

DECLARACION RESPONSABLE Y DERECHOS DE TERCEROS. EL LADO OSCURO DE LA LLAMADA "BETTER REGULATION"*

JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

Revista Española de Derecho Administrativo 167
Julio – Septiembre 2014
Págs. 23 – 44

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO DE LA UNIÓN Y LA TENDENCIA A SUPRIMIR CONTROLES "EX ANTE". II. ENSAYO DE SISTEMATIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE INTERVENCIÓN. 1. *Asimilación entre autorización y declaración responsable con eficacia demorada.* A) La perspectiva de la Directiva de Servicios. B) La perspectiva del Derecho español. 2. *Asimilación entre comunicación previa y declaración responsable con efectos inmediatos.* III. LA FALTA DE UNA TUTELA EFECTIVA DE LOS INTERESES DE TERCEROS EN EL RÉGIMEN DE CONTROL "EX POST" DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS. LIMITACIONES ESTRUCTURALES DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. 1. *Control "ex post" y derecho al procedimiento debido. Algunas lecciones que enseña el Derecho de la Unión más allá de la Directiva de Servicios.* 2. *Control administrativo "ex post" y limitaciones del contencioso-administrativo.* IV. LA RELACIÓN ENTRE LAS ACTIVIDADES SUJETAS A COMUNICACIÓN PREVIA Y EL DERECHO PRIVADO. V. PROPUESTAS DE MEJORA DE LA REGULACIÓN. VI. REFLEXIÓN FINAL

RESUMEN: La declaración responsable no es un medio idóneo para salvaguardar los intereses públicos y de terceros, en materias como el medio ambiente y el urbanismo. Se critica la interpretación que se está haciendo de la Directiva de Servicios y los problemas que suscita.

ABSTRACT: In fields such as environmental law or land planning, the system of personal affidavits is not the right mechanism to protect the public interest and those of third parties. We criticize the interpretation that is being given to the Services Directive and the problems that it raises.

* Proyecto ID: DER2012-39692-C03-01. Este trabajo forma parte del libro homenaje al profesor Cosculluela Montaner, de próxima publicación

PALABRAS CLAVE: Directiva de Servicios. Control "ex post" de la Administración. Derechos de terceros. Declaración responsable. Comunicación previa. Mejor regulación.

KEYWORDS: Services Directive. Ex post control of the Administration. Third parties' rights. Personal Affidavit. Prior communication. Better regulation.

I. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO DE LA UNIÓN Y LA TENDENCIA A SUPRIMIR CONTROLES "EX ANTE"

La transposición de la Directiva de Servicios ha originado profundos cambios en los modos de intervención de la Administración. La preferencia por los controles "a posteriori", en lugar de la clásica autorización, ha suscitado un notable interés doctrinal, tanto por lo que se refiere a la inseguridad jurídica, como a la necesidad de una nueva organización administrativa al servicio de esta potestad de control¹. Recientemente se ha puesto de relieve algunos de los problemas que estas técnicas plantean respecto de los terceros titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos opuestos al ejercicio del derecho².

El propósito de este trabajo es incidir en esta última perspectiva para poner de relieve las contradicciones de la legislación española y el sinsentido de la mezcla de las que se han llamado "comunicaciones previas con reserva de oposición". Hay, en efecto, un lado oscuro de la llamada "buena regulación", o mejor, de lo que muchos legisladores entienden por tal (supresión de control "ex ante" y primacía de la libertad de iniciativa económica, frente a derechos de terceros y a otros bienes jurídicos), que exige una reforma urgente para preservar el interés público, ante el indiscutible hecho de la generalización de estas técnicas en sectores sensibles como el medio ambiente, la ordenación del territorio o el dominio público.

1. Vid. MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, IV, Iustel, Madrid 2011, págs. 697 y ss.; LÓPEZ MENUDO, F.: "La transposición de la Directiva de Servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa", *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 14, 2010, págs. 111 y ss.; FERNÁNDEZ TORRES, J.-R.: "Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable", *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42, 2011, págs. 85 y ss.; ESTEVE PABLO, J.: "La deconstrucción y previsible recomposición del modelo de autorización administrativa", en Noguera López, A. (Dir.): *La terminalia Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2012, págs. 35 y ss.; PAREJO ALONSO, L.: "Las transformaciones en curso en la intervención administrativa de actividades: evolución, déficit y demandas regulatorias", en el volumen dirigido por el mismo autor: *Autorizaciones y licencias hoy*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
2. REVOLLO PUIG, M.: "El repliegue de las autorizaciones y la articulación de alternativas. En especial la tutela de los terceros perjudicados por actividades privadas ilegales", en Soriano García, (Dir.): *Por el derecho y la libertad*. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor, Vol. II, Iustel, Madrid 2014, págs. 1991-2017.

Conviene empezar por notar cuáles son, en estos momentos, los medios de intervención para controlar las actividades privadas a las que se exige el cumplimiento de requisitos de derecho público. El ordenamiento español considera:

- a) La autorización administrativa clásica con silencio negativo.
- b) La autorización administrativa con silencio positivo equivalente a un acto administrativo declarativo de derechos.

Dentro de estas autorizaciones hay que comprender las modalidades de autorización con control o procedimiento privado, como las previstas en las ordenanzas urbanísticas de Barcelona y Madrid. En esos procedimientos, el Ayuntamiento concede la licencia o autorización, bien previo examen municipal o mediante control privado. Pero se trata de controles preventivos y la colaboración de los particulares que homologan o certifican el cumplimiento de los requisitos se inserta en el procedimiento administrativo, donde los terceros pueden hacer valer sus derechos.

- c) Autorización administrativa con silencio positivo "secundum legem", es decir, sólo en la medida en que la solicitud se ajuste al ordenamiento jurídico.
- d) Declaración responsable "con reserva de oposición", a la que López Menudo³ denomina declaración responsable con eficacia demorada, ya que la declaración produce efectos sólo si la Administración no la prohíbe en el plazo previsto en la norma
- e) Declaración responsable (o comunicación previa) con eficacia inmediata.

Este universo de modos de intervención tiene muy poca lógica, como se tratará de demostrar, y produce una confusión nada rentable para el interés público, que no tiene su causa tanto en la Directiva de Servicios como en el modo, poco reflexivo, de transponerla.

La LRJPAC recoge en el artículo 71 bis el régimen común de la declaración responsable y de la comunicación previa. "Producirán -dice el precepto- los efectos que se determinan en cada caso por la legislación correspondiente y permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas".

Sin embargo, la Ley 25/2009, en sus artículos 32 y 33, permite que la comunicación previa en determinados procedimientos sólo produzca efectos, una vez transcurrido un plazo, durante el cual la Administración puede prohibir la actividad. Conviene analizar las diferencias entre estas dos figuras:

3. *Op. cit.* nota 1.

a) La declaración responsable o comunicación previa con efectos inmediatos (en adelante emplearemos el término "declaración" para referirnos a ambos) es un acto privado que produce efecto jurídico-públicos.

1.º.- La declaración, con los requisitos en cada caso establecidos en la ley, permite el ejercicio de la actividad. En consecuencia, levanta, como la autorización, una prohibición: no puede iniciarse legalmente la actividad si la declaración no se ha efectuado. La ley permite excepcionalmente que la declaración se presente después de iniciar la actividad, pero se trata de una excepción que no afecta al régimen general; excepción, por lo demás, que no cambia la naturaleza del acto de declaración. La declaración es un requisito que legitima el ejercicio de la actividad exigido por la norma administrativa. Significativamente, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a la actividad de servicios y su ejercicio, incluye las declaraciones dentro del artículo 7º como una limitación a la libre prestación de servicios. Y la Directiva de Servicios, aunque no regula estos instrumentos, los incluye como un requisito previo a la actividad, a los que son aplicables los principios de objetividad, no discriminación y proporcionalidad que desarrolla el artículo 9 de la ley citada.

