

# 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

Francisco López Menudo  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Sevilla.

## Sumario:

- I. **SOBRE LAS REPERCUSIONES DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y EN LAS FUNCIONES DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.**
- II. **EL CONTROL *A POSTERIORI*: UN PILAR BÁSICO DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS.**
- III. **LOS ANTECEDENTES DE LAS FIGURAS DE LA COMUNICACIÓN PREVIA Y LA DECLARACIÓN RESPONSABLE EN EL DERECHO ESPAÑOL:**
  1. Las comunicaciones a la Administración.
  2. Las declaraciones “juradas” o “responsables”.
- IV. **LA DEFINICIÓN DE ESTAS FIGURAS EN LA LRJAP-PAC:**
  1. Un endeble “derecho común” para declaraciones responsables y comunicaciones.
  2. Las presuntas diferencias, según la Ley 25/2009, entre declaraciones responsables y comunicaciones previas.
    - A. Desde el punto de vista del objeto.
    - B. Desde la perspectiva de la manifestación del interesado.
    - C. El valor de la proclamación de autenticidad en las declaraciones responsables.
- V. **EL RÉGIMEN JURÍDICO DE DECLARACIONES RESPONSABLES Y DE DECLARACIONES PREVIAS:**
  1. Algunas cuestiones preliminares.
    - A. La naturaleza jurídica de estas habilitaciones.
    - B. Estas habilitaciones deben moverse en el campo de lo reglado, no de lo discrecional.
    - C. Deber de la administración de suministrar modelos de estas declaraciones en pro de la seguridad jurídica.
  2. La eficacia de estas habilitaciones.
    - A. Inicio de la eficacia.
      - a) Declaraciones y comunicaciones que permiten el ejercicio instantáneo de la actividad e incluso el ejercicio anticipado.

- b) **Declaraciones y comunicaciones con eficacia demorada.**
  - B. El control de las actividades comunicadas.**
  - C. Cese de la eficacia. Inexistencia de un procedimiento *ad hoc*.**
    - a) **Sobre la subsanación.**
    - b) **La carencia de reglas procedimentales.**
  - D. Consecuencias de la actuación irregular del interesado.**
- VI. FINAL. OTROS ASPECTOS DE RÉGIMEN JURÍDICO NECESITADOS DE REGULACIÓN.**

## **I. SOBRE LAS REPERCUSIONES DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y EN LAS FUNCIONES DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.**

Desde que empezara a gestarse, la Directiva 2006/123/CEE, de Servicios, ha sido fuente propicia de reflexiones y debates de altura, como lo sigue siendo ahora y lo será en el futuro<sup>1</sup>. Pero hay una realidad menos brillante, sin duda, aunque más silenciosa e implacable que está discurriendo por los Diarios oficiales donde se

---

<sup>1</sup> En este plano de las ideas-fuerza sobre la Directiva de Servicios la bibliografía aparecida es ya notable; y son incontables los estudios que abordan aspectos particulares o sectoriales. En cambio, salvo excepciones muy contadas que más abajo se dirán, la doctrina no aborda el tema que aquí nos ocupa, siendo la autorización administrativa la figura que sigue acaparando la atención, ahora *por mor* de la “cura de adelgazamiento” a la que se ve sometida por la Directiva y las disposiciones que las transponen. En cuanto a los estudios del primer tipo es obligada la cita de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Un nuevo Derecho administrativo para el mercado interior europeo”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007, págs. 189-197; “La ordenación del comercio interior y la Directiva de Servicios 2006/123”, *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, núm. 38, 2008, págs. 499-518. GONZÁLEZ GARCÍA, J. “La transposición de la Directiva de servicios: Aspectos normativos y organizativos en el Derecho español”. *Revista española de Derecho europeo*, núm. 32, 2009. MUÑOZ MACHADO, S., “Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios” *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 21, 2009, (*revistas@iustel.com*); “La transposición de la Directiva al ordenamiento español”, *Revista APD: Asociación para el progreso de la dirección*, núm. 231 (dedicado a la Directiva Bolkestein: liberalización al servicio del consumidor); PAREJO ALFONSO, L. “La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein: la interiorización, con paraguas y en ómnibus de su impacto en nuestro sistema”, *El Cronista del Estado social y de derecho*, Iustel, núm. 6, Madrid, 2009; “La Directiva Bolkestein y la Ley paraguas ¿Legítima el fin cualesquiera medios para la reconversión del Estado “autoritativo”?”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 32, 2009. QUADRA-SALCEDO, T. (Dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CEE, relativa a los servicios en el mercado interior*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009; QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “Quo Vadis Bolkestein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007, págs. 237-280; RIVERO ORTEGA, R. (Dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas*, ed. Civitas, Pamplona, 2009; “Reformas de Derecho Administrativo para 2010: la difícil transposición de la Directiva de Servicios en España, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 34, 2009. VILLAREJO GALENDE, H., (Dir.), *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*”, ed. Comares, Granada, 2009; VV.AA., “La Directiva relativa a los servicios en el mercado interior (la Directiva Bolkestein)”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, (número monográfico), núm. 14, 2008; *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, edit. Círculo de Empresarios, Madrid, Octubre, 2009.

publican las normas jurídicas, tanto estatales como autonómicas. Sencillamente, en estos tiempos está sucediendo “lo que se veía venir”, la aparición de disposiciones de todo rango que están modificando notablemente el ordenamiento administrativo. Una producción masiva de normas hecha, por cierto, no desde la coordinación deseable y exigible, sino desde un desarreglo notorio. En efecto, se ha ido creando un enorme paquete normativo verdaderamente caótico, incapaz de suministrar líneas conceptuales claras y, por tanto, de muy difícil manejo. Esto es lo primero que hay que destacar, al menos por lo que atañe a las dos figuras de las que aquí trataremos.

Para velar por una realización armónica del proceso de transposición de la Directiva de Servicios –tan necesaria dado el intenso protagonismo de las Comunidades Autónomas en este proceso– el Estado contaba en este caso, además de otros títulos, con dos instrumentos especialmente incisivos *ex art. 149.1.18ª CE*: la competencia para dictar las “bases de régimen jurídico” de las figuras en cuestión, y sobre todo el “procedimiento administrativo común”, concepto este mucho más intenso que el anterior y que, por tanto, excluye más claramente la posibilidad de innovaciones autonómicas en el diseño de estas técnicas<sup>2</sup>. Pero pueden apreciarse dos cosas; de una parte, que el Estado no ha hecho un uso correcto –por defectuoso y escaso– de dichos títulos competenciales, dada la pobreza que en este sentido muestra el nuevo artículo 71 bis de la LRJAP-PAC; y de otra parte, que tanto la normativa autonómica como la del Estado surgida de las llamadas Leyes “paraguas” y “ómnibus” (serán llamadas en adelante por sus números: Leyes 17 y 25 de 2009, respectivamente), se apartan en muchos casos de esa frustrada “norma común”. Ello pone al descubierto un problema quizás mayor, relativo al papel coordinador del Estado y al debilitamiento de la fuerza de la Ley estatal. En suma, el proceso de transposición de la Directiva ha ofrecido una especie de indisciplina hacia lo troncal en la que el propio Estado ha sido el primer protagonista.

No es ocasión de exponer aquí minuciosos inventarios sobre las características de las numerosas normas producidas hasta la fecha, pero sí cabe resumir que en el ámbito estatal, amén de las Leyes 17 y 25 de 2009 se han dictado una docena de Reales Decretos de adaptación de procedimientos en línea con lo establecido en dichas normas superiores. Estos Reglamentos estatales han modificado otras muchas disposiciones y un número de procedimientos muy elevado<sup>3</sup>. Lógicamente, versan sobre materias que son de la competencia estatal (energía, telecomunicaciones, patentes, vías pecuarias, etc.).

---

2 En efecto, en este caso las modulaciones posibles sólo caben por razón de las “especialidades derivadas de la organización propia”. No hay que olvidar que según la doctrina de la STC 227/1988 de 29 de noviembre, la idea de procedimiento administrativo común no se identifica estrictamente con el *iter* procedimental sino que alcanza también a otros aspectos, tales como los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos, o sea, sustancia de la que están compuestas en buena parte estas figuras en su configuración abstracta; ello sin perjuicio, obviamente, de las especialidades procedimentales *ratione materiae* que puedan jugar en el ámbito no incluíble en el concepto de norma común.

3 El Ministerio de Economía y Hacienda identificó hasta 80 leyes estatales, 370 Reales Decretos y cientos de normas autonómicas y locales que serían afectadas por la Directiva. *Vid.* SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A. “Eficacia y proceso de transposición de la Directiva de Servicios en España”, en VILLAREJO GOLENDE, H. (Dir.), *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, ob. cit., pág. 19.

Por su parte, en los últimos meses las Comunidades Autónomas han producido en su conjunto más de medio centenar de disposiciones que han modificado a su vez una cantidad ingente de procedimientos, todo ello presidido por la más pura asimetría. En efecto, aunque a primera vista parezca dibujarse un cierto común denominador montado sobre la competencia de “comercio interior” y actividades aledañas (señaladamente, ferias y turismo) hay que reparar en que la Directiva no atañe sólo al comercio, y es en esta “zona exterior” donde se genera mayormente la heterogeneidad en la normativa autonómica, apreciándose claramente la distinta atención que las Comunidades Autónomas han prestado al proceso de transposición en sí, la disparidad de las materias reguladas, el diferente rango de las normas utilizadas y, desde luego, la distinta interpretación sobre la función a cumplir por las declaraciones responsables y comunicaciones previas. En suma, la diversidad que se ha creado entre Comunidades Autónomas es muy grande, lo que resulta insólito dada la similitud de sus competencias. Es evidente que la Directiva BOLKESTEIN, por su profundidad y carácter horizontal, ha puesto a prueba nuestro sistema autonómico. El problema de la desigualdad de cumplimiento de la Directiva en el seno del Estado es ciertamente un gran problema, que MUÑOZ MACHADO ha tratado con toda precisión<sup>4</sup>.

Para materializar los postulados de la Directiva de Servicios, el abanico de medidas compuesto por esas normas estatales y autonómicas es muy amplio: simplificación de trámites, reducción de cargas administrativas, ventanilla única, refuerzo de la posición jurídica de ciertos reclamantes (por ejemplo, en materia de consumo), eliminación de deberes de inscripción en ciertos registros (aunque se crean otros para coadyuvar a la función de control)<sup>5</sup>, eliminación de límites territoriales para los servicios permitidos, supresión de la intervención administrativa en materia de precios, generalización del silencio administrativo positivo, eliminación de supuestos de autorización previa, la supresión de todo control para ciertas actividades; y, destacadamente, las figuras de la declaración responsable y la comunicación previa, prácticamente “reinventadas” para esta su nueva andadura.

Estos son los mimbres disponibles para abordar el tema presente; y hay que hacerlo siendo conscientes de que resultaría fallido centrarse exclusivamente en la regulación que ofrece el art. 71 bis de la LRJAP-PAC, pues amén de sus defectos propios se encuentra muy contradicho por normas anteriores y posteriores; y con mayor razón resultaría engañoso explicar estas técnicas, como se ha hecho tantas veces, a la luz de lo dispuesto para algún sector en concreto, señaladamente telecomunicaciones. La implantación de estas figuras en el ordenamiento ya se ha desbordado y ello obliga a contemplar el panorama en su conjunto, máxime cuando su envergadura ofrece la “masa crítica” suficiente para poder hacer reflexiones de validez general.

---

<sup>4</sup> “Ilusiones y conflictos...”, cit. pág. 6 y ss.

<sup>5</sup> Así, la inscripción en Registros de Patentes, Control metrológico, Registro Integrado Industrial, Registro Administrativo de Distribuidores de combustibles gaseosos, Registro General de Empresas Prestadoras de Servicios Postales.

En una ocasión como la presente, es lógico preguntarse sobre el grado de repercusión que este magno fenómeno tenga sobre el quehacer de los órganos depositarios de la alta función consultiva, esto es, el Consejo de Estado y los dieciséis órganos autonómicos de su clase creados hasta la fecha. La respuesta no puede darse sino teniendo a la vista las listas de competencias que figuran en sus respectivas leyes reguladoras más las contenidas puntualmente en leyes sectoriales para asuntos concretos; y estas listas nos muestran algo que ya hemos tenido ocasión de resaltar alguna vez<sup>6</sup>: que el mimetismo respecto de las viejas competencias heredadas del Consejo de Estado aún perdura y que, después de veinte años de funcionamiento, contados desde la célebre STC 204/1992 de 26 de noviembre, es decir, después de lo que pudiéramos llamar la reivindicación y conquista del bloque competencial congelado entonces en los artículos 21 y 22 de la Ley orgánica del Consejo de Estado, no se ha producido —en contra de lo que cabía esperar— la adición de competencias nuevas por obra de la legislación autonómica referidas a puntos conflictivos de puro régimen jurídico administrativo que fueren merecedores de ser cubiertos por la garantía que aporta el dictamen de estos Órganos.

Por lo expuesto, estos Consejos no habrán de dictaminar sobre supuestos en los que podría ser muy conveniente su intervención, tales como resoluciones por incumplimiento de títulos habilitantes (señaladamente, autorizaciones administrativas de envergadura y, por extensión, declaraciones responsables o comunicaciones previas de similar relevancia); revocaciones por razones de oportunidad, o por causas sobrevenidas; imposición de sanciones por muy duras que éstas sean (como ocurre en este ámbito, tal como la “imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un periodo de tiempo determinado”, art. 71 bis 4. LRJAP-PAC). Por supuesto, no habrán de conocer estos órganos de hipotéticos casos de revisión de oficio referidos a estas habilitaciones, ya que no se trata de actos administrativos. Por consiguiente, en esta encrucijada, la función de control de los órganos consultivos ha de concentrarse en el “momento normativo”, es decir en el trance de fiscalizar los proyectos de disposiciones sometidos a su dictamen. Y se trata, desde luego, de una tarea nada fácil dada la falta de referencias legales sólidas para efectuar ese control; un control que, por ello, siempre estará situado en el filo de la navaja —esa pesadilla de la función consultiva— de si se mueve en el campo de la legalidad o si se inmiscuye en el ámbito de la oportunidad.

