
Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local

Mariola Rodríguez Font

Profesora lectora de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona

1. Introducción

2. Comunicación previa y declaración responsable en el Ordenamiento jurídico español

3. La aplicación de ambos institutos al sector servicios

- 3.1. Concepto
- 3.2. Administración competente
- 3.3. Ámbito de aplicación

4. Carácter jurídico

- 4.1. Su consideración como técnicas sustitutorias de la licencia
- 4.2. Comunicaciones previas sujetas a veto de la Administración
- 4.3. Exponentes de simplificación y autorregulación
- 4.4. La Ley italiana de 18 de junio de 2009, núm. 69

5. Régimen jurídico

- 5.1. Actividad de comprobación, control e inspección
- 5.2. Entidades privadas de colaboración
- 5.3. Responsabilidad
- 5.4. Terceros

1. Introducción

La autorización ha gozado, hasta hoy, de un protagonismo indiscutible entre las técnicas administrativas de intervención. El Ordenamiento jurídico español no ha sido ajeno, a pesar de ello, a la existencia de otras figuras que, como el caso de la comunicación previa, han adquirido relevancia con el paso del tiempo gracias, sobre todo, al empuje simplificador y liberalizador europeo.

La utilización de estas otras técnicas ha sido residual en nuestro Derecho, lo que ha dificultado enormemente la sistematización de un régimen jurídico común y coherente, impidiendo afianzar sus posibilidades de aplicación en los distintos contextos.

Siendo ésta la realidad, llega desde Europa la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior, apostando de manera rotunda por la liberalización y por un modelo de intervención cuyo centro deja de constituirlo la actividad de control previo de la Administración. Se produce un cambio en el eje vertebrador del sistema, dejando que los particulares desarrollen sin interferencias sus negocios; trasladándoles, en contrapartida, una responsabilidad inaudita.

La autorización ha sido destronada. Lo que hasta ahora nuestro Ordenamiento recogía como mera y residual alternativa en acotados ámbitos se erige, por disposición comunitaria, como modelo sucesor. Sin el arraigo necesario de las instituciones y con la inseguridad que imprime lo nuevo hemos iniciado la andanza. La regulación es demasiado parca, los referentes dispersos, y las dudas se aglutinan. Empezamos, de nuevo, la casa por el tejado.

2. Comunicación previa y declaración responsable en el Ordenamiento jurídico español

La comunicación previa como técnica admite variantes. Bajo una misma denominación tiene cabida el ejercicio de distintos derechos y manifestaciones del poder de la Administración. La actuación del particular frente el aparato público es, sin embargo, la misma en todos los casos: el sujeto privado informa a la Administración de su intención de ejercer un derecho o actividad sin esperar de ella un placet, un acto expreso de aceptación.

Derechos fundamentales como el de reunión (artículo 21 CE) han hallado en la comunicación previa a las autoridades el cauce para su adecuada materialización.¹ Otros, como el derecho a la libertad de empresa (artículo 38 CE), cobraron fuerza cuando la normativa liberalizadora de los años ochenta apostó por sustraer su ejercicio del régimen autorizatorio. Un nuevo tapiz de responsabilidades entre particulares, profesionales o técnicos y los órganos administrativos se fue tejiendo a raíz de las normas relativas a la instalación, ampliación, traslado y puesta en funcionamiento de las industrias.²

La década de los noventa fue también testigo del uso de esta técnica en normativa de muy diversa índole, no sólo estatal sino también autonómica. Ejemplos

1. Artículo 8 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.

2. Artículo 2, capítulo II, del Real Decreto 2135/1980, de 26 de septiembre, del Ministerio de Industria y Energía, sobre liberación industrial en materia de instalación, ampliación y traslado, vigente hasta diciembre de 2000.

importantes a este segundo nivel los proporcionó, entre otras Comunidades, Cataluña. El Reglamento de obras, actividades y servicios de 1995, impulsó la sustitución del régimen de licencias por el de comunicación respecto a la ejecución de determinadas obras;³ y tres años más tarde, la Ley de la intervención integral de la Administración ambiental lo instauró para el ejercicio de las actividades de menor incidencia en el medio.⁴

La Ley estatal de la utilización confinada de organismos modificados genéticamente de 2003,⁵ en solución de continuidad con la normativa de 1994, apostó por la técnica de la comunicación; y el mismo año la Ley general de telecomunicaciones prescribió la obligación de los interesados, en la explotación de una determinada red o en la prestación de un determinado servicio, de notificar con carácter previo el inicio de su actividad a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.⁶

Ejemplos existen bastantes y son, como vemos, variados. En muy contadas ocasiones, no obstante, se ha reglamentado el proceder de los órganos competentes tras la presentación de la comunicación previa.⁷

Una excepción destacable la constituye la comunicación previa al órgano competente, que deben realizar las personas físicas o jurídicas que se propongan utilizar, por primera vez, instalaciones específicas para utilizaciones confinadas de organismos modificados genéticamente. Tras la comunicación, entra en juego la

3. Obras que no requerían la presentación de proyecto o para el ejercicio de actividades no clasificadas, según los artículos 96 y 97 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, de obras, actividades y servicios de Cataluña.

4. Artículo 42 de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, hoy sustituida por la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades.

5. Tuve ocasión de tratar en detalle el régimen de comunicación previa en ese ámbito en mi libro *Régimen de comunicación e intervención ambiental. Entre la simplificación administrativa y la autorregulación*, Atelier, Barcelona, 2003. En este trabajo pude llegar a una serie de conclusiones, entre ellas la evidente renuncia pública a ejercer un control a priori de la legalidad de las actividades en favor de un control aplazado en el tiempo a través de las potestades administrativas de control y supervisión; y también un claro giro en la materia autorizatoria basado en un criterio de confianza: la confianza depositada en el saber de los especialistas, ya sean técnicos competentes o entidades colaboradoras de la Administración.

6. Véase el artículo 8 de la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente.

7. Véase el artículo 16 del Real Decreto 178/2004, de 30 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general para el desarrollo y ejecución de la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente.

potestad pública de comprobar que la información, los datos y documentos aportados son completos y exactos, que la evaluación del riesgo para la salud humana y el medio ambiente y el tipo de utilización confinada son correctos y que, en su caso, las medidas relativas al confinamiento, las demás medidas de protección, la gestión de los residuos, los planes de emergencia y vigilancia son los adecuados; y que todo ello, así como la actividad que se pretende realizar, se ajusta a las disposiciones de la Ley y el Reglamento. Además de esta garantía básica de comprobación, el órgano administrativo puede obligar a los responsables de la utilización confinada a que proporcionen información adicional o modifiquen las condiciones propuestas; quedando legitimado para exigir que la utilización confinada no se inicie y, si ya se ha iniciado, se suspenda o se le ponga fin hasta que el sujeto competente dé su autorización con arreglo a la información complementaria obtenida. Las consultas a los expertos, instituciones o Administraciones Públicas están también previstas por la normativa de desarrollo de la Ley; como lo está, de forma sorprendente, la posibilidad de someter la comunicación a información pública durante 30 días, llegando a ser preceptiva en determinados casos.

Al margen de puntualísimas excepciones como ésta, sólo la literatura jurídica parece haber dotado de contenido, entre otros, al derecho de veto que la comunicación excita, tomando por prestadas referencias del Derecho italiano en orden a comprender la naturaleza y alcance de esta técnica.⁸

Los efectos de la presentación de la comunicación en sede administrativa han tenido, hasta ahora, una virtualidad generalmente diferida. Las actividades se han iniciado, y los derechos, ejercido, tras el transcurso de un tiempo en el que la Administración podía pronunciarse. Quince, treinta, cuarenta y cinco días es la tónica general. La eficacia inmediata de la comunicación ha sido, de cierto, la excepción.

Por lo que se refiere al instituto de la declaración responsable, se suceden algunos ejemplos en nuestra legislación anteriores a las modificaciones causadas por la Directiva europea.

La Ley de Industria de 1992, antes de la reforma de 2009, establecía en su artículo 13 que, sin perjuicio del control por la Administración Pública, el cumplimiento de las exigencias reglamentarias en materia de seguridad industrial se podía probar, entre otros, con una declaración del titular de las instalaciones y en su caso del fabricante, su representante, distribuidor o importador del producto.⁹

8. Una obra clave para comprender la figura de la comunicación es el libro de NÚÑEZ LOZANO, M^º. C., *Las actividades comunicadas a la Administración: la potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

9. Artículo 13 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria.

En materia de subvenciones, el artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, permite, cuando no pueda hacerse por otros medios, demostrar la no incurrir en una prohibición para ser beneficiario o entidad colaboradora a través de este instrumento. Y de igual modo, en la Ley de contratos del sector público de 2007 se acredita la no concurrencia en prohibición para contratar mediante el mismo, siendo necesaria la realización de la declaración ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado.¹⁰ En ambas leyes la regulación de la declaración va, en efecto, unida a su realización frente a fedatario público.

Así es como nuestro Ordenamiento ha ido utilizando esta figura no directamente en el contexto del ejercicio de actividades, sino de derechos, como el de contratar con la Administración, el de ser beneficiario de una subvención, e incluso de obligaciones como las propias del ámbito tributario (la declaración de la renta, por ejemplo); otorgando naturaleza probatoria a esta sencilla manifestación del particular.

Sea como fuere, tanto la comunicación previa como la declaración responsable han sido técnicas que han ofrecido, por separado o combinadas, la posibilidad de iniciar una actividad o ejercer un derecho sin mediar intervención pública previa ni ser precisa la obtención de un título administrativo habilitante en su sentido más tradicional.

3. La aplicación de ambos institutos al sector servicios

3.1. Concepto

La nueva normativa, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio,¹¹ contiene la definición de lo que cabe entender por declaración responsable. Para conocer qué constituye una comunicación previa no hay más remedio que remitirse a la conceptualización que de dicha institución se encuentra en las disposiciones horizontales de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio:¹² en concreto, las que modifican la normativa sobre procedimiento administrativo.¹³

10. Artículo 62 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.

11. En adelante, "Ley Paraguas".

12. En adelante, "Ley Ómnibus".

13. Algunos países han optado, como el nuestro, por una "Ley Paraguas" o de carácter horizontal, como Italia, Bélgica, Holanda, Dinamarca, Austria, entre otros. En cambio, Reino Unido, Alemania,

El artículo 71 bis de la Ley 30/1992, por un lado, recoge como declaración responsable “el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio.” La comunicación previa es descrita, por el otro, como “aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1.”

La Ley califica a ambas figuras de “documentos” que producen un mismo efecto al permitir, con carácter general y desde el día de su presentación, el ejercicio de un derecho o actividad por tiempo indefinido, sea cual fuere su configuración.

El particular que opta por ejercer un derecho sometido por el Ordenamiento a simple declaración, ve reducidas sus obligaciones de aportación documental ante el aparato público. Se le exime de la presentación de toda la documentación legalmente requerida si declara cumplir con los requisitos que la norma establece.

En la comunicación parece existir la efectiva y previa presentación ante la Administración de los documentos que acreditan el cumplimiento de los requisitos.¹⁴ Tal y como se configura hoy esta institución, puede afirmarse que conlleva, igual que la declaración, la plena asunción de responsabilidad por los datos puestos en conocimiento al aparato público y, por lo tanto, por la actividad iniciada.

Desde un punto de vista objetivo, no coincide la finalidad por la que se acreditan o ponen en conocimiento de la Administración determinados hechos a través de estos dos instrumentos. La comunicación previa pretende el ejercicio de derechos o actividades; la declaración responsable, el reconocimiento o ejercicio de derechos y facultades. Esta última sirve, además, para atestiguar cosas de naturaleza bien distinta. Por un lado, acredita que el particular cumple los requisitos y dispone de la documentación normativamente prescrita, probando de esta forma un he-

Portugal o Luxemburgo no han escogido esta técnica, decantándose por la modificación de las distintas normas internas afectadas. El Consejo de Estado, así como otros órganos consultivos participantes en el procedimiento de aprobación de la Ley, no han dudado en manifestar su desacuerdo con la opción seguida por nuestro país, por los riesgos que entraña esta modalidad de adaptación normativa.

14. Véase al respecto MUÑOZ MACHADO, S., “Las regulaciones por silencio (cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, 2010, p. 76.

cho. Pero por otro lado, más allá de las funciones de acreditación, conlleva la manifestación de un compromiso: el de mantener el cumplimiento de los requisitos durante el tiempo de ejercicio del derecho o facultad.

Desde punto de vista subjetivo, en ambos casos el “documento” lo presenta el “interesado”. Puede entenderse que esta denominación del particular que entrega la comunicación o declaración responsable, evoca su consideración como promotor o implicado en un procedimiento administrativo (artículo 31 LRJPAC). Nosotros defendemos, sin embargo, una noción amplia de interesado, no vinculada necesariamente a una tramitación administrativa previa y habilitante de su derecho o actividad.

