hace que la cobertura de ley para toda actuación administrativa sea en el mundo local muy singular y, en todo caso, diferente de la que existe para las demás Administraciones²⁶. La Administración local no está constreñida por lo que le atribuya la ley en el mismo grado que lo están otros niveles de Administración. Como establece el artículo 2 de la LRBRL, es la ley estatal o autonómica la que está obligada a reconocerles competencias a los Entes locales para la gestión de sus intereses; es, por tanto, la ley la que está, en cierto modo²⁷, subordinada a la autonomía local constitucionalmente reconocida. Esa obligación del legislador, establecida por el artículo 2 de la LRBRL, ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional ante el recurso interpuesto por algunas Comunidades Autónomas que no consideraban básica esa interpretación de

²⁶ Vid. Santiago MUÑOZ MACHADO, en *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, 3.ª ed., Iustel, 2011, págs. 854 a 856, donde reconoce que «la autonomía local implica el reconocimiento a los entes locales de todas las potestades y competencias que sean precisas para atender sus fines. La garantía institucional impone que dicha asignación sea genérica, porque la asignación específica limita la capacidad de opción de los entes locales para definir su propias políticas lo que supondría una vulneración de la autonomía local».

²⁷ En cierto modo porque, desde luego, tiene un muy amplio margen para la configuración de las concretas competencias locales. Ahora bien, eso no quiere decir que pueda reconocer o no a su antojo competencias. En ese sentido, la ley está subordinada a la autonomía local; vale decir a la Constitución. Ése es el sentido profundo del recurso por violación de la autonomía local previsto en la LOTC.

la autonomía de las CC.LL. contenida en el artículo 2 de la LRBRL como determinante de obligaciones para el legislador²⁸. Esa obligación pone bien de relieve que las CC.LL. no tienen exactamente la misma relación con la ley que la que tienen las demás Administraciones. Desde luego, están vinculadas por la ley; pero también la ley está vinculada por la autonomía local, hasta el punto que la ley puede ser declarada inconstitucional si no respeta el ámbito de autonomía local.

Por otra parte, esa configuración de la relación de la ley con la autonomía local tiene consecuencias en cuanto nos encontremos en un ámbito en que las CC.LL. tengan competencias reconocidas por normas legales (la propia LRBRL) y existan reglas y principios contenidos en normas con rango de ley o con la cobertura de la ley que afecten a la actividad de particulares y empresas; pues en ese caso las competencias de las CC.LL. no son capacidades eventuales o renunciables de actuación, sino que colocan a las CC.LL. en la obligación de actuar, incluso en defecto de desarrollo completo por la norma competente estatal o autonómica de los aspectos materiales de la regulación legal.

Basta con que alguna ley establezca una obligación de velar por la observancia de reglas o medidas para que las CC.LL. estén obligadas a poner en marcha su capacidad de intervención. Y lo mismo ocurre cuando tal ley se remite a reglamentos u Ordenanzas.

Por otra parte, tampoco debe olvidarse que el artículo 84 LRBRL menciona como primera técnica de intervención, bajo la letra a), la consistente en la aprobación de Ordenanzas y bandos. Y es muy relevante que sea la primera, porque pone de manifiesto que el principio de legalidad en el ámbito municipal empieza por la promulgación de las normas que determinan el modo y condiciones de atender los intereses públicos que están detrás de la atribución de las competencias del artículo 25 de la LRBRL. En esas Ordenanzas y bandos se contendrán los requisitos y condiciones materiales a los que deberá ajustarse la actividad de los ciudadanos. La fijación y determinación de esos requisitos y condiciones de la actividad ciudadana representan el poder más relevante local. Respecto de esa fijación y determi-

²⁸ Se trata de la STC 214/1989, que declaró constitucional el artículo 2 de la LRBRL frente a las impugnaciones de varias CC.AA. que pretendían que la ley estatal no podía hacer la declaración que se contiene en dicho artículo, pero el mismo no es sino concreción del reconocimiento de la autonomía local y, por tanto, de la obligación del legislador estatal y autonómico de reconocerles competencias para la defensa de sus intereses. Todo ello ha acabado siendo asimilado por los Estatutos de Autonomía de nueva generación, e incluso por los de alguna Comunidad recurrente en aquel caso. El artículo 2 se adelantó a la Carta Europea de Autonomía Local en este punto y a los nuevos Estatutos de Autonomía. Cfr. en este punto las reflexiones de Ferrán TORRES COBAS, en «Los desafíos de la...», *ob. cit.*, págs. 19 a 21, que no tiene en cuenta el alcance del citado artículo 2 de la LRBRL.

nación normativa de requisitos y condiciones, las licencias y autorizaciones son una técnica subordinada y ancilar que sólo sirve para comprobar si se han cumplido las exigencias sustantivas previamente establecidas necesariamente en las Ordenanzas o en normas procedentes de otros niveles. Exigencias cuya importancia debe realzarse en cuanto supone de regulación material y reglamentaria de actividades de los ciudadanos, por lo que, aparte de la cobertura formal que le procure el reconocimiento de la autonomía municipal en la Constitución o el reconocimiento de competencias en la propia LRBRL, tienen que respetar el principio de proporcionalidad en la imposición de requisitos para que pueda considerarse ajustada a Derecho la regulación de que se trate.

Es así evidente que el artículo 84.1 no ha podido permitir nunca que las CC.LL. pudieran imponer en sus Ordenanzas obligaciones de cumplir requisitos y condiciones absurdos cuyo cumplimiento se quisiera controlar luego mediante licencias previas; no ha podido permitir imponer, por ejemplo, requisitos y obligaciones para pasear por la calle, hacer *footing* en ella o detenerse a la sombra de un árbol.

La cuestión de ese límite de racionalidad y proporcionalidad de los requisitos y exigencias para las actividades se puede pretender contraer o al problema de la falta de rango legal de la Ordenanza que lo impusiera o, más bien, al problema de la violación sustantiva de los derechos y libertades de las personas, si se imponen requisitos y condiciones desproporcionados o absurdos para desarrollar todas esas acciones. Es decir, se trataría de la ilegalidad de tales requisitos y condiciones por absurdos o desproporcionados y no por la falta de rango de una Ordenanza. Tal ilegalidad no descansaría en la violación de la reserva de ley o en la incompetencia de los Entes locales para dictar tales Ordenanzas sin cobertura de una ley formal previa (vicio que sólo se daría en supuestos de falta absoluta de competencia), sino, más bien, en la violación de la exigencia de un interés público suficiente y legitimante de una restricción de la libertad de los ciudadanos que fuera desproporcionada, absurda o dirigida a proteger bienes o intereses que no lo merecieran o que no cayeran en el círculo de los intereses propios de los Entes locales, cuya defensa les corresponde.

Si del terreno de los ejemplos absurdos propuestos más arriba (requisitos para pasear por la calle y ponerse a la sombra de un árbol, consistentes por ejemplo en que para hacerlo haya que llevar pantalones azules y jersey blanco) pasamos a otros que no lo son, como los que pudieran imponerse a la distribución de prensa gratuita en la calle, se puede ver que hay razones de fondo que pueden justificar el establecimiento de condiciones y requisitos para ejercer tal actividad que pue-

den establecerse en una Ordenanza, aun en ausencia de ley²⁹, y ello con independencia de que, además, se pudiera exigir una licencia para comprobar el cumplimiento de tales requisitos. En todo caso, en lo que ahora importa, de la ausencia de ley que regule con precisión —o que no regule— ese fenómeno de la distribución de prensa gratuita en la calle, relativamente moderno, no se sigue que el control de las Ordenanzas por los tribunales haya de hacerse por supuesta violación directa de la reserva de ley (en el caso de que se hubiera dictado alguna Ordenanza, como se han dictado, pese a la inexistencia de ley alguna sobre reparto gratuito de prensa) o por la violación de tal reserva por desbordamiento de las previsiones legales si hubiese ido la Ordenanza en su regulación mucho más allá de las escasísimas y parcas previsiones que eventualmente hubieran podido estar contenidas en una hipotética ley estatal (de la que, por cierto, no se tiene conocimiento). En absoluto.