## **II. EL CONTROL A POSTERIORI: UN PILAR BÁSICO DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS.**

Un postulado principal de la Directiva BOLKESTEIN es que la figura de la autorización administrativa previa sólo se mantenga si es jurídicamente posible; y sólo será posible si se cumple la triple condición de que: 1º) esté justificada por una razón imperiosa de interés general; 2º) que el régimen autorizador no genere dis-

---

<sup>6</sup> Pueden verse nuestras reflexiones al respecto en “Evolución de la competencia objetiva de los Órganos consultivos”, en *Actas de las Jornadas sobre la Función Consultiva*. Edit. Consejo Consultivo de Andalucía, Granada, 1998, págs. 131 y ss. También en “El Consejo Consultivo y el Sistema jurídico de Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 45, 2002, pág. 25 y ss.

criminación entre los prestadores de servicios; y 3º) porque el objetivo perseguido no pueda conseguirse mediante una medida menos restrictiva, ya que en esta hipótesis podría frustrarse la función de control (art. 9.1 Directiva 2006/123). Por su parte, la Ley 17/2009, al acoger estos principios remarca el último de ellos, el de proporcionalidad, proclamando que:

“En ningún caso el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad”.

Hay que notar que cuando la Directiva habla de estas medidas “menos restrictivas”, sustitutorias de la autorización previa, se refiere siempre a algún tipo de *control a posteriori*. Éste es el dato fundamental, un control *sucesivo*, sin que la Directiva indique o prejuzgue la técnica concreta que cada Estado miembro pueda utilizar a tal efecto. Y esto es lo que dice cabalmente la Ley 17/2009 en el citado artículo 5: que no cabe un régimen de autorización cuando se pueda obtener el mismo resultado con un control *a posteriori*.

Para implantar este tipo de control, la citada Ley 17/2009 dio el primer paso, pero, sorprendentemente, no para poner en escena la figura que era de esperar, la comunicación simultánea o previa al ejercicio de la actividad, sino otra técnica, la llamada “declaración responsable”<sup>7</sup>, que así ha ascendido súbitamente al “estrellato” de las categorías jurídico administrativas. Queremos decir que la gran figura de la comunicación previa (o simultánea), arquetipo mismo de la categoría de las “actividades comunicadas a la Administración”, queda relegada a un segundo plano, aludida sólo de pasada en numerosos pasajes de la propia Ley 17/2009, sin que ésta defina sus funciones ni sus analogías y diferencias con la declaración responsable. Posteriormente, la Ley 25/2009 sí ha definido ambas figuras, por cierto en términos nada claros, como seguidamente hemos de ver.

Pero lo que importa resaltar ahora es que ambas técnicas son instrumentos principales al servicio de la simplificación administrativa y la dinamización de la economía, principios que están en el frontispicio mismo de la Directiva y tienen un valor hermenéutico esencial a la hora de resolver dudas y lagunas, que no son pocas a la vista del abigarrado panorama al que nos enfrentaremos más abajo.

### **III. LOS ANTECEDENTES DE LAS FIGURAS DE LA COMUNICACIÓN PREVIA Y LA DECLARACIÓN RESPONSABLE EN EL DERECHO ESPAÑOL.**

---

7 Así, el artículo 3.9 señala que se entenderá por *Declaración responsable* “el documento suscrito por la persona titular de una actividad empresarial o profesional en el que declara, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante la vigencia de la actividad”.

Cuando hablamos de “antecedentes” de estas figuras nos queremos referir a una constelación de supuestos particulares que ofrece nuestra legislación, ciertamente muy numerosos pero carentes de un régimen común siquiera mínimo; es más, se carece de estudios doctrinales que con carácter general hubiesen podido contribuir a categorizar estas figuras y advertir de los muchos problemas que sus lagunas pueden plantear en la práctica<sup>8</sup>.

Las inquietudes doctrinales han girado desde siempre en torno a la autorización administrativa, que pese a su propia forma de ser, heterogénea y dispersa, ha contado y cuenta con alguna normativa de carácter general que también ha contribuido a ahorrarla y disciplinar algunos de sus aspectos más polémicos (revocación transmisibilidad, extinción...). En este sentido, es obligado citar el Reglamento estatal de autorizaciones (Real Decreto 1778/1994 de 5 de agosto) y el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955. Da perfecta cuenta del enorme desnivel existente entre autorizaciones y comunicaciones, en cuanto a su altura dogmática, el hecho de que la propia Ley 25/2009 ha tenido que modificar la clásica lista de medios de intervención del artículo 84 de la Ley de Régimen Local, para incluir en ella la comunicación previa y la declaración responsable, así como, en general, “el sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma”. Idéntica operación han hecho algunas CC.AA. en sus respectivas Leyes de Régimen Local<sup>9</sup>.

Aunque estas comunicaciones a la Administración –eclipsadas siempre por la clásica figura de la autorización– hayan tenido un rango discreto como categoría jurídica, ello no permite ignorar su imparable crecimiento en los últimos años, tanto en número como en la trascendencia de los supuestos que constituyen su objeto. Nada que envidiar, pues, a las clásicas autorizaciones de policía, que han ido cediendo

---

<sup>8</sup> Por excepción, hay que citar la meritoria monografía de la profesora NÚÑEZ LOZANO, C., que toma como punto de apoyo de su investigación la *denuncia di inizio di attività* introducida por la Ley italiana 241/1990 de 7 agosto (art. 19), luego modificada por la Ley 537/1993 de 24 diciembre, lo que le permite ofrecer una exposición, muy rigurosa, de las posiciones de la doctrina italiana sobre la figura y una serie de jugosas reflexiones que, no obstante, chocan inevitablemente con la realidad que ofrece la reciente regulación del tema en España. Por otra parte, la propia autora certifica que no abundan los estudios doctrinales sobre la materia y cita -pág. 29, nota 32- a ciertos autores que “dedican alguna atención a la figura” (AGUADO CUDOLÁ, TENA PIAZUELO, TORNOS MAS), *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2001.

Ciertamente, no abundan las reflexiones sobre estas figuras, incluso muchos Manuales no se hacen eco de su existencia, centrandó la atención en la clásica autorización administrativa, como en general lo siguen haciendo las obras aparecidas tras la Directiva de Servicios e incluso tras las Leyes 17 y 25 de 2009. Aborda cuestiones procedimentales siguiendo la huella de NÚÑEZ LOZANO el libro de NIETO-GUERRERO LOZANO, A. M., *Licencia urbanística y comunicación previa de obras*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2007; y trata ya del nuevo art. 71 bis de la LRJAP-PAC LOZANO CUTANDA, B. “Ley Ómnibus, declaración responsable y comunicación previa”, *Diario La Ley*, núm. 7339, 10 febrero 2010. Otras obras reseñables son las de LÓPEZ PÉREZ, F., *El impacto de la Directiva de Servicios sobre el urbanismo comercial*, ed. Atelier, Barcelona, 2009, y CANO MURCIA, A., *El nuevo régimen jurídico de las licencias de apertura*, ed. El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Madrid, 2010.

<sup>9</sup> Por ejemplo, Galicia, Ley 1/2010, modificación de diversas leyes; La Rioja, Ley 6/2009, medidas fiscales y administrativas, y Navarra, Ley 7/2010, modificación de la Ley de Administración Local.

do terreno por mor del propio crecimiento de la sociedad y de sus complejidades técnicas, y por la necesidad de no engrosar más la intervención administrativa ante tal fenómeno. Han hecho el resto la liberalización de actividades antes sujetas a previo control y el impulso dado en dicha dirección por la Unión Europea.

Todo cuanto queda dicho puede predicarse por igual de las declaraciones y comunicaciones. Pero a partir de este punto importa ya diferenciar claramente ambas figuras, sencillamente porque son diferentes, como distintas han sido las funciones que han venido cumpliendo. En este sentido, baste señalar, de entrada —estamos hablando del pasado—, la virtualidad de muchas comunicaciones de operar como acto principal capaz de abrir el acceso a una actividad, a diferencia de la función auxiliar, complementaria, de la clásica “declaración jurada” —madre aparente de la moderna “declaración responsable”—, esto es, manifestación del interesado adherida siempre a una declaración de voluntad principal.

### 1. Las comunicaciones a la Administración.

Estas comunicaciones han constituido un género integrado por muchas especies. Algunas de éstas tienen orígenes remotos aunque sin la importancia que han venido adquiriendo en los últimos veinte años. Han operado y operan en los campos más diversos: ejercicio de derechos fundamentales<sup>10</sup>, en materia de industria<sup>11</sup>, disciplina bancaria<sup>12</sup>, mercado de valores<sup>13</sup>, control de precios<sup>14</sup>, entidades aseguradoras<sup>15</sup>, telecomunicaciones<sup>16</sup>, comercio exterior<sup>17</sup>, Colegios profesionales<sup>18</sup>, etc.<sup>19</sup> etc.

Se trata de un universo sumamente heterogéneo cuya *summa divisio* estaría constituida, de una parte, por las “actividades comunicadas” que pueden dar acceso a una actividad, como si fueran autorizaciones; y, de otra parte, las comunicaciones “interlocutorias” o de mero trámite, es decir, las que sirven para comunicar datos, informar sobre hechos —puesta en marcha, modificación o cese de actividades—, y operaciones diversas; todo ello a efectos informativos, estadísticos, de con-

10 Ley Orgánica 9/1983 de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión, arts. 8 a 11.

11 Ley 21/1992 de 16 de julio, de Industria, arts. 15.4 y 23.

12 Ley 26/1988 de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, modificada por la Ley 3/1994 de 14 de abril, arts. 57 y 58.

13 Real Decreto 1343/1992 de 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 13/1992, de 1 de junio, de Recursos Propios y Supervisión en base consolidada de las Entidades Financieras, art. 41.2

14 Real Decreto Ley 7/1996, sobre Medidas Urgentes de carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica, art. 28.

15 R. D. Legislativo 6/2004 de 29 de octubre, Texto Refundido Ordenación y supervisión de seguros privados, art. 5.8.

16 Real Decreto 1651/1998 de 24 de julio, Reglamento de desarrollo del Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, art. 14.5

17 Real Decreto 1816/1991 de 20 diciembre, de transacciones económicas con el exterior, art. 4.1.

18 Real Decreto Ley 6/1996 de 7 de junio, modificadora de la Ley 2/1974 de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, art. 3.4º.

19 Además de los supuestos que cita NÚÑEZ LOZANO, C., ob. cit., págs. 17 y ss. pueden verse más ejemplos en SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, ed. Tecnos, Madrid, 2009, pág. 661.

trol, etc.<sup>20</sup> Ocioso es decir que este segundo tipo de comunicaciones no son las concernidas por la Directiva de Servicios.

En el ámbito de las actividades comunicadas *proprio sensu*, es decir, las que operan como llaves que abren el acceso a una actividad, la diversidad de modalidades y fórmulas jurídicas tampoco se queda corta. Hay supuestos en que la presentación de la comunicación permite al interesado ejercer la actividad desde ese mismo momento; pero lo normal es que su eficacia venga demorada por un plazo ya establecido, bien en días o incluso en meses, que permita a la Administración reaccionar y eventualmente oponerse, o sea, vetar la iniciativa. Y en los supuestos en que la norma permite el ejercicio instantáneo de la prestación, es muy raro que no esté fijado un plazo concreto dentro del cual la Administración pueda suspender la actividad que ya se viene ejerciendo.

Sin entrar en la infinita casuística que nos brinda ese universo, lo que aquí interesa retener son tres rasgos esenciales: a) por lo general, antes del inicio de la actividad la Administración cuenta con un plazo en el que puede fiscalizar la iniciativa del interesado; por tanto, no es cierto que las comunicaciones estén totalmente desconectadas de la idea de control preventivo de la actividad. Asociar –como se suele hacer– la figura de la comunicación a la idea de control *a posterius* es un sofisma; b) cuando se permite el inicio de la actividad en el momento de la presentación de la comunicación, casi siempre pesa sobre la Administración el deber específico de fiscalizar la iniciativa del interesado en un plazo establecido al efecto; c) la Administración sólo debe contestar al interesado en el caso de que se oponga, no debiendo emitir en ningún caso un acto autorizatorio; d) el interesado, junto a la comunicación debe presentar los documentos o pruebas que avalen el derecho que ejercita.

## 2. Las declaraciones “juradas” o “responsables”.

“Declaración responsable” es una fórmula bastante reciente como expresión, pero como técnica jurídica su origen es tan remoto como el Derecho o la sociedad misma, que siempre ha requerido de quien declara que pronuncie el juramento o la promesa de que dice la verdad, o que cumplirá la obligación asumida o que acatará la decisión que se arbitre por quien corresponda. Ciertamente, el hecho de que la palabra dada no baste, sino que se exija el añadido de un juramento, dice poco de la fiabilidad del ser humano.

En nuestro Derecho es evidente que las declaraciones responsables son herederas de las “declaraciones juradas” que han existido prácticamente desde siempre. Sería muy difícil concretar su origen histórico máxime teniendo en cuenta que

---

<sup>20</sup> Son las que MORELL OCAÑA, L., ha encuadrado como “actuaciones de constancia”, al igual que los inventarios y los registros. *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, 3ª ed.*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 39. Ciertamente, SANTAMARÍA PASTOR, J.A. trata en lugares diferentes las que llama “comunicaciones previas con reserva de oposición” y las simples comunicaciones que se encuadran entre las técnicas de información a la Administración. *Principios de Derecho Administrativo General*, ob. cit. págs. 267 y 281.

las manifestaciones bajo juramento han servido a múltiples efectos, siendo uno de los más clásicos el de operar como requisito necesario para la ocupación de cargos públicos, establecido ya en *Las Partidas*<sup>21</sup>. Pero no es difícil hallar ejemplos muy antiguos que respondan a la idea de la declaración responsable que manejamos en la actualidad<sup>22</sup>.