3.2. Administración competente

La introducción de la declaración responsable y la comunicación previa en la Ley de procedimiento administrativo representa una novedad relativa. Esta última se encontraba ya recogida, por lo menos nominalmente, en el articulado de la Ley 30/1992, como excepción a la obligación administrativa de resolver del artículo 42. La inclusión de la declaración responsable en este contexto le otorga generalidad; otorga, a ambas, carta de naturaleza.

Las distintas Administraciones gozan de libertad, en el ámbito de sus respectivas competencias, para regular las actividades; ponderando, como sabemos, la necesidad de sustitución de licencias y autorizaciones por este tipo de técnicas. La competencia que otorga la Constitución al Estado para el establecimiento de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (149.1.18 CE), y la incorporación en dicha normativa de estas dos instituciones, las convierten en referencia y límite a la potestad normativa autonómica y local;¹⁵ instaurando una garantía mínima en la forma de comprender una parcela importante del ejercicio de derechos y actividades.

La LRJPAC no establece nada a excepción de su definición, con lo que queda abierta la posibilidad de que, respetando el contenido básico de su configuración

15. Una crítica al tradicional abuso del Estado en la invocación de los llamados títulos competenciales impropios o no atributivos de competencias (como el 149.1.1, el 149.1.12, el 149.1.23 o el 149.1.18 y el 149.1.30 de la Constitución), y la también habitual tendencia a la vulneración de los títulos correspondientes a las Comunidades Autónomas utilizando la trasposición de directivas europeas, pueden verse en las enmiendas del Senado al Proyecto de Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, publicadas en el Diario de sesiones del Congreso de los Diputados de 17 de diciembre de 2009, p. 42.

y sin, por lo tanto, poder suprimirlos, las CCAA y los Entes Locales disciplinen de forma autónoma ambos institutos;¹⁶ previendo, si fuera el caso, modalidades matizadas de los mismos. Recordemos que las CCAA tienen competencia para regular el procedimiento administrativo en su ámbito territorial, con base en las especialidades derivadas de su organización propia,¹⁷ quedando legitimadas para establecer particularidades bajo el respeto a los criterios, límites y garantías mencionados en su momento por el Tribunal Constitucional (STC 227/1988, de 21 de noviembre, fj. 23 y 32, entre otras).

La adaptación normativa de las Entidades Locales a este contexto liberalizador se ha dicho que depende, en gran medida, de la previa adaptación del Estado y la Comunidad a la Directiva.¹⁸ Sin embargo, en la actualidad, no sólo parte de la Doctrina, sino también la Jurisprudencia, se decantan por sostener que, en el ámbito local, el principio de legalidad debe interpretarse como principio de vinculación negativa. La ley no es fundamento previo o presupuesto habilitante, sino límite o frontera externa. Las normas municipales no son normas de ejecución de esa voluntad ajena, sino vehículo de expresión de la voluntad propia del Ente Local.¹⁹

Como advierten varios autores, el urbanismo y el dominio público son los principales ámbitos en los que desarrollan competencias los municipios. Respecto a ellos es, según se ha apuntado, fácilmente invocable la existencia de las llamadas "razones imperiosas de interés general" que justifican el mantenimiento de los regímenes autorizatorios y también una configuración negativa del silencio administrativo, contraria a la regla general establecida por la norma europea.²⁰

16. Sobre el alcance y los límites de la competencia local en la trasposición de la Directiva, véase TORRES COBAS, F., "Los desafíos de la 'Directiva Bolkestein' para las entidades locales: el adiós a las licencias y el posible renacer de las ordenanzas locales", *Revista electrónica CEMCI*, núm. 4, julio-septiembre 2009.

17. La disposición final primera de la "Ley Paraguas" establece el carácter básico de la norma, recogiendo de forma detallada los artículos de la Constitución bajo los cuales se dicta cada artículo o capítulo. Siendo así, observamos como, si bien lo dispuesto en el capítulo I del título I se dicta en virtud del 149.1.18 de la CE y tiene carácter de legislación básica sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas, no constituye legislación básica lo contenido en el artículo 2 de la Ley, relativo al procedimiento administrativo común.

18. BULLEJOS CALVO, C., "Aplicación práctica de la Directiva de servicios en las ordenanzas locales. Formularios en las fases de identificación y evaluación de la normativa local afectada y sobre simplificación administrativa y ventanilla única", *Revista electrónica CEMCI*, núm. 3, abril-junio 2009, p. 26.

19. Sobre este tema véase, en general, GALÁN GALÁN, A., *La potestad normativa autónoma local*, Atelier, Barcelona, 2001.

20. La exclusión de las licencias urbanísticas del ámbito de aplicación de la Directiva podría quedar justificada con la sola invocación de estas razones imperiosas de interés general, fundadas en consideraciones de seguridad pública o protección del medio ambiente y entorno urbano, por poner un

3.3. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de una y otra institución es, de cierto, confuso. Ambas sustituyen a las autorizaciones que, a raíz de los criterios introducidos por la Directiva de servicios y asumidos por las leyes de trasposición, dejan de quedar justificadas.²¹ Normativamente, empero, no quedan claros los casos en que cada una procede, dejando esta circunstancia a la entera elección de cada Administración competente. Tanto es así, que la ausencia de un criterio asentado está ya justificando que determinada actividad se someta a declaración en una Comunidad Autónoma, y a comunicación previa en la vecina.

La potencial afectación de los intereses generales de las diferentes actividades, o desde otra perspectiva, la intensidad de la injerencia de los órganos administrativos en las mismas podría, como propuesta, alzarse en elemento diferenciador.

Resulta imprescindible, entonces, que nos refiramos a la modificación obrada por la "Ley Ómnibus" del artículo 84 de la Ley Reguladora de las Bases del Régi-

par de ejemplos. Sin embargo, la Doctrina coincide en señalar que también quedan fuera por el hecho de que la norma comunitaria se aplica respecto a los requisitos que afectan el acceso a una actividad. Las licencias urbanísticas no atañerían directamente a dicho acceso, a pesar de imponer condiciones que deben ser respetadas en el desarrollo previo de la misma. Como se expone en la Guía orientativa para la Administración local, los requisitos aplicables a la sociedad en su conjunto (tanto particulares en su capacidad privada como prestadores) no se ven afectados, como los relativos al tráfico rodado, ordenación del territorio, normas de construcción o urbanismo; puesto que no afectan específicamente a la actividad de servicio. Véase MOLINA FLORIDO, I., "La Directiva de servicios y las entidades locales", *El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 15, octubre 2009. También, en general, TORRES COBAS, F., "Los desafíos de la 'Directiva Bolkestein'...", op. cit., p. 26 y ss.

El caso del dominio público es algo distinto. Las autorizaciones y concesiones demaniales sí parecen, de entrada, limitar la libertad de establecimiento en relación con las actividades de prestación de servicios. Sólo la existencia de razones imperiosas de interés general permitiría salvar dicho ámbito de la aplicación de los regímenes sustitutorios de la licencia, siendo la invocación del orden o la seguridad pública el camino menos rebatible. Apoyaría esta interpretación la no aplicación de la regla general del silencio positivo a estos casos, con el mantenimiento en el artículo 43.1 de la LRJPAC de la excepción de la posibilidad de transferencia al solicitante o a terceros de facultades relativas al dominio público. Algunas normas, no obstante, quiebran esta interpretación doctrinal, como la modificación por la "Ley Ómnibus" de los artículos 51 y 78 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas que prevé un supuesto de declaración responsable en materia de dominio público, respecto al ejercicio de usos comunes especiales como la navegación y flotación, el establecimiento de barcas de paso y sus embarcaderos, y cualquier otro uso que no excluya la utilización del recurso por terceros.

21. Según la memoria de impacto económico y presupuestario del Proyecto de Ley de modificación ("Ley Paraguas"), se procedió a la eliminación de 48 regímenes de autorización, 32 de los cuales fueron sustituidos por comunicaciones previas o declaraciones responsables, y 16 se eliminaron completamente. Hoy encontramos el uso de declaraciones responsables en materia de telecomunicaciones, vías pecuarias, mercado del tabaco, prevención de riesgos laborales, etc., y comunicación previa en servicios postales, autoescuelas que imparten clases teóricas, etc. Véase el Dictamen 99/2009 del Consejo de Estado, p. 21.

men Local. Este artículo, que instaura los tradicionales medios de intervención de las Corporaciones Locales en las actividades de los particulares, de mayor a menor intensidad, se ha visto alterado por la introducción y revitalización de las nuevas figuras estandarte del actual modelo europeo:

“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.

“c. Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

“d. Sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma.

“e. Órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo.”

Esta clasificación, al incluir en un mismo peldaño a la comunicación previa y a la declaración responsable, contribuye a la idea de la intercambiabilidad de ambas técnicas. Corroboración esta impresión, a título de ejemplo, la Ley de Industria, cuando tras reconocer la libertad de establecimiento para la instalación, ampliación y traslado de las actividades industriales establece, sin hacer aparente distinción, que se requerirá una comunicación o una declaración responsable del interesado. Una y otra deberán manifestar, si es el caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos, que se dispone de la documentación que así lo acredita y el compromiso de mantener su acatamiento durante la vigencia de la actividad, facilitando la información necesaria a la autoridad competente para el control de la misma.²²

22. Artículo 4 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria.

Se otorga a ambas figuras la misma capacidad limitativa de la esfera jurídica de los particulares. La aplicación del principio de proporcionalidad sirve para justificar la sustitución del régimen de autorización por otro menos restrictivo, pero no parece útil, según las normas vigentes, a la hora de elegir entre una comunicación previa y una declaración responsable.

¿Por qué, entonces, dos figuras distintas? Tradicionalmente y salvo alguna excepción, el legislador parece haber optado por la declaración cuando lo que se ha pretendido ha sido acceder al reconocimiento o ejercicio de un derecho o facultad; y por la comunicación para el inicio de una actividad, según se deriva de los ejemplos anteriores a la Directiva, pero también del tenor literal de la nueva redacción de la Ley 30/1992.

Hoy, sin embargo, tras las modificaciones, esta ya de por sí precaria línea divisoria, parece resquebrajarse. Es común, de este modo, descubrir normativa tanto autonómica como estatal que se sirve de la declaración responsable para instrumentar el inicio de una actividad económica o profesional. Paradigmático resulta el ámbito del turismo, en el que distintas CCAA han apostado claramente por la implantación de la declaración responsable en sustitución de la autorización administrativa previa,²³ siendo ilustrativa de la confusión incluso la denominación que algunas de ellas utilizan: “declaración responsable de inicio de la actividad”.

En otros casos la normativa estatal parece ser más coherente con las definiciones dadas, reservando la declaración responsable para la acreditación del cumplimiento de ciertos requisitos o condiciones, dejando a la comunicación previa el efecto directo del inicio empresarial. Esta opción se ve clara en la legislación que exige, para el ejercicio de cierto tipo de servicios, junto con la comunicación previa una declaración responsable.²⁴ Así ocurre en la Ley del sector eléctrico²⁵ y la Ley de

23. Éste es el caso del artículo 21 de la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de medidas liberalizadoras y de apoyo a la empresa madrileña, que reza de la siguiente forma: “Los establecimientos turísticos, cualesquiera que sean su modalidad y categoría están obligados a comunicar a la Dirección General competente en materia de turismo, el inicio de su actividad, o cualquier modificación que afecte a la declaración inicial, a través de una declaración responsable”. Véase también la exposición de motivos del Decreto 60/2009, de 25 de septiembre, por el cual se establecen la unificación de los procedimientos y la simplificación de los trámites en materia turística, y la declaración responsable de inicio de las actividades turísticas de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

24. A nivel autonómico, por ejemplo, la Ley madrileña 8/2009, de 21 de diciembre, de medidas liberalizadoras, artículo 8, establece junto con la comunicación previa para el inicio de la prestación de actividades sociales, la declaración responsable de la entidad titular de que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente de servicios sociales.

25. Una crítica a la sustitución de la técnica autorizatoria por la comunicación en este sector se puede leer en el Informe 7/2009 de la Comisión Nacional de Energía relativo al Anteproyecto de “Ley Paraguas”.

hidrocarburos, en las que la declaración responsable lo es respecto, entre otros, a los requisitos de capacidad técnica del comunicante.²⁶

Llegados a este punto, no encontramos justificación suficiente en el reciente Derecho positivo para trazar una distinción coherente entre aquellos derechos y actividades susceptibles de someterse a una u otra institución.

El potencial de la figura de la declaración, a nuestro modo de ver, mejoraría si se le reservaran desempeños más acordes con su sentido tradicional. Quedarían para ella unos efectos tal vez más modestos, menos directos, pero que darían sentido a una eventual diferenciación entre ambas técnicas.