2.º.- La declaración del particular tiene, pues, un indudable efecto jurídico-público, ya que implica una presunción de licitud de la actividad. Efectuada la declaración, el ordenamiento jurídico permite el ejercicio y presume su conformidad a derecho. Presunción "iuris tantum", en cuanto que esa conformidad puede ser desvirtuada, si se comprueba que la actividad o el servicio no se prestan de conformidad con la ley. En tal caso habrá una orden de prohibición si, como consecuencia de un procedimiento inspector, la Administración concluye la ilegalidad sustancial, o bien la falsedad o insuficiencia de los datos o documentos de carácter esencial.

b) Sin embargo, la declaración responsable con eficacia demorada está sujeta a que la Administración no prohíba la actividad durante el plazo que la ley dispone, por lo que la simple declaración no produce efectos si la Administración se opone. Junto a estas dos técnicas, la ley sigue regulando el silencio administrativo positivo y la autorización clásica, según se ha recordado ya.

II. ENSAYO DE SISTEMATIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE INTERVENCIÓN

1. ASIMILACIÓN ENTRE AUTORIZACIÓN Y DECLARACIÓN RESPONSABLE CON EFICACIA DEMORADA

A) LA PERSPECTIVA DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

Sistemáticamente la Directiva de Servicios parte de una dicotomía basada en el momento del control: las autorizaciones se caracterizan por alguna forma de fiscalización "ex ante", mientras para las actividades o servicios menos relevantes para el interés público, se aplicarían controles "ex post".

El artículo 4.6 de la Directiva 2006/123/CE define como "régimen de autorización" cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio. En la jerga del Derecho de la Unión parece que las declaraciones previas no reúnen el carácter de autorización, ya que producen efectos por sí mismas, sin necesidad de que haya una decisión implícita o presunta de la Administración. En la declaración previa que por sí misma legitima la actividad, no hay decisión alguna expresa o presunta. La simple comunicación permite desplegar efectos jurídicos: la actividad se presume legal. Por contra, la actividad iniciada sin comunicación previa no deja de ser una actividad clandestina. Los efectos de la declaración no se imputan a la Administración sino que derivan de la ley: por ministerio de la ley la simple comunicación produce efectos.

Por el contrario, cuando la legislación observa que la comunicación previa sólo producirá efectos una vez transcurrido un plazo de carencia (por ejemplo, artículos 32 y 33 de la Ley 25/2009), sí que cabe sostener que estamos ante una verdadera autorización implícita o ante un silencio administrativo positivo en los términos clásicos del procedimiento administrativo español. Y es que, a efectos de la Directiva de Servicios, hay autorización siempre que quepa entender que ha habido una decisión implícita administrativa. Y esto es lo que ocurre en estos casos, ya que la Administración tiene la oportunidad de prohibir "ex ante" la actividad. Esa posibilidad de veto es justamente lo que siempre ha definido al silencio administrativo positivo y eso es lo que dice el parágrafo 39 de la Exposición de Motivos de la Directiva de Servicios⁴. Desde el punto de vista jurídico, ninguna diferencia hay entre una solicitud que se considera estimada transcurrido un plazo y una comunicación previa que sólo despliega efectos si la Administración no se opone. En ambos casos la Administración puede oponerse y, si no lo hace, la actividad puede desarrollarse lícitamente. El hecho de que la Administración en el primer caso tenga la obligación de contestar y en el segundo no, en nada altera la naturaleza de la institución, pues en ambos casos la actividad no puede iniciarse lícitamente si no ha habido un pronunciamiento expreso o presunto de la Administración.

B) LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ESPAÑOL

Como ya se ha dicho, dentro de los controles "ex ante" debe incluirse no sólo la clásica autorización administrativa, sino también todos aquellos procedimientos

⁴ Dice la directiva: "El concepto de «régimen de autorización» debe abarcar, entre otros, los procedimientos administrativos mediante los cuales se conceden autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones, pero también la obligación, para poder ejercer una actividad, de estar inscrito en un colegio profesional o en un registro, en una lista oficial o en una base de datos, de estar concertado con un organismo o de obtener un carné profesional. La concesión de una autorización puede ser resultado no solo de una decisión formal, sino también de una decisión implícita derivada, por ejemplo, del silencio administrativo de la autoridad competente o del hecho de que el interesado deba esperar el acuse de recibo de una declaración para iniciar la actividad en cuestión o para ejercerla legalmente".

tos que otorgan un poder de veto preventivo a la Administración. La razón es que, en todos estos casos, la Administración puede prohibir el inicio de la actividad a través de un control preventivo de la declaración responsable. Consecuentemente, tanto la técnica del silencio administrativo positivo (transcurrido un plazo después de la solicitud de autorización se entiende otorgada) como la técnica de la declaración responsable (la eficacia de la declaración se demora al transcurso del plazo previsto en el procedimiento), tienen en común la posibilidad de veto de la Administración, que puede prohibir o denegar la actividad si no reúne los requisitos legales.

Ciertamente, entre la técnica del silencio administrativo positivo y la de la declaración responsable con eficacia demorada hay una sustancial diferencia de régimen jurídico, según los términos literales de la LRJPAC. En el silencio, el Derecho español asimila la inactividad a un acto administrativo presunto que la Administración está obligada a respetar como acto declarativo de derechos. Sin embargo, en la declaración responsable con efecto demorado, la ley no asimila el silencio de la Administración a un acto presunto; por el contrario, siguiendo el régimen de la declaración responsable, el transcurso del plazo habilita a desarrollar la actividad, pero no implica reconocimiento de derecho subjetivo, pudiendo prohibirse o modificarse los términos en que la actividad se ejerce en cualquier tiempo, si la Administración demuestra que la actividad no se ajusta a derecho.

Hay, pues, una dualidad injustificable de régimen jurídico para situaciones que estructuralmente son iguales. En efecto, tanto el régimen del silencio positivo como el de la declaración responsable con efecto demorado implican que la actividad no afecta gravemente al interés público y otorgan un poder de veto preventivo a la Administración. No debería ser admisible el silencio administrativo positivo cuando la falta de control preventivo de la Administración puede causar efectos irreparables al interés público, puesto que en esos casos lo lógico es que haya una autorización preventiva. La Directiva de Servicios comparte este punto de vista: "la autorización sólo es admisible en aquellos casos en que no resultaría eficaz hacer un control a posteriori, habida cuenta de la imposibilidad de comprobar a posteriori los defectos de los servicios en cuestión y habida cuenta de los riesgos y peligros que se derivarían de la inexistencia de un control a priori". Ambas técnicas, no obstante, sólo tiene sentido emplearlas cuando la actividad o el servicio afectan al interés público y a derechos de terceros. De ahí que se permita a la Administración la oportunidad de prohibir la actividad del particular antes de que se inicie. Si la actividad no afecta potencialmente al interés público es absurdo que se demore la eficacia de la declaración responsable a un plazo y es más absurdo todavía, el régimen del silencio administrativo positivo.