El control y eventual anulación de la Ordenanza se fundarán, más bien, en la violación de principios materiales que tengan que ver con la necesidad, adecuación y proporcionalidad de los requisitos y condiciones materiales que puedan haberse establecido en las Ordenanzas o en su equivocada aplicación por la Administración³⁰ en trance de aplicar la Ordenanza a un caso concreto.

Por otra parte, las Comunidades Autónomas han regulado, casi todas, en normas con rango de ley las condiciones de la venta ambulante (aunque no la distribución gratuita —no venta, por tanto— de prensa), y esa regulación da amparo a las Ordenanzas municipales, aunque en la mayor parte de dichas leyes —en el caso de que existan, lo que no siempre sucede— hay un contenido sustantivo muy escaso, que muchas veces ni siquiera cuenta con criterios que constituyan pauta para el desarrollo reglamentario pormenorizado. A partir de dichas leyes se ha regulado la venta ambulante, aunque debe destacarse que dichas Ordenanzas han existido desde siempre —antes incluso de la existencia de normas legales autonómicas y muchas veces sin cobertura de una ley

²⁹ Ausencia de ley que en el ejemplo no existe, puesto que la Ley de Bases en el 25.2.b) habilita a los EE.LL. para ordenar el tráfico de personas en las vías urbanas, así como regular las formas de aprovechamiento especial de los bienes de dominio público de acuerdo con la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

³⁰ Vid a ese respecto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 12 de marzo de 2009, que anuló la dictada por el Juzgado correspondiente no por violaciones de reserva alguna de ley en las normas de reparto de prensa deportiva en la vía pública los domingos antes de los partidos, sino interpretando la Ordenanza en un sentido conforme con los derechos constitucionales involucrados y con la idea de derecho preexistente presente en toda licencia, que no es más que un obstáculo a tal derecho para la tutela de otros intereses. Al respecto puede verse el estudio de José VIDA FERNÁNDEZ, «La intervención municipal sobre la distribución gratuita de prensa en la vía pública», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.ºs 300-301, págs. 391-424

formal específica y concreta, adicional a su competencia para regular el tráfico de personas y vehículos o a su titularidad del dominio público viario—, sin que la inexistencia de normas singulares y específicas de cobertura impidiesen la aprobación de tales Ordenanzas, que se han fundado en la atribución genérica, aunque pormenorizada de competencias en las leyes locales³¹ en relación con vías y lugares públicos; atribución genérica que hacía difícil considerar, sin más, que se estaba ante un supuesto de reglamento independiente³² que incurriera en infracción de la reserva de ley, puesto que, por de pronto, la LRBRL les reconocía competencias a las CC.LL. en materias determinadas como es la salubridad, los abastos, el tráfico de personas y bienes, etc. Ello quiere decir, por tanto, que la inexistencia de normas legales específicas de cobertura de la regulación de la distribución gratuita de prensa —o la insuficiencia o imprecisión de éstas en extremos concretos después regulados por las Ordenanzas— no ha impedido el control de las Ordenanzas que se han ido dictando por las CC.LL. por los respectivos tribunales ante eventuales excesos. Control que no se ha dirigido a la cuestión de si había una reserva de ley que impidiera dictar Ordenanzas o de si carecía el Ente local de competencias normativas o si las que ejercía iban más allá de las eventuales previsiones legales, sino que se centraba en si el contenido material de la Ordenanza restringía injustificada o desproporcionadamente derechos de las personas, o en la inexistencia de intereses públicos que legitimasen las restricciones³³ (todo ello dejando aparte los supuestos de anulación por infracción directa de leyes o reglamentos existentes).

Lo que protege la libertad de los ciudadanos no es únicamente la reserva de ley formal —pues, para empezar, la ley misma puede infringir los derechos y libertades—, sino la exigencia de un interés general que legitime la medida y su proporcionalidad para el fin que se pretende,

³¹ La cuestión tiene que ver bastante con el debate general sobre los reglamentos independientes, por más que, en todo caso, subrayadas esas diferencias, debe recordarse que el debate sobre los reglamentos independientes, al margen del entusiasmo académico, siempre acaba reconociendo la realidad de tales reglamentos. Por todos, pueden verse las consideraciones de Santiago MUÑOZ MACHADO, en su *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho público general*, 1.ª ed., Iustel, 2006, págs. 933 a 943; allí reconoce la vigencia del reglamento independiente pese a la mayor extensión de la reserva de ley a ámbitos domésticos (pág. 938).

³² Vid. Ferrán TORRES COBAS, en «Los desafíos de la “Directiva Bolkenstein” para las Entidades Locales: El adiós a las licencias y el posible renacer de las ordenanzas locales», en *Revista Electrónica de CEMCI*, núm. 4, julio-septiembre 2009, en cuya pág. 11 considera que las entidades locales son reacias a aprobar Ordenanzas independientes, pareciendo dar por supuesto que las Ordenanzas lo son en todo caso y probablemente que no tienen cobertura alguna para hacerlo.

³³ Restricción desde el momento que se reconoce la existencia de un derecho preexistente, que sólo tiene el obstáculo formal del cumplimiento de los requisitos de fondo que el principio de juridicidad exige que se desarrollen en normas previas.

siempre que, además, exista una competencia de las CC.LL. reconocida de forma genérica para actuar en materias de su interés³⁴; y, en último extremo, la garantía está en el control judicial de aquellas restricciones que no cuenten con cobertura suficiente directa o indirecta de ley, o sean desproporcionadas o injustificables. Es una garantía, pues, por razones de fondo y no por el solo dato formal de la reserva de ley.

La ley, puede, desde luego, ayudar a perfilar y acotar lo que puede establecer el reglamento o la ordenanza y, así, limitar con mayor profundidad eventuales restricciones no justificadas. Pero eso no quiere decir que la ausencia de ley específica impida a las CC.LL. dictar normas reglamentarias en los ámbitos en que la ley les reconoce sus intereses y su derecho a gestionarlos; es decir, en los ámbitos en que tienen reconocida competencia cuando haya bienes y valores que merezcan protección y no haya otro medio para garantizarlos que establecer requisitos y técnicas materiales —requisitos y condiciones— y formales —la licencia— que no pueden limitar o suponer la ablación de derechos en ningún caso, sino el simple control de su ejercicio, en cuanto a las técnicas formales. Si los requisitos son excesivos, los tribunales los someterán a control y a eventual anulación, como vienen haciendo con toda normalidad.

- B) *La cobertura del establecimiento en Ordenanzas de la obligación de proveerse de autorizaciones por el juego consolidado del artículo 84.1.b) en relación con la letra a) del mismo artículo y con las normas materiales contenidas en las leyes y normas reglamentarias dictadas al amparo de las leyes*

Si se dedica, ahora, un apartado especial a la cobertura de la decisión de imponer en Ordenanzas locales un régimen de autorización no es porque los argumentos sean muy diferentes de los existentes en cuanto a la imposición de requisitos de fondo que se acaban de examinar en el apartado anterior; sino por el dato de que es en relación con los regímenes de autorización respecto de los cuales el artículo 5 de la LLAASE ha impuesto directamente al legislador la obligación de motivar la concurrencia de necesidad y proporcionalidad. En realidad, la restricción que supone el establecimiento de un régimen de licencia no es más importante, ni mucho menos, que la que puede suponer la fijación de condiciones y requisitos sustantivos para ejercer una actividad. Al revés: las licencias y autorizaciones se han configurado siem-

³⁴ Vid. Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo...*, ob. cit., pág. 857.

pre con carácter ancilar, como técnica de comprobación del cumplimiento de tales requisitos sustantivos, y por ello como obligadas en su otorgamiento por tener el particular un derecho preexistente a que se le otorgue la autorización si cumple las condiciones y requisitos materiales, que sólo queda dificultado, pero nunca impedido, si no se cumplen las condiciones establecidas³⁵.