La declaración podría simplificar la inscripción en registros por parte de la Administración, de modo que su presentación bastara para considerar cumplido el deber de figurar inscrito de un sujeto o un establecimiento; o, en general, para acreditar la aportación de documentos, como por ejemplo, certificaciones bancarias, subscripciones de pólizas o coberturas mínimas de seguros, de capacidad técnica y cualificación profesional para el ejercicio de una actividad, de disponibilidad de medios, del cumplimiento de los requisitos relativos a los procedimientos de trabajo, etc.²⁷

26. Artículo 44 de la Ley 54/1997, de 27 noviembre, del sector eléctrico: "Suministro. 3. Aquellas sociedades mercantiles que quieran actuar como comercializadoras, deberán: a) Comunicar a la Administración competente y, en todo caso, al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, que lo comunicará a su vez a la Comisión Nacional de Energía, el inicio de su actividad y el cese de la misma, acompañando la comunicación de una declaración responsable sobre el cumplimiento de los requisitos a que se refiere la letra b". La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, contiene disposiciones análogas por lo que se refiere a las sociedades que podrán actuar como operadoras al por mayor de productos petrolíferos, y las operadoras al por mayor y comercializadoras al por menor de gases licuados del petróleo (artículos 45 y 46). Será suficiente reproducir, de este modo, tan sólo una de ellas. Vemos así que en relación con los hidrocarburos líquidos, el artículo 42 del capítulo II establece que "1. Serán operadores al por mayor aquellos sujetos que comercialicen productos petrolíferos para su posterior distribución al por menor. 2. Podrán actuar como operadores al por mayor exclusivamente aquellas sociedades mercantiles que cumplan las condiciones para la realización de la actividad que se establezcan reglamentariamente, entre las que se incluirá la suficiente capacidad técnica del solicitante. En todo caso, dichas sociedades deberán comunicar al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, que lo comunicará a su vez a la Comisión Nacional de Energía y a la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos, el inicio o cese de la actividad, acompañando la comunicación de una declaración responsable sobre el cumplimiento de las condiciones a que se refiere el párrafo anterior."

27. Estos requisitos, sin embargo, los hemos extraído de aquéllos que se exigen en normas que prevén para la declaración responsable el efecto iniciador de una actividad. Aprovechamos para mencionarlos para poner también de manifiesto que no toda la normativa consultada especifica cuáles son las condiciones que deben cumplir estas declaraciones. Sólo alguna menciona los extremos sobre los que deben versar. La Ley 3/1985 de metrología, se refiere por ejemplo a la disponibilidad de medios

Sólo en concretos casos debería entenderse como una técnica susceptible de producir efectos habilitadores, mientras que la regla general debería ser la de acompañar a otras técnicas de control, como pudieran ser autorizaciones administrativas o comunicaciones previas; sustituyendo el trámite de aportación documental en el contexto de un eventual procedimiento,²⁸ o colaborando en la configuración jurídica de un título privado.

En el caso, no obstante, de que se siguiera apostando por la declaración responsable para habilitar el ejercicio de una actividad, deberían tenerse en cuenta sus características esenciales. En Cataluña, por ejemplo, no es habitual que la legislación opte por utilizarla en relación con actividades que precisan de proyecto técnico. Éste podría bien constituirse como un criterio para distinguir entre los servicios que pueden someterse a comunicación previa y declaración, reservando la primera para los supuestos de actividades con cierta entidad técnica que requieran de visado o acto de conformidad por entidades especializadas.²⁹

4. Carácter jurídico

A través de la comunicación y de la declaración responsable pretende nuestro Ordenamiento instaurar un nuevo régimen general de intervención, relegando al au-

técnicos y al cumplimiento de los requisitos relativos a los procedimientos de trabajo y calificación técnica profesional determinados reglamentariamente (artículo 8), y la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones, a la capacidad técnica, medios técnicos y cobertura mínima del seguro (artículo 42.2). Sin embargo, como se apunta en el Dictamen 99/2009, p. 24, del Consejo de Estado, otros ámbitos como el de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del servicio postal universal, o la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal, o la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de vías pecuarias, no establecen nada al respecto.

28. Así parece entenderlo la Comunidad Autónoma catalana, cuando el Proyecto de Ley de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña (publicado en el BOPC núm. 598 de 14 de diciembre de 2009) se refiere a la facultad de verificación de los datos presentados en la declaración responsable que se presente en "el marco de un procedimiento administrativo". Por su parte, el Decreto 23/2009, de 26 de marzo, de medidas relativas a la simplificación documental en los procedimientos administrativos de Castilla y León, amplía al máximo el ámbito de aplicación de la declaración responsable dentro también del procedimiento administrativo, pues prevé, a la larga, la sustitución por ella de cualquier documento (disposición adicional segunda). Esta norma crea, además, el llamado "Catálogo de simplificación documental", concibiéndolo como un inventario público de documentos, cuya obligación de aportación por el interesado queda suprimida o sustituida por la presentación de declaraciones responsables.

29. Como ejemplo de declaración responsable respecto a actividades que no requieren conocimientos técnicos podríamos citar la que se prevé en el artículo 8 de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar (modificado por el Decreto-ley 3/2009, de 23 de diciembre, de medidas de impulso de las actividades de servicios en Castilla y León), la presentación de la cual faculta al ejercicio de la actividad de mediación familiar.

torizatorio para supuestos excepcionales. En este contexto, han podido interpretarse estas técnicas no sólo como exponentes de liberalización, sino también de simplificación e incluso de autorregulación. La Doctrina ha venido a denominarlos institutos de rápida resolución, y la legislación más actual se ha referido a ellos como “resoluciones en el frontal de la tramitación”, en la medida que “se resuelven en un primer y único contacto con la persona interesada”.³⁰

No es nuestra intención un análisis exhaustivo de los criterios que justifican la existencia de un sistema basado en el control previo de la Administración, ni los requisitos que pueden o no exigirse a las actividades de prestación de servicios, ni tampoco el estudio de la regla instaurada del silencio positivo. Estos aspectos, colaterales al objeto de este artículo, los trataremos de forma tangencial, dejando a otros su pormenorizado estudio.

4.1. Su consideración como técnicas sustitutorias de la licencia

La comunicación y la declaración responsable son las técnicas por las que nuestro país apuesta en lo relativo al desarrollo en la sociedad de un concreto tipo de actividades: los servicios.³¹ Es por ello por lo que, para la composición de lugar que pretendemos, resulta imprescindible aclarar el alcance de esta noción.

Según la Directiva europea,³² el concepto de servicios engloba toda actividad económica por cuenta propia realizada normalmente a cambio de una remuneración, en el sentido del antiguo artículo 50 del TCE (actual artículo 57 del Tratado de Funcionamiento de la UE).³³ Nos referimos, para hacernos una idea, al

30. Véase la exposición de motivos del Decreto 106/2008, de 6 de mayo, de medidas para la eliminación de trámites y la simplificación de procedimientos para facilitar la actividad económica de Cataluña.

31. El 80% de las empresas en España, PYME fundamentalmente, se dedican a actividades de servicios. Las modificaciones obradas por las leyes españolas se han visto como una oportunidad para reformar el sector terciario, que en nuestro país representa más de 2/3 del PIB (66.7%) y el 66.2 % del empleo total; resultando imprescindible para el crecimiento y competitividad del resto de ramas de actividad. Datos obtenidos del Dictamen 2/2008, de 20 de noviembre, del Consejo Económico y Social, y de la Memoria justificativa del Real Decreto de modificación de diversos reglamentos del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

32. Directiva de servicios, en adelante DS.

33. Artículo 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: “se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas. Los servicios comprenderán, en particular: a. Actividades de carácter industrial; b. Actividades de carácter mercantil; c. Actividades artesanales; d. Actividades propias de las profesiones liberales”. La Directiva de servicios, no obstante, supera en su considerando 33 la redacción de este artículo en lo que cabe entender por servicios.

servicio de un abogado, un informático, un arquitecto, un ingeniero, un perito, a la organización de eventos, la publicidad, las tiendas de alimentación, a las agencias de viaje, las editoriales, los hoteles, los restaurantes, los alquileres de vehículos, los servicios de limpieza, las guarderías, etc.³⁴ Se corresponden, como vemos, con el grueso de actividades desarrolladas en cualquier municipio y a las que todos, en un momento u otro, accedemos en nuestros quehaceres más cotidianos.³⁵

La prestación de todos estos servicios se ha sometido tradicionalmente a autorización o licencia administrativa; técnica que hoy parece ejercer una restricción sobre la libertad de establecimiento injustificada. En la actualidad, sólo es posible el mantenimiento o la instauración de un régimen autorizatorio si éste no resulta discriminatorio, está justificado por razones imperiosas de interés general³⁶ y es proporcional; es decir, si su objetivo no puede conseguirse con una medida

34. Considerando 33 de la Directiva 2006/123/CE: “el concepto de ‘servicio’ incluye actividades enormemente variadas y en constante evolución; entre ellas se cuentan las siguientes: servicios destinados a las empresas, como los servicios de asesoramiento sobre gestión, servicios de certificación y de ensayo, de mantenimiento, de mantenimiento de oficinas, servicios de publicidad o relacionados con la contratación de personal o los servicios de agentes comerciales. El concepto de servicio incluye también los servicios destinados tanto a las empresas como a los consumidores, como los servicios de asesoramiento jurídico o fiscal, los servicios relacionados con los inmuebles, como las agencias inmobiliarias, o con la construcción, incluidos los servicios de arquitectos, la distribución, la organización de ferias o el alquiler de vehículos y las agencias de viajes. Los servicios destinados a los consumidores quedan también incluidos, como los relacionados con el turismo, incluidos los guías turísticos, los servicios recreativos, los centros deportivos y los parques de atracciones, y, en la medida en que no estén excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, los servicios a domicilio, como la ayuda a las personas de edad. Estas actividades pueden constituir al mismo tiempo servicios que requieren una proximidad entre prestador y destinatario, servicios que implican un desplazamiento del destinatario o del prestador y servicios que se pueden prestar a distancia, incluso a través de internet”.

35. Correlativamente quedan excluidos de la noción de servicio, según la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, sin ánimo exhaustivo, los servicios no económicos de interés general; los servicios financieros; los servicios y redes de comunicaciones electrónicas; los servicios en el ámbito del transporte; los servicios de las empresas de trabajo temporal; los servicios sanitarios; los servicios audiovisuales; las actividades de juego; las actividades que supongan el ejercicio de la autoridad pública; los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a la infancia y el apoyo a familias, y los servicios de seguridad privada.

36. Esta “razón imperiosa de interés general” no se considera un concepto jurídico indeterminado, desde el momento en que el considerando 40 de la DS remite su interpretación a la realizada por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. De este modo se establece una especie de enumeración, no cerrada, sobre lo que cabe entender por razón imperiosa de interés general: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional, y los objetivos de la política social y cultural.

menos restrictiva. La normativa europea exige a los Estados miembros que revisen sus regímenes vigentes y los adapten a los principios generales que la misma establece, pero no explicita qué figuras jurídicas deben sustituir a las autorizaciones existentes. Deja, en este sentido, margen de maniobra a los Estados miembros que sólo resultan guiados por lo que debe entenderse por autorización administrativa; concepto que, en negativo, realiza no sin dificultades su objetivo delimitador.

El punto de partida no puede, entonces, ser otro que esta noción. Se entiende por 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". Esta definición que ofrece el articulado de la DS no es en sí misma muy clarificadora, como tampoco lo es la ofrecida por la "Ley Ómnibus".³⁷

Distinta resulta la explicación del considerando 39 de la Directiva y, sobre todo, del Manual sobre la trasposición de la misma, en el que se incide en el hecho de que el principal elemento que han de considerar los Estados miembros, al llevar a cabo su revisión de la legislación, es si esta última exige la adopción de una decisión, expresa o tácita, de una autoridad competente con carácter previo al ejercicio de la actividad por el prestador de servicios. Como se expresa en el Manual, "debe incluirse en el concepto de régimen de autorización, por ejemplo, un procedimiento en virtud del cual un prestador de servicio haya de presentar una declaración ante una autoridad competente y deba esperar el transcurso de un plazo, en caso de silencio administrativo, para iniciar el ejercicio de la actividad. Deben incluirse asimismo los casos en que el prestador de servicios haya de presentar declaraciones que, posteriormente, deban obtener el reconocimiento de la autoridad competente para poder iniciar la actividad en cuestión o para que ésta sea lícita."

La comunicación y la declaración responsable, tal y como las configura la normativa española de trasposición, se separan efectivamente de la noción de autorización. De entrada, tienen un efecto inmediato: tras su presentación, el particular puede iniciar una actividad o ejercer un derecho sin que sea necesario esperar una decisión pública expresa o tácita. No hay obstáculo, por tanto, para considerar am-

37. Esta Ley llega incluso a utilizar el nombre de autorización para definir a la misma, signo indudable de una pobre técnica legislativa: "Régimen de autorización: cualquier sistema previsto en el Ordenamiento jurídico o en las normas de los colegios profesionales que contenga el procedimiento, los requisitos y autorizaciones necesarios para el acceso o ejercicio de una actividad de servicios."

bas instituciones como legítimas y dignas alternativas al régimen autorizatorio;³⁸ con las reservas sobre la funcionalidad de las declaraciones que hemos manifestado en páginas anteriores.