En cuanto al pasado más próximo, puede afirmarse que las declaraciones juradas proliferaron tras la Guerra civil, señaladamente en materias tan sensibles como el abastecimiento o la construcción de viviendas. La ocultación o falsedad en las declaraciones podía conllevar graves sanciones e incluso la privación de libertad<sup>23</sup>. En la etapa intermedia del régimen franquista aparecen disposiciones de notable relieve que vienen a consolidar esta técnica. Especial mención merecen en este sentido el Reglamento de Notariado de 1944<sup>24</sup>, el Reglamento Hipotecario de 1947<sup>25</sup> y el Reglamento de la ley de Registro Civil de 1958<sup>26</sup>, siendo un

**21** En VI, Tít. IV, Partida III, (juramento de los jueces), citado por COLMEIRO, M., *Derecho Administrativo español*, Vol. II, pág. 295. Otro ámbito donde cobran sentido las declaraciones juradas es el de los nombramientos de los guardas (“jurados”) que habían de prestar juramento ante la autoridad pública para que sus denuncias pudieran hacer fe, salvo prueba en contrario. Son muy expresivos al respecto los Anejos al Tratado de Bayona de 2 diciembre 1856 (art. 3º) sobre límites en la frontera de Navarra y Guipúzcoa (*Gaceta*, 9 abril 1859); el Tratado de Bayona de 14 abril 1862 (art. 3º), de límites entre España y Francia desde Navarra hasta el Valle de Andorra (*Gaceta*, 5 mayo 1863). Sobre este mismo punto puede verse el relato de COLMEIRO, M., cit., pág. 152 y 227-8 a propósito de ciertas disposiciones de la época que contemplaban esta jura de los guardas rurales o de campo ante el Gobernador o el Alcalde.

**22** Así, la declaración jurada (expresando las características de la mercancía en tránsito) que exigía el Reglamento de 27 abril 1866 para la ejecución del Convenio celebrado entre España y Portugal con el fin de facilitar las comunicaciones entre ambos países, o las “relaciones juradas” que los contribuyentes habían de hacer de su predios rústicos y urbanos, censos, foros..., cit. COLMEIRO, M., Vol. II, pág. 295. Asimismo puede señalarse el art. 624 del Código de Comercio de 1885, relativo a la declaración que había de hacer el capitán de la nave naufragada ante la autoridad más inmediata; o la Orden de 18 abril de 1875 referida al cálculo de la renta de arrendamientos (*Escrache*, Tomo IV, pág. 362, año 1874).

**23** En este sentido, la Orden de 23 junio 1939 del Ministerio de Industria y Comercio respecto de la falsedad cometida en las declaraciones juradas presentadas por los comerciantes. Asimismo, el Decreto de 28 abril 1939 disponiendo el decomiso, sanciones económicas, clausura de establecimiento y privación de libertad de los inculcados. Muy significativa es la Nota de la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes de 28 octubre 1939, sobre la obligación de todos los tenedores de artículos de primera necesidad de suscribir la declaración jurada y entregarla en las Alcaldías y Delegaciones Provinciales ya que “al no hacerlo así incumplen una obligación, incumplimiento que será sancionado; se manifiestan antipatriotas y colaboradores con los enemigos del régimen y laboran contra sus propios intereses”.

En materia de reconstrucción cabe citar el Decreto de 4 junio de 1940 del Ministerio de Trabajo, que obliga a los constructores a la declaración jurada de datos necesarios para obtener los beneficios fiscales previstos. De esta época puede también citarse la Orden de 2 febrero 1940 (art. 14) que contempla la figura de la declaración jurada como uno de los requisitos para el reconocimiento del subsidio de vejez, que desplazó el régimen del “retiro obrero”.

**24** Decreto de 2 junio 1944 (BOE 7 julio). Su artículo 280.4º d) incluye la declaración jurada como medio de prueba, entre otros, para la reconstrucción de instrumentos públicos inutilizados.

**25** Decreto de 14 febrero 1947 (BOE 16 abril). Su artículo 459 contempla la declaración jurada a efecto de acceder a concurso para ocupar ciertas plazas, consistente en manifestar no haber sido sancionados ni corregidos disciplinariamente en el ejercicio de sus cargos.

**26** Decreto de 14 noviembre 1958 (BOE 11 diciembre). Su artículo 363, relativo a la “Fe de vida” o “de estado” dispone que también puede acreditarse mediante declaración jurada, prestada preferentemente por un familiar.

ejemplo particularmente “ilustre” el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953 por cuanto recoge la práctica de los Pliegos de cláusulas administrativas particulares sobre el deber de los contratistas de formular “declaración bajo su responsabilidad” –aquí aparece la expresión moderna de la figura– de no hallarse comprendidos en los casos de incapacidad e incompatibilidad que inhabilitan para contratar con la Administración (art. 30, en relación con el 4º y 5º), lo que luego han repetido las sucesivas Leyes de contratación del Estado<sup>27</sup>.

Otras disposiciones de diversa importancia fueron poblando el ordenamiento administrativo de este tipo de declaraciones<sup>28</sup> y ya a partir de la aparición de la Constitución de 1978 estas declaraciones “juradas” decaen y son paulatinamente relevadas por la fórmula “declaración responsable”, carente de la connotación religiosa de aquéllas, aunque la legislación surgida tras la Constitución todavía sigue ofreciendo muestras de declaraciones juradas en normas muy destacadas<sup>29</sup> e incluso el Derecho europeo las exige en algunos casos<sup>30</sup>. Pero es una evidencia que en los últimos años la declaración “responsable” ha ido adquiriendo carta de naturaleza<sup>31</sup>, al menos como expresión, aunque en algún caso aislado se utilice también la fórmula “declaración de veracidad” o “declaración solemne”. El espaldarazo definitivo se lo ha dado el proceso de transposición de la Directiva Bolkestein, concretamente desde la aparición de la Ley 17/2009, de tal modo que en sólo unos meses son ya incontables las normas estatales y autonó-

---

**27** Así, el artículo 20 de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 mayo; artículos 49 y 61 de la Ley 30/2007 de 30 octubre de Contratos del Sector Público.

**28** Por ejemplo, el Reglamento de Montes, Decreto 485/1962 de 22 febrero (art. 228) exige declaración jurada de los dueños de fincas pobladas de determinadas especies arbóreas. Reglamento del T.R. de la Ley de Derechos Pasivos de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado (Decreto 2427/1866 de 13 agosto) prevé varios supuestos de declaraciones juradas (de los servicios prestados al Estado; del sueldo, haber o pensión; de las contribuciones -impuestos diversos- que se satisfagan). Reglamento de la Ley de Caza, Decreto 506/1971 de 25 marzo (art. 36), declaración jurada de haber cumplido penas o sanciones impuestas, como requisito para obtener licencia. R.D. 317/1977 de 4 marzo, regulador del Fondo de Garantía Salarial (art. 14). Orden de 6 julio 1977, sobre amnistía a los funcionarios de la Administración Local (art. 11). Orden de 13 abril 1978, sobre situación de los militares que tomaron parte en la Guerra civil.

**29** Así, la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, art. 61, para acreditar la capacidad de obrar de empresarios no españoles. El R.D. 849/1986 de 11 abril, Reglamento del Dominio Público Hidráulico, art. 146, para supuestos de cambio de titularidad de concesiones.

**30** En efecto, las exige si en el Estado existe esta figura; así, las Directivas 1999/42/CEE de 7 junio (art. 9), 2002/83/CEE de 5 noviembre (art. 61); 2009/81/CEE de 13 julio (art. 31.3). En estos casos, referidos todos a la acreditación de hechos negativos (no haber sido declarado en quiebra, no estar incurso en determinadas circunstancias) o muy difíciles de probar (honorabilidad, buena conducta), no se exige declaración jurada si en el Estado miembro no se expiden documentos acreditativos al respecto; y para el caso de que tampoco se practique la “declaración jurada” se sustituye ésta por una “declaración solemne”.

**31** Son ejemplos bien representativos la Ley 38/2003 de Subvenciones (art. 23.4), declaración responsable en sustitución de documentos que han de ser presentados posteriormente, y la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, art. 62, para sustituir la prueba de no estar incursos en prohibiciones para contratar mediante testimonio judicial o certificación administrativa, si dichos documentos no pueden ser expedidos por autoridad competente; art. 130, para acreditar que determinadas circunstancias no han sufrido variación.

micas que han incorporado la “declaración responsable” como figura central de dicho proceso.

Pero lo que ahora interesa resaltar es que en la etapa que estamos considerando –la anterior a la transposición de dicha Directiva– “declaración jurada” y “declaración responsable” han sido la misma figura, sólo distintas en el *nomen*, y han cumplido las mismas funciones. Concretamente, han servido para facilitar las relaciones Administración-administrado, exonerando a éste de allegar pruebas y documentos de difícil o imposible aportación, especialmente cuando se trata de acreditar hechos negativos cuya prueba resulta gravosa para cualquiera (prueba de honorabilidad, de no hallarse en prohibiciones o incursos en determinadas circunstancias, de no haber percibido otras subvenciones, ayudas, ingresos, etc.) y también como vehículo para informar sobre hechos positivos cuya probatura documental también supondría una carga de la que se libera al administrado porque a la Administración le basta en principio con su mera declaración; así ocurre con las que tienen por objeto el suministro de datos, la información sobre la tenencia de productos, datos de ventas realizadas, cambio de titularidad, demostrar requisitos, servicios prestados, etc.

Pero lo más relevante a nuestros efectos es poder concluir con toda claridad, a la vista de lo expuesto, que nunca las declaraciones juradas o responsables han sido una alternativa a la autorización administrativa clásica ni, por tanto, han sido un instrumento que por sí haya permitido el ejercicio de un derecho. Siempre han operado como un requisito más, entre otros, dentro del procedimiento administrativo; o sea, acto del interesado a veces trascendente pero siempre auxiliar de una petición, situación o relación principal; por ello, nunca autónomo ni suficiente para modificar por sí solo la situación jurídica del declarante.

Si se tienen en cuenta estos rasgos tan nítidos, sorprende sobremanera que el legislador de 2009 predique de las declaraciones responsables unas características y les atribuya unas funciones que nunca han tenido, creando así el lógico desconcierto. El diseño que el artículo 71 bis de la LRJAP-PAC hace de la declaración responsable como técnica jurídica se aparta sustancialmente de lo que ha venido siendo esta figura y supone en realidad una creación *ex nihilo*, un producto nuevo, si bien es verdad que el proceso de desarrollo de dicho precepto, tan masivo e indisciplinado, ha propiciado que la configuración de la declaración responsable se haya ido deslizando hacia su “querencia” natural y, por tanto, haya vuelto a conectar con sus rasgos tradicionales, de tal modo que la figura no funciona exactamente como la ha dibujado dicho precepto, aunque tampoco es ya lo que era. Como demostraremos más abajo, la declaración responsable se ha convertido en algo tan amplio e indefinido que puede servir para casi todo, desde habilitar para el ejercicio de un derecho de alto valor social o económico hasta para informar a la Administración sobre el horario de funcionamiento de una discoteca.

Este tratamiento de las figuras que nos ocupan, presidido por la confusión, no hace más que aumentar la *crisis de las técnicas de intervención*, en el sentido

señalado por MUÑOZ MACHADO como la pérdida de coherencia y progresiva dilución de las características básicas de dichas técnicas<sup>32</sup>.

#### IV. LA DEFINICIÓN DE ESTAS FIGURAS EN LA LRJAP-PAC.

##### 1. Un endeble “derecho común” para declaraciones responsables y comunicaciones.

La Ley 25/2009 contiene múltiples referencias a ambas figuras, aunque concentra su regulación en el nuevo artículo 71 bis que añade a la LPAC. El tratamiento que ha hecho dicha Ley de estas dos piezas, ahora tan centrales, no ha sido precisamente afortunado.

Así, en el apartado 1 la declaración responsable es definida como

“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”.

Y en el apartado 2 se define la otra figura:

“A los efectos de esta Ley, se entenderá por comunicación previa 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.”

Este flamante artículo 71 bis de la LRJAP-PAC es censurable tanto por lo que dice como por lo que omite, lo cual es impropio de un precepto catalogable como “norma común”, dada su ubicación en la Ley, como se dijo al principio. Parece claro que tras el trascendente impacto que ha supuesto la Directiva de Servicios, el Estado tendría que haberse esmerado en regular con la debida intensidad los aspectos susceptibles de un régimen común, o sea, los no dependientes de la índole de cada materia. Dicho de otro modo, unas reglas unitarias que disciplinaran los aspectos abstractos de las declaraciones responsables y comunicaciones previas; los aspectos secundarios, sí condicionados realmente por el “modo de ser” de las materias, hubieran

---

<sup>32</sup> Este diagnóstico lo hace MUÑOZ MACHADO, S., considerando la diversificación y mutación de dos técnicas concretas: la concesión y la autorización. *Servicio público y mercado, I. Los fundamentos*, ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 311; asimismo en *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 2º ed., ed. Iustel, Madrid 2006, págs. 1230 y ss. Si la dilución de las características de dichas categorías ha sido obra del devenir histórico podemos decir, en cambio, que las dos remozadas técnicas que aquí nos ocupan -declaración responsable y comunicación previa- ya se encuentran desdibujadas desde su nacimiento por culpa del legislador.

podido quedar perfectamente deferidos a la legislación sectorial, estatal o autonómica. Pero, a nuestro juicio, el legislador estatal ha obrado a la ligera, dejando de regular con carácter troncal algunas cuestiones esenciales.

Consideremos aquí solamente lo que dice el artículo 71 bis LRJAP-PAC, o lo que se desprende claramente del texto; más abajo enunciaremos lo que omite.