Por todo ello, vale para las licencias y autorizaciones cuanto se ha dicho en el apartado anterior para la fijación de requisitos y condiciones por las Ordenanzas y, para empezar, vale la reflexión acerca de que la propia LRBRL ya reconoce con el rango adecuado competencias a las CC.LL. en distintas materias, por lo que desde esas competencias —«ordenación del tráfico de vehículos y personas en vías urbanas» del artículo 25.2.b), por ejemplo— las CC.LL. cuentan con habilitación legal para dictar directamente Ordenanzas que deberán respetar las normas de rango superior que eventualmente existan —Ley sobre tráfico y circulación de vehículos a motor o el Código de la Circulación, por ejemplo— y en aquellas podrán imponer la obligación de obtener autorizaciones o licencias.

En ese sentido, esos preceptos, contenidos en normas con rango de ley o con la cobertura de la ley —ya que ésta puede remitir a reglamentos u Ordenanzas— y que establecen las condiciones materiales de ejercicio de la actividad, son los que justificaban un régimen genérico de autorización como el contenido en el artículo 84.1 de la LRBRL, para comprobar mediante él que se respetaban las condiciones materiales previamente definidas, bien por la ley o bien de acuerdo con la ley por reglamentos y Ordenanzas. Por eso mismo, esas previsiones sustantivas no siempre tienen que estar directa e inmediatamente contenidas en normas con rango legal, como ya se ha dicho, sino que pueden estarlo en normas reglamentarias, siempre que cuenten con la cobertura de una norma con rango legal, en la que se establezcan los criterios para el ejercicio de la potestad reglamentaria.

En definitiva, para poner en marcha un mecanismo formal de intervención como es la autorización³⁶ —dirigido sólo a verificar que se cumplen las determinaciones, requisitos y condiciones sustantivas es-

³⁵ Dificultado porque basta con cumplirlas para que se le tenga que conceder la autorización. Si los requisitos fueran ilegales por excesivos, desproporcionados, injustificados u otra causa, se podrán impugnar y los tribunales reconocerán el derecho a la autorización.

³⁶ Dejaría de ser formal si se pretendiera que la autorización se hace en el ejercicio de una potestad discrecional no previamente definida en la norma, pero no es de ese tipo de autorización del que aquí hablamos, sino de una autorización como mecanismo de comprobación de que se cumplen las condiciones y requisitos sustantivos previamente definidos con claridad. Vid. sobre ello H. VILLAREJO GALENDE, «El nuevo régimen de las autorizaciones comerciales en España. Una lectura hitchcockiana de los efectos de la Directiva de servicios: ¿De Psicosis a Sabotaje?», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42, 2011 (número dedicado a «Los retos de la Directiva de Servicios»), págs. 217-256.

tablecidos en reglamentos u Ordenanzas— basta con que se cuente con la cobertura genérica y formal de un artículo como el 84.1 de la LRBRL, siempre que, además, las condiciones y determinaciones materiales a verificar por la licencia o autorización hayan sido fijadas previamente por la ley o con su cobertura se hayan determinado en reglamento, o por la ley o con su cobertura se le haya atribuido competencia a la Administración local —por ejemplo, la atribución de competencia en materia de circulación de personas y vehículos en el artículo 25 de la LRBRL— en un ámbito concreto y determinado.

En todo caso, cumplidas esas exigencias hace falta ahora, además, para el ámbito local, que haya una norma con rango de ley que motive las razones que justifican la necesidad de autorización; ley que se supone que tiene que ajustarse a los principios de proporcionalidad en sentido amplio, es decir, justificar que no hay una medida más restrictiva, lo que se examinará a continuación.

IV. LA DIFERENCIA DE REGULACIÓN DE LA FUNCIÓN DE LA LEY EN LA MOTIVACIÓN DE RÉGIMENES DE AUTORIZACIÓN ENTRE LAS ADMINISTRACIONES LOCALES Y LAS DEMÁS

El régimen de reserva impropia de ley de la LLAASE establecido en su artículo 5 parecería haber quedado sin aplicación práctica para todas las Administraciones salvo para la local, en virtud del nuevo artículo 39 bis de la LRJAP-PC y de la nueva redacción del artículo 84.1 de la LRBRL, introducidos ambos preceptos simultáneamente por la misma Ley: la 25/2009.

Ocurre que el nuevo artículo 39 bis de la LRJAP-PC establece un régimen distinto del previsto en la LLAASE en su artículo 5³⁷, pues en tanto ésta exige una norma con rango de ley que motive las razones por las que se introduce un régimen de autorización, el nuevo artículo 39 bis³⁸

³⁷ Ley 17/2009:

«Artículo 5. Regímenes de autorización.

La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurren las siguientes condiciones, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen».

³⁸ LRJAP-PC (modificada por Ley 25/2009):

«Artículo 39 bis. Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad.

de la LRJAP-PC se limita a sentar, de forma más lógica, los principios conforme a los cuales habrán de ser las propias Administraciones públicas las que, a la hora de establecer, directamente y por sí mismas, sin nueva intermediación del legislador, un régimen de autorización, tendrán que motivar la necesidad que les lleva a introducir esa exigencia y a justificar la adecuación de la medida a los fines que se persiguen. Por tanto, el nuevo artículo 39 bis alivia al legislador de la carga de ser él quien motive las razones de un régimen de autorización y la tras-pasa, con todo sentido, a las Administraciones públicas.

Esa regulación del nuevo artículo 39 bis parece mucho más razonable, desde luego, que la establecida en el artículo 5 de la LLAASE y debería aplicarse a todas las Administraciones públicas, dado que en este punto estamos ante una norma de carácter básico en cuanto referida al régimen jurídico de las Administraciones públicas. Por tanto, debía ser aplicable también a las Administraciones locales.

Sin embargo, en la misma fecha en que se aprueba el nuevo artículo 39 bis, y a través de la misma norma (la Ley 25/2009), se modifica la redacción del artículo 84.1 de la LRBRL en unos términos que de forma inequívoca remiten, en el ámbito de las AA.LL., al artículo 5 de la LLAASE para poder imponer un régimen de licencia o autorización, si bien limitado a las intervenciones en servicios³⁹.

Nos encontramos, pues, ante dos normas contradictorias entre sí, aprobadas en la misma fecha y por el mismo instrumento normativo (por lo que el criterio de la *lex posterior* no puede ser tomado en con-

1. *Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias.*

2. *Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan».*

³⁹ LRBRL (redacción por Ley 25/2009):

«Artículo 84.

1. *Las Entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios:*

a) *Ordenanzas y bandos.*

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

sideración), aplicables ambas, en principio, a las AA.LL., pero que establecen regímenes diferentes en relación con las autorizaciones.

Una (la del nuevo 84.1 de la LRBRL) exige —a través de su remisión expresa y nominal a lo establecido en la Ley 17/2009— que la ley que establezca un régimen de autorización motive las razones para ello, y otra (el nuevo 39 bis de la LRJAP-PC) delega en las propias Administraciones la motivación y justificación de su establecimiento.

La contradicción entre ambas previsiones es evidente y la primera cuestión consistiría en determinar cuál es la norma aplicable a las AA.LL. A tal efecto parecería que la contradicción entre ambas normas —ya que no puede solucionarse por la regla de la *lex posterior*— se salvaría por la aplicación del criterio de la norma especial: el artículo 39 bis se aplica a todas las Administraciones públicas, en tanto que el 84.1 de la LRBRL sólo se aplica de forma específica a las AA.LL. La consecuencia de ello sería que habría dos regímenes distintos en este punto: uno para las AA.LL. y otro para las demás Administraciones.