Si estructuralmente ambas técnicas son iguales, tiene muy poco sentido que el régimen jurídico sea diferente, tanto desde el punto de vista del particular afectado como de los derechos de los terceros. En la técnica del silencio administrativo positivo del Derecho español, la Administración queda vinculada al acto declarativo de derechos, con las posibilidades que otorga la ley para revisar de oficio dichos actos

por motivos de legalidad. Sin embargo, si se utiliza la declaración responsable, ésta es revocable sin límite de tiempo por motivos de legalidad, ya que se considera que no hay un acto administrativo sino mera tolerancia de la Administración. Nos encontramos entonces con una diferencia inexplicable de régimen jurídico. En ambos casos el particular pone en conocimiento de la Administración que cumple con los requisitos legales y acompaña los documentos correspondientes, en ambos casos la Administración puede prohibir la actividad y en ambos casos, en fin, la Administración puede guardar silencio. Sin embargo, en un caso, el particular obtiene un acto declarativo de derechos y en otro no.

Recuérdese que en nuestro Derecho, durante décadas, los Tribunales vinieron negándose a aceptar que el silencio positivo en el otorgamiento de las licencias fuera equivalente a un acto administrativo. El silencio "secundum legem" proclamado todavía en la legislación básica de suelo del Estado⁵, fue la respuesta del ordenamiento para impedir que el simple silencio consagrara situaciones irreversibles u obligara a la Administración a indemnizar daños por derechos presuntos⁶. Sin embargo, la LRJPAC mantiene el silencio positivo como un acto presunto, al tiempo que permite la declaración responsable con eficacia demorada. Esa dualidad de posiciones para el interesado es incomprensible. O bien la LRJPAC opta por el régimen del silencio positivo u opta por el de la declaración con eficacia demorada, pero mantener ambos a la vez es fructo, una vez más, de la falta de reflexión sobre la transposición de la Directiva.

Semejante conclusión se alcanza si las cosas se ven desde la perspectiva de los terceros interesados. La técnica del silencio permite la impugnación del acto administrativo presunto y un conocimiento pleno del juez sobre la legalidad de dicho acto. Sin embargo, la declaración responsable, si no media un acto de comprobación, no es susceptible, en principio, de recurso contencioso-administrativo y dificulta la tutela efectiva de unos intereses tan dignos de protección como los del titular de la actividad.

"Lege ferenda", debe postularse una unificación del régimen jurídico de ambos procedimientos (silencio positivo y declaración con eficacia demorada), pues ningún sentido tiene mantener esa artificial distinción; "lege lata", cabría propugnar, como ya se ha hecho en alguna aportación doctrinal⁷, la asimilación de la declaración con poder de veto de la Administración al silencio administrativo positivo.

5. Actualmente artículo 9.7 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008, que reproduce el antiguo artículo 242.6 del Texto Refundido de 1992. Sobre la caracterización de ese silencio, que en gran parte ha sido sustituido por el silencio administrativo negativo a partir del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio (artículo 23), hoy artículo 9.8 TRLS 2008, me remito a BAÑO LEÓN, J. M.: *Derecho Urbanístico Común*, JusTiel, 2009, págs. 358 y ss.

6. Sigue siendo de utilidad en este punto, por las enseñanzas que nuestros legisladores no deberían echar en saco roto, GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: *Régimen de las zonas verdes y espacios libres*, Tecnos, Madrid, 1970, págs. 70-71.

7. Vid. tempranamente NIÑEZ LOZANO, M. C.: *Las actividades comunicadas a la Administración*, Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 110 y ss. En la doctrina italiana, Travi, A.: *Silenziario-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al D.P.R. 26*

Cuál debe ser la solución "lege ferenda" corresponde al ámbito de la discrecionalidad del legislador. Si se parte de que en estos casos, obviamente, hay un grado no menor de atención al interés público, la técnica de la declaración permite aparentemente una mayor defensa de ese interés, pues la Administración puede intervenir en cualquier momento; en cambio, tiene el grave inconveniente de dejar al titular en una situación de incertidumbre, y los derechos de los terceros no quedan debidamente tutelados. Por el contrario, un régimen de silencio positivo garantiza mejor tanto los derechos del titular, pues puede invocar la garantía de la confianza en el acto expreso o presunto de la Administración, como los de los terceros, que disponen de un acto administrativo presunto impugnabile.

Respecto de la solución, "lege lata", de ese insostenible dualismo del que venimos hablando, me inclino a considerar que la inactividad de la Administración en el régimen de declaración responsable demorada debe asimilarse al silencio administrativo positivo, tanto por respeto a una mayor garantía de los particulares como por la posición institucional de la Administración. Desde luego, no es ésta la visión del legislador, que considera esta técnica como una especie del género "declaración responsable".

Ya hemos referido anteriormente que el silencio positivo permite reforzar el estatus del titular de la actividad y también la posición de los terceros respecto de una eventual impugnación. Conviene notar ahora que la posición institucional de la Administración en la declaración responsable demorada exige justamente partir de la competencia de la Administración. Una declaración responsable tiene eficacia inmediata significa, como bien dice la ley, que el sujeto privado (bajo su responsabilidad) inicia una actividad. La Administración se reserva el control "a posteriori", pero la responsabilidad es exclusivamente del particular, porque la Administración no puede controlarle "a priori". A cambio de la agilidad administrativa, se incrementa la responsabilidad del particular y hay una práctica exoneración de la responsabilidad administrativa, ya que es obligación del particular "autocontrolarse" de manera diligente. Puede ocurrir ciertamente que la Administración incurra en responsabilidad por no inspeccionar o hacerlo incorrectamente cuando haya una denuncia pertinente, pero no exime al particular de su conducta ilegal, ni altera el hecho de que la Administración no tiene una competencia para prohibir "ex ante".

Por el contrario, cuando la ley permite que la Administración vete durante un tiempo la actividad, la responsabilidad inicial es de la Administración, porque el ordenamiento le atribuye la competencia de examinar y prohibir la actividad (y por supuesto modificar los términos que resulten de la declaración o condicionar la actividad)⁸.

8. Abril 1992 n.º 300, Foro Administrativo 1993, Fascículos 2-3, págs. 610 y ss.

8. El artículo 9.9 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, en la redacción dada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, parte de la premisa de la responsabilidad de la Administración. Dispone el precepto: "Cuando la legislación de ordenación territorial y urbanística aplicable sujete la primera ocupación o utilización de las edificaciones a un régimen de comunicación

Por tanto, la inactividad de la Administración presupone, en principio, su conformidad con el proyecto presentado. Si la ley permite ese veto es, en definitiva, porque estima de interés público un examen preliminar. En este caso, el particular no actúa sólo bajo su propia responsabilidad, sino que aparece respaldado por el hecho de que la Administración en el plazo legal no le haya hecho objeción alguna. Por eso, es lógico que esa inactividad administrativa tenga los mismos efectos que el acto presunto, pues ninguna razón jurídica hay para un tratamiento distinto de una situación que es materialmente idéntica: la solicitud de autorización con silencio positivo y la declaración responsable demorada son una misma cosa, que no deben tener en la interpretación de la ley un régimen jurídico diferente. Salvo supuestos de falsedad o alteración de la declaración, que en rigor impiden que haya acto presunto (para que se dé el acto presunto es preciso que haya coincidencia entre la documentación presentada y la actividad desarrollada, porque en otro caso se trata de una actividad clandestina), la inactividad de la Administración en el control entra en el ámbito de sus responsabilidades, de modo que es lógico que el titular tenga el respaldo del ordenamiento jurídico. El poder de veto preventivo de la Administración tiene que tener su contrapeso en la garantía del particular de haber ganado una situación jurídica subjetiva y en el derecho de los terceros a una fiscalización plena.

