

LAS DECLARACIONES RESPONSABLES Y LAS COMUNICACIONES EN EL PROYECTO DE LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

María del Carmen Núñez Lozano

Catedrática de Derecho Administrativo

Universidad de Huelva

maria.lozano@dpub.uhu.es

Esta contribución analiza esquemáticamente la regulación de las declaraciones responsables y de las comunicaciones que contiene el Proyecto de Ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas¹ (I) y realiza una valoración crítica de la misma (II). En particular, se subrayan las deficiencias del régimen de control (II.A); se critica la posible supresión de las comunicaciones con potestad de veto (II.B); se destacan las carencias que se advierten (II.C); y se cuestiona que una ley de procedimiento administrativo sea la sede idónea para regular la materia (II.D).

I.- BREVE ANÁLISIS DEL RÉGIMEN DE LAS DECLARACIONES RESPONSABLES Y DE LAS COMUNICACIONES EN EL PROYECTO DE LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

El Proyecto de Ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas intenta perfeccionar la regulación de las declaraciones responsables y de las comunicaciones –lo que no quiere decir que se consiga– completando en el artículo 69 el contenido que hasta ahora recoge el artículo 71.bis de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJAP) e introduciendo la mención de las declaraciones responsables y comunicaciones previas en los artículos 5.3, 11.2.b) y 21.1. Por razones de espacio, el análisis se va a centrar en el artículo 69, con una mención necesaria al artículo 21.1.

El apartado primero del artículo 69, amén de alguna variación menor, añade como contenido de la declaración responsable la manifestación del interesado de que pondrá a disposición de la administración, cuando le sea requerida, la documentación que acredita el cumplimiento los requisitos establecidos en la normativa vigente. En relación con ello, especifica también que las administraciones podrán requerir en cualquier momento que se aporte la documentación que acredite el cumplimiento de los mencionados requisitos y que el interesado deberá aportarla. Con ello se despejan las dudas que se pudieran haber planteado en torno al alcance del artículo 39.bis.2 LRJAP en relación con el artículo 39 de la misma Ley, así como las que pudiera asimismo plantear el artículo 18.1 del Proyecto.

El apartado segundo prescinde del calificativo de “previa” con que su homólogo del artículo 71.bis LRJAP se refiere a las comunicaciones –extremo que se repite en los demás apartados del artículo 69– y sustituye la obligación de poner en conocimiento de la administración los “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”, por la de poner en conocimiento “cualquier otro dato relevante para el inicio de una actividad o el ejercicio de un derecho”. Esta sustitución comporta una mayor inseguridad jurídica si se interpreta que se confía al interesado la carga de discernir cuáles son los datos relevantes que ha de poner en conocimiento; aunque también puede interpretarse que contiene un mandato a la administración para que aligere la densidad de los modelos de comunicación, que en la práctica –y a mi juicio erróneamente– han venido a suplir la necesaria predeterminación normativa que requiere el régimen de actividades comunicadas. En todo caso, se marcan distancias entre la comunicación y la solicitud de inicio de un procedimiento, lo que no deja de ser paradójico a la vista del tercer párrafo del artículo 21.1 del Proyecto, que ahora exceptúa de la obligación de resolver a los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamen-

1 BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm.155-1, 18 de mayo de 2015.

te al deber de declaración responsable o comunicación a la administración, de manera que se considera que las declaraciones responsables y todos los tipos de comunicaciones inician un procedimiento, no solo, por tanto, las comunicaciones previas con potestad de veto. A propósito de ello, la cuestión principal que suscita esta novedad es la de si la administración dispone de medios para realizar un control sistemático y no aleatorio del ejercicio de cuantos derechos y actividades se encuentran sometidos a declaración responsable y comunicación².

El apartado tercero del mismo artículo 69 acota los efectos de las declaraciones responsables y de las comunicaciones, suprimiendo la referencia a “los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente”, de modo que solo dispone, en lo que ahora interesa, que “permitirán, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación”; y que la comunicación “podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente”. Son tres los comentarios que suscita esta parte del artículo 69.3.