- a) Basta la mera lectura del precepto para apreciar que cualquiera de las dos figuras tiene la virtualidad de permitir el ejercicio de una actividad<sup>33</sup>. Así lo confirman otros pasajes de la propia Ley 25/2009, donde ambas técnicas aparecen como indistintas o intercambiables, patología ésta muy destacada en algunas disposiciones de Comunidades Autónomas concretas<sup>34</sup>. Siendo esto así podemos hablar de *confusión* o de *solapamiento* entre las dos figuras<sup>35</sup>, lo que hace necesario de todo punto detectar las diferencias que existan entre ellas. Pues bien, la primera de estas diferencias es la primacía que la Ley da a la declaración responsable, lo que supone la consolidación del alto papel que ya le había atribuido la Ley 17/2009. Esta apreciación queda plenamente corroborada por el desarrollo normativo posterior, como veremos.
- b) Por si no fuera ya oscura la distinción de las funciones que el artículo 71 bis encomienda a dichas figuras, existen no pocas contradicciones entre esa regulación central y el resto de los artículos de la Ley 25/2009, lo cual es desconcertante. Cada parte de la Ley parece haber sido redactada por manos distintas, ofreciendo cada sector (energía, medioambiente, etc.) sus propias “originalidades” respecto de la regulación troncal<sup>36</sup>. Este mismo fenómeno se repite en el plano de la regulación autonómica de estas figuras: cada Comunidad Autónoma ha hecho su propia lectura del significado de estas técnicas, de todo lo cual resulta finalmente un caos absoluto, tan injustificado como censurable.
- c) Una causa determinante de esta dispersión, ha sido la remisión al vacío que hace el apartado 3 de este nuevo art. 71 bis de la LPAC: las comuni-

---

<sup>33</sup> El apartado 3 del propio artículo 71 bis, señala que “las declaraciones responsables y las comunicaciones previas... permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación”.

<sup>34</sup> Tal ocurre en el caso del Decreto 13/2010 de Cantabria sobre impacto ambiental; asimismo y muy marcadamente en la Ley de la Comunidad Valenciana 12/2009 sobre medidas fiscales de gestión administrativa y financiera. También es muy ostensible en el Decreto de esta última Comunidad 63/2010 sobre Agencias de viajes, donde ambas figuras se utilizan de manera indistinta e incluso conjunta como se comprueba claramente en el modelo llamado “Comunicación/Declaración responsable” que se inserta en la disposición como Anexo II, fusión donde la declaración aparece como un mero complemento de la comunicación.

<sup>35</sup> Esto es así hasta tal punto que algunos pasajes de la Ley 25/2009 incluso dan pie a la duda de si la declaración responsable y comunicación previa son en verdad la misma figura; así, Exposición de motivos II, art. 13, Uno, sobre instalación, ampliación y traslado de actividades industriales.

<sup>36</sup> Una gran parte del Dictamen del Consejo de Estado 779/2009 de 21 mayo 2009, emitido sobre el Anteproyecto de Ley 25/2009, está dedicada a poner de relieve las desigualdades internas del texto al regular los distintos sectores o materias.

caciones responsables y las declaraciones previas “*producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente*”, lo cual supone la abdicación del legislador estatal de establecer una regulación suficiente sobre la *eficacia* de estas figuras, a la vez que una patente de curso para que cada legislador –estatal y autonómico– disponga lo que quiera, como así ha sucedido.

## **2. Las presuntas diferencias, según la Ley 25/2009, entre declaraciones responsables y comunicaciones previas.**

Hablamos de diferencias “presuntas” entre ambas técnicas, no sólo por el hecho de que no resultan claras a la luz del propio artículo 71 bis de la LPAC, sino porque toda afirmación apriorística que pueda sentarse al respecto, es seguro que quedará desmentida por alguna norma sobrevenida de las muchas que han sido dictadas sobre el particular, señaladamente en los primeros meses del año 2010.

De entrada cabe afirmar, *grosso modo*, que las declaraciones responsables son referibles a supuestos de mayor envergadura, muy próximos a aquéllos para los que se sigue exigiendo la autorización clásica, mientras que las comunicaciones previas se refieren a controles de menor nivel. En vista de ello, resulta llamativo el vuelco que el legislador ha dado a estas figuras, a la vista del respectivo papel que han venido jugando en nuestro Derecho.

A tenor del nuevo artículo 71 bis LPAC, las diferencias entre declaraciones responsables y comunicaciones previas pueden ser las siguientes:

### **A. Desde el punto de vista del objeto.**

Señala el apartado 1 de dicho precepto que la **declaración responsable** permite “*acceder al reconocimiento de un derecho o facultad, o para su ejercicio*”. Vemos en esta fórmula una función polivalente de la declaración responsable que abarcaría todos los estadios posibles (desde el reconocimiento del derecho que no se tuviera en principio –es decir, el supuesto que recuerda la figura de la autorización *constitutiva*– hasta los reconocimientos puramente declarativos de derechos potenciales o preexistentes, así como la mera permisión de actuaciones que tienen más que ver con la gestión material y cotidiana de situaciones jurídicas perfectamente reconocidas y consolidadas<sup>37</sup>). En puridad, con esta figura tan versátil y por ello tan capaz de cumplir tantas funciones, no sería necesario ningún otro instrumento adicional. Así lo demuestra la nutrida casuística que brindan las disposiciones aparecidas tras la LRJAP-PAC.

En efecto, una de las principales funciones que esas disposiciones atribuyen a la figura de la declaración responsable es la de reconocimiento de derechos, inclu-

---

<sup>37</sup> Tales serían los supuestos contemplados en el art. 15 de la Ley 25/2009 referidos a las entidades de control de la calidad de la edificación y los laboratorios de ensayo para el control de la calidad de la edificación.

so con carácter constitutivo (uso de vías pecuarias, del dominio público hidráulico...), cumpliendo así el papel de las autorizaciones administrativas<sup>38</sup>, como demuestran las disposiciones que al pie se citan<sup>39</sup>. También pueden incluirse en este primer apartado las declaraciones responsables que permiten la inscripción en un registro —generalmente en el sector turismo— que normalmente faculta para el ejercicio de la actividad<sup>40</sup>. Y apurando los conceptos, también podrían encuadrarse en este capítulo las declaraciones que sirven para clasificar las actividades dentro de una determinada tipología<sup>41</sup>. Pero aparte de estos cometidos, las disposiciones surgidas en los primeros meses de 2010 añaden otros que son impropios de esta figura y que corresponderían al ámbito natural de las *comunicaciones*, según éstas han sido modernamente definidas por la legislación reciente que ya ha quedado comentada; así, las declaraciones responsables que tienen por objeto comunicar la mera puesta en marcha de una actividad o su modificación o cese<sup>42</sup>; o las que sirven simplemente para suministrar datos a la Administración<sup>43</sup>. Pero la gran paradoja la constituye el hecho de que las disposiciones autonómicas de adaptación a la Directiva de Servicios atribuyen a las declaraciones responsables un uso adicional que las desconfigura definitivamente respecto al nuevo diseño que les ha dado la Ley 25/2009 y, por ende, el nuevo artículo 71 bis de la LRJAP-PAC. En efecto, numerosas disposiciones la conciben como simple documentación aneja a una solicitud para el reconocimiento u

---

**38** Es elocuente en este sentido el Decreto canario 48/2009 sobre medidas contra la crisis económica y de simplificación administrativa al definir la declaración responsable como el instrumento que sustituye a la autorización.

**39** Andalucía, Decreto 80/2010 (construcción alojamientos de una sola planta en campamentos de turismo; campamentos de turismo de uso privado). Castilla-La Mancha, Ley 7/2009 (instalaciones desmontables en vías pecuarias; establecimiento y ejercicio de actividades turísticas). Castilla y León, Decreto-Ley 3/2009 (ejercicio de la mediación familiar; acceso y ejercicio de la actividad turística; ejercer como empresas de evaluación acústica). Galicia, Ley 1/2010 (control y certificación de productos amparados por una denominación geográfica). Islas Baleares, Ley 8/2009 (establecimientos comerciales inocuos, no considerados gran establecimiento comercial); Decreto 57/2010 (ejercer como empresa instaladora de instalaciones térmicas en edificios). Madrid, Ley 8/2009 (oficinas de turismo; establecimientos turísticos; agencias de viajes). Región de Murcia, Ley 12/2009 (obtención de la condición de feria comercial).

**40** Andalucía, Decreto 80/2010. Castilla-La Mancha, Ley 7/2009. Castilla y León, Decreto-Ley 3/2009. Galicia, Ley 1/2010. Islas Baleares, Decreto 60/2009. Madrid, Ley 8/2009. Navarra, Ley 6/2010.

**41** Andalucía, Decreto 80/2010 (establecimientos hoteleros; alojamientos turísticos, construcción, ampliación o reforma). Comunidad Valenciana, Decreto 7/2009 (clasificación turística).

**42** Andalucía, Decreto 356/2009 (sobre industrias agroalimentarias). Canarias, Ley 12/2009 (actividad comercial). Islas Baleares, Decreto-Ley 1/2009, Medidas urgentes para el impulso de la inversión; Decreto 57/2010 (dar cuenta de la puesta en marcha de la instalación). Es paradigmático el supuesto del Decreto-Ley balear 1/2009 sobre medidas urgentes para el impulso de la inversión en el que se dice expresamente que la declaración responsable sirve para dar cuenta del inicio de actividades económicas empresariales o profesionales en los casos en que estén sometidos a licencia o autorización administrativa (art. 9 y Disposición Adicional Primera).

**43** Andalucía, Decreto 80/2010 (dar cuenta de la finalización de obras, construcción o reforma en materia turística). Cataluña, Ley 26/2009 (declarar datos retributivos; acreditar que se tiene seguro obligatorio de cazador); Decreto 43/2010 (señalar el número de hectáreas afectadas y nivel de daños producidos). Castilla y León, Decreto-Ley 3/2009, Medidas de impulso de las actividades de servicio. Islas Baleares, Decreto 57/2010 (para declarar que se cumplen algunos requisitos). Navarra, Ley 6/2010, modificación de diversas leyes. Incluso finalidades más atípicas como declarar la autenticidad de las copias de documentos que se presenten (Ley riojana 6/2009 sobre medidas fiscales y administrativas, art. 43); o para el visado de Proyectos urbanísticos en Colegio profesional, Decreto 60/2010, Reglamento de Disciplina Urbanística, Junta de Andalucía.

otorgamiento de derechos de diverso tipo (en materia de turismo, de subvenciones, reconocimiento de situaciones diversas)<sup>44</sup> y, rizando aún más el rizo, como documento que ha de acompañarse a una comunicación previa de las que permiten el ejercicio de una actividad<sup>45</sup>. Con esta importante desviación, las citadas disposiciones, por pura inercia, han hecho retornar la figura a sus orígenes, o sea, al de aquellas “declaraciones juradas” cumplidoras de un papel siempre auxiliar.

Por su parte, la **comunicación previa** queda referida “*al ejercicio de un derecho o inicio de una actividad*” (art. 71 bis. 2). A primera vista cabe interpretar que la Ley quiere referirse a los casos en que el derecho ya se encuentra reconocido –por ejemplo por una autorización, o porque se parte de una situación de libertad absoluta– y la comunicación a la Administración opera sólo como una carga para poder actuar fáctica o materialmente. Es decir, que las comunicaciones tienen desde ahora tan sólo esa función “interlocutoria”, auxiliar, que tradicionalmente han cumplido, pero no esa función principal que otrora tuvieron, –la de abrir la puerta al ejercicio de actividades– y que en la actualidad parece haber sido copada por la declaración responsable.

Ahora bien, aunque estas distinciones pudieran ser acertadas, no cabe ocultar el dato de que la expresión “*para el ejercicio de un derecho*” figura tanto en la definición de la declaración responsable como en la comunicación previa, lo que pone de manifiesto el solapamiento existente, y por tanto, el carácter intercambiable de las figuras para una serie muy grande de supuestos. Por si fuera poca esta confusión, generada por la escasa pulcritud delimitadora de los preceptos comentados, el apartado 3 del propio artículo 71 bis añade aún más turbiedad a la distinción entre dichas figuras, al decir que “*Las declaraciones responsables y las comunicaciones previas... permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad*”, sin dejar debidamente claro qué funciones de las que enumera

---

44 Andalucía, Decreto 22/2010, Distintivo calidad ambiental; Decreto 80/2010, Simplificación de trámites administrativos. Turismo. Aragón, Decreto 47/2010, Concesión directa de subvenciones para la adquisición de vehículos. Canarias, Decreto 9/2010, Sistema agrícola de producción integrada; Decreto 13/2010, Guías de turismo. Castilla-La Mancha, Decreto 1/2010, Áreas y talleres de especial interés artesanal; Decreto 16/2010, Tiendas artesanas y red de tiendas. Castilla y León, Decreto-Ley 3/2009, Medidas de impulso de las actividades de servicio. Cataluña, Decreto-Ley 1/2009, Equipamiento comercial; Decreto 2/2010, Agentes inmobiliarios; Decreto 30/2010, Seguridad industrial; Decreto 37/2010, Salones recreativos; Decreto 43/2010, Daños temporal nieve. Comunidad Valenciana, Decreto 54/2010, Establecimientos de restauración; Decreto 233/2009, Fomento innovación comercial. Islas Baleares, Decreto-Ley 1/2009, Medidas urgentes para el impulso de la inversión. País Vasco, Decreto 649/2009, Subvenciones fomento actividades tercer sector; Decreto 41/2010, Apoyo financiero a PYMES. Región de Murcia, Ley 12/2009, Actividad comercial.