En apoyo de esta tesis cabe invocar los principios de buena fe y de confianza legítima⁹ que proclama el artículo 3 de la LRJ/PAC. Esos principios exigen que el particular pueda confiar en el comportamiento de la Administración, cuando ésta, pudiendo hacerlo, no ejerce su potestad de veto en el plazo oportuno.

previa o de declaración responsable, y de dichos procedimientos no resulte que la edificación cumple los requisitos necesarios para el destino al uso previsto, la Administración a la que se realice la comunicación deberá adoptar las medidas necesarias para el cese de la ocupación o utilización comunicada. Si no adopta dichas medidas en el plazo de seis meses, será responsable de los perjuicios que puedan ocasionarse a terceros de buena fe por la omisión de tales medidas. La Administración podrá repercutir en el sujeto obligado a la presentación de la comunicación previa o declaración responsable el importe de tales perjuicios". En este precepto novedoso la responsabilidad administrativa se configura como una medida de compensación si la Administración no ejerce la inspección en el plazo de 6 meses. Se trata de un supuesto en el que las comunidades autónomas tendrán que meditar sobre la conveniencia de mantener la licencia clásica, porque si no existe un seguro de responsabilidad civil que cubra al autor de la declaración responsable, es probable que resulten perjudicados tanto los terceros de buena fe, que percibirían una indemnización, una vez anulados los efectos de la declaración responsable, como la Administración que responderá de los daños y perjuicios. Por otra parte, la inscripción en el registro de la declaración responsable y no de la licencia dificultará las posibles enajenaciones. Se trata de un tema de enorme importancia, que requerirá un análisis de mayor profundidad que el que aquí puede ofrecerse.

9. El artículo 3 LRJ/PAC permite la configuración del principio de confianza legítima más allá de su juego originario, en Alemania, como límite al principio de irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos, en la medida en que las relaciones jurídico-administrativas no se reducen a los actos administrativos. Sobre dicho principio, es obligada la remisión a García Luengo, I.: El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo, Civitas, Madrid, 2002.

De nuevo aquí se ve que no hay diferencia sustancial entre los procedimientos de autorización donde cabe el silencio positivo y las declaraciones responsables con eficacia demorada. Si la ley -con mejores o peores razones que éste es otro tema- atribuye al silencio de la Administración el efecto de un acto administrativo presunto, el mismo efecto debería atribuirse al silencio respecto del poder de veto preventivo en la declaración responsable. Un ejemplo puede ilustrar lo que queremos decir. Un particular presenta una solicitud de licencia sobre la que opera el silencio positivo. La Administración sólo puede atacar el acto presunto mediante la revisión de oficio. Sin embargo, el mismo particular presenta una declaración responsable, la Administración no contesta, y al cabo de los años -no importa cuántos- la Administración puede dejar sin efecto la actividad. Cuesta trabajo pensar que en ese caso la inactividad administrativa previa no tenga consecuencia jurídica alguna. Aquí lo lógico sería que el régimen del silencio positivo y de la declaración responsable con eficacia demorada se equipararan, para lo cual hay dos soluciones. La primera es asimilar el silencio positivo (como acto presunto irrevocable) y la declaración responsable con eficacia demorada; la segunda es volver a una concepción débil del silencio positivo como silencio "secundum legem", en cuyo caso el régimen de ambas instituciones se asimilaría, generando una enorme inseguridad jurídica, ya que el titular del derecho tendría lo peor del control preventivo y del control "a posteriori": ni dispone de la posibilidad de inicio inmediato de la actividad, ni puede acogerse a la garantía de tener un acto -expreso o presunto- declarativo de derechos.

Un análisis teleológico de la declaración responsable con eficacia demorada corrobora la anterior conclusión.

La IRPAC no prevé este tipo de comunicaciones previas. Como vimos, la norma básica establece que las declaraciones "permitirán con carácter general el reconocimiento o ejercicio de un derecho". López Menudo¹⁰ ha subrayado la tradición que supone que pueda haber declaraciones responsables cuyos efectos se demoren. Este aserto es inapelable. Pero si el legislador utiliza esta técnica es obligado asimilarla al silencio administrativo positivo¹¹. Lo relevante no es el "nomen juris" sino el contenido de la institución. Y en las declaraciones con eficacia demorada la clave es que el legislador ha decidido que haya un control preventivo. Lo que no ocurre en la declaración con eficacia inmediata.

Si la Administración tiene una potestad prohibitiva quiere decirse que entra en juego la posible responsabilidad de la Administración "in omitiendo", con el mismo alcance que en el silencio administrativo positivo. Podría perfectamente imputarse penalmente al funcionario que, a sabiendas de que el contenido de la declaración es ilegal, no adopta el acuerdo prohibitivo correspondiente para prevenir la ilegalidad, mientras que en la simple declaración responsable no es posible imputar negligencia por no prohibir preventivamente la actividad.

10. *Op. cit.* nota 1, pág. 139.

11. Opinión contraria sostienen López Menudo, *op. et. loc. cit.*; y Reollo Puig, *op. cit.* nota 1, págs. 2002, apud. nota 25.

La declaración responsable con eficacia demorada inicia un procedimiento¹², pues es a partir de ese escrito del particular cuando la Administración tiene conocimiento de los hechos y se inicia el plazo para que actúe. Que no sea obligado el acto expreso si la Administración encuentra conforme la declaración con el proyecto, no significa que la comunicación del particular no inicie un procedimiento. Para la Administración es obligado examinar la documentación presentada, pues tiene la obligación de prohibirla o condicionarla si no se ajusta a derecho. Y, a mi juicio, si existen denuncias de terceros, o a la Administración le consta que hay terceros interesados, la Administración deberá darles un trámite de audiencia. La declaración responsable que permite a la Administración una prohibición preventiva inicia un procedimiento a instancia de parte, pues lo que solicita el particular en esos casos es que la Administración tenga constancia de que desarrollará la actividad en el plazo legalmente concedido si la Administración nada dice.

La tesis contraria supone que la Administración puede, por razones de oportunidad, no verificar el cumplimiento de los requisitos, a pesar de que la ley ha considerado necesario dotar a la Administración de la potestad de prohibir "ex anie" la actividad. Asimilar la declaración responsable con eficacia demorada a la declaración responsable con efecto inmediato implica dejar al arbitrio discrecional de la Administración la decisión de controlar con carácter previo una actuación ilegal.

Cabe incluso postular la inconstitucionalidad de la declaración responsable con eficacia demorada, si se entiende que no inicia procedimiento alguno, porque dejaría desatendidos los derechos de los terceros (ex. artículos 24 y 105 CE). Es cierto que de la Constitución no puede derivarse ningún derecho a un concreto procedimiento¹³ y que el legislador, con ciertos límites, puede excluir una actividad de control previo administrativo. Pero es igualmente cierto que, otorgada por ley la potestad a la Administración para verificar si una declaración cumple o no con los requisitos legales, operan plenamente las garantías del procedimiento, garantías que son independientes de la producción o no de un acto administrativo.

Expresado en otros términos: la declaración responsable con eficacia demorada constituye una técnica de control preventiva, completamente asimilable a la solicitud de autorización con silencio administrativo positivo. En ninguna de las dos, la Administración renuncia al control preventivo, mientras sí lo hace "ex lege", cuando la declaración del particular tiene eficacia inmediata. Cuando el legislador ha utilizado esta técnica no ha descubierto mediterráneo alguno, sino que ha hecho un pan con unas tortas: ha descubierto la autorización con silencio positivo a través de la declaración responsable demorada. El inevitable "glamour" de la moda ha sido una tentación irresistible para el legislador español. Aunque se ha resistido a permitir determinadas actividades sin control preventivo alguno de la Administración, ha

12. En contra Reollo Puig, *op. et. loc. citados*.

13. Esta idea la desarrolla en Alemania, Seidel, A.: "Baurechtliche Verfahrensprivatierung und Rechtsschutz des Nachbarn", NVwZ 2, 2004, pág. 140.

ampliado con tal intensidad el término "declaración responsable" que lo ha hecho materialmente indistinguible de la autorización administrativa presuntiva¹⁴.