Siendo así, les son plenamente aplicables los requisitos que tanto la DS como la legislación española establecen, que pueden exigirse o, por el contrario, está prohibido que se requieran a las actividades de prestación de servicios, con independencia del régimen de acceso que las autoridades hayan decidido instaurar.³⁹

4.2. Comunicaciones previas sujetas a veto de la Administración

Una duda se ha presentado de forma intermitente en este trabajo y ahora es un buen momento para tratar de despejarla. ¿Sólo este tipo de comunicaciones son aptas para sustituir a las autorizaciones? ¿Lo son las comunicaciones previas sujetas a veto de la Administración? ¿Entran éstas dentro del concepto del artículo 71 bis de la Ley 30/1992?

Antes de dar respuesta a esta incógnita conviene, aunque sea de forma escueta, esbozar los caracteres básicos de este tipo de comunicaciones que, como hemos tenido ocasión de ver, han estado presentes en nuestro Ordenamiento, aunque de forma discreta.

El régimen de comunicación previa que se ha venido utilizando, ha pretendido facultar a los particulares para el inicio de una actividad, sin necesidad de acto ad-

38. Por lo que se refiere a la transitoriedad, la mayor parte de normas consultadas establece que los procedimientos iniciados a su entrada en vigor se tramiten y resuelvan por la normativa vigente en el momento de presentarse la instancia. Se deja, no obstante, en manos de los interesados, con anterioridad a la resolución, el desistimiento de su solicitud y la opción de aplicar la nueva normativa. Este régimen de transitoriedad ha sido criticado por el Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha en su Dictamen 9/2009, sobre el Anteproyecto de "Ley Paraguas". En concreto se considera que "cuando se sustituye un régimen de autorización por el de simple declaración o comunicación previa, lo razonable no es prolongar un procedimiento que concluirá con un acto administrativo ya innecesario conforme la ley vigente a la hora de dictarse resolución". Es más, en este Dictamen se considera ilógico que se imponga a los particulares "la carga adicional de desistir de ese procedimiento ya obsoleto". Por todo, entiende que la solución más sencilla sería "considerar la solicitud como declaración o comunicación previa, exonerando tanto a la Administración como a los particulares de trámites procedimentales carentes de sentido 'ex lege data'. Y, en el caso de que la solicitud de inicio no reuniera los requisitos de contenido exigidos en la nueva normativa, efectuar el oportuno requerimiento de ampliación correspondiente", p. 25.

39. Nos referimos a los artículos 9, 10, 11, 12 y 16 de la Ley, que incluyen, igual que los artículos 10, 14, 15, 16, 19 y 20 de la Directiva, unos principios generales, los requisitos considerados prohibidos, los sujetos a evaluación previa, y los prohibidos respecto a prestadores de otro Estado miembro. A las disposiciones comunitarias y nacional nos remitimos.

ministrativo interpuesto. El ejercicio libre del derecho de los administrados se ha sometido a tres requisitos esenciales e ineludibles: en primer lugar, la existencia de un autocontrol con garantías suficientes para la Administración. En segundo lugar, la presentación con efectos informadores de la comunicación ante el órgano correspondiente. Por último, el transcurso del plazo brindado para ejercer la oposición.

La Administración no ha tenido potestad para consentir la actividad; y su potestad para vetarla se ha encontrado, en principio, limitada en el tiempo. Sólo se ha manifestado de forma expresa, a través de un acto administrativo, cuando previa comprobación ha decidido prohibir su ejercicio por no ser conforme a Derecho. Si no ha hallado motivos para oponerse, ha permanecido en "silencio"; silencio que en palabras de la doctrina italiana no tiene ningún valor, ni positivo ni negativo, tratándose simplemente de "un comportamiento silente".⁴⁰ La clave para entender si esta modalidad de comunicación tiene entrada en la definición comunitaria de autorización reside, precisamente, en el valor que se otorgue a este "comportamiento".

En esta versión de la comunicación previa, la no intervención administrativa en el plazo previsto no impide al particular el ejercicio de su derecho, sino todo lo contrario: le invita legalmente a ello. Esta no manifestación de la Administración produce unos efectos en la esfera jurídica del ciudadano nada desconocidos. A través de la figura del silencio administrativo, en su vertiente positiva, nuestro Ordenamiento ha asentado las bases de la protección de los intereses de los administrados ante la inactividad del aparato público, tratando de neutralizar eventuales perjuicios.

En los procedimientos autorizatorios, la obtención del título administrativo se supedita a la previa valoración de la solicitud a la luz de las exigencias de la legalidad y el interés público; de modo que el silencio actúa ante la inactividad de la Administración que no resuelve dentro de plazo tal contraste. El órgano competente rehuye, por tanto, su deuda de un concreto resultado, y se sitúa por ello en una dudosa situación frente al Ordenamiento jurídico.

El deber de resolver es un requisito indispensable para que produzca sus efectos el silencio administrativo y no es, sin embargo, exigible en el régimen de comunicación previa,⁴¹ en el que la verificación del cumplimiento de las exigencias legales es

40. PAJNO, A., "Gli articoli della legge n. 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993 n. 537. Intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione", *Diritto Processuale Amministrativo*, 1/1994, p. 168 y ss.

41. En sintonía con los postulados del artículo 42.1 de la LRJPAC: "Se exceptúan de la obligación, a que se refiere el párrafo primero, los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración."

una carga que se traslada de la Administración al particular y en el que no se exige un acto expreso de conformidad. Es más, tal y como se establece en el artículo 43 de la Ley de Procedimiento en vigor, la estimación por silencio tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento; y en el caso que nos ocupa, ni la comunicación inicia un procedimiento en sentido estricto ni se requiere acto que lo finalice para poder dar comienzo a la actividad.

No negaremos, empero, los intentos doctrinales de proponer una nueva conceptualización del silencio administrativo, con base en la convicción de que su aplicación al ámbito autorizatorio resulta inaceptable. Sin entrar en detalle y remitiéndonos a otros trabajos,⁴² baste apuntar que no es nueva la idea de la errónea ubicación de dicha figura en el contexto autorizatorio;⁴³ y que algunos han defendido que su hábitat no puede ser otro que el de las actividades comunicadas sometidas a plazo.⁴⁴ Se ha abogado por dejar de entenderlo como un acto autorizatorio tácito, e "invertir el planteamiento y configurar el ámbito material del silencio como un tipo de actividad privada libre sometida a una carga de comunicación previa y susceptible de ser sujeta a un condicionante posterior (y eventualmente a un veto o prohibición) por parte de la autoridad administrativa en un plazo temporal limitado", proponiendo erradicarlo de la teoría del acto, substituyendo la necesidad de un acto tácito por la de un control a posteriori.⁴⁵

Sin embargo, hoy por hoy, potestades de autorización y potestades de veto son en sí mismas distintas, pudiendo operar el silencio sólo respecto a las primeras,⁴⁶ en tanto la legislación y la Jurisprudencia siguen entendiéndolo como una garantía para los administrados frente a la pasividad de los órganos obligados a resolver.⁴⁷

No existe un acto tácito en el régimen de comunicación, porque no opera en ese campo la figura jurídica del silencio, a pesar de que los efectos de la inactividad administrativa sean los mismos en la esfera jurídica del comunicante.⁴⁸

42. AGUADO I CUDOLA, V., "El silenci administratiu en el Reglament d'obres, activitats i serveis: llicències presumptes i comunicació prèvia", en *Dret Local* (Font i Llovet, T., coord.), Marcial Pons, Barcelona, 1997.

43. MARTÍN MATEO, R., "Silencio positivo y actividad autorizante", *Revista de Administración Pública*, núm. 48, 1965, p. 216

44. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Sobre silencio administrativo y recurso contencioso", *Revista de Administración Pública*, núm. 47, 1965, p. 227.

45. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., "Silencio Positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada", *Documentación Administrativa*, núm. 208, 1986, p. 109 y ss.

46. Véase RODRÍGUEZ FONT, M., *Régimen de comunicación...*, op. cit., p. 158 y ss.

47. STS de 28 de octubre de 1996 y 2 de octubre de 1997, fj. 2.

48. "En la práctica, la mecánica de la comunicación previa viene a equipararse con la del silencio positivo por lo que se refiere a los resultados que produce en la esfera jurídica del solicitante. No obs-

Por todo, frente a aquéllos que consideran la comunicación previa sometida a plazo como una especie de autorización velada, y por lo brevemente argumentado en estas páginas, sostenemos que la definición europea de autorización administrativa no incluye esta modalidad de comunicación, pues “ni debe esperarse el transcurso de un plazo en caso de silencio administrativo”, ni se trata de declaraciones que “deban obtener el reconocimiento de la autoridad competente para poder iniciar la actividad”, pues la Administración tiene potestad para vetar, pero no para consentir.

El Estado español ha autolimitado, innecesariamente a nuestro modo de ver, sus opciones de trasposición. El artículo 71 bis de la LRJPAC prevé un régimen básico de comunicación de efecto inmediato y, excepcionalmente, la posibilidad de presentar la comunicación incluso en un momento posterior al inicio de la actividad.⁴⁹ Esta “legalización” de los institutos de la declaración responsable y comunicación, esta inclusión en la Ley básica de procedimiento sin tan siquiera acotarlos a las actividades de servicios, no tiene por qué cerrar las puertas a una interpretación menos obtusa por parte de las Administraciones.⁵⁰ Las Comunidades Autónomas ostentan competencias propias en materia de procedimiento administrativo y nada impide que puedan hacer uso de la comunicación con efecto “diferido”; que es una técnica poco aplicada, pero menos desconocida.

Y es que además, el que el artículo 71 bis puntualice que los efectos de ambas instituciones se producirán “con carácter general” desde su presentación, abre la puerta a la modalidad de comunicación expuesta en estas páginas; al ser una expresión con la que se da a entender que caben excepciones, tal y como ha apuntado el propio Consejo de Estado:⁵¹ “el precepto ganaría en claridad y, con ello,

tante esto, con el régimen vigente actualmente esta equiparación no es posible desde el punto de vista técnico desde el momento que en estos casos no hay el deber de resolver por parte de la Administración y por tanto, desaparece el presupuesto técnico imprescindible para que se considere producido el acto presunto mediante silencio administrativo”, Tena Piazuelo, V., “Tipología i règim jurídic de les llicències”, en *Dret Local* (FONT I LLOVET, T., coord.), Marcial Pons, Barcelona, 1997, p. 148.

49. Para TORRES COBAS, esta previsión no es la más adecuada, puesto que “la posibilidad de reacción de la Administración con carácter previo al inicio de la actividad es prácticamente nula, lo que parece un cambio demasiado rotundo para determinadas actividades”, “Los desafíos de la ‘Directiva Bolkestein’...”, *op. cit.*, p. 13.

50. El hecho de no especificar en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992 que la utilización de dichos instrumentos lo es en relación con el acceso a actividades de servicios, podría verse no como una autolimitación, sino, todo lo contrario, como un exceso del legislador.

51. “Debería incluirse de forma más clara la posibilidad de que se establezca un plazo determinado que medie entre la presentación de la declaración o comunicación y ‘el reconocimiento o ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad’ (que normalmente se produce desde la presentación). Aun cuando el apartado 3 ya prevé indirectamente esta posibilidad (pues puntualiza que tal efecto se producirá ‘con carácter general’ y admite con ello posibles excepciones)...”, Dictamen 99/2009, p. 41.

mejoraría la regulación de esta materia, si indicase que el referido efecto se produce con carácter general y sin perjuicio de la posibilidad de prever legalmente el establecimiento de un plazo temporal que medie entre la presentación y la posibilidad de iniciar una actividad.”

Y así parece haberse entendido, por lo menos, en la modificación de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de vías pecuarias y en el texto refundido de la Ley de aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 julio. En la primera de estas normas, a título de ejemplo, se sustituye la autorización por una declaración responsable en relación con las instalaciones vinculadas a una actividad de servicios, fijando que la misma se presente con un periodo mínimo de antelación de quince días, para que la Comunidad Autónoma pueda comprobar la compatibilidad de la instalación desmontable con lo establecido en la norma.

Llegados a este punto, y atendiendo a la potencial afectación del interés público por las actividades privadas y a las distintas alternativas de intervención que ofrece nuestro Ordenamiento, podría establecerse la siguiente clasificación de menor a mayor intensidad:

1) La simple declaración responsable del particular que le habilitaría, desde ese mismo momento, para el ejercicio de un derecho o actividad sin implicaciones técnicas. Por ejemplo, la actividad de mediación familiar.