45 Diversos preceptos de la propia Ley 25/2009 ofrecen esta mezcolanza; así, los referidos al sector energético en los que se obliga al interesado a comunicar el inicio o cese de una actividad “acompañando la comunicación de una declaración responsable sobre el cumplimiento de los requisitos...”. *Vid.* asimismo, art. 18, Cinco, sobre el inicio y cese de la actividad de comercialización de energía eléctrica; art. 19, Dos, *idem.* sobre productos petrolíferos; art. 19, Tres, *idem.* al por mayor de GLP; art. 19, Cuatro, *idem.* a granel de GLP; art. 19, Catorce, sobre comercialización de gas natural. Reitera este régimen, el RD 197/2010 de 26 febrero, dictado en desarrollo de los preceptos citados de la Ley. Este RD adjunta, incluso, un modelo que incluye la declaración responsable en el cuerpo de la comunicación previa. Asimismo, el RD 369/2010 de 26 marzo sobre escuela de conductores y sobre fabricación, importación, venta y utilización de piezas para reparación de automóviles. Canarias, Decreto 9/2010, Sistema agrícola de producción integrada. Cataluña, Decreto 30/2010, Seguridad industrial. Comunidad Valenciana, Decreto 54/2010, Establecimientos de restauración.

deben ser cumplidas por una u otra técnica. Si, como debe suponerse, el legislador tenía clara –¿o no?– la línea divisoria entre ambas figuras por razón de sus respectivos cometidos, poco esfuerzo le hubiese costado mejorar la gramática del precepto. Mas lo cierto es que ha dejado estas instituciones, ahora tan principales, en un estado de indefinición realmente llamativo, sin que la crítica realizada en su momento por el Consejo de Estado sobre el particular haya servido para mejorar el texto legal en este punto<sup>46</sup>.

Con un telón de fondo tan poco ejemplarizante, no es de extrañar que la normativa sobrevenida haya desbarrado también sobre el papel a cumplir por la figura de la comunicación previa, atribuyéndole cometidos que no le corresponden según el nuevo diseño de su función, deducible de una interpretación sistemática y razonable del oscuro artículo 71 bis LRJAP-PAC<sup>47</sup>. Ciertamente, el grueso de su papel es el de instrumento transmisor de información; desde la clásica notificación de puesta en marcha de actividades ya autorizadas o no precisadas de autorización<sup>48</sup>, hasta el mero suministro de datos diversos: para dar cuenta de la transmisión de empresas, transferencia de autorizaciones, modificación y cese de la actividad, modificación de los datos de inscripción, de periodos de funcionamiento, de cierre, de horarios, apertura de sucursales, préstamos obtenidos, etc.<sup>49</sup> etc. Pero la normativa de desarrollo que estamos considerando brinda ejemplos en los que la comunicación previa cumple el mismo e importante papel atribuido *ex lege* a la declaración responsable, lo que también supone un

**46** En su dictamen 779/2009 de 21 mayo 2009 sobre el Anteproyecto de Ley el Consejo de Estado señala: "...cabe objetar el que la regulación proyectada sea en ciertos puntos abierta e imprecisa y que no siempre se sigan criterios homogéneos a la hora de regular algunas materias. Ello se advierte, por ejemplo, en la regulación de las figuras de la declaración responsable y la comunicación previa. Dejando a un lado los motivos que han llevado a exigir en cada caso una u otra modalidad de control -algo que no se ha aclarado ni justificado a lo largo de la tramitación del anteproyecto-..." (V.3). Aunque el reproche se nos antoja excesivamente tibio en comparación con la envergadura de la cuestión, era sin duda suficiente para incitar a una mejora sustancial del texto legal, lo que no ha sucedido.

**47** Es paradigmático de lo que decimos el tratamiento de la comunicación previa que se contiene en la Ley 8/2009 de la Comunidad de Madrid sobre medidas liberalizadoras y de apoyo a la empresa: habrá de ser cursada con antelación de un mes y se acompañará "la documentación y en todo caso la declaración responsable".

**48** Canarias, Ley 12/2009, Licencia comercial; Decreto 48/2009, Crisis económica. Simplificación administrativa; Ley 14/2009, Ordenación del turismo (construcción, ampliación, rehabilitación o reforma de establecimientos turísticos de alojamiento); Decreto 9/2010 (producción o comercialización bajo el logotipo de garantía Producción Integrada Canaria; para iniciar la actividad de control y certificación en materia agroalimentaria). Cantabria, Decreto 6/2010 (para iniciar sorteos con fines publicitarios). Cataluña, Ley 2/2010 (para introducir mejoras en establecimientos de acuicultura). Castilla-La Mancha, Ley 7/2009 (modificaciones o reformas que puedan afectar a la clasificación ya otorgada; actividad ferial). Comunidad Valenciana, Decreto 7/2009 (apertura de establecimientos). Galicia, Ley 1/2010 (celebración de ferias o exposiciones de ámbito exclusivamente local). Madrid, Ley 8/2009 (comercio de bienes declarados de interés cultural; para sustituir la inscripción en el Registro).

**49** Cantabria, Decreto 13/2010, Impacto ambiental. Cataluña, Ley 20/2009, Control ambiental; Decreto 13/2010, Derecho vivienda; Decreto 30/2010, Seguridad industrial. Castilla-La Mancha, Decreto 1/2010, Áreas y talleres de especial interés artesanal. Castilla y León, Decreto-Ley 3/2009, Medidas de impulso de las actividades de servicio. Comunidad Valenciana, Decreto 54/2010, Establecimientos de restauración; Decreto 52/2010, Espectáculos públicos; Decreto 63/2010, Agencias de viajes. Galicia, Ley 1/2010, Modificación de diversas leyes. Islas Baleares, Decreto 60/2009, Materia turística; Decreto 57/2010, Instalaciones térmicas. Madrid, Decreto 19/2010, Centros privados de enseñanza. Navarra, Ley 6/2010, Modificación de diversas leyes. País Vasco, Decreto 628/2009, Colaboración financiera en materia de vivienda y suelo. Región de Murcia, Ley 12/2009, Actividad comercial.

retorno a los orígenes de la figura, que sí valía entonces para viabilizar el reconocimiento y ejercicio de los derechos. En efecto, no son pocas las disposiciones que confían a la comunicación lo que teóricamente está ahora conferido a la declaración responsable como función principal<sup>50</sup>. Algunas son absolutamente expresivas en este sentido<sup>51</sup>. En suma, los meros datos hablan por sí solos de que, al menos desde el punto de vista del objeto, la confusión está servida; lo estaba en su raíz y se ha multiplicado.

### **B. Desde la perspectiva de la manifestación del interesado.**

Lo esencial de la declaración responsable no es tanto la afirmación de que el interesado cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente, sino que está en condiciones de probarlo de inmediato porque dispone de la documentación que así lo acredita (apdo. 1, art. 71 bis LRJAP-PAC). No se trata, por tanto, de manifestar que se está en una situación presuntamente regular y susceptible de ser probada, sino en una situación inequívocamente legal que se encuentra respaldada *actualmente* por una prueba documental que ya obra en poder del interesado, pero que éste no viene obligado a presentarla en el momento de hacer la declaración<sup>52</sup>. Ciertamente, la función de este instrumento es la de proclamar “responsablemente” que se dispone de la documentación, que es precisamente lo contrario a tener que presentarla.

Comparando la actual configuración de la declaración responsable y la clásica figura de la declaración jurada, éstas se parecen en que ambas liberan al interesado de presentar pruebas o documentos, pero difieren en algo fundamental: esta “moderna” declaración responsable obliga al interesado a la tenencia actual de la documentación que acredite su derecho o facultad, mientras que aquellas declaraciones hechas bajo juramento, en muchos casos venían precisamente a suplir la carencia de documentos o pruebas, porque éstos eran de molesta o difícil obtención para el administrado, o incluso de imposible aportación si se trataba de acreditar hechos negativos –típicamente, no haber sido sancionado, no hallarse incurso en tal o cual prohibición...– hechos, en suma, sólo desvirtuables por la Administración a través de una acción inspectora.

Como vemos, el vigente art. 71 bis de la LRJAP-PAC no ofrece esta flexibilidad y se instala en un maximalismo que en muchos casos hará que la figura sea inoperante, pues si al interesado se le exige en todo caso y cualquiera que sea la índole del

---

<sup>50</sup> Cataluña, Decreto-Ley 1/2009, Equipamiento comercial; Ley 20/2009, Control Ambiental; Decreto 30/2010, Seguridad industrial (ejercer la profesión de instalación, mantenimiento, reparación... de productos industriales; actuar en la reparación de vehículos automóviles); Decreto 37/2010 (instalación de salones recreativos). Comunidad Valenciana, Decreto 52/2010 (sistema de acceso provisional a la actividad mientras se tramita la licencia); Decreto 63/2010 (para la inscripción en un Registro que permite el ejercicio de la actividad). Galicia, Ley 1/2010 (establecimientos veterinarios, residencias caninas y felinas; comercialización de bienes muebles integrantes del Patrimonio Cultural de Galicia). Región de Murcia, Ley 12/2009 (registro de ventas a distancia).

<sup>51</sup> Así el Decreto-Ley catalán 1/2009 sobre equipamiento comercial, del que se deduce que la figura que viene a sustituir a la autorización es la comunicación y no la declaración responsable; asimismo, en la Ley 20/2009 de control ambiental y Decreto 30/2010 sobre seguridad industrial, ambos de la Comunidad catalana.

<sup>52</sup> En efecto, el RD. 249/2010 de 5 marzo, sobre energía y minas, lo declara expresamente: no se podrá exigir la presentación de documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos junto con la declaración responsable.

asunto que tenga recopilados todos y cada uno de los documentos y pruebas que respalden su derecho a lo que comunica, hay que dudar seriamente de que el objetivo de la simplificación se cumpla y de que la figura de la declaración responsable en concreto reúna verdaderamente las bondades que de ella se predicen en el plano de las ideas.

Creemos que lo dicho hasta aquí es consecuente con el diseño de la declaración responsable que se deduce de la letra misma del art. 71 bis; pero seguidamente es necesario situarse en ese otro discurso determinado por la realidad de lo que está ocurriendo en los Diarios oficiales, al que repetidamente venimos haciendo referencia. En efecto, también en este punto gran parte del planteamiento teórico se desmorona a la vista de cómo, con toda naturalidad, las disposiciones exigen que la declaración responsable vaya acompañada de documentos, con lo cual aquélla resulta ser un documento más entre otros<sup>53</sup>. Esto lo confirman otras disposiciones que exoneran de esa probanza documental precisamente por la escasa envergadura del asunto<sup>54</sup>.

Esa exigencia de que el interesado posea actualmente los documentos y pruebas acreditativas de lo que declara, no la contempla la Ley para la figura de la comunicación previa, cuya función, es la de “*poner en conocimiento de la Administración Pública competente los datos identificativos y demás requisitos exigibles*”<sup>55</sup>. A nuestro juicio, un recto entendimiento del precepto lleva a concluir que en este caso la Ley no prejuzga nada acerca de los documentos que deban o no acompañarse a la comunicación; o sea, que habrá que estar a lo que resulte de cada disposición, las cuales podrán exigir o no la presentación de la prueba en función de la importancia de cada asunto<sup>56</sup>. Esto es lo normal, es decir, lo que siempre ha regido tanto para las comunicaciones “interlocutorias” como para las que daban acceso a una actividad.

### **C. El valor de la proclamación de autenticidad en las declaraciones responsables.**

Una ostensible diferencia entre ambas figuras, al menos desde la pura literalidad de la Ley, deriva del dato de que es inherente a la declaración responsable que el manifestante haga expresa proclamación de la autenticidad de lo que declara, exigencia que la Ley no extiende a las comunicaciones previas. Es seguro que el peso

---

<sup>53</sup> Andalucía, Decreto 60/2010, Reglamento Disciplina Urbanística; Decreto 22/2010, Distintivo calidad ambiental; Decreto 80/2010, Simplificación de trámites administrativos. Turismo. Castilla y León, Decreto-Ley 3/2009, Medidas de impulso de las actividades de servicio. Comunidad Valenciana, Ley 12/2009, Medidas fiscales de gestión administrativa y financiera; Decreto 54/2010, Establecimientos de restauración; Decreto 7/2009, Establecimientos de restauración. Navarra, Ley 6/2010, Modificación de diversas leyes.

<sup>54</sup> Aragón, Decreto 47/2010 (sólo cuando la subvención no excede de 1000 euros). Castilla-La Mancha, Decreto 16/2010 (reconocimiento de tienda artesanal). Galicia, Ley 1/2010, Modificación de diversas leyes.

<sup>55</sup> Esos “datos identificativos” y demás “requisitos exigibles” a los que se refiere la Ley cuando habla de la comunicación previa, apuntan especialmente a los requisitos formales que son inherentes a cualquier solicitud de iniciación de un procedimiento, como lo prueba la remisión que el propio precepto hace al artículo 70.1. de la LPAC, que es el que precisamente regula los requisitos de toda solicitud: hechos, razones y súplica; lugar fecha y firma; y órgano al que se dirige.

<sup>56</sup> Canarias, Decreto 9/2010, Sistema agrícola de producción integrada; Ley 12/2009, sobre licencia comercial. Cataluña, Ley 20/2009, Control Ambiental.

de la tradición tiene mucho que ver con la indicada diferencia y que ésta carece de lógica dado el alto papel que han jugado algunos tipos de comunicaciones previas, muy superior al de las clásicas declaraciones “juradas”. Sin embargo, en la actualidad sí podría tener sentido dado el mayor peso específico que el legislador ha querido darle a la moderna “declaración responsable”.

Lógicamente, lo que importa de la diferencia en cuestión son sus efectos; o sea, si hay que anudar alguna consecuencia especial al hecho de que el interesado falte a la verdad precisamente al hacer una declaración responsable. Pero la Ley 25/2009, lejos de haber aclarado la razón de la diferencia y sus efectos correspondientes, diluye expresamente la supuesta distinción, según resulta del apartado 4 del propio artículo 71 bis, indicativo de que

“la inexactitud, falsedad y omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o a una comunicación previa... determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho... sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar”.