En primer lugar, puede merecer una valoración positiva la supresión de esa referencia inicial a la producción de “los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente” si con ello se pone coto a la confusión generada hasta el momento por la indebida utilización de la declaración responsable en ámbitos o con significados que le son ajenos. A título de ejemplo, recordemos la inserción de la figura en el Decreto Legislativo 3/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ferias comerciales oficiales de Andalucía, en el que el afán por sustituir la autorización ha llevado a un uso distorsionado de la misma en sede de la actividad de fomento³; o el también incorrecto diseño del deber de comunicación de datos que contiene el Real Decreto 225/2006, de 24 de febrero, por el que se regulan determinados aspectos de las ventas a distancia y la inscripción en el registro de empresas de ventas a distancia, en particular en lo concerniente a la comunicación de datos al Registro estatal de empresas de ventas a distancia⁴, así como el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores⁵; o más ampliamente, la confusión de la declaración responsable con la denominada “declaración jurada”⁶. Por tanto, si lo que se quiere es reconducir la operatividad de declaraciones y comunicaciones al ámbito de la actividad de limitación, bienvenida sea esta modificación.

Pero, en segundo lugar, también puede interpretarse que lo que se pretende es, además, que solo existan los tipos de comunicación (incardinados, sí, en el ámbito de la actividad administrativa de limitación) que diseña el propio artículo 69, que son las comunicaciones previas con exclusivo control *a posteriori* (las que permiten “el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad desde el día de su presentación”) y las comunicaciones *a posteriori* (las que pueden presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente). La consecuencia que de ello se desprendería es que todo el conjunto de comunicaciones previas con potestad de veto que en la actualidad se encuentran diseminadas por los ordenamientos jurídicos sectoriales -estatal y autonómicos- quedarían en situación de “fuera de juego” por desplazamiento de la Ley del procedimiento administrativo común, puesto que son técnicas de control *a priori* y, como se acaba de precisar, ya no habría lugar a que se produzcan “los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente” (salvo en caso de las comunicaciones *a posteriori* y ello porque el propio artículo 69.3 las contempla)⁷. Desde esta perspectiva, el artículo 21.1 del Proyecto nos desvelaría una nueva paradoja: todas las declaraciones responsables y comunicaciones abren un procedimiento, aunque quedarían proscritas aquellas comunicaciones en las que tiene pleno sentido la apertura de un procedimiento, que son las comunicaciones con potestad de veto⁸.

2 En el estudio *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo* (Marcial Pons, 2001, p. 199, nota 20), anticipé que en las comunicaciones con exclusivo control *a posteriori* el control era aleatorio y no sistemático. Con posterioridad y acertadamente, L. ARROYO JIMÉNEZ (*Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 353) precisó que el control posterior puede ser caso a caso (sistemático y no aleatorio) o general. La novedad que ahora se pretende introducir trae consigo el riguroso control de todo lo declarado o comunicado.

3 M. C. NÚÑEZ LOZANO, “La transposición de la Directiva de Servicios en la ordenación del comercio. En especial, la previsión de autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones”, en M. REBOLLO PUIG (dir.), *Derecho de la Regulación Económica. IX. Comercio interior*, Iustel, 2013, pp. 576 ss.

4 M. C. NÚÑEZ LOZANO, “La transposición de la Directiva de Servicios... ob. cit. pp. 517 ss.

5 M. C. NÚÑEZ LOZANO, “La transposición de la Directiva de Servicios... ob. cit. pp. 529 ss.

6 M. C. NÚÑEZ LOZANO, “La transposición de la Directiva de Servicios... ob. cit. p. 500, nota número 30.

7 La brevedad de estas páginas impiden un análisis riguroso de esta cuestión, que dista de estar clara; no obstante, voy a considerar esta hipótesis para llamar la atención acerca del error que supone prescindir de esta clase de comunicaciones.

8 Como contrapartida y desde esta perspectiva, devendría correcta la mención en el apartado 4 a “la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado por la ley”, que critiqué en el trabajo “Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones”, en *Noticias de la Unión Europea* núm. 317, 2011, p. 119.

En tercer lugar, se persiste en el error de predicar como efecto de la presentación de declaraciones y comunicaciones el reconocimiento de un derecho⁹, siendo así que el contexto propio de estas figuras es el de la fiscalización de actividades y derechos que se ejercen sin necesidad de título habilitante, al amparo por tanto de la libertad para actuar conforme prescribe la norma de la que emanan los derechos¹⁰.