2) La comunicación previa seguida, si fuera el caso, por una declaración responsable del particular además de, si procediera, el certificado técnico de un tercero experto (entidad colaboradora de la Administración) que le habilitaría, desde ese mismo momento, para el ejercicio de la actividad con cierta entidad o complejidad técnica.

3) La sumisión a declaración responsable o comunicación previa con reserva de oposición de aquellos casos en que existiera una necesidad extra de protección. Por ejemplo, declaración responsable en el contexto del ejercicio de derechos sobre el dominio público; o comunicación previa de inicio de actividades con cierta relevancia ambiental.

4.3. Exponentes de simplificación y autorregulación

Los pocos autores que en nuestro país se han detenido a analizar la figura de la comunicación, han coincidido en relacionarla con los postulados de dos corrientes por las que discurre el actual Derecho Administrativo: la simplificación administrativa y la autorregulación. Ambas pretenden, en esencia, una redefinición de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos.

La corriente simplificadora intensificada en los años noventa en España y países vecinos propugna,⁵² a nuestro modo de ver, tanto una disminución de los obstáculos en las relaciones entre Administración y administrado –mediante la instauración de medidas de tipo organizativo: ventanilla única, comunicación telemática–⁵³ como la necesidad de ejercer una proporcionalidad interventora.

En los fundamentos de la autorregulación se encuentran, por otro lado, los beneficios de la colaboración con el sector privado, del que se toman en consideración referencias y decisiones. Sus mecanismos operan en sustitución o complemento de la actuación de los poderes públicos; quienes, en consecuencia, renuncian al ejercicio de determinadas facultades.

¿Constituyen la declaración responsable y la comunicación previa ejemplos de simplificación administrativa? La normativa más reciente lo confirma, al ubicar ambas instituciones en los apartados dedicados a las medidas simplificadoras.⁵⁴ De en-

52. TORNOS MAS, J., “La simplificación procedimental en el Ordenamiento español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 151, 2000, p. 41 y ss. También Font i Llovet, T., “Innovazione Amministrativa. L’esperienza spagnola”, *La semplificazione amministrativa* (L. VANDELLI Y G. GARDINI, coord.), Maglioli Editore, Rimini, 1999, p. 341 y ss.

53. La ventanilla única y los procedimientos electrónicos son un tipo de medidas “no legislativas” derivadas de la transposición de la Directiva, que se incluyen dentro de la simplificación administrativa de tipo organizativo. Con ellas el administrado evita, si así lo desea, ponerse en contacto con varias autoridades para recabar toda la información necesaria para el ejercicio de su actividad. Si no es ésta su voluntad, queda abierta la posibilidad de que el prestador de servicios pueda relacionarse directamente con cualquier entidad competente, y presentar y recibir de ella documentos, certificaciones, autorizaciones, etc.; desde la solicitud inicial hasta la recepción de la resolución finalizadora. Las ventanillas, que ofrecerán la posibilidad de realizar procedimientos y trámites necesarios para el acceso a actividades de servicio, pueden tener funciones tan sólo coordinadoras o también decisorias, sin que, claro está, esta última opción pueda interferir en el reparto constitucional de competencias. La Directiva contempla incluso la posibilidad, si así lo deciden los Estados miembros, de que se gestionen por operadores privados y de que se instauren las de tipo electrónico. Sólo quedan excluidos de su ámbito de actuación los procedimientos de recurso, de modo que caben en él no sólo los procedimientos de autorización, sino también la comunicación previa y la declaración responsable. No es que las ventanillas empresariales sean nuevas en nuestro país. En los últimos años hemos asistido a una potenciación de este tipo de entes con competencias básicamente de información y realización de concretos trámites. En la Comunidad Autónoma catalana tenemos las OGE: Oficinas de Gestión Empresarial, con funciones incluso de resolución; y a nivel estatal encontramos, por ejemplo, la Red 060 empresas, con tareas de asesoramiento. Estas iniciativas previas a la Directiva 2006/123/CE, sin embargo, no llegan a satisfacer todos los requerimientos de la misma, pues a menudo no permiten la tramitación electrónica de los procedimientos de forma completa. En este sentido, cabe mencionar la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Esta norma constituyó un paso importante en la habilitación de acceso electrónico en todos los procedimientos de todas las Administraciones Públicas, siendo hoy la base sobre la que se asentará la ventanilla única virtual.

54. El Proyecto de Ley de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña, publicado en el BOPC de 14 de diciembre de 2009, incluye tanto la comunicación previa

trada parece que con ambas la Administración puede ahorrarse recursos en la fase de tramitación, pudiéndolos emplear en tareas posteriores de inspección y control.

La funcionalidad de la declaración responsable aparece confusa, como vimos, en la normativa analizada. En algunos casos, de forma idéntica a la comunicación, faculta el inicio de una actividad económica. Aquí, sin embargo, se defiende su existencia principalmente ligada a la de un título habilitante previo, sea éste público o privado, al que complementa.⁵⁵

Desde nuestro punto de vista, y tal y como entendemos la naturaleza y funciones de este instituto jurídico, no hay duda de que constituye una medida de simplificación administrativa, en concreto, procedimental.⁵⁶ Es susceptible de eximir al particular de la presentación de todo tipo de documentos ante el órgano adminis-

como la declaración responsable entre las medidas de simplificación administrativa del capítulo III; con la expresa virtualidad de poder sustituir con ellas un procedimiento o un trámite, según el artículo 34. El Decreto 48/2009, de 28 de abril, por el que se establecen en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias medidas ante la crisis económica y de simplificación administrativa, hace prácticamente lo mismo; igual que la Ley Foral 15/2009, de 9 de diciembre, de medidas de simplificación administrativa para la puesta en marcha de actividades empresariales o profesionales, de la Comunidad Foral de Navarra.

55. AGUADO I CUDOLÀ tuvo ocasión de proponer distintos grados de intervención con relación, en particular, a las actividades sometidas al Reglamento de obras, actividades y servicios de Cataluña. Distinguió entre la comunicación, la declaración y la autorización. En una primera escala interventora estaría "la presentación de una comunicación fundamentalmente a efectos meramente informativos para la Administración". La segunda escala interventora "comportaría que el particular no solamente comunicara a la Administración la actividad que quiere realizar, sino que hiciera una declaración donde asumiera y se responsabilizara del cumplimiento de la legalidad". Así, continua diciendo, al "incrementar el grado de responsabilidad del particular con la idea de 'declaración' se podrían incrementar los supuestos de lo que hoy en día nuestro Ordenamiento conoce simplemente como comunicación previa". AGUADO I CUDOLÀ, V., "El silenci administratiu...", *op. cit.*, p. 207.

56. Así ocurre, por ejemplo, en el Decreto 106/2008, de 6 de mayo, de medidas para la eliminación de trámites y la simplificación de procedimientos para facilitar la actividad económica de Cataluña. El capítulo II recoge, en la sección dedicada a la simplificación de trámites en los procedimientos administrativos, la declaración responsable. Esta figura se asocia, entre otras, con la inscripción en distintos registros (de establecimientos industriales, de turismo, etc.); de modo que con la sola manifestación del profesional la Administración puede inscribir la actividad, sin perjuicio de que posteriormente compruebe la veracidad de lo declarado. La introducción de este instituto se considera imprescindible para consolidar el siguiente paso, que en materia simplificadora lo constituye la tramitación telemática. El Decreto 23/2009, de 26 de marzo, de medidas relativas a la simplificación documental en los procedimientos administrativos de la Comunidad de Castilla y León, apuesta también de manera firme por las declaraciones responsables, al pretender sustituir la aportación de cualquier documento por una manifestación de voluntad de los interesados relativa al cumplimiento de unos requisitos o la posesión de una documentación, como por ejemplo la certificación bancaria de la titularidad de una cuenta o los estatutos de las sociedades mercantiles.

trativo⁵⁷ y, por lo tanto, lo libera de un concreto trámite con su sola manifestación de voluntad y autoresponsabilización.

La Administración se desprende de un paso esencial en lo que ha sido la intervención pública en las actividades empresariales: la verificación y control de la documentación aportada previamente al inicio de las mismas. Desaparece el papel como soporte de la información, y lo que llega a los órganos administrativos es la manifestación más simple de un compromiso. No existe, entonces, obligación de responder ni de notificar, a pesar de que la “Ley Ómnibus” no haya previsto la modificación del artículo 42 de la LRJPAC.⁵⁸

Por lo que se refiere a la comunicación previa es difícil, en sentido estricto, relacionarla con las premisas de la simplificación en su vertiente procedimental. Entendemos que tampoco inicia un procedimiento, y que no se suprimen trámites porque no existen más allá de la comunicación del particular.⁵⁹ Puede interpretarse que esta figura contribuye a la simplificación procedimental sólo si se asemeja la supresión de formalidades y requisitos normativos con la directa y entera eliminación de un procedimiento autorizatorio.

La comunicación constituye el requisito necesario para dar comienzo a una actividad. Su efectividad lo encumbra como un instituto de configuración instantánea, que por regla general faculta el ejercicio empresarial desde el mismo momento en que se cumplen los requisitos fijados por la norma. La actuación del particular queda legitimada directamente por la Ley, no por un título jurídico público que condicione la perfección del derecho subjetivo subyacente.

57. Como ha sido apuntado, “la posibilidad de sustitución de la documentación exigida por una declaración responsable no atañe a la tramitación del procedimiento, sino a las condiciones de acreditación de los requisitos en su caso exigidos a los interesados a los efectos de la obtención de lo solicitado”, Dictamen núm. 164/2009, de 13 de abril, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el proyecto de Decreto por el que se establecen en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias medidas de simplificación, reducción de cargas en la tramitación administrativa y racionalización de los procedimientos administrativos.

58. Si bien dicho artículo incluye la comunicación como excepción a la obligación de resolver de la Administración, la Ley Ómnibus no ha previsto la modificación del artículo 42 para incluir junto con ésta a la declaración responsable.

59. Como ha dicho el Consejo de Estado en el Dictamen núm. 779/2009, de 21 de mayo, “la mera presentación de una declaración responsable o comunicación previa no da lugar, per se, a un procedimiento administrativo. De hecho, basta con dicha presentación para que el sujeto pueda iniciar su actividad, sin que de ella se derive necesariamente la sustanciación de procedimiento alguno, por más que lo normal sea que exista una inmediata actividad de comprobación y control de la veracidad de los datos por parte de la autoridad competente.”

El sujeto simplemente informa, hace saber a la Administración que comenzará una actividad, sin pretender de ella una respuesta ni favorable ni desfavorable. No hay obligación de resolver, ni de supervisar, ni de vetar, ni de notificar con carácter previo; porque estamos ante el ejercicio libre del derecho del administrado.

Con todo, este título privado despliega unos efectos jurídicos más allá de la órbita del comunicante. El recibimiento de la comunicación en sede administrativa inaugura otras potestades públicas como las de "comprobación, control e inspección" (y sanción, añadiríamos) según la Ley de Procedimiento Administrativo. Su presentación es el punto de partida de una relación de tracto sucesivo entre particular y Administración Pública, por tratarse de actividades y servicios cuyo ejercicio tiene vocación de permanencia en el tiempo. Sólo en este sentido puede hablarse de procedimiento administrativo.

Esta afirmación conecta directamente con otra acepción de la simplificación administrativa apuntada al inicio de este epígrafe: la simplificación como sinónimo de proporcionalidad interventora⁶⁰ y con la idea de una nueva forma de injerencia en las actividades de los particulares.⁶¹

La intervención administrativa disminuye, pero no desaparece; se relaja en tiempo y forma. La Administración es obligada a mantenerse en un segundo plano hasta que la actividad está en pleno desarrollo. En ese momento puede y debe reaparecer y ejercer las potestades que le otorga el Ordenamiento jurídico; asumiendo desde esa posición unas responsabilidades bien distintas a las tradicionales.

También hay un nuevo cuadro de ejercicio de deberes para el particular.⁶² Recae sobre él la obligación de adecuar su actividad a la legalidad vigente, lo que presupone su conocimiento e interpretación, y en muchos casos la necesidad de recurrir a entidades especializadas. Cabría valorar si la asunción de nuevas cargas se ve compensada por el inicio sin dilaciones, la celeridad y el resto de facilidades que se le brindan. La sustitución de autorizaciones por comunicaciones o declaraciones, es a cambio de una mayor exigencia de compromiso y veracidad de las manifestaciones del sujeto interesado; que deberá asegurar la ausencia en ellas de inexactitudes o falsedades.

60. Como apunta TORNOS MAS, "En estos casos, no se trata en verdad de simplificar el procedimiento de adopción de un acuerdo administrativo. La simplificación es más drástica, pues consiste en suprimir la intervención administrativa previa, aquélla que condiciona la entrada del operador económico en el mercado", en TORNOS MAS, J., "La simplificación procedimental...", *op.cit.*, p. 60.