Claramente se comprueba que el tratamiento es idéntico para las dos figuras lo cual es sencillamente desconcertante, máxime teniendo en cuenta el carácter tan principal de la norma y por ello el deber del legislador estatal de haber perfilado debidamente los conceptos.

Ciertamente, ha de reconocerse que el sujeto que dirige una comunicación inexacta, incompleta, o incurre en falsedades, será responsable con independencia de si viene o no obligado por la norma a hacer un juramento o proclama de la autenticidad de lo que dice. Hasta aquí, la igualación que hace la Ley es correcta. Pero a partir de ese punto también se ve lógico que la Ley hubiese dispuesto algún plus de responsabilidad –por dolo, culpa cualificada o actuación de mala fe– contra quien no sólo no dice la verdad sino que declara falsamente que es auténtico lo que dice. Pero al no haber sucedido así pierde mucho sentido la coexistencia misma de dos técnicas jurídicas que, amén de cumplir funciones análogas, según hemos visto, se confunden también en cuanto a las consecuencias derivadas de los incumplimientos de los administrados.

Desde luego, es consecuente que el precepto en cuestión no añada una palabra más a lo que dice en lo que atañe a la responsabilidad civil, ya que los conflictos entre el interesado y los terceros privados que resulten de la puesta en actividad de un servicio habrán de desenvolverse en el marco jurídico privado y sobre el telón de fondo de la cláusula *salvo iure tertii* que deja a la Administración al margen del asunto<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> No vemos obstáculo para la aplicación analógica de la clásica regla concerniente a las licencias: “Las autorizaciones y licencias se entenderán otorgadas sobre el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero” (art. 12.1 Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales), en línea con lo ya indicado supra sobre el encuadramiento de estas técnicas en el “régimen autorizatorio” en cuanto sea jurídicamente posible, como ocurre en este caso.

Por igual o mayor razón es lógico que la Ley silencie lo relativo a las responsabilidades penales del declarante, que habrán de regirse por lo dispuesto en el artículo 392 del Código Penal, según el cual se castiga a los particulares que en documento público<sup>58</sup>, oficial o mercantil cometan algunas de las falsedades siguientes: a) alterar un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial; b) simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad; c) suponer la intervención de personas en un acto que no la han tenido o atribuir a los que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho. Dicho artículo deja fuera del tipo penal la conducta consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos, que sólo contempla en su art. 390.4º en caso de que sea autoridad o funcionario quien cometa la falsedad<sup>59</sup>.

Pero tampoco ha quedado previsto en la LRJAP-PAC lo concerniente a las responsabilidades administrativas, correspondiendo, por tanto, a las Leyes sectoriales la tipificación de las infracciones y sanciones por falsedad u omisión de estas declaraciones y comunicaciones, siendo lógico que reciban un tratamiento severo, como de hecho se ha producido en diversas disposiciones autonómicas con rango de Ley<sup>60</sup>.

## V. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE DECLARACIONES RESPONSABLES Y DE DECLARACIONES PREVIAS.

### 1. Algunas cuestiones preliminares.

Cuanto decimos a continuación es predicable por igual de declaraciones responsables y comunicaciones previas, y se refiere a un conjunto de premisas necesarias para enmarcar tanto los aspectos de régimen jurídico si recogidos en el artículo 71 bis LRJAP-PAC, como los preteridos por esta misma Ley, que no son pocos. Creemos, en suma, que lo que pueda postularse, bien de *lege data*, bien de *lege ferenda*,

<sup>58</sup> A falta de su concreción por el Código Penal, la jurisprudencia considera como documentos públicos cualquiera de los considerados como tales por la LEC (artículo 317) o por el Código Civil (artículo 1.216). En cuanto a los documentos confeccionados por particulares cuyo destino es formar parte de un expediente administrativo, tienen el carácter de documento público aquellos que, siendo privados en su origen, se incorporan a procedimientos judiciales o expedientes administrativos, doctrina consolidada en STS 522/1996, al otorgar el carácter de documentos públicos a ciertos documentos de particular configuración y suscripción, que surgen, desde el instante mismo de su confección, con inexorable y único destino de incorporación a la esfera pública (FJ5).

<sup>59</sup> Como señala BACIGALUPO, E. los deberes de veracidad han sido fragmentariamente considerados en el Código Penal; así, en el delito de estafa (art. 248) y afines, en el de falso testimonio (arts. 158 y ss.), en los delitos societarios referidos a la veracidad de las cuentas anuales y documentos que deben reflejar la situación económica de la empresa (arts. 290 y ss.). Y en el ámbito de las relaciones con la Administración, el deber de veracidad también está tratado de modo fragmentario; así, se incrimina la obtención de subvenciones mediante declaraciones falsas, incompletas o incorrectas (arts. 308, 309 y 628), pudiendo decirse con carácter general, como afirma el autor citado, que fuera de los casos en que las declaraciones falsas tienen por objeto la obtención de contraprestaciones patrimoniales estatales u oficiales, no existe un tipo especial que contemple estos supuestos, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 33.

<sup>60</sup> Por ejemplo, en el Decreto Ley 3/2009 del Gobierno andaluz, Ley 14/2009 de Canarias, Ley 7/2009 de Castilla-La Mancha, Decreto Ley 3/2009 Castilla y León, Ley 12/2009 Comunidad Valenciana.

sobre las cuestiones de régimen jurídico que plantean ambas figuras, no debe hacerse sin contar con las tres consideraciones generales siguientes.

### A. LA NATURALEZA JURÍDICA DE ESTAS HABILITACIONES.

Obvio es decir que la comunicación o la declaración es un acto del interesado, no de la Administración. El efecto habilitante que deriva de ellas tampoco es imputable a un supuesto acto administrativo no expreso, ya que éste no existe. Ese efecto favorable dimana directamente de la norma, siendo la comunicación del interesado una carga necesaria para el despliegue de ese efecto.

La lógica interna de esta técnica excluye la emisión de un consentimiento positivo por parte de la Administración, es decir, la producción de un acto administrativo aprobatorio de la actividad, sea expreso o presunto; o sea, la obligación de resolver expresamente en todos los procedimientos que pesa sobre la Administración, cual dispone el art. 42.1 de la LRJAP-PAC cambia diametralmente precisamente para dar sentido a este mecanismo. Por tanto, esta habilitación no la genera el eventual silencio de la Administración sino la concurrencia de la voluntad de la Ley, perfectamente objetivada en estos casos, y la conducta correcta del interesado en cuanto cumplidor de los requisitos exigidos por la norma. Como certeramente ha señalado NÚÑEZ LOZANO, con estas técnicas se prescinde no ya del acto autorizatorio escrito —pues no se trata de la mecánica del silencio— sino del acto administrativo mismo<sup>61</sup>. Por ello, no existe acto administrativo ni siquiera en los supuestos en que hubiera un plazo específico para vetar la actividad y la Administración no lo hiciese. Esta inhibición de la Administración no sería una autorización sino la inexistencia de un acto prohibitivo que permitirá al interesado seguir prestando la actividad ya iniciada, o bien comenzarla, si este comienzo pendía precisamente de la no emisión del acto obstativo de la Administración.

En suma, la comunicación o la declaración previa no son una solicitud, si bien hay que observar que el tratamiento que están recibiendo por las disposiciones que están adaptando la Directiva de Servicios no dista en muchos casos del que es propio de las solicitudes, sobre todo teniendo en cuenta los numerosos supuestos en que la eficacia de dichas comunicaciones o declaraciones no es instantánea, y los incontables casos en que se exige el acompañamiento de documentos, dos rasgos éstos que son impropios de las declaraciones responsables y que debieran ser, a lo sumo, rigurosamente excepcionales. Ciertamente, no cabe negar que en algunos casos puedan ser necesarias estas cautelas, pero entonces quizás la solución más correcta sea que el legislador lleve estos supuestos a su terreno natural, o sea, al régimen de las autorizaciones administrativas.

Ahora bien, una vez sentado que autorizaciones y comunicaciones —o declaraciones— son figuras distintas es obligado recordar que todas ellas son técnicas de

---

61 Ob. cit., pág. 38.

intervención y se enmarcan en la categoría genérica de las “técnicas autorizatorias” o permisivas del ejercicio de actividades. La diferencia entre ellas está en el método de control, más simplificado en las fórmulas de fiscalización posterior y más complejo en las de control previo<sup>62</sup>; todo esto dicho, desde luego, desde una perspectiva teórica, pues aquí la realidad que ofrecen los diarios oficiales desmitifica cualquier apriorismo que se tenga, como veremos.

Por consiguiente, no hay obstáculo para admitir que las figuras que estamos considerando se integran en un concepto material, no técnico, de “autorización”, como así lo hace la Directiva de Servicios, es decir, un concepto amplio en el que no sólo está contenido la autorización *proprio sensu*<sup>63</sup>. En el mismo sentido, la Ley 17/2009 considera como “régimen de autorización” cualquier sistema previsto en el ordenamiento jurídico que contenga el procedimiento, los requisitos y autorizaciones necesarios para el acceso o ejercicio de una actividad de servicios, lo que evidentemente comprende figuras distintas de la autorización en sentido estricto.

Siendo esto así, es lógico de todo punto que las deficiencias o lagunas de regulación que presenten estas técnicas pueden ser resueltas aplicando análogicamente lo previsto para las autorizaciones (duración, transmisibilidad, extinción...), aunque siempre sin olvidar que estas habilitaciones no son actos administrativos, razón por la que no son aplicables los mecanismos –por ejemplo, la revisión de oficio– que sólo a aquéllos pueden referirse, y siempre salvando las diferencias entre autorizaciones y comunicaciones en cuanto a la forma de acceso a la actividad y al método de control.

## **B. ESTAS HABILITACIONES DEBEN MOVERSE EN EL CAMPO DE LO REGLADO, NO DE LO DISCRECIONAL.**

El funcionamiento eficaz de las técnicas que nos ocupan es incompatible con las dilaciones y las incertidumbres, exige que el control administrativo no entorpezca el impulso emprendedor de los particulares y reclama la máxima seguridad, tanto para el interesado que se aventura en invertir esfuerzo y recursos sin poseer un “papel” oficial que le respalde, como para la Administración que ha de confiar en que la actividad ya emprendida cumple con los requisitos exigidos. Esto significa que las reglas del juego deben estar predeterminadas y ser muy claras, para que el mecanismo pueda estar presidido por la transparencia y la automaticidad. Por consiguiente,

---

<sup>62</sup> Resueltamente afirma SANTAMARÍA PASTOR, J. A., que esta técnica constituye “una modalidad aligerada de la técnica autorizatoria”, *Principios...*, ob. cit., pág. 281. Sobre esta calificación, *vid.* algunas posiciones de la doctrina italiana en NÚÑEZ LOZANO, C., *Las actividades comunicadas...* ob. cit. pág. 38, nota 14.

<sup>63</sup> En verdad se trata de un concepto amplísimo pues el concepto *régimen de autorización* “debe abarcar, entre otros, los procedimientos administrativos mediante los cuales se conceden autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones...”, ya sea mediante una decisión formal o implícita (silencio administrativo)... “o del hecho de que el interesado deba esperar el acuse de recibo de una declaración para iniciar la actividad en cuestión o para ejercerla legalmente” Directiva 200/123, Considerando 39.

nada más contrario a esto que la existencia de márgenes interpretativos, de conceptos indeterminados y, en suma, de facultades discrecionales. Ciertamente, las actividades comunicadas deben regirse por criterios estrictamente reglados.

De acuerdo con lo expuesto, es evidente que son excluibles todas las actividades cuyo acceso venga limitado por la escasez de recursos naturales o por razón de capacidades técnicas, circunstancias éstas que ya de por sí complican notablemente el otorgamiento de autorizaciones. Por tanto, lo discrecional debe quedar confinado en el ámbito de las autorizaciones y aun así debe hallarse comprimido al máximo<sup>64</sup>. Sin embargo, la propia Ley estatal 25/2009 se sale de estas coordenadas al contemplar la posibilidad de acceder, mediante la figura de la declaración responsable, a usos especiales del dominio público hidráulico (navegación y flotación, barcas de paso y sus embarcaderos, y cualquier otro uso que no excluya la utilización del recurso por terceros)<sup>65</sup>, dejando así a la disponibilidad de la iniciativa privada un espacio —el de los permisos demaniales— tradicionalmente reservado a criterios administrativos de oportunidad o conveniencia, amén de su significación general como actos de tolerancia revocables *ad nutum*<sup>66</sup>. No es extraño por ello que en estos casos se haga

---

**64** Hay que observar que el artículo 10 de la Directiva de servicios, que lleva por título “Condiciones para la concesión de autorización” se refiere indirectamente a las autorizaciones discrecionales, aunque sin nombrarlas así. Este giro elusivo hace el precepto algo oscuro en una primera lectura. Su apartado 1 dice así: “Los regímenes de autorización deberán basarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que dicha facultad no se ejerza de forma arbitraria”. El apartado 2 enuncia las características que deberán reunir dichos criterios: a) no ser discriminatorios; estar justificados por una razón imperiosa de interés general, ser proporcionados a dicho objetivo de interés general, ser claros e inequívocos y ser objetivos, ser hechos públicos con antelación, ser transparentes y accesibles. En efecto, *prima facie*, es posible interpretar que la Directiva habla de autorizaciones regladas, pero a lo que se refiere en verdad es a una “facultad de apreciación” (discrecionalidad) delimitada por unos criterios para que aquélla discorra por cauces objetivados. No se trata más que de imponer la tendencia, absolutamente lógica, de que la discrecionalidad reduzca sus márgenes, sin desconocer que la discrecionalidad en sí puede existir. Sin embargo, la Ley 17/2009, parafraseando de modo incompleto lo que establece la Directiva, hace una interpretación maximalista del asunto y viene a negar la existencia misma de discrecionalidad en el otorgamiento de toda autorización, lo que puede en algún caso chocar con la realidad de modo grave. Así, el artículo 6 de dicha Ley ha venido a decir que “los procedimientos y trámites para la obtención de autorizaciones a que se refiere esta Ley deberán tener carácter reglado, ser claros e inequívocos, objetivos e imparciales, transparentes, proporcionados al objetivo de interés general y darse a conocer con antelación”.