Tal sería la solución más clara desde el punto de vista de la aplicación de las reglas que rigen el concurso y los conflictos de normas. Pero la solución resulta disparatada y absurda desde el punto de vista sistemático.

En efecto, ¿cómo se puede explicar que una norma básica sobre régimen jurídico de las Administraciones públicas como es la LRJAP-PC deje de ser básica para una de dichas Administraciones? O es básica porque pretende recoger reglas relevantes y esenciales, y en tal caso no puede dejarse de aplicar a todas las Administraciones sin excepción, o tales principios no son realmente relevantes y esenciales y entonces el Estado no tiene competencia para regular esos extremos e imponerlos a la legislación de las CC.AA.

La solución más correcta derivada de la aplicación de las normas sobre conflicto y concurso de normas contradice así las reglas sistemáticas y constitucionales sobre las competencias del Estado para regular lo básico. Contradice también, además, como luego se verá, el principio de autonomía local previsto en la Constitución.

Lo cierto es, sin embargo, que tenemos dos normas contradictorias entre sí y una de ellas específica para las AA.LL., por lo que la tesis habitualmente más aceptable, aunque difícilmente admisible, consistiría en decir que en el mundo local se aplica el artículo 5 de la LLAASE por imposición del nuevo artículo 84.1 de la LRBRL.

La regla de la *lex posterior* no puede aportar solución alguna, como ya se ha apuntado, dado que las dos normas son de la misma fecha y se contienen en la misma Ley (la 25/2009). En todo caso, la Ley 25/2009 contiene, pues, la última voluntad del legislador y, por tanto, la única que

hay que tener en cuenta. Y, conforme a dicha voluntad, se quiso establecer por la misma Ley 25/2009 un régimen general para todas las Administraciones, el del 39 bis de la LRJAP-PC, y uno especial, el del 84.1 de la LRBRL, que remitía de forma expresa y nominal a la LLAASE, para las AA.LL., y por tanto mantenía para éstas el régimen del artículo 5 de la Ley 17/2009.

1. *El alcance de la reserva impropia de ley en los términos del artículo 5 de la LLAASE*

Conviene examinar ahora el alcance de la que hemos llamado reserva impropia de ley para ver si es posible una interpretación que salve los diferentes regímenes que se han establecido para las diferentes Administraciones públicas. Para ver si, por ejemplo, la LLAASE no hubiera establecido en realidad una reserva de ley demasiado exigente o conciliable con la previsión del artículo 39 bis de la LRJAP-PC.

Para empezar, debe notarse que el artículo 5 de la LLAASE configuró una reserva de ley que no venía exigida, desde luego, por la DSE⁴⁰. Esa reserva resultaba especialmente rígida, si se considera que dicho artículo 5 comienza proscribiendo el empleo de autorizaciones y sólo de forma excepcional levanta tal proscripción cuando se motive suficientemente en la «*ley que establezca dicho régimen*». Esa formulación que sólo «excepcionalmente» permitía la autorización daba a entender que el término «ley» se utilizaba en sentido de ley formal, pues de otro modo cualquier norma reglamentaria podría establecer la excepción, lo que diría poco de la excepcionalidad pretendida. Podría parecer, además, que con esa referencia a la «*ley que establezca dicho régimen*» se estaba dando a entender que la reserva era de ley singular para cada concreto régimen de autorización o, en todo caso, que toda autorización exigía estar amparada, directamente, por la ley, que, además, debía motivar las razones que justificasen tal régimen; es decir, que no sería admisible que una norma con rango legal estableciera criterios más o menos generales conforme a los cuales normas de rango reglamentario pudieran determinar los supuestos de licencias o controles previos. Y no sería admisible porque la motivación de la necesidad de un sistema autorizador y la justificación de la adecuación del mismo a los fines perseguidos no pueden hacerse de forma genérica, sino a la vista del sector concreto de la actividad de servicios de que se tratase. Parece, pues,

⁴⁰ Vid. Tomás FONT I LLOVET y Alexandre PEÑALVER I CABRÉ, «La incidencia de la...», *ob. cit.*, págs. 3 y ss.

que la LLAASE no podía estar pensando en una solución como la que la Ley 25/2009 estableció en el artículo 39 bis de la LRJAP-PC. Lo cual no tiene importancia puesto que el 39 bis ha dejado sin efecto el artículo 5 de la LLAASE para la Administración estatal y la autonómica. No así para la local, porque el mismo legislador de la nueva redacción del artículo 39 bis, en la misma fecha, dispuso que las AA.LL. siguieran sujetas en materia de autorizaciones de servicios al artículo 5 de la LLAASE.

Parecería, por tanto, que el citado artículo 5 de la LLAASE tendría como consecuencia excluir, en principio y de entrada, que el nivel de gobierno local pudiera, por sí mismo, mediante las oportunas Ordenanzas, fijar los supuestos de licencias o controles previos, ya que en tal caso violaría la reserva de ley⁴¹ o, si se quiere, reserva impropia de ley⁴². Daría igual que las Ordenanzas tuvieran en cuenta los principios de necesidad y proporcionalidad en sentido amplio que se recogen en dicho artículo 5 de la LLAASE. Por más que observasen tales principios las eventuales Ordenanzas, lo cierto es que lo que no respetarían sería la reserva de ley que en tal artículo se formula, aunque fuera con el más estricto respeto a los límites materiales y al espíritu de dichas previsiones sustantivas.

La conclusión de todo ello es que el análisis del artículo 5 de la LLAASE no permite acercar su contenido a las previsiones del artículo 39 bis de la LRJAP-PC y, por ello, podría concluirse que la Ley 25/2009 con la redacción que da al artículo 84.1 de la LRBRL ha establecido para las CC.LL. un régimen distinto al del artículo 39 bis citado, lo que nos conduce al análisis de ese régimen singular en cuanto a su procedencia y adecuación a la Constitución.

2. *La violación de la autonomía local por los artículos 84.1 de la LRBRL y 5.1 de la LLAASE*

La exigencia de una ley formal que establezca regímenes de autorización en los ámbitos de competencia de las CC.LL. y que motive, la propia ley, las razones de ese establecimiento resulta excesiva e in-

⁴¹ Vid. Tomás FONT I LLOVET y Alexandre PEÑALVER I CABRÉ, «La incidencia de la...», *ob. cit.*, págs. 14 a 16, en que tratan de dar soluciones muy plausibles, si bien debe partirse de que la LLAASE es inconstitucional y absurda. Tan absurda que para las demás Administraciones se ha suprimido tal reserva de ley.

⁴² Reserva impropia porque no está hecha en la Constitución, sino en una ley ordinaria, por lo que cualquier otra ley ordinaria puede desconocerla y contradecirla. Ello no obstante, alguna eficacia podría tener en el ámbito de las relaciones Estado-Comunidades Autónomas, pues en este ámbito, si se considera que la ley estatal es norma básica, el legislador autonómico tendría algunas restricciones para deslegalizar el establecimiento de regímenes de autorización. Véase, no obstante, lo que se ha dicho más arriba al respecto.

constitucional. Parece, desde luego, excesiva en cuanto priva a las Administraciones locales, y en general al nivel de gobierno local, de la capacidad de decidir por sí mismas los supuestos concretos en que sería procedente establecer un régimen de control preventivo respetando el principio de necesidad y proporcionalidad.