2. ASIMILACIÓN ENTRE COMUNICACIÓN PREVIA Y DECLARACIÓN RESPONSABLE CON EFECTOS INMEDIATOS

Los problemas de la comunicación previa y de la declaración responsable son bien diferentes, como manifestaciones que son de actos de los particulares con efectos jurídico-públicos. No entraremos aquí en el encaje de bolillos de la distinción entre ambas figuras, de lo que lo único que se sabe es que las primeras están pensadas para casos menos complejos. Nos centramos aquí en las consecuencias jurídicas que deberían lógicamente extraerse de esta categoría.

El régimen jurídico-público de estos actos, que quedó apuntado más arriba, tiene que resolver una contradicción prácticamente insuperable. Por un parte, se considera que son actividades inocuas para el interés público. Y, por otra, son actividades reglamentadas por el derecho público. No necesitan de control previo, pero la Administración puede prohibirlas a posteriori. Y si no requieren de autorización ni examen previo es, según la Directiva, porque no producen efectos irreparables que no puedan ser corregidos a posteriori. Están en una tierra de nadie entre el Derecho Público y el Derecho Privado. De éste conservan la libertad de iniciativa (de ahí que actúen bajo su responsabilidad); pero el derecho público les afecta directamente a la hora de prohibir o modular estas actividades, lo que implica que hay un interés público que limita la actividad.

En la doctrina¹⁵ se ha explicado suficientemente que las declaraciones o comunicaciones previas tienen una larga tradición en el derecho administrativo para la justificación de determinados requisitos o cuando la ley impone una obligación pública (autoliquidaciones tributarias). Lo que la nueva tendencia introduce es la posibilidad misma de acuar en un ámbito regido por el Derecho Público sin control preventivo. Y ello lo que produce es una profunda paradoja: el particular queda sometido a una situación de sujeción indefinida a la Administración.

A mi juicio habría que hacer una profunda reconsideración de la idoneidad de esta técnica para el Derecho Público. Si no afectan gravemente al interés público y no producen efectos irreversibles, ¿por qué no entregarlas completamente al

14. No me resisto a recordar las palabras de García de Enterría ("Sobre silencio administrativo y recurso contencioso", RAP nº 47 (1965), págs. 227, apud. nota 21) para definir la naturaleza del silencio administrativo positivo: "más que ante la técnica de intervención de sometimiento de una actividad a autorización previa nos encontramos ante la técnica de la carga de comunicación del proyecto a la Administración con facultad de ésta de dictar una orden prohibitiva durante un plazo preclusivo. Enmascara esta realidad sustancial el hecho de que la comunicación del proyecto se presente bajo forma de solicitud de autorización y que la orden prohibitiva, a su vez, adopte el carácter y se instrumente como una denegación de la autorización solicitada". No se puede expresar mejor la identidad de ambas técnicas.

15. NÚÑEZ LOZANO, *op. cit.* nota 5, págs. 73 y ss.; LÓPEZ MERUÑO, *op. cit.* nota 1, págs. 116-123.

Derecho Privado? ¿No basta con el control de terceros a través del Derecho Civil, si se parte de la base de que son actividades prácticamente inocuas?

Es obligado notar, en efecto, que las declaraciones ni constituyen un supuesto de desregulación, ni implican un repliegue del Derecho Público¹⁶. Lo que cambia es el modo de intervención de la Administración, la ley le exige de su responsabilidad de control preventivo, pero incrementa los poderes administrativos sobre la actividad privada. El particular queda sujeto al Derecho Público y de forma más intensa que en la autorización. La regla que Hauriou acertó a formular como rasgo característico del Derecho Administrativo, "que la Administración actúe, pero que responda" desaparece en las declaraciones. La Administración permite la actividad, pero puede intervenir con todo su poder, sin responder en la práctica, porque la actividad se hace bajo la responsabilidad del particular. ¿Por qué invertir a la Administración de su viejo poder de imperio sobre actividades privadas si no se considera necesaria la actividad de control preventivo de la Administración? Si desaparece, por no existir razón imperiosa de interés general, el control preventivo, ¿por qué mantener la intervención administrativa ex post? El sistema sería mucho más equilibrado si las actividades realizadas bajo responsabilidad del particular se entregaran al control judicial. La Administración podría demandar ante el juez la adopción de medidas, igual que los terceros cuando la actividad —por definición inocua— transgrediera los límites del ordenamiento. Y sería el juez quien podría ponderar todas las circunstancias del asunto. Las potestades exorbitantes de revocación y prohibición tienen sentido cuando, al amparo de una declaración responsable, se ejercen actividades que requerirían una autorización previa; pero no en el caso de actividades inocuas. El mantenimiento de ese poder unilateral "ex post" — que la Directiva de Servicios permite, delata que, en el fondo, el legislador mismo no considera intrascendente la actividad privada para el interés público.

III. LA FALTA DE UNA TUTELA EFECTIVA DE LOS INTERESES DE TERCEROS EN EL RÉGIMEN DE CONTROL "EX POST" DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS, LIMITACIONES ESTRUCTURALES DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. CONTROL "EX POST" Y DERECHO AL PROCEDIMIENTO DEBIDO. ALGUNAS LECCIONES QUE ENSEÑA EL DERECHO DE LA UNIÓN MÁS ALLÁ DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

La inexistencia en la declaración responsable con eficacia inmediata de actuación administrativa obligada procura numerosísimos problemas. Tanto si se mira desde la perspectiva de la Ley de Procedimiento, como de la Ley jurisdiccional administrativa (LRJCA), es difícil encontrar fórmulas que ofrezcan una tutela efectiva de los intereses de terceros.

16. Como observó tempranamente PAREJO ALFONSO, *op. cit.* nota 1, pág. 24.

No se ha reparado suficientemente que la existencia de terceros interesados puede llegar a ser incompatible con el control "ex post" de la Administración como procedimiento de intervención administrativa.

El ordenamiento jurídico español concedió una amplia legitimación en el procedimiento administrativo a quienes pueden verse afectados por el acto autorizador. Va de suyo que ese interés no desaparece por la circunstancia de que la ley cambie el título de intervención administrativa. Si hay una legislación pública que el titular de la actividad debe respetar, el interés del tercero que puede verse afectado por dicha actividad no se modifica cualquiera que sea el control que la Administración verifique. El particular tercero tiene un interés directo en que se respete la legalidad cuando la actividad afecta a su ámbito patrimonial o personal. Ese interés, según es regla indiscutida en un Estado de Derecho, debe permitir al tercero defender sus posiciones en un procedimiento previo. El vecino al que le afectan las obras de otro vecino, el tercero al que le produce molestias una actividad, tienen derecho, con fundamento constitucional, a ser oído antes de que recaiga la resolución administrativa (artículo 105 CE).

Si no hay resolución administrativa previa, o al menos posibilidad de intervención en un procedimiento administrativo, con anterioridad a que se produzcan los efectos que habilitan al titular de la instalación, del servicio o de la actividad a desarrollarla lícitamente, no hay posibilidad alguna de protección de los derechos de terceros con carácter previo. La ausencia de intervención a "priori" deja inerte al tercero interesado, que no puede hacer valer sus derechos ante la Administración antes de que se inicie la actividad. El resultado es un desequilibrio entre los interesados en la aplicación de la norma pública. Quienes quieren desarrollar una actividad pueden iniciarla sin obstáculo, quienes tienen interés en oponerse carecen de derecho a hacerlo, al no existir procedimiento previo.