Por lo demás, el apartado tercero del artículo 69 deja a salvo “sin perjuicio de”- “las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas”, de manera que no se introducen cambios en estos extremos.

El apartado cuarto del artículo 69 muestra muy pocas variantes respecto del mismo apartado del artículo 71.bis. Las más relevantes consisten en que ya no se menciona el documento que acompañe a la declaración responsable o a la comunicación y que, en cambio, sí se contempla la no presentación de “la documentación que sea en su caso requerida para acreditar el cumplimiento de lo declarado” como nuevo supuesto que determina “la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar”. Ello es coherente con las modificaciones que proyecta introducir el artículo 69.1; ambas reformas, por otra parte, evidencian la pretensión de diferenciar la declaración responsable de la comunicación, cuya distinción se cifraría, entonces, en que la comunicación quedaría reservada para el ejercicio de derechos o actividades que no requieren la acreditación documental de la concurrencia de los requisitos establecidos en las normas.

El apartado quinto no experimenta tampoco grandes modificaciones respecto del texto del mismo apartado del artículo 71.bis LRJAP, pues simplemente se mejora la redacción y se suprime la mención de que las declaraciones y comunicaciones se podrán presentar a distancia y por vía electrónica, en consonancia con la generalización de esta posibilidad.

Finalmente, se introduce un apartado sexto del siguiente tenor: “únicamente será exigible, bien una declaración responsable, bien una comunicación para iniciar una misma actividad u obtener el reconocimiento de un mismo derecho o facultad para su ejercicio, sin que sea posible la exigencia de ambas acumulativamente”. Con ello se sale al paso de un número significativo de normas sectoriales que habían venido exigiendo la presentación acumulativa de ambos documentos, en buena medida porque la declaración responsable se ha confundido con la denominada declaración jurada.

II.- VALORACIÓN CRÍTICA DEL PROYECTO DE LEY

En 2001, en el *Epílogo* que cerró el estudio *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*¹¹, escribí que “nos encontramos ante una técnica que el mismo legislador parece desconocer”; añadía que daba la impresión de que este se había limitado a sustituir la obligación de obtener una licencia por la de efectuar una comunicación y que no se había intentado el encaje de las distintas piezas que integran la figura, entre las que citaba la libertad del ciudadano, el veto de la administración, la inspección, la orden de cese y la responsabilidad administrativa.

Catorce años más tarde, nueve desde la aprobación de la Directiva de Servicios y seis desde la transposición de ésta, no resulta osado repetir tal afirmación, aplicada hoy al más amplio género de las declaraciones responsables y de las comunicaciones. Algo se ha avanzado, sin duda¹², pero la sola intención de reformar la regulación de la materia revela la insatisfacción del legislador ante su propia obra.

A mi juicio, sigue presentando deficiencias el régimen de control que consagra el artículo 71.bis LRJAP (A); es un error la posible supresión de las comunicaciones con potestad de veto (B); se echan en falta aspectos que deben ser objeto de regulación específica (C); y no se trata de una materia que deba ser regulada en una ley de procedimiento administrativo (D).

II.A.- Deficiencias del régimen de control

El Proyecto persiste en anudar a la “inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato o información que se incorpore a una declaración responsable o a una comunicación, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable, la documentación que sea en su caso requerida para

9 M. C. NÚÑEZ LOZANO, “Aproximación al régimen jurídico... ob. cit. p. 111.

10 M. C. NÚÑEZ LOZANO, *Las actividades comunicadas...* ob. cit. pp. 111 ss.

11 Pp. 209 ss.

12 En el *Epílogo* citado, con referencia a la figura objeto de estudio (la comunicación previa con potestad de veto), consideraba necesario que el legislador tomara conciencia de las características de este tipo de actividades; reclamaba una regulación global y abstracta de la misma; y destacaba la ausencia de normas que habilitaran a la administración para intervenir *a posteriori*. Aunque con carencias y errores, en mi opinión, los artículos 39.bis.2 y 71.bis LRJAP han supuesto un cierto remedio.

acreditar el cumplimiento de lo declarado, o la comunicación”, “la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar”. No toma en consideración, pues, que el ejercicio del derecho o de la actividad puede ser ajustado a derecho y que, cuando no lo sea, la orden de cese, con la debida prudencia y ponderación, debe fundarse en esta circunstancia y no en los defectos o ausencia de la declaración responsable, de la comunicación y, en su caso ahora, de la documentación¹³.