Nada puede oponerse al hecho de que el legislador estatal apele e imponga los criterios de necesidad y proporcionalidad de la DSE para que sea posible un régimen de autorización. Lo que sí puede discutirse es que, más allá de fijar los criterios, se reserve para sí mismo (sea el legislador estatal o autonómico) la fijación de los supuestos concretos en que se puede establecer un régimen de autorización. Y puede discutirse por razones de oportunidad y, sobre todo, por razones constitucionales. Por razones de oportunidad, porque el legislador no está en condiciones de determinar en una norma abstracta y general las circunstancias concretas que en cada caso pueden aconsejar o no el empleo de la autorización; en realidad, ningún legislador está en dichas condiciones. Eso es algo que sólo puede hacer la Administración, limitada, eso sí, por los criterios sustantivos que le marque la ley. Por otra parte, la obligación de motivar que establece el artículo 5 de la LLAASE sólo cobra sentido en una ley que se refiera a supuestos concretos, que son los únicos en los que cabe, valorando las circunstancias de cada actividad, los bienes en presencia y los riesgos para dichos bienes. Pero es absurdo que el legislador tenga que dictar leyes para supuestos concretos de actividades.

Por razones de constitucionalidad, porque priva a las AA.LL. de la capacidad de decidir cuándo quieren imponer, o no, un régimen de autorización, incluso en los casos en que de acuerdo con los criterios de necesidad, adecuación y proporcionalidad fuese pertinente establecerlo. Sea pertinente o no, las CC.LL. no podrían hacerlo en ausencia de una norma legal estatal o autonómica.

Desde luego, resulta absurda la previsión del artículo 5 de la LLAASE en el sentido de que cada establecimiento de un régimen de licencia previa precise de una norma con rango formal de ley en la que, a la vista de las circunstancias de cada actividad, se justifique y motive el porqué del régimen de autorización. Sin embargo, eso es lo que parece que quiso decir el legislador estatal para hacer de la licencia un supuesto auténticamente excepcional, por más que la solución sea absurda y excesiva. Tan absurda y excesiva que la Ley 25/2009 ha establecido otra regulación para la Administración estatal y la autonómica, que es la única razonable, al introducir un nuevo artículo 39 bis en la LRJAP-PC.

3. *La nueva violación de la autonomía local causada por la aprobación por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, de un nuevo artículo 84 bis que no sólo no ha remediado el problema, sino que lo ha agravado*

La aprobación en una misma ley de dos regulaciones contradictorias es una muestra de confusión y mala técnica legislativa que hubiera podido remediarse aprovechando la nueva reforma de la LRBRL que se introdujo poco más de un año después de la LLAASE y de la Ley 25/2009 por el artículo 41 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible. Sin embargo, lo cierto es que no sólo no se aclaró la cuestión, sino que se introdujo más confusión.

En efecto, unos meses después (marzo de 2011), la Ley 2/2011, de Economía Sostenible (LES), añadió un nuevo artículo 84 bis a la LRBRL y modificó el siguiente artículo 85 de la misma LRBRL, dejando intocada la redacción del 84, que se acababa de modificar por la Ley Ómnibus.

La consecuencia de esa sucesión de normas para el ámbito local es un aumento de la confusión. En efecto, el nuevo artículo 84 bis⁴³ introducido por la LES, que convive con el 84, empieza por disponer que, con carácter general, el ejercicio de actividades (y éstas comprenden no sólo las de «servicios», sino las industriales y comerciales) no se puede someter a previa licencia, para acto seguido disponer los supuestos concretos en que, pese a ello, sí cabe licencia previa o control preventivo; supuestos que, además de cumplir con los requisitos de necesidad y proporcionalidad, deben referirse a casos de eventual afección a la seguridad, salud, medio ambiente, patrimonio histórico-artístico o que impliquen el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público.

Sin entrar ahora en la nueva vuelta de tuerca que supone excluir las demás «razones imperiosas de interés general» que la DSE permitía en

43

«Artículo 84 bis.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo. No obstante, podrán someterse a licencia o control preventivo aquellas actividades que afecten a la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico, la seguridad o la salud públicas, o que impliquen el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público, siempre que la decisión de sometimiento esté justificada y resulte proporcionada. En caso de existencia de licencias o autorizaciones concurrentes entre una entidad local y alguna otra Administración, la entidad local deberá motivar expresamente en la justificación de la necesidad de la autorización o licencia el interés general concreto que se pretende proteger y que éste no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente».

su artículo 9.1.b) y con tal exclusión limitarlas a las que acaban de mencionarse, lo cierto es que el nuevo artículo 84.1 bis parece dejar fuera los servicios. En realidad, no los menciona en modo alguno, pero como se trata de incluir un nuevo artículo 84 bis, él mismo entra en contradicción con el 84, que, sin embargo, no se deroga por la Ley de Economía Sostenible. Ello exige hacer una interpretación que salve en lo posible los dos, y esa interpretación parece que consiste en que el nuevo 84 bis se refiere a toda actividad que no sean servicios mientras éstos siguen sujetos a la mención específica que la LLAASE hace en la letra b) del artículo 84.1.

En definitiva, la diferencia de trato entre las AA.LL. y las demás se agrava de forma injustificada.

En efecto, por una parte, para las actividades de servicio las AA.LL. siguen necesitando, de acuerdo con su norma específica del 84.1.b), una norma con rango de ley para poder exigir licencias previas en la que se motive el porqué de esa licencia previa. Para las demás Administraciones, basta con la cobertura que les procura el artículo 39 bis para dictar los reglamentos oportunos.

Por otra parte, y en lo que se refiere a cualquier otra actividad —comercial o industrial—, las AA.LL. sólo pueden exigir licencias en los supuestos de eventual afección a la seguridad, salud, medio ambiente, patrimonio histórico-artístico o que impliquen el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público. Para las demás Administraciones públicas, en cambio, la norma general del artículo 39 bis de la LRJAP-PC no establece limitación alguna de supuestos para exigir licencia (aparte de los de necesidad y proporcionalidad), por lo que cualquier razón imperiosa de interés general podrá justificar la licencia previa.

La primera pregunta que podemos hacernos consiste en saber cómo si la LRJAP-PC es una ley básica para todas las Administraciones públicas en materia de régimen jurídico y procedimiento es posible que otra ley específica para el mundo local —la LRBRL— disponga que lo básico para todas las Administraciones no es lo básico para las AA.LL. Y lo mismo puede decirse de la Ley de Economía Sostenible, que en su disposición final primera invoca el artículo 149.1.18 de la CE para explicar el carácter básico del nuevo 84 bis de la LRBRL.

La segunda pregunta consiste en saber cómo es posible que a las leyes autonómicas (en los sectores en que éstas tengan competencia exclusiva) se les reducen los motivos por los que, por cualquiera de las razones de interés general admitidas por la jurisprudencia de Luxemburgo (enumeradas en el propio artículo 3.11 de la LLAASE para los servicios), podrían permitir a las AA.LL. de su ámbito territorial un régimen de li-

cencia previa. Es decir, las CC.AA. no podrán permitir un régimen de licencias previas con toda la amplitud permitida por la jurisprudencia comunitaria, porque el nuevo artículo 84 bis ha reducido el número de esas razones imperiosas en el 84 bis de la LRBRL. Creemos que esa reducción de las razones imperiosas —realizada por la Ley de Economía Sostenible, que sólo se aplica a la Administración local y no a la autonómica ni a la estatal—, además de violar la autonomía local, viola también y simultáneamente las competencias autonómicas en cuanto las CC.AA. podrían ampliar expresamente las razones imperiosas de interés general a todas las admitidas por la jurisprudencia de Luxemburgo, sin necesidad de constreñirse a las previstas por el Estado en el nuevo artículo 84 bis de la LRBRL. Y, sobre todo, porque no hay ninguna razón para esa reducción que pueda ampararse en las competencias básicas o exclusivas del Estado.

El hecho de que esa limitación no exista en el 39 bis de la LRJAP-PC pone de relieve que no hay ninguna razón que pueda invocar el Estado al amparo de su título básico en materia de régimen local o cualquier otro (ordenación de la economía). Si la hubiera, debería aplicarse a todas las Administraciones y no sólo a las locales.