61. TORCHIA, L., "Tendenze recenti della semplificazione amministrativa", *Diritto Amministrativo*, núm. 3-4, 1998, p. 404.

62. CASETTA, E., "La difficoltà di 'semplificare'", *Diritto Amministrativo*, núm. 3-4, 1998.

En cualquier caso ésta es la dirección hacia la que avanza el Derecho Administrativo, hacia la corresponsabilización del ámbito privado por sus actos y declaraciones, respecto a la que no parece haber vuelta atrás. La filosofía de fondo es la restitución del ciudadano en la libertad de iniciativa y la asunción de responsabilidad por la actividad llevada a cabo por encima de la autoridad pública; que no aparece, ya, como fundamento de esta libertad.⁶³

La redefinición del papel de la Administración y su obligada renuncia al dominio directo de determinados espacios, conectan de forma natural con los postulados de la autorregulación y con la colaboración con el sector privado en general. ¿Constituyen la declaración responsable y la comunicación previa ejemplos de esta tendencia?⁶⁴

Sin entrar ni en la noción ni en los tipos y características de lo que hoy se entiende por autorregulación⁶⁵ destacaremos, a efectos de nuestra aportación, que implica la toma en consideración de criterios, pautas y decisiones con origen en la sociedad y en los distintos substratos profesionales. Conlleva un reconocimiento implícito de las ventajas de la colaboración pública con el ámbito privado en la satisfacción de los intereses generales; amén de las insuficiencias en materia de gestión y control del aparato administrativo, a la corrección de las cuales contribuye.

63. BIANCHI reflexionó en su momento acerca del modo en que instrumentos como la comunicación o la "denuncia di inizio di attività" en Italia, contribuían a una acción de simplificación administrativa inspirada en el principio de superación de la manifestación formal de la voluntad pública. Según el autor, la centralidad del procedimiento, que ha caracterizado la forma de ser de la función administrativa, parece ceder paso a institutos de rápida definición de la relación entre el ciudadano y la Administración, desde una óptica que no ve como necesaria la presencia de un específico y formal acto. Estos institutos, en definitiva, se orientan a redefinir la relación entre el particular y el poder público, pues implican la superación "del momento dell'autorità". La libertad del ciudadano precede a la autoridad de la Administración Pública, únicamente competente para confirmar su ejercicio. En otras palabras, se pasa de un principio autoritario según el cual el ciudadano puede realizar aquello para lo que está expresa y administrativamente autorizado, a un principio de autorresponsabilidad, a tenor del cual el ciudadano actúa de forma autónoma a partir de su particular valoración de la existencia de los presupuestos y requisitos, y se expone y asume el riesgo de error en sus propias valoraciones. BIANCHI, A., "La denuncia di inizio di attività in materia di edilizia. Profili ricostruttivi dell'istituto con particolare riferimento alla tutela giurisdizionale del terzo", *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc. 4, julio-agosto 1998, p. 151 y ss. Como han manifestado también nuestros autores "la libertad va siempre, en Derecho, acompañada por la responsabilidad", BORRAJO INIESTA, I., "El intento de huir del Derecho Administrativo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 78, abril-junio 1993, p. 246.

64. La Doctrina alemana no ha dudado en analizar la figura de la comunicación como una manifestación de autorregulación; del mismo modo que la italiana lo ha hecho como manifestación de simplificación administrativa. Véase al respecto SEIDEL, A., *Privater sachverstand und staatliche garantens-tellung im Verwaltungsrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 2000, p. 259 y ss.

65. Nos remitimos a los excelentes estudios en nuestro país de Esteve Pardo, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*. Aranzadi, Navarra, 2002, y DARNACULLETA GARDELLA, M^a. M., *Derecho Administrativo y autorregulación. La autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

La autorregulación alcanza relevancia para el Derecho cuando éste recurre a ella y asume, con una intensidad variable, sus resultados.

La comunicación es un ejemplo de autorregulación que actúa no ya como complemento, sino en sustitución de la actuación de los poderes públicos. Éstos renuncian a sus potestades de control preventivo de la actividad en favor del autocontrol que realiza y presenta el administrado. Un trámite característico de la intervención administrativa se asume, ahora, por el sector privado, en base a las referencias y conocimientos con los que éste opera.

El particular también se autorregula, si es el caso, desde el momento en que el contraste de su actividad con la legalidad puede someterlo a un técnico privado y no a un órgano administrativo. Puesto que recae sobre el administrado la responsabilidad de adecuarse a las prescripciones normativas y técnicas, y no posee en muchos casos ni el conocimiento ni la capacidad profesional suficiente, lo habitual será que recurra a los servicios de entidades especializadas.⁶⁶ Esta apelación al sector experto le permitirá trasladar, por lo menos en parte, eventuales responsabilidades en las que pueda incurrir.⁶⁷

Esto es lo que se conoce por la Doctrina como el efecto integrador de la autorregulación, que se produce cuando se remite a ella un concreto trámite en la relación jurídica creada.⁶⁸ Lo que queda en manos de la autorregulación es, en este supuesto, el cumplimiento de la totalidad de requisitos necesarios para dar comienzo a una actividad; que, dadas las circunstancias, se reducen a la simple presentación de la comunicación. Ésta constituye un acto de autoadministración, un título de naturaleza privada sustitutivo de un acto de consenso administrativo, que se erige como único apto para el ejercicio de la actividad.⁶⁹

El Derecho, en este caso, asume los resultados de la autorregulación de forma completa. La comunicación previa y la declaración responsable que la pueda acom-

66. Sobre este tema véase, entre otros, el excelente trabajo de CANALS AMETLLER, D., *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad: control, inspección y certificación*, Comares, Granada, 2003.

67. El capítulo quinto de la Directiva, además de a las obligaciones vinculantes para los prestadores de servicios, dedica parte de su articulado a la adopción de determinadas medidas voluntarias, como las de apoyo a la calidad: códigos de conducta, normas voluntarias, certificación o evaluación voluntaria de las actividades por parte de organismos acreditados, etiquetas de calidad, etc., ejemplo claro de autorregulación regulada.

68. Como apunta ESTEVE PARDO, lo característico o llamativo es que "lo remitido a la autorregulación privada, del solicitante o comunicante, no es un trámite muy acotado, sino la práctica totalidad de la tramitación que se concreta en la comunicación misma", "Autorregulación...", *op. cit.*, p. 140.

69. BIANCHI, A., "La denuncia di inizio di attività...", *op. cit.*, p. 173.

pañar, sustituyen a la resolución pública resultado de las funciones de control preventivo de la Administración. Al no preverse siquiera la facultad de prohibición sujeta a plazo, se da máximo reconocimiento a las conclusiones del autocontrol privado.

El efecto presuntivo de la autorregulación muestra, en estas dos instituciones, su máximo esplendor. La Administración Pública no puede oponerse al inicio de la actividad: debe confiar, por mandato legal, en la información y declaraciones presentadas. Se presumen la validez y el acierto de las manifestaciones del particular hasta, por lo menos, la primera intervención pública directa;⁷⁰ que no podrá reconducir, hasta entonces, las eventuales desviaciones, o en otras palabras, los resultados del control autorregulado.

El efecto probatorio de la declaración responsable es lo que merece, en mayor medida, destacarse. Este efecto se refuerza, además, con la exigencia de que su realización, en algunos casos, sea ante un tercero. Y este tercero no parece poder ser cualquiera, como un técnico o una entidad colaboradora de la Administración, sino alguien que ostenta la condición de fedatario público. En la comunicación previa, el medio probatorio sería la declaración responsable que pueda adjuntarse, además de la eventual certificación técnica de un tercero especialista.

Reposa sobre la declaración responsable una revitalizada fe: la fe de la Administración Pública en lo no documentado. Este crédito choca no ya con la relevancia otorgada, de siempre, al papel como soporte de la información, sino con el propio concepto de información. El testimonio documental desaparece en pro de una serie de aserciones del particular a las que se da el valor de prueba del cumplimiento de los requisitos normativos. Afirmaciones que nada desvelan del contenido concreto de la documentación que se atesora y que, por lo tanto, transmiten una información tácita a la Administración.

4.4. La Ley italiana de 18 de junio de 2009, núm. 69.

En Italia, la Legge 18 giugno 2009, núm. 69. Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile, interviene de manera sustancial en la regulación del procedimiento administrativo; después de la última modificación efectuada por el Decreto Ley núm. 35 de 2005, que reescribió por tercera vez el artículo 19 de la Ley núm. 241 de 1990 sobre la llamada denuncia di inizio di attività (DIA).⁷¹

70. ESTEVE PARDO, J., "Autorregulación...", *op. cit.*, p. 142.

71. A partir de la modificación efectuada por la normativa de 2005 pasó a denominarse "*dichiarazione di inizio di attività*".

La DIA, como técnica sustitutoria de la licencia, ha tenido y tiene, en sus múltiples concepciones, gran protagonismo entre los instrumentos de simplificación procedimental desde su introducción en los años noventa en la Ley de Procedimiento.⁷² Hasta hoy su configuración ha sido paralela a la que en nuestro sistema calificamos de comunicación previa con derecho a veto, prohibición u oposición.

Con anterioridad a la modificación de 2009, la eficacia de la DIA quedaba diferida a los treinta días posteriores a su presentación. Con la Ley núm. 69 se instaura la eficacia inmediata una vez entregada por el interesado, y en relación con las actividades de implantación productiva de bienes y servicios de la Directiva Bolkestein. El particular queda, como en el caso español, legitimado para el ejercicio empresarial con su solo depósito sin que la Administración pueda vetar ex ante su inicio.

“2. L’attività oggetto della dichiarazione può essere iniziata decorsi trenta giorni dalla data di presentazione della dichiarazione all’amministrazione competente. Contestualmente all’inizio dell’attività, l’interessato ne dà comunicazione all’amministrazione competente. Nel caso in cui la dichiarazione di inizio di attività abbia ad oggetto l’esercizio di attività di impianti produttivi di beni e di servizi e di prestazioni di servizi di cui alla direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, compresi gli atti che dispongono l’iscrizione in albi o ruoli o registri ad efficacia abilitante o comunque a tale fine eventualmente richiesta, l’attività può essere iniziata dalla data della presentazione della dichiarazione all’amministrazione competente.”⁷³

El régimen italiano, sin embargo, difiere del diseñado por nuestro Ordenamiento, al facultar a la Administración para que en el plazo de 30 días desde la presentación adopte, si es el caso y motivadamente, ante la falta de condiciones, modalidades y hechos legitimantes, medidas de prohibición de la continuación de la actividad y de remoción de sus efectos. Medidas que pueden no resultar proceden-

72. En nuestro país, sin embargo, la comunicación como figura análoga nunca mereció un interés comparable, a pesar de recogerse también, aunque apenas nominalmente, en la Ley 30/1992. Según el artículo 19 de la Ley italiana 241 de 1990, los ámbitos excluidos de la aplicación de este instituto son: *“...difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all’immigrazione, all’asilo, alla cittadinanza, all’amministrazione della giustizia, alla amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, alla tutela della salute e della pubblica incolumità, del patrimonio culturale e paesaggistico e dell’ambiente, nonché degli atti imposti dalla normativa comunitaria.”*

73. Las partes del artículo transcrito que están en letra cursiva se corresponden con la modificación efectuada por la Ley 69/2009.

tes si el interesado hace previo uso de la posibilidad de subsanar las deficiencias, adecuando la actividad a la normativa en un plazo fijado por el órgano público.⁷⁴

Todo apunta, además, a que se ha atribuido a lo que ellos llaman “autocertificazione” del particular los mismos efectos que en estas páginas defendemos respecto a la funcionalidad de las declaraciones responsables, al requerir que ésta acompañe a la “dichiarazione di inizio di attività”.

“Ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l’esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall’accertamento dei requisiti e presupposti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi (...) è sostituito da una dichiarazione dell’interessato corredata, anche per mezzo di autocertificazioni, delle certificazioni e delle attestazioni normativamente richieste.”