De otro lado, sigue sin estar claro en qué consiste “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”¹⁴.

Por otra parte, se mantiene la previsión de que la legislación sectorial pueda establecer la imposibilidad de instaurar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado por la ley cuando se advierta una “inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato o información que se incorpore a una declaración responsable o a una comunicación, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable, la documentación que sea en su caso requerida para acreditar el cumplimiento de lo declarado, o la comunicación”. Esta previsión, criticada con razón por la doctrina por su naturaleza sancionadora¹⁵, no toma en consideración que los derechos o actividades se ejercen sin necesidad de título habilitante y que las conductas irregulares que motivan la medida no entrañan necesariamente que el derecho o la actividad se estén ejerciendo de modo contrario al ordenamiento jurídico.

II.B.- La hipótesis de la supresión de las comunicaciones previas con potestad de veto

Como antes expuse, el Proyecto parece suprimir las comunicaciones previas con potestad de veto¹⁶. En mi opinión, se trataría de una opción desacertada porque no toma en consideración el papel que puede jugar esta técnica de intervención en los supuestos en los que los intereses en juego demandan un control previo y, a la par, no se considera necesario o no es posible sujetar el ejercicio del derecho o de la actividad a un título habilitante¹⁷.

Tampoco se considera su especial idoneidad en los casos en que se requiere “la formulación de juicios valorativos de probabilidad en entornos de incertidumbre”, con arreglo al patrón de respuesta administrativa que ampara el principio de precaución o cautela. Se trata de supuestos en los que la incerteza impide realizar un pronunciamiento afirmativo y la posibilidad de adoptar una decisión restrictiva o limitativa se basa solo en el riesgo o posibilidad de daño, de modo que: 1) “la ausencia de veto no equivale a un permiso o aquiescencia a la operación proyectada (que en consecuencia no resulta autorizada)” y “no significa otra cosa que la ausencia de oposición, y no una expresa declaración de voluntad sobre algo que, en verdad, no se conoce y sobre lo que sólo caben, como se ha indicado, juicios de probabilidad”; 2) el veto a la actividad propuesta no implica un juicio afirmativo de reproche, sino sólo la constatación de ausencia de certeza sobre los efectos de la misma; así sucede, por ejemplo, en de-

13 M. C. NÚÑEZ LOZANO, “Aproximación al régimen jurídico... ob. cit. p. 120; sobre la base de lo ya explicado en *Las actividades comunicadas...* ob. cit. pp. 124 y 177.

14 En el estudio “Aproximación al régimen jurídico... ob. cit. pp. 118 y 119, apunté que “acaso el precepto haya querido referirse al deber de reposición de la situación alterada a que se refiere, en sede de Derecho sancionador, el artículo 130.2 LRJAP, de manera que la situación jurídica que se restituye es la integridad patrimonial que ostentase, antes del ejercicio de la actividad, el eventual sujeto perjudicado”. En el mismo sentido *vid.* J. MESEGUER YEBRA, “Declaraciones responsables y desarrollo de su régimen jurídico en la normativa sectorial. En especial, su naturaleza y extinción de la eficacia”, *Revista CEMCI* núm. 10, 2011, p. 18, nota 37. Como indiqué en el trabajo citado, la novedad sobresaliente que introduce en este punto el artículo 71.bis.4 es la de desvincular plenamente la obligación de reposición del régimen sancionador, aunque deja abiertos muchos de los interrogantes que plantea el propio artículo 130.2 LRJAP (señaladamente los que conciernen a la peculiar posición de la administración, la idoneidad del procedimiento administrativo para declarar una obligación de reparación entre particulares y la naturaleza de la resolución que dictara la administración: ¿acto administrativo ejecutivo y ejecutorio? ¿revisable en la Jurisdicción contencioso-administrativa?). En todo caso, puede ponerse en conexión la obligación de restitución en el plano en que aquí se considera con el artículo 21.1 de la Ley 17/2009, de más limitado alcance por los riesgos que acota.