El 84 bis de la LRBRL implica, por tanto, una simultánea violación de la autonomía local y de la competencia autonómica.

V. LA EVENTUAL INCONSTITUCIONALIDAD DEL RÉGIMEN ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 84 Y 84 BIS PARA LAS AA.LL.

Las reflexiones anteriores conducen a la conclusión de la inevitable inconstitucionalidad del régimen establecido por los artículos 84.1.b) y 84 bis de la LRBRL en relación con el artículo 5 de la LLAASE.

Los preceptos violados son los artículos 137, 140 y 141 de la Constitución. La violación se produce al restringir la potestad de las CC.LL. de exigir autorizaciones en el ámbito de los servicios y reservársela al legislador estatal o autonómico, y de hacerlo sin que existan razones para esa previsión, cuando el propio legislador estatal considera que otras Administraciones, que no gozan de la representatividad de sus ciudadanos, deben tener la potestad de imponer por sí mismas regímenes de autorización que respondan a los criterios de necesidad, adecuación y proporcionalidad sin necesidad de ley previa específica.

La violación se produce, también, al restringir en el artículo 84 bis de la LRBRL la potestad de las CC.LL. de exigir licencias y autorizaciones en los demás ámbitos de actividad distintos a los servicios, así

como al limitarla a algunas razones imperiosas de interés general (seguridad, salud, medio ambiente, patrimonio histórico-artístico o que impliquen el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público), con exclusión de todas las demás reconocidas por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, a diferencia de lo que para las demás Administraciones públicas prevé con carácter general el artículo 39 bis de la LRJAP-PC, donde no se establece dicha limitación de las razones imperiosas de interés general que pueden justificar un régimen de autorización.

Finalmente, el nuevo artículo 84 bis incurre en inconstitucionalidad por alterar el orden de competencias entre CC.AA. y Estado, al limitar la competencia de aquéllas para establecer las razones imperiosas de interés general que pueden dar cobertura a las CC.LL. de su propio ámbito territorial para establecer regímenes de autorización.

VI. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, LA PROTECCIÓN DE LAS LIBERTADES ECONÓMICAS FRENTE AL LEGISLADOR Y EL RESPETO AL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Las reflexiones anteriores ponen de manifiesto cómo se ha ido infiltrando en nuestro ordenamiento una idea extraña a nuestro modelo constitucional en materia de defensa frente al legislador de las libertades públicas y los derechos fundamentales. Y, como toda idea extraña al *corpus* jurídico fundamental, amenaza con provocar distorsiones y alterar y comprometer el valor superior del pluralismo político, que es uno de los fundamentos de nuestra democracia.

Se trata de la idea de que las libertades económicas han de tener más protección frente al legislador que cualquier otra libertad o derecho fundamental. Más protección incluso que los derechos fundamentales del artículo 14 y de la sección primera del capítulo segundo de nuestra norma suprema susceptibles de amparo constitucional.

Tal idea comienza a formarse a partir de los considerandos de la Directiva de Servicios, en que se sugiere que sus previsiones se dirigen a «eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros» (considerando 5.º), insistiendo en otros considerandos (6.º u 8.º, por ejemplo) en lo mismo, transmitiendo así la idea de que, en realidad, se trata de violaciones directas de las libertades comunitarias que exigen las medidas que se contienen en su articulado, pues no podría haber otras diferentes, como avalaría la

doctrina de Luxemburgo, bajo cuyo amparo se quiere situar la DSE. No se trataría, por tanto, de que la DSE sea una mera opción legislativa europea fundada en la conveniencia de hacer una regulación más oportuna o conveniente, pero sin poner en cuestión la «legalidad» de los regímenes hasta entonces existentes en los distintos países.

La operación se presenta, así, como una exigencia derivada del contenido de las libertades citadas que no pueden continuar siendo violadas por tales regímenes. La idea de que se trata de violaciones se destaca cuando en el considerando 6.º se afirma que la supresión de dichos obstáculos no puede hacerse sólo mediante la aplicación de los procedimientos de infracción al amparo de los artículos 43 y 49 del Tratado, que directamente «prohíben» las restricciones a las libertades de establecimiento y servicios; pero no hacerlo de esa forma se basa en un simple argumento de oportunidad: que, dadas las ampliaciones de la Unión, ello supondría una forma de actuar muy compleja. De esa forma, de nuevo se sugiere que, en realidad, se trata de obstáculos que constituyen, por sí mismos, infracción directa de las libertades, por lo que podrían perseguirse directamente, si no fuera por la complejidad derivada de la incorporación de nuevos Estados y los procesos en marcha para la adhesión de otros.

Hasta tal punto es así que en la base jurídica que la DSE invoca como su fundamento no se menciona el artículo 95, tampoco el 96, entonces vigente —tras Ámsterdam— (el actual 114 del TFUE), introducido por primera vez con el Acta Única como artículo 100A, precisamente para el logro del objetivo del mercado interior, que también se establece por primera vez en tal Acta Única como artículo 8A⁴⁴.

Finalmente, los considerandos de la DSE (41 o 56) también invocan la doctrina del Tribunal de Justicia sobre las «razones imperiosas», dando a entender que la Directiva recoge tal doctrina deducida por el Tribunal directamente de los Tratados y del alcance en ellos de las libertades. Así se sugiere de nuevo que la DSE responde exactamente a la única interpretación posible de las libertades y, en todo caso, a la que el Tribunal de Luxemburgo ha extraído directamente del Tratado.

⁴⁴ Dicha mención hubiera sido natural si lo que se perseguía era avanzar en la construcción del mercado interior; puesto que eso es lo que se destaca en los considerandos de la DSE, desde el primero, en que se remite al artículo 14 del Tratado, relativo al mercado interior; o el tercero, por no citar sino los más relevantes. En su lugar se refiere como base jurídica a unos preceptos del Tratado —los artículos 47.2 y 55 (actuales 53.1 y 62 del TFUE)— que habían quedado superados por el posterior y más específico (en cuanto dirigido, justamente, a la construcción del mercado interior) artículo 95 (actual 114 TFUE); preceptos aquéllos que habían servido, sobre todo en el periodo transitorio inicial, para coordinar legislaciones sectoriales (en materia de títulos, diplomas o requisitos de formación, básicamente) hasta que se impuso la técnica del reconocimiento mutuo del número 1.º del mismo artículo 47. Sobre ello, vid. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, «¿Quo vadis Bolkenstein?...», *ob. cit.*

Todo ello ha llevado a algunos al equívoco de considerar que la DSE no es más que simple codificación de la jurisprudencia comunitaria⁴⁵ y, por ello mismo, interpretación pura y simple del Tratado y de las libertades involucradas.

Sin embargo, lo cierto es que no sólo se está yendo más allá de los Tratados, sino que, además, se está restringiendo la aplicación de la doctrina de las «razones imperiosas» al no aceptar supuestos de autorizaciones que, en materia de establecimiento, dicha jurisprudencia había entendido que estaban justificados; o al restringir sólo a cuatro, en materia de servicios, las demás razones imperiosas que hasta entonces se consideraba que legitimaban la exigencia de autorizaciones. En definitiva, en el equilibrio entre las libertades económicas y otros valores o bienes constitucionales está haciendo una ponderación y aplicación del principio de proporcionalidad como si fuera la única posible, cuando no es así.

No es cierto, en efecto, que los sistemas autorizadores impliquen una lesión al contenido esencial de las libertades económicas o que supongan siquiera, y con carácter general, una medida desproporcionada o injustificada. Y, sin embargo, así parecen considerarse por la DSE, cuando jamás habían sido percibidos bajo esa perspectiva, pues se habían empleado con normalidad en la mayor parte de los países europeos. La prohibición de los regímenes autorizadores en la DSE no se presenta como una alternativa más entre otras posibles, sino como si fuera una consecuencia de la doctrina del Tribunal de Justicia, para quien tales regímenes serían una violación de los principios de necesidad y proporcionalidad y, por tanto, una violación de las libertades del Tratado. De ahí no hay ni un paso para entender que se viola también, y por las mismas razones, pero en sede interna de cada Estado, el contenido esencial de los derechos económicos.