El principio de audiencia en el procedimiento se volatiliza para el tercero interesado, por muy titular que sea de un interés legítimo. Como no hay acto administrativo previo, ni siquiera presunto¹⁷, es inviable defenderse antes de que se haya

17. Debe notarse que el silencio administrativo positivo tampoco garantiza plenamente los derechos de los terceros. Lo puso de relieve tempranamente, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: "El silencio administrativo y los interesados que no incoaron el procedimiento administrativo", RAP, nº 68, 1972, págs. 243-245. Por mi parte, expuse hace algún tiempo los límites del silencio administrativo positivo para el interés público. BANO LEÓN, J. M.: "El silencio administrativo. Notas sobre una regulación anacónica", en Sosa Wägner, F. (Coord.): *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 1343-1363. Resulta interesante observar que, en Alemania, se ha acudido con carácter general a la técnica del silencio administrativo positivo para transponer la Directiva de Servicios, lo que se ha hecho a través de una reforma de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (párrafo 42. a.d.). El derecho alemán sólo conocía la figura de la "autorización ficticia" en leyes sectoriales. Sobre esto, CASPAA, J.: "Der fiktive Verwaltungsakt - Zur Systematisierung eines aktuellen verwaltungsrechtlichen Instituts", AöR, nº 125, 2000, págs. 131-153. Sobre la transposición de la Directiva, vid. SCAMTRZ, H. / PRELL, L.: "Verfahren über eine einheitliche Stelle - Das Vierte Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften", NVwZ, 1/2009, págs. 1-12.

producción la vulneración de los derechos de ese tercero. Las técnicas de control "ex post" suponen la desaparición de los derechos procedimentales de los terceros interesados, pese a que no desaparece el interés público tutelado por la Administración, interés que se manifiesta en el apoderamiento a la Administración para prohibir o modificar la actividad. Toda una larguísima evolución de los derechos de defensa de los terceros ante la Administración desaparece de un plumazo en el control "ex post".

La Directiva de Servicios ha ignorado completamente esta perspectiva, acaso por que parte de la premisa de que la libertad de prestación de servicios no afecta directamente a terceros, salvo cuando puede cercenar los derechos de los consumidores. Pero, desde luego, la Directiva de Servicios no ha pretendido, ni podría hacerlo sin vulnerar el derecho primario de la Unión, ignorar los derechos procedimentales de los terceros afectados. "De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia -dice el considerando 56 de la Directiva- los objetivos de salud pública, protección a los consumidores, sanidad animal y protección del entorno urbano constituyen razones imperiosas de interés general que permiten justificar la aplicación de regímenes de autorización y otras restricciones". De manera implícita la Directiva está pensando en la legitimidad de control "a priori" cuando el servicio trasciende al simple interés privado, pero no ha acertado a expresarlo con rotundidad suficiente, lo que permite que en algunos países, como el nuestro, se hayan establecido controles "ex post" respecto a actividades de los privados que sí pueden afectar a intereses de terceros.

Notése que en el Derecho de la Unión, la Carta Europea de Derechos Fundamentales proclama el derecho a la buena administración (artículo 41). Ese derecho incluye "el derecho de toda persona a ser oído antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente" y el derecho a acceder al expediente que le afecta. Una norma europea que impidiera los derechos de defensa en el procedimiento de terceros interesados vulneraría la Carta, como vulneraría el artículo 105 CE una legislación que diera cobertura jurídico-pública a actividades sin permitir la intervención de tercero. Ahora bien, al no existir acto previo de habilitación, ni expreso ni presunto, difícilmente los terceros podrían movilizar en su favor estas garantías. Las consecuencias que de ello se deducen se tratarán más abajo.

Conviene precisar que el Derecho de la Unión, al aplicar el principio de proporcionalidad a los modos de intervención administrativa, no excluye, en absoluto, la protección del interés público. Deja a los Estados miembros un amplio margen para determinar si el medio ambiente, la protección de los consumidores o la ordenación del territorio exigen una intervención preventiva, de acuerdo con la Directiva de Servicios. Además, en los ámbitos regulados por el Derecho de la Unión, las Directivas sobre información y participación ambiental son muy exigentes con los derechos del público, hasta el punto que se exige una participación efectiva antes de que la decisión o el plan se adopte¹⁸. Cabe preguntarse si muchas

18. Véanse las Directivas 2003/35/CE, de 26 de mayo de 2003, cuyo artículo 2.6., reconoce

de las declaraciones responsables en materia ambiental no exigirían ese mismo tipo de prevenciones, dado que aquellas directivas no afectan a proyectos de menor tamaño, pero tienen indudable impacto sobre el interés público protegido.

2. CONTROL ADMINISTRATIVO "EX POST" Y LIMITACIONES DEL CONTENIDO-SO-ADMINISTRATIVO

La ley permite al particular ejercer un derecho con la carga de comunicarlo previamente. Como ese derecho puede afectar a terceros es preciso que éstos dispongan de remedios eficaces.

En la actividad sujeta a autorización hay un acto administrativo y el tercero tendrá o no legitimación en la medida en que le afecte el acto administrativo. En la actividad sujeta a la carga de comunicación, el tercero tendrá o no legitimación en la medida en que el derecho del particular le afecte. Ahora bien, ese derecho existe sólo en tanto se acomode a los requisitos públicos establecidos en la ley. Por mucha comunicación previa que exista, si la actividad privada vulnera el Derecho Público que la regula, será ilegal. La Administración, en primer término, y no el juez, es garante del respeto a la legalidad. Por eso la ley le confiere la potestad de prohibición "ex post" y, por eso, no se encomienda la tutela de los derechos a la jurisdicción civil.

Puesto que la Administración es garante de la legalidad, el tercero interesado, sea titular de un derecho fundamental, de un derecho subjetivo, o de un interés legítimo, tiene pleno derecho a la tutela judicial efectiva. Y esa tutela no puede verse con la perspectiva del derecho de policía tradicional basado en el acto administrativo.

Si existe un acto administrativo previo, hay una presunción de legalidad. El tercero podrá impugnar el acto o, si han pasado cuatro años, acudir al procedimiento de revisión de oficio. En otro caso, por ejemplo, cuando se denuncia la no acomodación de la actividad al acto administrativo, el particular podrá instar la actuación de la Administración, con todas las limitaciones que Manuel Rebollo ha resumido recientemente¹⁹.

al público a expresar observaciones y opiniones, cuando están abiertas todas las posibilidades antes de que se adopten decisiones sobre planes o programas; la Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio de 2001, relativa a la evolución de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente y la Directiva 2000/60/CE, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. En el plano de la autorización ambiental integrada, la Directiva 2010/75/UE, de 24 de noviembre de 2010 sobre emisiones industriales (prevención y control integrados de la contaminación) exige: 1º.- Un permiso por escrito, lo que excluye el silencio positivo; 2º.- los Estados miembros tienen que asegurar al público interesado "posibilidades reales de participar en una fase temprana", tanto en la conexión de permisos de nuevas instalaciones, como en las autorizaciones de cambios sustanciales, entre otros casos.

19. *Op. cit.* nota 2, págs. 2004 y ss.