**65** Artículo 32. Uno y Dos de la citada Ley. Por otra parte, no deja de ser paradójico que se pueda acceder al uso especial mediante una declaración responsable cuando si se trata de una solicitud el silencio es negativo (art. 43.2 LRJAP-PAC).

**66** Es, desde luego, muy arriesgado que la Ley trate con ligereza estos temas, por los problemas que en la práctica puede generar, sobre todo cuando los usos especiales tienen permanencia y envergadura (así, embarcaderos, establecimiento de zonas recreativas y deportivas, arts. 69 y 74 RDPH) supuestos en que casi siempre será preciso que la Administración contraste caso a caso la concordancia de la actividad proyectada con el interés público o con los derechos e intereses de terceros. Dicho sea en otras palabras, es inconcebible que el interesado, sin más requisito que formular una declaración responsable pueda proceder a una tala de árboles en cauce público o establecer un embarcadero en el lugar que se le antoje. En estos casos siempre será precisa una intervención administrativa en la que inevitablemente jugarán apreciaciones de carácter discrecional. Prueba de ello es la previsión que la Ley 25/2009 hace respecto de un uso de intensidad relativa, tal como la navegación recreativa en embalses, disponiendo que “en la declaración responsable deberán especificarse las condiciones en que se va a realizar la navegación para que la Administración pueda verificar su compatibilidad con los usos previstos para las aguas almacenadas, protegiendo su calidad y limitando el acceso a las zonas de derivación o desagüe, según reglamentariamente se especifique”.

preciso que el legislador adultere el mecanismo normal de la “actividad comunicada” mediante la demora de su eficacia y la introducción de periodos específicos de veto o control administrativo, todo lo cual viene a desnaturalizar la *ratio* de estas figuras. Ocioso es decir que si éste es el resultado final, mejor sería seguir el cauce natural, esto es, la autorización previa. Con toda razón afirma A. TRAVI, que tiene sentido proceder a la liberalización de una actividad sólo si para esa actividad existe una normativa que asegure claridad y certeza, pues de otro modo, paradójicamente el resultado de la reforma es opuesto respecto del deseado<sup>67</sup>.

No obstante, hay que reconocer que la cuestión no puede plantearse en términos simplistas ya que aun en el marco de actividades genuinamente regladas puede ser necesaria una intervención administrativa, aunque mínima, para “modalizar” el ejercicio del derecho de que se trate con el fin de concordarlo con el interés público, intervención que evidentemente cae fuera de lo reglado, si no en el *qué*, sí en el *cómo*, el *cuándo* y el *dónde* (por ejemplo corrección del itinerario programado para celebrar una manifestación), intervención ésta que el art. 71 bis LRJAP-PAC no contempla, pero que debe admitirse por ser conforme con la naturaleza de las cosas. Cosa distinta sería que la Administración tratara de introducir, a pretexto del control, criterios de apreciación discrecionales que son impropios de estas técnicas y que tienen su sede natural en el campo de las autorizaciones. Es rechazable que las declaraciones responsables o comunicaciones funcionen en realidad como autorizaciones encubiertas.

### **C. DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN DE SUMINISTRAR MODELOS DE ESTAS DECLARACIONES, EN PRO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA.**

Como queda dicho, la automaticidad y la eliminación de incertidumbres son dos condiciones *sine qua non* para el funcionamiento cabal de estas figuras. Ciertamente, este funcionamiento no puede quedar supeditado a lo que opine la Administración en cada caso ni a la interpretación que pueda hacer el interesado sobre cuáles sean los requisitos legales exigibles para acceder a una actividad, máxime cuando se cierne sobre aquél el riesgo de incurrir en responsabilidades administrativas, civiles e incluso penales en caso de “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...” (art. 2. Tres, Ley 25/2009).

Propiamente, la cuestión entronca con los deberes de transparencia e información en que, por cierto, insiste la Directiva de Servicios. Ya desde su Preámbulo proclama que la información a los prestadores y destinatarios de los servicios debe ser clara e inequívoca, debiendo incluir, en particular, información relativa a procedimientos y trámites (Considerandos. 50 y 51), lo que reproduce en el artículo 7.1. Este deber de información no incluye el asesoramiento aunque sí comprende la

<sup>67</sup> “La liberalizzazione”, *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 3, 1998, pág. 653.

ayuda<sup>68</sup>, consistente en “dar información sobre la forma en que se interpretan y aplican generalmente [...] los requisitos aplicables a los prestadores establecidos en su territorio, en especial los relativos a los procedimientos y trámites necesarios para acceder a las actividades de servicios y ejercerlas”<sup>69</sup>.

La Ley 25/2009 ha hecho una certera traducción de estos principios, integrando en el nuevo artículo 71 bis de la LRJAP-PAC dos precisiones cruciales. Así, en el apartado 1 dispone que

“Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable”

... y el apartado 5 ordena inequívocamente que

“las Administraciones Públicas tendrán permanentemente publicados y actualizados modelos de declaración responsable y de comunicación previa, los cuales se facilitarán de forma clara e inequívoca y que, en todo caso, se podrán presentar a distancia y por vía electrónica”<sup>70</sup>.

Es ocioso decir que estos modelos no tienen valor constitutivo sobre lo que sea derecho válido y vigente en cuanto a los requisitos exigibles al interesado, sino un valor declarativo, aunque muy cualificado, si se quiere; pero los vicios de que adolezcan no pueden perjudicar al interesado que ajustara sus actuaciones a lo indicado por aquéllos. No han llegado estas disposiciones a precisar si es obligatorio para el interesado el uso directo de estos modelos, lo que a primera vista podría ser respondido afirmativamente habida cuenta la obligatoriedad de que dichos modelos existan. Pero nos parece más correcto sostener que no es obligatoria la utilización del modelo mismo facilitado por la Administración<sup>71</sup> aunque, lógicamente, siempre tendrá el interesado que operar con las fórmulas establecidas, siendo responsable de las infracciones que puedan venir causadas precisamente por no ajustar su comunicación a los requisitos fijados en dichos modelos.

---

**68** El artículo 7.6. de la Directiva precisa que “la obligación de las autoridades competentes de asistir a los prestadores y los destinatarios no les exige que faciliten asesoramiento jurídico en casos particulares, sino que se refiere únicamente a información general sobre la forma en que suelen interpretarse o aplicarse los requisitos”.

**69** Art. 7.2. en relación con el 7.1.a) de la Directiva.

**70** Secundando esta importante previsión, el RD 136/2010 de 12 febrero modifica el RD 772/1999 de 7 mayo por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones, estableciendo como preceptivo “en todo caso el establecimiento de modelos normalizados de declaraciones responsables y comunicaciones previas”. Algunas disposiciones autonómicas también han explicitado este deber; así, Canarias, Decreto 9/2010, Sistema agrícola de producción integrada. Cataluña, Decreto-Ley 1/2009 sobre equipamiento comercial. Castilla y León, Decreto-Ley 3/2009, medidas de impulso de las actividades de servicio; Región de Murcia, Ley 12/2009.

**71** Ello por razones de corte principal: antiformalismo, seguridad jurídica, etc. Avala la orientación antiformalista el RD 249/2010 de 5 marzo (sobre energía y minas) al disponer que la declaración responsable “Se podrá presentar utilizando el modelo establecido en el apéndice 4 de este reglamento”.

## 2. La eficacia de estas habilitaciones.

### A. INICIO DE LA EFICACIA.

#### a) Declaraciones y comunicaciones que permiten el ejercicio instantáneo de la actividad e incluso el ejercicio anticipado.

Señala el art. 71 bis, aptdo. 3 de la LRJAP-PAC, que las declaraciones responsables y las comunicaciones previas permitirán “con carácter general el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad desde el día de su presentación”. De ello resulta clara la posibilidad de ejercer la actividad de que se trate desde el momento mismo en que dichos documentos son depositados en cualquiera de los lugares previstos por la propia LRJAP-PAC para la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones (art. 38.4). Es más, no prevé expresamente que dicha eficacia se despliegue sólo desde el momento en que la comunicación llegue precisamente al órgano competente o desde el momento en que el interesado obtenga un acuse de recibo<sup>72</sup>. Esta es una regulación “ortodoxa” de la institución que además deja sin fundamento la posición de algunos autores basada en el prejuicio de que la Administración cuenta siempre con un plazo para poder vetar la actividad antes de que esta comience<sup>73</sup>. No es así; lo normal es la eficacia inmediata de la comunicación y lo excepcional –por no decir “anómalo” a la vista del nuevo art. 71 bis LRJAP-PAC– es la *eficacia demorada* que analizaremos en el epígrafe siguiente.

Por añadidura, a renglón seguido el propio precepto hace la salvedad –*in melior* para el interesado– de que la *comunicación* podrá presentarse dentro de un plazo *posterior* al inicio de la actividad, cuando la legislación lo prevea expresamente; es decir, que la actividad puede iniciarse, y la comunicación ser presentada después.

Así las cosas, la obligada conclusión es que, a tenor de lo que establece la LRJAP-PAC, no cabe hablar en puridad de comunicaciones *previas* –entiéndase, con eficacia demorada–, sino del posible ejercicio de actividades de modo *simultáneo* a la comunicación, e incluso de comunicaciones *posteriores* a dicho ejercicio. Ciertamente, esto es lo que ha quedado establecido en la LRJAP-PAC como norma común, y esta es, efectivamente, la solución que puede contemplarse en algunos preceptos de

<sup>72</sup> Lo que no sería ilógico, por analogía con lo previsto en el art. 42.3 b) de la LRJAP-PAC respecto al cómputo del plazo para resolver: “desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación”. En cuanto a la mención que hacemos en el texto a un supuesto acuse de recibo no sería extravagante tal medida pues la propia Directiva de servicios habla de ella en su Considerando 39 aunque no esté plasmada en ninguno de sus artículos, a diferencia de lo que ocurre con toda solicitud de autorizaciones, según dispone el art. 13.5.

<sup>73</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, II, 2ª edic., Iustel, Madrid, 2009, pág. 281; SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, ob.cit., pág. 661. Asimismo BLANQUER CRIADO, D., *Curso de Derecho Administrativo*, I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 312-313. No cabe duda de que el prejuicio del que hablamos en el texto está influido por algunos supuestos concretos, tan significados como el del artículo 21.2 de la CE relativo al derecho de reunión y manifestación (la comunicación ha de hacerse con diez días de antelación, art. 8 y 9 L.O. 9/1983 de 15 julio), pero no siempre la legislación ha contemplado esta suerte de eficacia demorada.

la Ley 25/2009<sup>74</sup>, señaladamente en la rama de “Industria”. Y también es lo que han dispuesto expresamente algunas disposiciones autonómicas; así, tanto para las declaraciones responsables<sup>75</sup> como para las comunicaciones<sup>76</sup>. También pueden encontrarse algunos supuestos, muy escasos, en los que cabe presentar la declaración o comunicación después del inicio de la actividad<sup>77</sup>.

Pero sería erróneo pensar que este “régimen común” sea el que se haya impuesto y rija en todos los casos. La realidad desmiente esta suposición, como seguidamente veremos.

### **b) Declaraciones y comunicaciones con eficacia demorada.**

Es sorprendente que la propia Ley 25/2009 haya contemplado una solución distinta a la descrita para los cuatro supuestos del sector “medio ambiente” que la Ley contiene<sup>78</sup>, sin que justifique la razón de este diferente tratamiento. Esto pone de relieve que ya desde el origen mismo de este proceso de transposición de la Directiva de Servicios, empiezan a aparecer preceptos que se apartan del régimen común recién estrenado. Han sobrevenido no pocas disposiciones, estatales y autonómicas, que han optado por la eficacia demorada, tanto para las declaraciones responsables<sup>79</sup>, como para las comunicaciones<sup>80</sup>. La pregunta obligada es si esta solución tiene algu-

---

<sup>74</sup> En el mismo sentido, artículo 11, Dos, sobre reparadores de instrumentos de medición sometidos a control metrológico y artículo 13, Uno, sobre instalación, ampliación y traslado de actividades industriales. Asimismo, en los Reales Decretos 244, 245 y 249/2010 de 5 de marzo en materia de instalaciones de telecomunicación, patentes, energía y minas, respectivamente.

<sup>75</sup> Castilla y León, Decreto-Ley 3/2009, Medidas de impulso de las actividades de servicio. Galicia, Ley 1/2010, Modificación de diversas leyes.

<sup>76</sup> Canarias, Ley 14/2009, Ordenación del turismo. Cantabria, Decreto 6/2010, Juego. Cataluña, Ley 20/2009, Control Ambiental.

<sup>77</sup> Andalucía, Decreto 356/2009 (dentro del plazo de tres meses desde puesta en marcha de industria alimentaria). Cantabria, Decreto 13/2010, Impacto ambiental. Castilla-La Mancha, Decreto 1/2010, Áreas y talleres de especial interés artesanal. Galicia, Ley 1/2010, Modificación de diversas leyes. Región de Murcia, Ley 12/2009, Actividad comercial.

<sup>78</sup> Artículos 32, Uno, sobre circulación de vehículos motorizados por las vías pecuarias; 32, Dos sobre instalaciones vinculadas a una actividad de servicios sobre vías pecuarias; 33, Uno, usos especiales del dominio público hidráulico; 33, Dos, navegación recreativa en embalses. En estos casos, la declaración responsable deberá presentarse con un período mínimo de antelación de 15 días, para que la Administración pueda comprobar la compatibilidad de la actividad con lo que esté ordenado al respecto, lo que supone una reserva específica de veto por parte de la Administración durante ese plazo.