Respecto a la naturaleza de este instituto vale la pena subrayar que la Jurisprudencia más reciente, como la sentencia del Consejo de Estado, sección VI, de 9 de febrero de 2009, núm. 717, lo configura no como un acto administrativo de formación tácita, sino como un acto privado.⁷⁵ Desde un punto de vista subjetivo, la DIA no es un acto que derive de un procedimiento ante la Administración, pues proviene de un particular. Es una simple declaración de un sujeto privado a la que, si cumple los requisitos previstos en la Ley, se le otorgan idénticos efectos jurídicos a los de una autorización. Desde un punto de vista objetivo, según parte de

74. Artículo 19.3: *“L’amministrazione competente, in caso di accertata carenza delle condizioni, modalità e fatti legittimanti, nel termine di trenta giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma 2, o, nei casi di cui all’ultimo periodo del medesimo comma 2, nel termine di trenta giorni dalla data della presentazione della dichiarazione, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell’attività e di rimozione dei suoi effetti, salvo che, ove ciò sia possibile, l’interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro un termine fissato dall’amministrazione, in ogni caso non inferiore a trenta giorni. È fatto comunque salvo il potere dell’amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies. Nei casi in cui la legge prevede l’acquisizione di pareri di organi o enti appositi, il termine per l’adozione dei provvedimenti di divieto di prosecuzione dell’attività e di rimozione dei suoi effetti sono sospesi, fino all’acquisizione dei pareri, fino a un massimo di trenta giorni, scaduti i quali l’amministrazione può adottare i propri provvedimenti indipendentemente dall’acquisizione del parere. Della sospensione è data comunicazione all’interessato.”*

75. No hay unanimidad ni en la Doctrina ni en la Jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica de este instituto. Unos afirman que es un supuesto de silencio administrativo, mientras la mayoría lo niega, atribuyendo diversa finalidad teleológica a ambas figuras. Di Feo, A., “Denuncia d’inizio di attività: natura giuridica e tutela dei terzi controinteressati”, *Altalex*, núm. 2733, p. 3.

la Doctrina, no puede afirmarse que implique el ejercicio de ninguna potestad pública.

Uno de los aspectos problemáticos de este instituto es, precisamente, la subsistente tendencia de la Jurisprudencia contenciosa a reconducirlo a la figura del silencio positivo; afirmando, además, que al ocupar el lugar de la autorización, resulta también directamente impugnable ante el juez administrativo.⁷⁶ Se interpreta que este hecho no hace sino revelar la negativa del juez a renunciar a la presencia simbólica, aunque sea ficticiamente reconstruida, del procedimiento y del poder administrativo; y que no atiende necesariamente a las exigencias de protección de los intereses de los terceros.

Sea por lo que fuere, esta última lectura por parte de los autores italianos parece, por lo menos de entrada, ser coherente con las últimas modificaciones de la Ley de Procedimiento Administrativo: el actual apartado 5 del artículo 19 dictamina que toda controversia surgida y relativa a los apartados precedentes –entre los que se encuentra la regulación de la DIA de eficacia inmediata– se someta a la jurisdicción de los Tribunales contenciosos.⁷⁷

5. Régimen jurídico

5.1. Actividad de comprobación, control e inspección

La relación creada entre la Administración y el particular en las actividades sometidas a comunicación o declaración está, como hemos dicho, destinada a perdurar en el tiempo. Subsiste, por lo tanto, la exigencia de que la actividad desarrollada se adecue en todo momento al interés general. Este planteamiento es precisamente el que justifica el nacimiento de las facultades administrativas de intervención pos-

76. "Cons. Stato, VI, 9 febbraio 2009 n. 717 secondo cui va, quindi, certamente condivisa la preoccupazione di assicurare al terzo l'effettività della tutela giurisdizionale, preoccupazione che, come si è visto, sta alla base della tesi che ammette l'azione di annullamento della d.i.a. innanzi al Giudice amministrativo. Tale preoccupazione non può, tuttavia, condurre allo stravolgimento della natura dell'istituto, trasformando quella che è una dichiarazione privata in un atto dell'amministrazione o in una fattispecie ibrida che nasce privata e diventa pubblica per effetto del tempo trascorso e del silenzio". LONGOBARDI, N., "Attività economiche e semplificazione. La 'Direttiva Bolkestein' modello di semplificazione", *Amministrazione in cammino. Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione*, p. 10. Puede accederse a esta revista mediante <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>

77. Artículo 19.5.: "Ogni controversia relativa all'applicazione dei commi 1, 2 e 3 è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il relativo ricorso giurisdizionale, esperibile da qualunque interessato nei termini di legge, può riguardare anche gli atti di assenso formati in virtù delle norme sul silenzio assenso previste dall'articolo 20."

terior, cuya finalidad será la salvaguarda de dicho interés y, eventualmente, la subsanación de vulneraciones normativas.⁷⁸

La intervención pública ex post no queda delimitada en el tiempo. El artículo 71 bis de la LRJPAC establece dos posibles momentos en los que presentar la comunicación: antes del comienzo de la actividad o posterior a éste. Sin embargo, en ninguno de los dos casos menciona en qué instante podrán ejercerse las facultades de comprobación, control e inspección.

La normativa de desarrollo o sectorial terminará de perfilar estos aspectos, aclarando para el ámbito concreto la periodicidad del ejercicio de las potestades de control, las características de las actuaciones de inspección, y los derechos que deberán asistir a los administrados ante estas intervenciones programadas o sorpresivas de los órganos administrativos.

Se echa en falta, aun así, concreción espacio-temporal de las eventuales actuaciones de comprobación, como la que hace la Ley italiana de Procedimiento con los trein-

78. Algunos autores han puesto el acento en este control posterior de la Administración como el camino a través del cual proteger los ingresos locales derivados de las tasas. La excepción de la fiscalidad contenida en la Directiva 2006/123/CE y en la Ley sobre el libre acceso a las actividades debe entenderse en términos generales, pues lo cierto es que la nueva normativa afecta de manera indudable a la fiscalidad municipal por los efectos que conlleva la sustitución de las licencias por comunicaciones previas y declaraciones responsables. Tras la modificación de la Ley 30/1992 y del artículo 84 de la LRRL, se ha otorgado renovada relevancia al control posterior como forma de intervención administrativa en las actividades. Al encontrarse éste de alguna forma recogido como hecho imponible en el artículo 13 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos, no se ha entendido imprescindible, al menos para parte de la Doctrina, la modificación del Real Decreto 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales. Algunas normas municipales han ya incorporado las declaraciones responsables y comunicaciones previas en su articulado, como ha sucedido con la Ordenanza fiscal reguladora de la tasa por licencias de actividad para la apertura de establecimientos del Ayuntamiento de Granada (BOP 239, de 16 de diciembre de 2009). En su artículo dedicado a la naturaleza y hecho imponible, establece que esto último lo constituye la prestación de los servicios técnicos y administrativos necesarios para la tramitación de la correspondiente licencia de actividad y de las actuaciones comunicadas o sujetas al régimen de declaración responsable, precisas para la entrada en funcionamiento de actividades o apertura de cualquier establecimiento industrial, comercial, profesional, de servicios y espectáculo público o actividad recreativa (...). El devengo de la tasa y el nacimiento de la obligación de contribuir se producen al iniciarse la actividad municipal que constituye el hecho imponible, o en otras palabras, en la fecha de presentación de la declaración responsable o comunicación previa. Las personas que cumplimenten una u otra deben presentar junto con ellas un justificante de haber realizado el ingreso de la tasa correspondiente. La disminución de ingresos del consistorio granadino derivada de la sustitución de las licencias por estas técnicas se observa en un cuadro de tarifas y coeficientes reductores, del que destacaremos la diferencia entre el coste por licencia (797,31 euros), declaración responsable (399 euros) y comunicación previa (181,41 euros).

ta días posteriores a la presentación de la “dichiarazione di inizio”. No hubiera estado de más acotar el ejercicio de esta primera facultad, estableciendo también un período de subsanación de deficiencias no obstativas para el ejercicio legítimo de la actividad.

Podemos encontrarnos que el primer control previsto no se reglamente, por ejemplo, hasta un año después de la puesta en marcha. Durante ese tiempo podrían perpetrarse ilegalidades y, lo que es más grave, producirse perjuicios a terceros evitables con la primera toma de contacto sobre la actividad ya en funcionamiento. La facultad de comprobación no tendría que preverse muy alejada en el tiempo, lo justo y necesario para la observación in situ de eventuales desarreglos. El plazo de treinta días, el que habitualmente se ha otorgado a la Administración para ejercer su veto, nos parece razonable. Incluso el control podría resultar más penetrante que en relación a las actividades sujetas a prohibición, pues operaría sobre una actividad ya en desarrollo y no sobre el papel.⁷⁹

El artículo 71 bis determina qué tipo de comportamientos son susceptibles de provocar la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o la actividad. Por un lado, se refiere a la inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o a una comunicación previa. Por otro lado está la no presentación ante la Administración competente de una u otra.

La Ley no distingue y trata de forma homogénea incumplimientos bien distintos, rehuendo darles un tratamiento diferenciado. No es de recibo equiparar su gravedad, y ello debería reflejarse en las disposiciones sancionadoras sectoriales.

La mayoría de normativas consultadas no detallan las consecuencias derivadas de esta “inexactitud, falsedad u omisión”. Sólo algunas, como la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria (artículo 31.2.k), o la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de metrología (artículos 8.2 y 13.3), regulan de forma expresa los efectos de incluir este tipo de datos en las declaraciones responsables. Estos incumplimientos, así como la no presentación de la declaración responsable o la comunicación previa, cuando son exigibles legalmente, son considerados infracción grave.⁸⁰

79. VALENTE, M., “Il nuovo art. 19 della Legge 241 del 1990: la Denuncia d’inizio attività ‘immediata’ per l’esercizio di attività di impianti produttivi di beni e di servizi e di prestazione di servizi”. Este artículo puede consultarse en <http://www.diritto.it/pdf/28092.pdf>

80. Es considerada una infracción grave, según el artículo 31.1 de la Ley 21/1992, de industria: “k) La inexactitud, falsedad u omisión en cualquier dato, o manifestación, de carácter esencial, sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos señalados en la declaración responsable o la comunicación aportada por los interesados. l) La realización de la actividad sin cumplir los requisitos exigidos o sin haber realizado la comunicación o la declaración responsable cuando alguna de ellas sea preceptiva.”

En Cataluña, el Decreto 106/2008, de 6 de mayo, de medidas para la eliminación de trámites y la simplificación para facilitar la actividad económica, establece que si una vez hecha la declaración la Administración comprueba la inexactitud o falsedad de los datos declarados, este hecho comporta, previa audiencia a la persona interesada, dejar sin efecto el trámite correspondiente, incluidas las inscripciones que se hayan producido. Si la conducta es, además, tipificada de infracción, se incluye la incoación del correspondiente expediente sancionador, y no puede volver a presentarse otra declaración, siendo precisa la presentación documental de los datos cuya existencia antes sólo se declaraba (artículo 5).

La Ley faculta a los órganos competentes para dictar una orden de clausura o cese de la actividad, desde el momento en que tienen constancia de estas circunstancias a las que aludimos. Estas órdenes, técnicas de intervención en sí mismas, deben emitirse tras la substanciación de un procedimiento en el que el particular haya podido ser escuchado. Los principios de contradicción y audiencia han de quedar garantizados, en tanto derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración;⁸¹ a menos que sea preciso actuar de forma cautelar e inmediata ante una situación de riesgo para personas y bienes.⁸²

La orden de cese debería sólo quedar justificada ante la constatación de que la actividad es contraria a Derecho, pues cabe recordar que la legitimidad de la misma proviene directamente de la Ley. Esta afirmación es especialmente relevante por lo que se refiere, en concreto, al incumplimiento de la carga de comunicar. Como ha apuntado la Doctrina: "Si como afirman nuestros Tribunales, la potestad para otorgar una licencia para el ejercicio de una actividad faculta a la autoridad para ordenar la clausura de la misma cuando se carece de licencia; cuando la Administración no tiene tal potestad no puede tampoco ordenar ningún cese ni clausura si la actividad es en sí misma lícita."⁸³

Nuevamente la normativa no limita el tiempo en que podrá dictarse esta orden; a pesar de ello, puesto que tiene como presupuesto la falsedad u omisión de datos o documentos, lo deseable sería que se originara en el contexto de las tareas administrativas de comprobación posteriores al inicio empresarial. En cualquier caso, se dictará sin prejuzgar eventuales responsabilidades penales, civiles y admi-

81. Véase el Dictamen núm. 2/2009, del Consejo Económico y Social, sobre el Anteproyecto de Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, p. 17.

82. Es destacable en este sentido el artículo 30 del Decreto 48/2009, de 28 de abril, por el que se establecen, en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, medidas ante la crisis económica y de simplificación administrativa.

83. NÚÑEZ LOZANO, M^º. C., *Actividades comunicadas a la Administración...*, op. cit., p. 124.

nistrativas que se pudieran derivar. La suspensión de la actividad se hará, entendemos, sin perjuicio de iniciar tanto un expediente de subsanación de defectos como, en su caso, la instrucción de uno sancionador.

Nada más se añade al respecto, tan sólo la previsión de que la resolución de la Administración que declare la inexactitud o falsedad pueda determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento, o al ejercicio del derecho, o al inicio de la actividad correspondiente; y también la imposibilidad de instar un “nuevo procedimiento” con el mismo objeto durante un tiempo determinado.⁸⁴ Se prevén estas posibilidades, pero no se regula siquiera un criterio temporal orientativo que pueda servir de referencia a la legislación sectorial.⁸⁵

5.2. Entidades privadas de colaboración

Las potestades de comprobación, control e inspección a las que venimos aludiendo han sido objeto, de un tiempo a esta parte, de una potente corriente externalizadora.⁸⁶ La entrada en escena de entidades de acreditación y control ha respondido a varias motivaciones, la mayoría de ellas ligadas a las premisas del principio de eficacia del artículo 103 de la CE.