Otra cosa ocurre cuando no existe acto administrativo, porque entonces el tercero tiene derecho a una tutela más profunda. Al no haber acto administrativo, tampoco existe presunción de legalidad, ni hay acto presunto, pues la Administración no dispone de veto preventivo. El tercero al que le afecta el reconocimiento "ex lege" del derecho, tiene que tener garantizado no sólo la posibilidad de acceder a la comunicación responsable sino también demandar de la Administración que actúe e incluso directamente pedir a la Administración que prohíba el derecho por no ajustarse en su ejercicio al ordenamiento público.

Debe partirse de la base --aunque en la práctica pueden darse situaciones muy variadas-- de que la técnica de la declaración previa se producirá en actividades regladas, en las que la discrecionalidad administrativa no existe. En ese caso, el tercero puede pretender de la Administración que declare no ajustada a derecho la actividad realizada al amparo de esa declaración por contravenir los requisitos legales. La técnica que aquí hay que emplear no es la de la inactividad, sino la de exigir a la Administración que dicte un acto administrativo prohibitivo en el ejercicio de sus funciones. No es tanto que la Administración no haya ejercido sus funciones como el hecho de que un tercero legitimado pida a la Administración que prohíba la actividad privada, porque no es conforme con el ordenamiento público. Resulta indudable, a mi juicio, que el artículo 24 CE habilita al titular de un derecho o interés legítimo afectado por una actividad comunicada a demandar de la Administración la prohibición. Frente al acto expreso o presunto desestimatorio cabrá un recurso contencioso-administrativo en el que se pretenda esa prohibición.

Si las posibilidades de la Administración para prohibir el derecho son regladas, el juez podrá reconocer el derecho del tercero a la prohibición. La LRPAC, por muy tosca que sea la técnica de provocar un acto expreso o presunto²⁰, tiene una enorme flexibilidad para lograr el éxito de la pretensión. Y ello porque la Administración tiene la potestad no sólo de controlar "ex post" el derecho comunicado. Además, la ley le obliga a prohibir la actividad cuando los datos esenciales sean inexactos o falsos, se omitan o no se adecúe la actividad al ordenamiento jurídico. La inexactitud de los datos se producirá siempre en este último supuesto. El artículo 71bis.1 LRPAC exige que el interesado declare "que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento del derecho o facultad"; luego cualquier incumplimiento sustancial de la legislación vigente supondrá la inexactitud de la declaración y la prohibición de la actividad por la Administración. Obsérvese que el precepto citado emplea un tiempo verbal imperativo ("determinará") para establecer las consecuencias de que la declaración responsable contenga inexactitudes, falsedades u omisiones esenciales:

20. HUECO LORA, A.: "Un contencioso-administrativo sin recursos ni actividad impugnada", RAP, nº 189, 2012, págs. 41-73, ha propugnado un cambio radical del contencioso para liberarlo de las ataduras del acto previo. Sin entrar ahora en esta cuestión, concurrido, sin embargo, con Santamaría Pastor (Comentario a la L.L. Justel, Madrid, 2010, pág. 325), en las posibilidades que, en la práctica, permite la Ley de lo contencioso, como intento demostrar en el texto.

"determinará -dice la ley- la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de dichos hechos". Aunque el texto legal no sitúa a la Administración como sujeto de la oración, no cabe duda de que otorga una potestad reglada a la Administración. La Administración, comprobada la inexactitud, falsedad u omisión, tiene que dictar un acto administrativo que prohíba el derecho, o que lo module o condicione, en los términos de cada ley sectorial.

Por supuesto que el tercero interesado puede limitarse a pedir una inspección, en cuyo caso parece obligado, como sostiene Manuel Rebollo²¹, reconocer que la Administración está obligada a la inspección. Pero nada impide en el Derecho español ejercitar una pretensión de prohibición a quien es la responsable: la Administración competente.

La situación es completamente diferente si la técnica de la declaración previa se utiliza en ámbitos que permitan la discrecionalidad de la Administración. Desde la perspectiva regulatoria no parece una técnica idónea, pues sitúa al titular del derecho y a los terceros en una inseguridad jurídica permanente. Si la Administración tiene un margen de apreciación para determinar si concurren o no los requisitos legales, la técnica idónea es la autorización previa, porque permite seguridad jurídica y obliga a la Administración a pronunciarse con carácter previo al ejercicio del derecho.

No obstante, si se admitiera esta posibilidad²², lo que me parece muy discutible desde el punto de vista de la seguridad jurídica, los intereses de terceros quedarán al albur de la Administración. Aunque se pudiera instar la prohibición, la Administración siempre podría ampararse en su margen de apreciación discrecional y desestimar la petición, lo que los Tribunales tendrían que respetar. Si la Administración no contestara, el juez no podría reconocer el derecho del particular al existir una potestad discrecional. A lo máximo que el juez podría llegar es a obligar a la Administración a dictar un acto expreso, salvo el supuesto rigurosamente excepcional de que en el caso concreto no cupiera margen alguno de discrecionalidad para la Administración. En este supuesto, es obligado notar lo, la limitación del control no obedecería a la ley contentiosa española, sino a la limitación estructural que para el juez supone la discrecionalidad administrativa.

IV. LA RELACIÓN ENTRE LAS ACTIVIDADES SUJETAS A COMUNICACIÓN PREVIA Y EL DERECHO PRIVADO

No puede perderse de vista que hablamos siempre de actividades o servicios que están sujetos a una normativa pública y, si lo están, es sencillamente porque la ley considera que deben cumplirse requisitos mínimos de seguridad, orden público,

21. *Op. cit.* nota 2, págs. 2007-2011.

22. Curiosamente, en el Derecho urbanístico alemán, como se admite la dispensa, es posible que existan procedimientos no autorizados en los que la Administración tenga discrecionalidad. *Cfr. Seidel, op. cit.* nota 17, págs. 144-146, lo que no deja de ser inquietante.

protección de los consumidores, etc., que no es garantizable efectivamente mediante la tutela privada. Por eso, se exige que la Administración pueda comprobar "ex post" y eventualmente prohibir o modular esas actividades o servicios si no se ajustan a la normativa. Si se tratara de actividades privadas sin trascendencia para el interés público la intervención administrativa no estaría justificada, ni la autorización clásica ni la declaración responsable, si acaso la derivada simplemente de la inscripción declarativa en un registro público. Por definición, pues, la declaración responsable opera sobre ámbitos privados que trascienden al interés público. Si esto es así (y es difícil pensar en lo contrario, porque se trataría de trámites o trabas administrativas sin sentido), no hay razón alguna para que los intereses de terceros afectados no se protejan con la misma energía, máxime cuando el Derecho Privado no puede facilitar una ayuda eficaz.

La acción negatoria, la responsabilidad civil por daños, la acción por competencia desleal²³, sólo serán operativas para el interés público si el juez civil puede examinar si la actividad cumple con la normativa administrativa. Cuando se trata de actividades autorizadas, la autorización es determinante para la estimación de la demanda de quien se siente perturbado²⁴. Pero si se trata de actividades comunicadas que no han sido objeto de un acto administrativo, no existe ninguna referencia segura para medir la licitud de la inmisión. En el caso de que la actividad haya sido inspeccionada sin detectar irregularidades, todavía tendría el juez un principio de prueba al que atenerse. Pero si se trata de una actividad no inspeccionada, o bien el juez civil entra en el análisis del cumplimiento de la legislación administrativa, o desaparece cualquier marco seguro para juzgar si las molestias deben o no ser soportadas por el tercero. ¿Puede concluirse que el simple hecho de la comunicación previa presume la legalidad de la actuación, si no ha existido ninguna actividad administrativa de comprobación?

En un planteamiento puramente insprivatista de la cuestión cabría decir: como la ley permite el ejercicio de la actividad sin comprobación administrativa previa, se trata de una actividad bajo exclusiva responsabilidad particular y el juez civil es soberano para establecer los límites de esa actividad.