En definitiva, la DSE aparenta acabar con violaciones de las libertades siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia, cuando está haciendo una cosa distinta. De esa forma saca sus previsiones del ámbito de una mera alternativa como otra cualquiera para regular el mercado interior, y la quiere dotar de la autoridad de ser la única solución posible, proporcional y congruente con las libertades comunitarias y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a ese respecto; libertades vinculadas, por cierto, con nuestras libertades económicas de empresa y de ejercicio de profesión u oficio.

⁴⁵ Lo denuncia Tomás DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, en «Mercado interior y directiva de servicios», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42, 2011, pág. 259 y en la nota primera del trabajo.

De esa forma, la idea de una única solución posible en materia de libertades económicas, pues las demás quebrarían el principio de proporcionalidad, ha entrado en el Derecho interno de la mano de normas de la Unión y ha sido asumida por alguna doctrina y, en lo que más puede preocupar, aceptada con entusiasmo por el legislador interno, no siempre consciente del problema que suscita.

La cuestión radica en que parece haberse considerado que la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (art. 38 CE), la libertad de profesión u oficio (art. 35) o las libertades económicas en general no deberían resultar afectadas por la acción del legislador en forma tal que contradigan la concepción «natural» de dichas libertades; «natural» en el sentido de que algunos parecen considerar que esas libertades tienen una existencia tan cierta y consistente como cualquier objeto o cosa de la realidad natural que no admite conformación alguna por parte del legislador; pues son más resistentes a su acción más o menos conformadora, al incorporar de forma solapada a su contenido esencial aspectos que distan mucho de serlo.

Debe llamarse la atención acerca de que las libertades de relevancia económica citadas no corresponden a los derechos y libertades fundamentales más importantes (la libertad, la integridad física, la libertad de expresión, la libertad religiosa, el honor, el derecho de asociación, etc.) y, sin embargo, parecerían tener más protección que todos estos últimos derechos. En efecto, estos últimos tienen el límite de respetar su contenido esencial cuando al regularlos se tienen en cuenta otros bienes, valores o derechos con los que se articulan si fuera necesario, pero siempre de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Tal principio impide al legislador establecer límites o restricciones que no estén justificados por la necesidad de atender otros bienes, derechos o valores, siempre que tales límites sean proporcionados y siempre que la regulación final del derecho fundamental permita reconocerlo en su contenido esencial. En la valoración de la correcta aplicación del principio de proporcionalidad de las restricciones establecidas por el legislador al desarrollar un derecho o libertad de los susceptibles de amparo constitucional, el Tribunal Constitucional deberá velar, desde luego, por que toda restricción se justifique en su necesidad, así como en que sea adecuada para lograr el fin pretendido; pero, en cambio, en obsequio al pluralismo político, probablemente sería más deferente con el legislador a la hora de considerar si el medio elegido es el menos restrictivo y si consigue los mismo efectos; valoración no siempre posible de hacer ni, por tanto, susceptible siempre de control, en términos de Derecho, de la opción tomada por el legislador democrático. Y es ahí donde surge el valor del límite último, comprobada la necesidad y adecuación de los

eventuales límites, de que en ningún caso puede haber deferencia hacia la alteración del contenido esencial que haga irreconocible el derecho.

Sin embargo, en las libertades económicas el legislador estaría obligado no sólo a legislar respetando su contenido esencial, sino, además, teniendo en cuenta que se ha deslizado en el lugar el contenido esencial, y junto a él, la proscripción de determinadas restricciones (exigencias de autorización o determinados requisitos objetivos dirigidos, por ejemplo, a la protección de los consumidores que el artículo 16.3 de la DSE excluye) que, en realidad, nada tienen que ver con el contenido esencial (y que hasta ahora se admitían por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia). A partir de esa especie de adiciones al bloque del contenido esencial de las libertades económicas se configura una regla de proporcionalidad estricta en virtud de la cual las adiciones —que responderían a una especie de supuesto contenido «natural» deducible del Tratado— se benefician de una gran resistencia a cualquier restricción, por su vinculación con lo que se quiere configurar como la esencia natural de las libertades económicas, por más que tal contenido natural no exista más que en la mente de quien piensa que su interpretación de esos derechos y libertades de relevancia económica es la única forma posible de concebirlos.

En definitiva, una manifestación del pensamiento único como dique al pluralismo político que, lejos de ser una lectura directa del mundo natural, no es sino una concepción ideológica que pretende erigirse en dogma a imponer a todos. La trascendencia de todo ello radica en que si se piensa que la filosofía de la DSE es la codificación de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y mera interpretación del alcance de las libertades económicas según los Tratados, pero con todos esos aditamentos, se corre el riesgo de que por la vía del artículo 10.2 de nuestra Constitución se pretenda interpretar nuestros derechos y libertades de contenido económico de acuerdo con el patrón que se supone deducido del Tratado de Funcionamiento de la UE; incluso en su juego conjunto con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión⁴⁶. Patrón que en realidad incorpora exigencias perfectamente prescindibles y contingentes al contenido esencial de los derechos con el objetivo de ponerlas bajo la protección de tal contenido frente a otros bienes y valores.

Aplicando las anteriores reflexiones al tema objeto del presente trabajo sobre los regímenes de autorización, se puede comprender fácilmente lo que se quiere decir. No habría ninguna dificultad en admitir que

⁴⁶ Vid. a ese respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007, que parece reconocer la operatividad del 10.1 CE incluso respecto de los principios rectores del capítulo III de la CE.

un régimen de autorización, aun basado en razones imperiosas de interés general, pero que signifique que no se puede comenzar una actividad empresarial o de prestación de servicios mientras no se obtenga una autorización de la Administración correspondiente, por más tiempo que transcurra (uno, dos o veinte años), afecta al contenido esencial de esos derechos de relevancia económica hasta el punto de hacerlos irreconocibles. Si fuéramos descendiendo en el número de años o meses probablemente mantendríamos el mismo criterio, aunque a medida que el plazo disminuya muy sustancialmente la cosa sería muy diferente.

Por ejemplo, si el régimen de autorización citado dispusiera que no se puede comenzar la actividad antes de veinte días desde que se solicitó la autorización, añadiendo que pasados esos veinte días la autorización se entiende concedida por silencio administrativo, nadie en su sano juicio podría afirmar que los derechos a la libertad de empresa o al libre ejercicio de profesión y oficio han quedado «irreconocibles» tras esa regulación, ni afectados de forma desproporcionada.

Tras la DSE las cosas parecen suceder de otro modo; y Europa se entromete en nuestro régimen de protección de los derechos fundamentales frente al legislador. Ahora ya no basta con que el contenido esencial de un derecho permanezca intacto ni con que en su desarrollo se tengan en cuenta la necesidad de las restricciones y su adecuación al fin que se busca. Ahora se parte de una construcción distinta. La construcción consiste en que, en materia de libertades económicas, se incorporan al contenido esencial exigencias contingentes para ponerlas bajo su protección, de forma que cualquier restricción a esos añadidos, por mínima o nimia que sea, resulte algo odioso, por lo que exige la aplicación más estricta del principio de proporcionalidad. Es decir, no basta con que exista una necesidad (una razón imperiosa de interés general) ni que la medida sea adecuada para obtener el fin que se pretende, ni siquiera que sea una medida razonable por no excesiva o, incluso, por mínima; es preciso, además, que *«el objetivo perseguido no se pueda conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz»*⁴⁷.