Particular y Administración, en el contexto de actividades comunicadas, podrán acudir a estas entidades para satisfacer sendos requerimientos de adecuación y control de la legalidad. No concebimos, por el contrario, que en relación con los derechos sometidos a declaración responsable tenga cabida la colaboración de estos organismos. La responsabilidad del particular cuyo derecho quede sometido a declaración será, desde este punto de vista, más intensa, al no poder trasladarla.

En cualquier caso, como se ha apuntado, el recurso del particular a estas entidades se producirá por dos motivos: porque en ellas residen los conocimientos téc-

84. Como apuntó el Consejo de Estado, habría sido mucho más correcto eliminar esta alusión a un “nuevo procedimiento”, teniendo en cuenta que ni la comunicación ni la declaración inician un procedimiento administrativo. En su Dictamen, el Consejo recomendaba sustituir esta expresión sencillamente por “la imposibilidad de presentar una declaración responsable o comunicación previa con el mismo objeto”, Dictamen 99/2009, p. 40.

85. También es el Consejo de Estado el que sugirió que podía haberse introducido un apartado que regulase la pérdida de efectos de la presentación de la declaración o comunicación, en aquellos casos en que transcurrido un determinado plazo desde que tuvo lugar tal presentación, no se hubiera dado inicio a la actividad, Dictamen 99/2009, p. 41

86. CANALS AMETLLER, D., El ejercicio por particulares..., op. cit., y Carrillo Donaire, J. A., “La regulación de la seguridad y la calidad industrial y productiva”, en *Derecho de la regulación económica I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, (MUÑOZ MACHADO, S., y ESTEVE PARDO, J., coord.), Iustel, Madrid, 2009.

nicos que se le exigen, y para poder transferirles parte de responsabilidad por sus declaraciones y actos. La Administración hallará en ellas la colaboración necesaria para el ejercicio de sus funciones de verificación, certificación, control e inspección, de las que es titular. En el primer supuesto el marco de relaciones es exclusivamente privado. Cuando, por el contrario, actúan por cuenta de la Administración, ejercen funciones públicas bajo su propia responsabilidad.⁸⁷

Reciente normativa ha puesto de manifiesto, sin embargo, un ligero viraje por lo que se refiere al ámbito desde el que ejercen sus funciones las entidades privadas de control y certificación. Encontramos legislación sectorial, por ejemplo en materia ambiental y urbanística, que parece situar sus actuaciones en la órbita exclusivamente pública.⁸⁸ En el contexto de actividades comunicadas, las certificaciones emitidas por estas entidades lo son en sustitución de las libradas por los servicios técnicos municipales; de modo que si no son favorables, no es posible presentar la comunicación ante la Administración ni ejercer la actividad, siendo en muchos casos la propia entidad la que informa de esta circunstancia al ente competente.

Confirma este leve pero significativo cambio de rumbo, el hecho de que se haya incluso procedimentado la actuación ante estas entidades privadas. Alguna normativa establece, en efecto, toda una tramitación, como son los plazos que éstas deben respetar en orden a la emisión de sus certificados de conformidad, y lo que es más importante, las consecuencias jurídicas del incumplimiento de los mismos, centradas fundamentalmente en permitir al particular la ejecución de la actuación pretendida previa puesta en conocimiento del órgano administrativo correspondiente.⁸⁹

La substanciación de un procedimiento privado entre particular y entidad colaboradora, previo a la presentación de la comunicación, en el que entra en juego la figura del silencio administrativo ante la falta de resolución de la entidad, es del todo reveladora. Al otorgarse un sentido favorable a este silencio, se sobrentiende que estos sujetos actúan en todo caso por cuenta de la Administración, pues sólo ésta y no los particulares dotan de sentido favorable o desfavorable a su falta de manifestación. Se llega también a regular la reclamación ante estos ayudantes pú-

87. Responderán en sus actuaciones de los daños y perjuicios causados tanto al ente público con el que colaboren como a los titulares de las actividades sometidas a comunicación que les contraten, así como a los terceros afectados.

88. Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades, de Cataluña.

89. Artículo 57 de la Ordenanza por la que se establece el régimen de gestión de control de las licencias urbanísticas de actividades del Ayuntamiento de Madrid.

blicos, pudiéndose incoar, en último término, un verdadero procedimiento administrativo en el que dirimir la eventual controversia entre particular y entidad colaboradora.⁹⁰

5.3. Responsabilidad

Hemos dicho que la comunicación no inicia ningún procedimiento que termine con la emisión de un acto administrativo. La comunicación es un acto privado de autoadministración que legitima, según la ley, al particular para el inicio de una determinada actividad. Al no mediar intervención pública previa al comienzo empresarial, la Administración queda liberada de una eventual responsabilidad; por lo menos respecto a posibles perjuicios anteriores al ejercicio de las potestades de comprobación, control o inspección. El sujeto privado asume entonces pleno compromiso con la sociedad por las consecuencias de sus propios actos; igual que ocurre con las declaraciones responsables.

Distinto sería si se utilizara la modalidad de comunicación con reserva de oposición, puesto que llevaría aparejado, por lo menos, un deber público de supervisión formal de la documentación aportada. Si los perjuicios se ocasionaran o no se evitaran por el no cumplimiento de dicho deber, la Administración respondería por una conducta antijurídica.⁹¹

En los casos en que deba acompañar a la comunicación una certificación realizada por una entidad especializada, puede suscitarse la duda de si el aparato público se desprende tan cómodamente de ocasionales responsabilidades. Si de la normativa concreta se deriva que estas entidades actúan por cuenta del particular, colaborando con él en el cumplimiento reglamentario mediante la acreditación de la observancia de los requisitos técnicos que la normativa impone a la actividad, no habrá duda de que la responsabilidad quedará circunscrita al ámbito privado; en el que podrá mediar, si es el caso, un repartimiento de culpas.

90. Transcribimos aquí los apartados 3 y 4 del artículo 35 de la Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid, citada en la nota anterior, en materia de reclamaciones. "3. En el caso de que la reclamación formulada se refiera a las actuaciones de verificación y control de la entidad colaboradora y fuese resuelta desfavorablemente o no fuese resuelta por la entidad colaboradora en el plazo de un mes, el interesado podrá trasladar la reclamación al Área de Gobierno u Organismo competente del Ayuntamiento de Madrid en el plazo de quince días hábiles. 4. El Ayuntamiento requerirá a la entidad colaboradora los antecedentes y practicará las comprobaciones que correspondan, dando audiencia a las partes en la forma prevista en la legislación de procedimiento administrativo, resolviendo en el plazo de un mes. En caso de falta de resolución administrativa expresa dentro del plazo indicado, se entenderá estimada la reclamación, salvo cuando sus pretensiones contravengan la ordenación territorial o urbanística."

91. Rodríguez Font, M., *Régimen de comunicación...*, op. cit., p. 241 y ss.

Si de la normativa se entiende, como hemos visto que apuntan las últimas disposiciones, que las entidades colaboradoras actúan en todo caso por cuenta de la Administración, ejerciendo la función pública de comprobación de lo reglamentariamente prescrito, el panorama puede verse alterado.⁹²

El personal técnico habilitado de estos entes es plenamente responsable en el desarrollo de sus tareas, lo que no significa que el órgano público pueda renunciar a la titularidad de las mismas. Y en la medida que esta abdicación no es posible, no puede afirmarse que quede en todo caso exento de cualquier responsabilidad; conectada, claro está, con sus competencias de supervisión de la labor desarrollada por sus colaboradores.⁹³

A pesar de que las actividades se inicien con la sola comunicación o declaración del particular (y, si es el caso, la certificación de una entidad privada colaboradora), y que por lo tanto los perjuicios se produzcan por la actuación de sujetos privados sin la directa participación de un órgano público, difícilmente puede excluirse toda responsabilidad administrativa.⁹⁴ La actividad y sus consecuencias negativas se han desarrollado en un entorno sometido a cierta vigilancia o control público, por lo que la Administración puede tener que responder por no haber podido impedir la materialización del daño a través de sus potestades de comprobación, control o inspección.

Y es que la cooperación de las entidades privadas con la Administración a la que nos venimos refiriendo puede extenderse, también, a un momento posterior: el de ejercicio de la función pública de control e inspección, no limitándose al momento de comprobación del cumplimiento reglamentario al que aludíamos; hecho que abre la puerta a que pueda la Administración trasladar, por lo menos en parte, su ocasional responsabilidad.

92. GALÁN GALÁN, A., y PRIETO ROMERO, C., "El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración", en *Anuario de Derecho municipal* (VELASCO CABALLERO, F., dir.), 2008.

93. La responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos del artículo 106.2 de la Constitución no puede, en estos casos, descartarse. Llegados a este punto, podría darse la hipótesis de una eventual responsabilidad compartida entre particular, entidad colaboradora y Administración.

94. "La responsabilidad administrativa no desaparece, sin embargo, de forma absoluta, pues el título de imputación puede encontrarse en el no ejercicio de las funciones inspectoras que corresponden a la Administración en el momento de la comunicación y, posteriormente, una vez la instalación está en funcionamiento. Pero en todo caso el título de imputación ya es otro, no el acto administrativo expreso o presunto que reconoce la corrección de la actividad, sino el no ejercicio de modo adecuado de la función inspectora sobre la actividad que se va a desarrollar o que ya se lleva a cabo". Tornos Mas, J., "La simplificación procedimental...", *op.cit.*, p. 71 y 72.

5.4. Terceros

La posición de los terceros es otra de las típicas lagunas de los regímenes de comunicación.⁹⁵ La ausencia de resolución administrativa expresa o presunta determina el alcance de sus posibilidades de defensa, claro está. No puede el tercero utilizar de manera directa la vía de recurso, pero tampoco valerse de la acción del artículo 102 LRJPAC para iniciar un procedimiento por el que la Administración declare nulo un acto dictado por ella misma. La revisión de oficio no tiene cabida, como no la tiene la declaración de lesividad del artículo 103, pues el poder de anular o revocar por parte de la Administración presupondría erróneamente que la comunicación o la declaración responsable dan lugar a un acto administrativo.

Las opciones más sólidas y con mayores posibilidades de prosperar serían dos.⁹⁶ En primer lugar, la provocación por parte del tercero de un acto administrativo, al presentar una denuncia y solicitar del órgano competente una orden de cese de la actividad. La negativa o el silencio de este último conformarían un acto expreso o presunto, recurrible tanto en vía administrativa como contenciosa. La otra opción sería la substanciación de un procedimiento ante la jurisdicción ordinaria, la vía civil. Puesto que las actividades sometidas a comunicación o declaración responsable son libres, no requieren título administrativo previo, y su control se ejecuta y formaliza exclusivamente desde el ámbito privado, también dentro de estos límites podrían resolverse las eventuales controversias. La utilización de una acción de cesación, cabe añadir, se contempla como una posibilidad frente a conductas que infrinjan lo dispuesto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (artículos 26 de la Ley y 42 de la Directiva).⁹⁷

La Doctrina ha manifestado que podría incluso plantearse “una nueva configuración de la jurisdicción contencioso-administrativa como la jurisdicción del interés general, ante la que pudieran acudir directamente los terceros afectados por el ejercicio de actividades sujetas a comunicación, sin tener que provocar primero un

95. Como ha apuntado el Consejo de Estado, la sustitución de la técnica autorizatoria por la comunicación previa o la declaración responsable no siempre va acompañada ni de “un correspondiente aumento de los mecanismos de control a posteriori de la actividad, ni de un correlativo refuerzo de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios”, Dictamen 99/2009 del Consejo de Estado, p. 22.

96. NÚÑEZ LOZANO, M^a. C., *Las actividades comunicadas a la Administración...*, op. cit., y RODRÍGUEZ FONT, M., *Régimen de comunicación...*, op. cit., p. 247.

97. RODRÍGUEZ FONT, M., “Protección y garantías de los usuarios desde las técnicas e instituciones de la regulación”, *Derecho de la regulación económica I. Fundamentos e instituciones* (MUÑOZ MACHADO, S., y ESTEVE PARDO, J., coord.), Iustel, 2009.

acto negativo de la Administración (...) Cabría considerar incluso la pertinencia de desvincular el control judicial de la intervención de la Administración, de modo que la actuación del tercero ante la jurisdicción estuviera dirigida, en vez de contra la Administración que no opuso el veto, directamente contra el interesado".⁹⁸ Ésta parece ser la opción que ha seguido el legislador italiano.

98. NÚÑEZ LOZANO, M^a. C., *Las actividades comunicadas a la Administración...*, *op. cit.*, p. 186.