15 F. LÓPEZ MENUDO (“La transposición de la Directiva de Servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 14, 2010, p. 147; “Un golpe a la garantía del procedimiento administrativo común. El caso de las declaraciones responsables y las comunicaciones previas”, *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Pérez Moreno*, Iustel, 2011, p. 757) y T. DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (“La libertad de establecimiento de los prestadores de servicio”, *La Ordenación de las Actividades de Servicios: Comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, Aranzadi Thomson Reuters, 2010, pp. 279 y 280

16 *Vid. supra* la nota número 7.

17 *Vid. Las actividades comunicadas...* ob. cit. pp. 205 ss.

terminadas actividades encuadradas en los sistemas de supervisión prudencial basados en el control de riesgos¹⁸.

No obstante lo dicho con carácter general, considero que la Ley de procedimiento, si llegara a aprobarse, no tendría incidencia, al menos, sobre las comunicaciones con potestad de veto previstas en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.

II.C.- Carencias de la regulación

El Proyecto de Ley no regula aspectos sobre los que la doctrina viene llamando la atención desde hace años. Posiblemente, el que se trate de una normativa inserta en una ley de procedimiento administrativo explica algunas de las carencias de la regulación, lo que abunda en la tesis de que no debe ser la ley de procedimiento la que se ocupe de estos instrumentos de intervención y control.

Desde la perspectiva en la que ahora nos situamos, el Proyecto de Ley avanza muy poco en la clarificación del *status* de la persona que efectúa la declaración o la comunicación, de manera que la novedad que aporta es solo el otorgamiento de cobertura legal indiscutida al deber de presentar documentación cuando media un requerimiento al efecto. La inseguridad del interesado¹⁹, pues, sigue planeando sobre la regulación, sin que a mi juicio quede paliada por la intervención de entidades privadas que de algún modo avalen la declaración responsable o la comunicación. En estos casos en particular, aunque se evita la imposición de una sanción²⁰, se corre el riesgo de que, cuando su intervención resulta obligada y la norma no ofrece la suficiente densidad regulatoria, estas instancias auxiliares de control se conviertan en instancias auxiliares de regulación, supliendo esa menor densidad a través de un ejercicio de discrecionalidad que no les corresponde²¹ y, además, el interesado puede verse en la paradójica situación de tener que reclamar ante una certificación o informe negativo, con la pérdida de sentido que ello entraña para el régimen de las actividades comunicadas, pues en la práctica se estaría exigiendo un auténtico título habilitante²².

Otra cuestión que en absoluto se encuentra resuelta es la de la tutela de los intereses de terceros, lo que no extraña en el seno de un Derecho Administrativo construido sobre las garantías del ciudadano frente a las potestades de la administración. Se trata de una de las mayores deficiencias del régimen de las declaraciones res-

18 “El control sobre la adquisición e incremento de participaciones significativas”, comunicación presentada en el IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Córdoba, 2010 [vid. en M. REBOLLO PUIG (dir.) *La regulación económica, en especial, la regulación bancaria*. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Iustel, 2012, pp. 443 ss.]. Los entrecorillados pertenecen a las actas publicadas. En concreto expliqué que “podría considerarse que la oposición de la Administración a la adquisición o incremento de PS [participaciones significativas] no necesita apoyarse en certezas, sino tan sólo en probabilidades. Bastaría, pues, con que la autoridad de supervisión llegase a la conclusión, a partir del examen de la información disponible y a la luz de los criterios de evaluación, de que existen probabilidades de que no se vaya a llevar a cabo una gestión sana y prudente para que pudiera oponerse a la adquisición, máxime en la medida en que el veto a la operación propuesta no implica un juicio afirmativo de falta de idoneidad, sino sólo la constatación de ausencia de certeza al respecto, bien sobre la base de probabilidades asociadas a indicios, o bien por falta de información” (pp. 451 y 452). Y añadía que “la ausencia de veto no equivale a un permiso o aquiescencia a la operación proyectada (que en consecuencia no resulta autorizada); no significa otra cosa que la ausencia de oposición, y no una expresa declaración de voluntad sobre algo que, en verdad, no se conoce y sobre lo que sólo caben, como se ha indicado, juicios de probabilidad. En definitiva y en expresión gráfica, se trata de que, *rebus sic stantibus*, no hay motivos razonables, a la vista de la información disponible y del resultado de las consultas que hayan tenido lugar, para dudar de la futura gestión, sana y prudente, de la entidad de crédito. Si este juicio o valoración resulta erróneo y así se evidenciara con posterioridad, el Banco de España puede, al amparo del art. 62 LDIEC, adoptar las medidas de reacción pertinentes, en las que no es posible detenernos en este momento, aunque, eso sí, para ello habrá de tener razones fundadas y acreditadas” (p. 453).