Como se ve, no importa si las libertades económicas son reconocibles o no (tras una regulación que exija esperar sólo veinte días en el ejemplo propuesto); lo que importa es que la única regla admisible (aunque se respete el contenido esencial) consiste en que las libertades económicas, a diferencia de todas las demás, no admiten ni la más insignificante medida, pues será siempre una «restricción» casi al

⁴⁷ Artículo 9.1.c) de la DSE.

contenido esencial. Y, como tal restricción a una libertad, algo insoportable.

Ello explicaría la dureza de la regla de la proporcionalidad de la DSE⁴⁸. Esa regla tan estricta de la proporcionalidad, que nada tiene que ver con nuestro modelo constitucional del respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales como límite último al legislador, después de controlar la necesidad y adecuación de los límites que se impongan, no la aplica la UE en otras libertades que no sean las económicas. Así, por ejemplo, cuando se trata del desplazamiento de trabajadores o del permiso de residencia, la Unión con toda tranquilidad tiene establecido que los Estados pueden expulsar a las personas de otros Estados en la medida en que ese derecho puede ser restringido si no se cumplen determinados requisitos y, por tanto, si no se cumplen cabría la expulsión⁴⁹. En efecto, el artículo 21 del TFUE sujeta el «derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros», que dicho artículo reconoce, no sólo a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados, sino también a «*las disposiciones adoptadas para su aplicación*»⁵⁰.

Por otra parte, sorprende la forzada aplicación del principio de proporcionalidad más estricto en relación con las libertades económicas cuando la DSE no se lo aplica a sí misma en la perspectiva del principio de subsidiariedad. Es decir, la UE se podía haber planteado si el objetivo perseguido por ella misma con la regla del artículo 9.1.d)⁵¹ de la DSE no hubiera podido ser obtenido de forma más respetuosa con el principio de subsidiariedad y con los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros aplicando su propia medicina. Es decir, imponiendo una regla menos restrictiva: por ejemplo, que los regímenes de autorización no pudieran suponer para los demandantes de autorización un tiempo de espera superior a veinte días y que, transcurri-

⁴⁸ La que no se aplica, en cambio, la Directiva a sí misma en trance de considerar si veinte días son una restricción insoportable

⁴⁹ La Directiva 2004/38/CE reguló los límites y requisitos para circular y residir, y entre ellos el del derecho de residencia, condicionado en los tres primeros meses a que no se convierta en una carga excesiva para el Estado receptor (por ejemplo, si no tiene trabajo o medios económicos) o si, superados los tres meses, se sigue sin cumplir la condición de tener recursos económicos o tener actividad laboral o profesional con un seguro de enfermedad de forma que no constituya una carga para el país de acogida. Por su parte, el Tribunal de Justicia ha declarado que los ciudadanos no nacionales de un Estado miembro deben tener suficiencia de medios económicos y seguro médico para gozar del derecho a residir y circular

⁵⁰ Vid., para todas estas reflexiones sobre el Derecho de la Unión, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, en «El derecho de residencia como derecho a tener derechos en los sistemas políticos compuestos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 87, 2009, págs. 120 y ss.

⁵¹ Es decir, que «*el objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz*».

dos tales veinte días, se entendería concedida la autorización por silencio positivo.

La alteración de la regla de protección frente al legislador mediante la técnica del respeto al contenido esencial del artículo 53 de nuestra Constitución, y su sustitución por la regla de prácticamente prohibir o dificultar hasta la exacerbación la más mínima o nimia restricción a las libertades económicas al incorporar al contenido esencial exigencias adicionales para configurar, así, de forma rigurosamente excepcional el establecimiento de un régimen de autorización, es una alteración de suma gravedad de los mecanismos constitucionales de la garantía del contenido esencial y del pluralismo al prescindir completamente del dato de si el derecho o la libertad económicos siguen siendo plenamente reconocibles después de cada regulación de un régimen de autorización que se limite a atender al principio de necesidad y proporcionalidad.

En todo caso, lo preocupante es también que esa regulación de la UE no se presenta a sí misma como una opción de entre las varias posibles, sino que de forma tortuosa y equívoca se presenta, como se ha visto más arriba, como la única que es conforme con las libertades comunitarias de establecimiento y servicios, que no dejan de ser una manifestación de nuestras libertades de empresa y de libre elección de profesión u oficio. De esa forma se ha transmitido la idea de que la Directiva no es una opción más o menos legítima del legislador de la UE, sino una consecuencia inevitable de los Tratados y de las libertades que en ellos se recogen. Por esa vía se efectúa una mala pedagogía acerca del tratamiento de las libertades que induce a sustraer las económicas del juego del pluralismo democrático en la elección proporcionada de los medios para articular las mismas con otros bienes y valores; elección que quedaría circunscrita al ámbito de las demás libertades. Nos coloca ante el riesgo de que pueda llegarse incluso a entender que lo que se presenta como la codificación de la doctrina jurisprudencial de los Tratados y de sus libertades pueda llegar a influir, conjuntamente con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, en la interpretación de los derechos y libertades económicos de nuestra Constitución por la vía del artículo 10.2 de la misma.

Aunque se pueda salir al paso de tal interpretación⁵², es preciso alertar sobre ello y enfatizar nuestras propias virtudes constitucionales,

⁵² Para empezar, de admitirse, como algunos parecen asumir, que la DSE recoge la doctrina jurisprudencial expresiva del alcance en los Tratados —precisamente por ser doctrina jurisprudencial— de las libertades económicas en su juego conjunto con la Carta de Derechos Fundamentales, esa interpretación sólo sería aplicable en nuestro país en trance de aplicar el Derecho de la Unión, si bien la determinación de cuándo el Estado aplica Derecho de la Unión puede resultar difícil de distinguir en ocasiones. Vid. a ese respecto Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, en «Mercado interior y...», *ob. cit.*, pág. 277.

por otra parte ancladas en la tradición común de los Estados miembros más importantes⁵³. En efecto, la regla del respeto al contenido esencial se inspira en el valor superior del pluralismo político, fundamento de la democracia, conforme al cual el legislador, como representación de la voluntad popular en cada momento, tiene derecho a regular todo tipo de instituciones, derechos o relaciones sociales, siempre, eso sí, que su regulación, además de responder a los principios de necesidad y proporcionalidad, preserve el contenido esencial y básico de los derechos fundamentales y libertades públicas (incluso de los más relevantes) de forma que el derecho siga siendo «recognoscible». Ese respeto al contenido esencial se erige, así, en garantía del pluralismo político como valor superior del ordenamiento, proclamado en el artículo 1.º de nuestra Carta Magna, pues permite diversas regulaciones de los derechos con tal que quede preservado el mismo en sus rasgos básicos y que responda a los principios mencionados.

La doctrina que sugiere la UE altera la previsión constitucional y sustituye el valor del pluralismo por la introducción de cierto dogmatismo en materia de derechos y libertades económicos al tratar de incorporar como contenido esencial previsiones que no lo son, como si no hubiera más que una posible regulación de tales derechos y libertades, sin que al legislador le quepa ya, respetando el contenido esencial propiamente dicho y los principios de necesidad y proporcionalidad, ordenar tales derechos de acuerdo con las distintas visiones que puedan existir para conciliar los derechos y libertades con otros bienes y derechos, como hace normalmente con los demás derechos fundamentales⁵⁴, por relevantes que sean. De esa visión, que no es la de nuestra Carta Magna —y ni siquiera, en realidad, la del Tratado o la de la Carta de Derechos Fundamentales—, quien primero se puede acabar resintiendo es, sin duda, el pluralismo y, por ello, la democracia misma.

⁵³ Vid. Peter HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Ed. Dykinson, 2003, en prólogo, pág. LXVII.

⁵⁴ Concepción tributaria tal vez de concepciones casi iusnaturalistas o herederas del pensamiento de Hayeck, que, por respetable que sea, no deja de ser una más de las visiones posibles.