Esta perspectiva resulta interesante porque pone de relieve la contradicción interna de la técnica de la comunicación previa. Si la ley no considera preceptiva la intervención preventiva de la Administración, no cabe presumir de manera alguna que la actividad es legal y que las inmisiones producidas en las propiedades vecinas tienen que ser soportadas; el juez puede, a la vista de la prueba, considerar excesivas las inmisiones, y la legislación administrativa serviría sólo de marco de referencia a la actuación de la Administración. Puesto que la Administración no está obligada a comprobación previa o posterior, el particular que ejerce la actividad no puede prevalecer de presunción alguna, y estaríamos ante

23. *Vid. Rebollo Puga, op. cit.* nota 2, págs. 2007-2011.

24. EGA FERNÁNDEZ, J.: "Relaciones de vecindad, desarrollo industrial y medio ambiente", en ESTEVE Pardo, J. (Coord.): *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*. 2ª. Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2006, pág. 421

una simple cuestión de Derecho Civil o, si se prefiere, en un sentido más amplio del término, a los límites de las relaciones de vecindad. En ese caso, habría que reconocer que el juez civil es competente para interpretar y aplicar la legislación administrativa, lo que rompe con el criterio general de que sea la jurisdicción contencioso-administrativa la que se ocupe de las cuestiones jurídico-públicas; la otra alternativa, poco práctica, es que la jurisdicción contenciosa se extienda a estas relaciones privadas regidas por el derecho público.

Pero entonces la pregunta que surge con este enfoque es: ¿Qué sentido tiene la competencia administrativa de control si no va acompañada de la obligación de ejercerla? Si el legislador mantiene la potestad administrativa, la ampliación de los remedios civiles no deja de ser un parche insuficiente. "Aunque el reforzamiento de la tutela judicial civil sea conveniente, aunque sea especialmente oportuno ante la desaparición de numerosas autorizaciones, de ninguna manera exime de mejorar la posición de los ciudadanos frente a la falta de ejercicio de las potestades administrativas de reacción contra actividades privadas ilegales", dice concluyentemente Rebollo Puig²⁵.

V. PROPUESTAS DE MEJORA DE LA REGULACIÓN

Aplicase ahora las reglas de la buena regulación²⁶ a los principios de la LRJPAC. Una mejor regulación de los intereses en presencia requeriría:

- Examinar la distorsión que produce la sustitución de un régimen generalizado de control "ex ante" por uno de control "ex post". En particular, en materia ambiental, el régimen de declaración responsable debería ser excepcional.
- Examinar no sólo si la actuación puede producir efectos irreparables sino también si puede perjudicar a terceros.
- Si se opta por esta técnica "ex post", establecer las medidas de compensación necesarias para que el ordenamiento jurídico conserve su virtualidad como sistema de garantías.

En este último caso, parece necesario complementar las bases del procedimiento administrativo común:

1º.- Debe asimilarse el régimen de la declaración responsable con eficacia de morada al silencio administrativo positivo. O hay posibilidad de control preventivo, en cuyo caso la solución es la del silencio administrativo positivo, o se renuncia al control preventivo con todas las consecuencias.

2º.- En el caso de la inexistencia de control preventivo, la inspección debe ser obligatoria, como garantía de cumplimiento de la legalidad. Cabe también

25. *Op. cit.* nota 2, pág. 2007.

26. Sobre esta cuestión, vid. REVUELA PÉREZ, I.: "Análisis de impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria", RAP nº 193, 2014, págs. 83-126.

la alternativa de exigir un sistema de seguro privado. Tal ocurre implícitamente cuando la norma exige que el proyecto venga respaldado por certificación que acredite el cumplimiento de la normativa vigente. En estos casos la responsabilidad por daños viene garantizada indirectamente a través de la cobertura privada del riesgo, si es que naturalmente tal seguro existe. Pero este sistema no garantiza, sin embargo, una defensa idónea de los derechos de terceros, como ya se ha explicado.

3º.- Debe ampliarse el cauce de las garantías jurídicas de los terceros. El reconocimiento del derecho a solicitar la inspección, cuando ésta no se ha verificado; el derecho a impugnar el resultado de la inspección, superando las tradicionales cautelas de la jurisprudencia, justificables acaso en un régimen normal de inspección, pero no cuando éste se convierte en el único medio de control administrativo. La LJCA ofrece cauce suficiente para ello, pues permite al sujeto legitimado instar la prohibición del derecho o actividad no conforme con el ordenamiento jurídico.

Lo que importa finalmente, supuesto que el legislador ha decidido en el caso concreto la necesidad de que la actividad privada cumpla una serie de requisitos, es que la Administración efectivamente fiscalice esa actividad. El control "ex post" no puede significar disminución de las garantías, sin cercenar necesariamente los cimientos de la propia intervención administrativa.

4º.- Debería instrumentarse un sistema de publicidad de las declaraciones responsables que puedan afectar a terceros.

5º.- Los sistemas de control "a posteriori" no son idóneos en el caso de que la ley conceda margen de apreciación a la Administración para el cumplimiento de los requisitos legales. En consecuencia la declaración responsable debería quedar limitada al ejercicio de potestades administrativas regladas.

VI. REFLEXIÓN FINAL

La introducción de técnicas administrativas sustancialmente nuevas sin ponderar las consecuencias que tiene en el conjunto del ordenamiento jurídico produce este tipo de distorsiones. La mentalidad económica neoliberal que está detrás de estas figuras se complace mal con actividades que trascienden los simples intereses del particular. La expansión de la figura de la declaración responsable a supuestos que afectan a terceros y a los intereses públicos pugna incluso con los propios presupuestos de la directiva, ¿o acaso no es la propia Directiva la que considera que la protección contra el ruido, las molestias vecinales, la ordenación del territorio, constituyen razones imperiosas de interés general? El legislador no ha meditado en absoluto sobre la complejidad de las relaciones administrativas, como si el Derecho Administrativo pudiera reducirse a una relación unilateral entre la Administración y el particular. Por el contrario, lo más frecuente es que las relaciones administrativas sean multipolares y que una misma actuación administrativa pueda producir efectos perjudiciales para unos y beneficiosos para otros. Podría decirse que se introduce una técnica del

siglo XXI con una mentalidad del siglo XIX. La figura clásica de la autorización, ya sea expresa o presunta, permite un equilibrio de esos intereses contrapuestos y obliga a la Administración a tomar decisiones. La declaración del particular con efectos jurídico-públicos sin posibilidad de veto preventivo sólo es apropiada para aquellas relaciones que no tienen ese carácter multipolar. Cuando se trata, en definitiva, de la verificación de un dato que no afecta directamente a terceros o al interés público o de compromisos unilaterales del particular sin trascendencia inmediata. Resulta, sin embargo, inapropiada cuando la verificación de si el particular cumple o no con los requisitos establecidos por la legislación puede perjudicar relevantemente al interés público o a terceros. Entre otras razones, porque sitúa a estos últimos en una situación jurídica de indefensión al no existir un procedimiento administrativo previo donde dirimir los intereses en presencia, al margen de que objetivamente fomenta la opacidad de la Administración, que es lo contrario de la tan cacareada –y nada practicada– transparencia administrativa.

Mientras se mantenga, no obstante, esta tendencia legislativa a que la Administración renuncie al control preventivo, es obligado mejorar la regulación de la normativa básica de procedimiento en defensa de los intereses de terceros y, lo que es más importante, del interés público.

SI

Ri
ni
es
se
ta
qi
ñ:
tr
ei
te
aj
Li

P.
ci
b