19 Advertida ampliamente por la doctrina. Vid. por todos S. MUÑOZ MACHADO, “Las regulaciones por silencio: cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, número 9, 2010; “Las transformaciones del régimen jurídico de las autorizaciones administrativas”, en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 14, 2010

20 M. REBOLLO PUIG, “El repliegue de las autorizaciones y la articulación de alternativas. En especial, la tutela de los terceros perjudicados por actividades privadas ilegales”, en J. E. SORIANO GARCÍA (dir.), *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Volumen II, Iustel, 2014, p. 1998. Tempranamente M. RODRIGUEZ FONT (“Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local”, en *La Directiva de Servicios. Contratación local y crisis económica. Nuevos desarrollos estatutarios*, Anuario del Gobierno Local 2009, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009, pp. 287 y 296) llamó la atención sobre el traslado de eventuales responsabilidades.

21 M. C. NÚÑEZ LOZANO, *Las actividades comunicadas a la administración. Nuevas perspectivas tras la transposición de la Directiva de Servicios. análisis de la legislación transversal y estudio de casos*, ejercicio presentado al concurso para la provisión de una cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad de Huelva, 5 de marzo de 2012. En este estudio llamé la atención sobre el natural impacto que sobre la norma supone –o debe suponer– el régimen de actividades comunicadas, ya que estas actividades deben encontrar su completa ordenación en leyes y disposiciones, que de antemano habrán debido identificar los intereses en presencia y ponderarlos en las soluciones que ofrezcan. Con la salvedad de los supuestos de evaluación cautelar basada en un juicio de probabilidades en un entorno de incertidumbre y que entrañan un ejercicio de discrecionalidad técnica, la fiscalización administrativa de la actividad ha de tener carácter reglado y en modo alguno pivotar sobre conceptos jurídicos indeterminados de difícil determinación. En suma, la administración no puede completar con criterios generales propios los espacios de libertad que deja la norma.

22 M. C. NÚÑEZ LOZANO, *Las actividades comunicadas a la administración. Nuevas perspectivas tras la transposición de la Directiva de Servicios...* cit.

ponsables y de las comunicaciones²³, que ni la modificación de la LRJAP en 2009 ni el Proyecto de Ley que ahora nos ocupa han abordado²⁴. Este último, además, desaprovecha la ocasión que le brinda la decisión de regular de manera específica la posición del denunciante en los procedimientos administrativos en general, y no solo en el sancionador²⁵, pues habría sido deseable que, como mínimo, se hiciera extensivo al tercero denunciante la previsión que el primer párrafo del artículo 62.3 reserva para las denuncias que invocan un perjuicio en el patrimonio de las administraciones públicas (en este caso, “la no iniciación del procedimiento deberá ser motivada y se notificará a los denunciantes la decisión de si se ha iniciado o no el procedimiento”). El Proyecto, por otra parte, no incorpora el precedente que supone el artículo 84.ter de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local²⁶, lo que acaso pueda explicarse porque una ley de procedimiento no es la sede adecuada para ello, como ya he apuntado.

La conversión de este Proyecto en ley, por tanto, seguiría obligando a buscar las soluciones que en cada caso se precisan aplicando las reglas generales existentes. Por ejemplo, la teóricamente posible intervención de la administración en cualquier momento posterior puede matizarse con la aplicación del principio de confianza legítima²⁷ e incluso, por analogía, con la aplicación del artículo 106 LRJAP (artículo 110 del Proyecto), que en buena medida responde a este principio²⁸.

Sin embargo, las conclusiones a que se suele llegar no son siempre correctas. Un ejemplo de ello es el régimen de las medidas cautelares en sede contencioso-administrativa ante las intervenciones a posteriori de la administración: desde la consideración de que las figuras inciden en el ejercicio de derechos y actividades libres, no sujetas a la obtención de título habilitante, es preciso desterrar el automatismo con el que se deniegan las medidas cautelares; para ello, desde luego, no es necesaria ninguna reforma, pues bastaría con un ejercicio de reflexión detenido para alcanzar la conclusión que aquí se postula²⁹; no obstante, dada la inercia existente, no estaría de más que el legislador recordara que el otorgamiento o denegación de las medidas debe pivotar sobre el criterio del *periculum in mora*, sin que sea de recibo el atajo abierto mediante la traslación de la doctrina que deniega las medidas cautelares en los supuestos de recursos contra denegaciones de autorizaciones.

II.D.- La regulación de las declaraciones responsables y de las comunicaciones no es una regulación de procedimiento administrativo

La sede idónea para el tratamiento de las declaraciones responsables y de las comunicaciones no es, en mi opinión, una ley de procedimiento administrativo. En la disyuntiva “ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas” – “ley de régimen jurídico del sector público”, me parece que es más adecuada su incardinación en esta última, como postulé en 2001 para las comunicaciones previas con potestad de veto, desde la premisa de la necesidad de una regulación “de carácter sustantivo referida a la técnica en sí y no al procedimiento que se inicia con la comunicación” y considerando, con la doctrina italiana, la “nueva manera de entender las relaciones entre el ciudadano y la Administración”³⁰. La circunstancia de que el Proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público³¹ aborde la regulación de los principios de la potestad sancionadora y la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas avala esta opción, que tampoco resulta satisfactoria.

Lo idóneo sería contar con una regulación sistemática de “las diversas técnicas de intervención sobre las actividades privadas que nuestro Derecho regula en las más diversas, heterogéneas y dispersas normas”³². Un texto de estas características permitiría abordar el conjunto de problemas que a día de hoy presenta la disciplina sobre

23 M. C. NÚÑEZ LOZANO, *Las actividades comunicadas...* ob. cit. pp. 179 ss.; “Aproximación al régimen jurídico... ob. cit. pp. 121 y 122. En esta ocasión además, y desde la perspectiva de la participación del tercero en el procedimiento, llamé la atención acerca de que “la deseable participación ciudadana en un caso concreto puede ser la razón imperiosa de interés general que justifique un régimen de autorización, ante la evidencia de que un sistema de control posterior no la garantiza en la amplitud en que resulta operativa” (p. 114).

24 M. REBOLLO PUIG (“El repliegue de las autorizaciones... ob. cit.) y J. M. BAÑO LEÓN (“Declaración responsable y derechos de terceros. El lado oscuro de la llamada “better regulation”, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 167, 2014).

25 Ya el artículo 11.2 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, dispone que al denunciante que solicita la incoación de un procedimiento sancionador se le debe comunicar la iniciación o no del mismo. Lo que se postula ahora es que la misma comunicación se gire al tercero que solicita el inicio de un procedimiento de control de una actividad declarada o comunicada mediante denuncia, que se define en el Proyecto como “el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo” (artículo 62.1).

26 Obliga a las entidades locales a establecer y planificar los procedimientos de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de actividades que no precisen autorización habilitante y previa previstos en la legislación sectorial.

27 Con las debidas matizaciones en las que ahora no es posible detenerse.

28 M. C. NÚÑEZ LOZANO, *Las actividades comunicadas...* pp. 170 y 171.

29 M. C. NÚÑEZ LOZANO, *Las actividades comunicadas...* pp. 174 y 175.

30 Pp. 211 y 212; nota número 5 de la p. 212.

31 BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm.154-1, 18 de mayo de 2015.

32 M. C. NÚÑEZ LOZANO, *Las actividades comunicadas...* ob. cit. p. 214. Manifestaba entonces que me parecían insuficientes las enumeraciones imprecisas de los artículos 5 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y 84 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local.

declaraciones responsables y comunicaciones, decantando además soluciones ya ensayadas en la legislación sectorial. Por otra parte, un proyecto de este tipo propiciaría una mejor regulación de la materia, ya que el ejercicio de reflexión que necesariamente habría de preceder a su redacción desvelaría los ajustes que son necesarios entre los diferentes instrumentos de ordenación y control, como recientemente ha puesto de manifiesto REBOLLO PUIG³³. Y además sería una ocasión única para regular figuras como la inspección o las órdenes que, como acertadamente expresa el autor citado³⁴, no han recibido la suficiente atención por parte del legislador.

33 “El repliegue de las autorizaciones... ob. cit., p. 1993.

34 “El repliegue de las autorizaciones... ob. cit., pp. 1994 y ss.