<sup>79</sup> Castilla-La Mancha, Ley 7/2009, Modifica diversas leyes. Castilla y León, Decreto-Ley 3/2009, Medidas de impulso de las actividades de servicio.

<sup>80</sup> Así, dispone el RD 369/2010 de 26 de marzo que la actividad comunicada no podrá ejercerse hasta transcurrido un mes desde que se presentó la comunicación, “en atención a las implicaciones que supone para la seguridad vial”. Por su parte, el art. séptimo. Dos del Decreto-Ley 3/2009, Andalucía, señala que la Administración dispone de un plazo *preclusivo* de un mes para denegar la actuación comunicada por razones de seguridad vial, sin perjuicio de las potestades administrativas de control y la adopción, en su caso, de las medidas cautelares o sancionadoras que pudieran corresponder. Artículo Quinto. Uno, Decreto Ley 3/2009 de 22 diciembre, Andalucía, cit., plazo de dos meses. Oscilan entre un plazo de diez días a dos meses de antelación las comunicaciones contempladas en el Decreto andaluz 60/2010, Reglamento Disciplina urbanística. Canarias, Ley 12/2009, Licencia comercial. Castilla-La Mancha, Ley 7/2009, Modifica diversas leyes. Castilla y León, Decreto-Ley 3/2009, Medidas de impulso de las actividades de servicio. Galicia, Ley 1/2010, Modificación de diversas leyes.

na legitimación o carece de ella. Todo depende de cómo se interprete la expresión “*permitirán con carácter general... desde el día de su presentación*”, pues se puede entender en sentido imperativo como “generalmente y en todo caso”, lo que sería consecuente con el carácter de norma común propio del art. 71 bis, o bien entenderse como que la fórmula admite excepciones (o sea, “con carácter general... salvo supuestos especiales”); en suma que dicha fórmula estaría legitimando implícitamente supuestos de eficacia demorada.

Aunque en muchos casos esta eficacia demorada puede contar con una justificación razonable –por motivos de seguridad, por la complejidad de la tarea fiscalizadora o por otras causas semejantes– lo cierto es que desde el punto de vista formal o del respeto al sistema normativo la conclusión no puede ser más lamentable: la nueva norma de la LRJAP-PAC (art. 71 bis), con sus imprecisiones o sus dudas –“permitirá con carácter general”– ha nacido débil, y por ello se ha visto arrasada por el aluvión de disposiciones que han ido apareciendo sin orden ni concierto.

## B. EL CONTROL DE LAS ACTIVIDADES COMUNICADAS.

Lo propio de las declaraciones y comunicaciones es su posible control tras el inicio de la actividad; se trata de una fiscalización administrativa “en la sombra” que sólo si es negativa se hará visible *ad extra*. Esto es lo normal, aunque ya hemos visto que no son infrecuentes los supuestos de control preventivo, es decir, aquellos en que declaraciones y comunicaciones tienen una eficacia demorada.

Tratándose de una actividad reglada, el objeto del control no puede ser otro que el tipificado como causas que motivan el cese de la actividad (art. 71 bis LRJAP-PAC), esto es:

“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, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable o comunicación previa”

Ciertamente, lo que sea “legal” en estos casos viene ya predeterminado por el modelo mismo de declaración que debe facilitar la Administración (*vid supra*). No cabe, por tanto, que la Administración invoque razones de oportunidad o conveniencia para impedir la actividad. No obstante, hay que tener en cuenta otros supuestos posibles de extinción del derecho o facultad que la Ley no recoge<sup>81</sup> tales como la muerte del titular, la revocación por razones de oportunidad o la extinción del plazo que estuviere establecido, lo que abre lagunas de régimen jurídico de no poca monta, pero que son causas susceptibles de control administrativo, aunque no se encuentren nominadas en la LRJAP-PAC.

---

<sup>81</sup> Por ejemplo, el RD 198/2010 de 26 de febrero, artículo tercero, referido al sector eléctrico, dispone que si en el plazo de un año desde la fecha de comunicación de inicio de la actividad, la empresa no hubiere hecho uso efectivo y real de la misma, la Administración declarará la extinción de la habilitación para actuar.

Nadie duda de que el control administrativo sobre declaraciones responsables y comunicaciones debe ser tanto o más intenso, si cabe, que en las actividades autorizadas, pues si cunde la indisciplina en este campo dichas técnicas se irán desmoronando por sí solas; sólo son viables u operativas si funcionan correctamente. Es obligado recordar aquí la consabida idea de que la implantación de estas figuras desplaza hacia la Administración la carga de un esfuerzo en vigilancia y control que antes la soportaban los privados en forma de dilaciones y trabas burocráticas.

Por ello, como no podía ser de otro modo, la LRJAP-PAC recoge el principio de que los efectos favorables al interesado que derivan de las declaraciones responsables y comunicaciones previas serán “sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas” (art. 71 bis.3), y es oportuno destacar en este sentido la adición a la LRJAP-PAC de un nuevo artículo por obra de la Ley 25/2009 en el que se enfatiza la idea de que las Administraciones Públicas “podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan” (art. 39 bis.2).

Hay que notar, de una parte, que tal potestad de control se formula de forma incondicionada; sin sujeción a plazo; de otro lado, hay que resaltar también que el referido precepto no contempla la hipótesis de que las normas puedan establecer un determinado plazo a contar desde el inicio de la actividad para que la Administración, durante ese plazo, pueda vetar la actividad ya emprendida, mediante la emisión de una orden de cese. Sin embargo, esta imprevisión de la LRJAP-PAC no impide distinguir, dos tipos de control: a) el que se ejerce durante toda la vida de la actividad; b) el que tiene señalado por las normas un determinado plazo desde que la actividad se inicia. La cuestión principal que ello plantea es la de si son compatibles o no. Antes que nada conviene advertir que en España el problema no tiene una gran proyección en la práctica, dado los muy escasos supuestos existentes de controles sujetos a plazo<sup>82</sup>.

En la doctrina italiana ha habido intensa polémica sobre si la previsión de un periodo inicial de control enerva la posibilidad de que la Administración pueda vetar la actividad una vez concluido aquél. Ello es indicativo de cómo subyace aquí también la clásica tensión entre seguridad jurídica e interés público, entre garantías y potestades. En España no vemos base jurídica alguna que permita sostener que el transcurso del plazo conlleve la caducidad de la potestad de control; ésta no se extingue y, como afirmamos *supra* podrá ejercerse en cualquier momento, exista o no un

---

<sup>82</sup> Así, plazo de un mes, artículo Cuarto. Cinco, Decreto-Ley 3/2009 de 22 diciembre para la transposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE, respecto a la construcción, ampliación o reforma de establecimiento de alojamiento turístico sujeto a clasificación administrativa. El Decreto balear 60/2009 de 25 septiembre, sobre unificación de los procedimientos y la simplificación de los trámites en materia turística (art. 24.1) contempla el supuesto y, por cierto, lo resuelve correctamente al explicitar que el control a realizar en el plazo -dos meses- es “sin perjuicio de las inspecciones y comprobaciones posteriores a la finalización de este plazo”.

periodo específico para vetar la actividad<sup>83</sup> y tendrá por objeto tanto los desajustes entre lo declarado en su día y la actividad ejercida que hubieran sobrevenido desde la conclusión de aquel plazo, como las discordancias o falsedades originarias que pudieron haber sido detectadas por la Administración dentro de dicho plazo y sin embargo no lo fueron.

Pero una cosa es afirmar la posibilidad de que la Administración ejerza su potestad de control *sine die*, lo que a nuestro juicio no tiene discusión, y otra distinta son las consecuencias que puede conllevar el hecho de que la Administración no prohíba la actividad durante el “plazo *ad hoc*” y lo haga luego en cualquier momento.

Es claro que si la norma establece un plazo específico ha de ser para que la Administración despliegue una actividad cualificada de control concentrado durante ese plazo, lo que a la par generará en el interesado la confianza de que una vez transcurrido aquél sin oposición de la Administración, se habrá disipado el estado de incertidumbre, siempre latente en estos casos, sobre la regularidad de la situación. Es innegable que una vez finalizado el plazo la situación del interesado se hallará liberada de la precariedad inicial, pasando a tener al menos una apariencia de situación consolidada, por consentida.

Teniendo en cuenta lo anterior resulta difícil sostener que una orden de cese “tardía” –posible siempre, y lícita, como venimos de afirmar– carezca de consecuencia alguna si aquella tardanza no tiene una causa objetiva que la justifique. De entrada, no cabe negar las posibles consecuencias internas, en el ámbito disciplinario; pero esto no parece suficiente para “cuadrar” el supuesto en un marco equilibrado donde se tengan en cuenta las lesiones posibles a los intereses del particular afectado. En este sentido, todo conduce a la institución de la responsabilidad patrimonial, para cuya aplicación no será obstáculo el argumento de que la Administración está ejecutando lícitamente sus competencias, aunque sea fuera del plazo específico, ya que la solución al problema no pasa por imputar a la Administración un “funcionamiento anormal” del servicio público. Pero también habrá que ponderar meticulosamente el nivel de confusión introducido por el propio interesado a través de sus declaraciones y comunicaciones, así como la exigencia de la prueba de la efectividad del daño que se le hubiera irrogado *precisamente* por causa de ese control tardío. En suma, la solución al supuesto no se apartaría sustancialmente de la prevista para las licencias otorgadas erróneamente, *ex art.* 16.3 del Reglamento de Servicios de las Entidades Locales, ello no obstante salvando las distancias y con los temperamentos que se acaban de citar.

Entre las no pocas lagunas que ofrece el art. 71 bis LRJAP-PAC, una muy importante es la de si la Administración puede relacionarse con el interesado que for-

---

<sup>83</sup> No podemos compartir la opinión de BLANQUER CRIADO, D. según la cual si transcurrido el plazo la Administración guarda silencio se presume que no hay obstáculos que impidan el desarrollo de la actividad y ya no podrá impedirla después. *Curso de Derecho Administrativo I*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 312. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., ya indicó esta solución, aunque dentro de otro contexto, en “Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada”, en *D.A.*, núm. 208, 1986, pág. 116.

mula la declaración o comunicación (para recabar información, oponer reparos, etc.) o debe limitarse, bien a prohibir la actividad si ésta no se ajusta a Derecho, o bien guardar silencio si el resultado del control no puede ser negativo.

No es fácil responder a esta cuestión. La propia naturaleza de estas técnicas, amiga del automatismo y la objetividad y contraria a las interferencias administrativas induce a postular la última de las dos hipótesis referidas, máxime teniendo en cuenta lo que diremos *infra* respecto al margen en el que debe moverse en estos casos la posibilidad de subsanación de los documentos del interesado. Pero también puede ser negativo cerrar toda posibilidad de interlocución, sencillamente porque sea necesaria para la viabilidad de la pretensión o para atajar la posible colisión sobrevenida de la actividad de que se trate con el interés público<sup>84</sup>. Ya indicamos *supra* cómo puede ser precisa alguna dosis decisional de la Administración incluso en las actividades marcadamente regladas. En suma, no es prudente sentar reglas rígidas al respecto, sino dar entrada al principio de proporcionalidad y al *favor libertatis* contemplado ahora en la LRJAP-PAC en relación con las medidas que limiten el ejercicio de los derechos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad (art. 39 bis.1). Lo que sí debe quedar claro es que en el ejercicio de esa función de control la Administración no deberá introducir exigencias ni deberes o cargas que no estuvieren contemplados en los respectivos modelos de declaración o comunicación, como tampoco debe servir tal control para subsanar los vicios esenciales de que adolecieran dichos documentos, o su ausencia misma, tanto por ser ello contrario a la lógica interna de estas figuras como por oponerse a lo dispuesto en el art. 71 bis 4 de la LRJAP-PAC.

### C. CESE DE LA EFICACIA. INEXISTENCIA DE UN PROCEDIMIENTO *AD HOC*.

La declaración del cese en la actividad, decretada por la Administración, es en puridad un supuesto de resolución-sanción. El nuevo art. 71 bis de la LRJAP-PAC no regula prácticamente el procedimiento a seguir; es más, lo poco que regula lo remata con otra remisión al “cosmos” (“*todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación*”), lo que evidencia el escaso celo del legislador estatal en haber profundizado con carácter troncal o común en unos aspectos que son tan esenciales para el desenvolvimiento de estas dos técnicas, reentrenadas ahora como “estrellas” de la intervención administrativa. No se comprende el por qué de esa abdicación cuando el establecimiento de unas reglas comunes sobre estos aspectos en nada hubiera mermado el poder de las Comunidades Autónomas de introducir modificaciones basadas en las peculiaridades de su organización propia, o

---

<sup>84</sup> SANTAMARÍA PASTOR ha abogado, sin embargo, por una resuelta intermediación administrativa, o sea, por un “cierto grado de negociación con el titular de la actividad para buscar de común acuerdo la fórmula concreta más adecuada al interés público”, “Silencio positivo: una primera reflexión...”, cit. pág. 117. A nuestro juicio, esta propuesta encierra sus peligros, pues tan negativo es tener que superar una carrera de obstáculos antes de acceder a la actividad como la fórmula inversa, esto es, la de echar a andar e ir arreglándolo todo después.

de añadir otras especialidades demandadas por la índole de las materias de su competencia; ni se aprecia que un supuesto régimen jurídico común, de alcance suficiente, no fuera compatible con el régimen propio de cada sector, por muy diversos que éstos sean.

### a) Sobre la subsanación.

Como ya queda indicado, las causas motivadoras del cese de la eficacia figuran en el apartado 4 del nuevo art. 71 bis LRJAP-PAC. No deja resuelta esta “norma común” lo que deba entenderse por “inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial”<sup>85</sup>, ni si es posible la subsanación *a posteriori* de declaraciones responsables o comunicaciones previas incursas en algún defecto o irregularidad. Es lógico interpretar que podrán ser subsanados los defectos *no esenciales*, esto es, aquellos que no dan lugar al cese de la actividad, pero esto es algo que tendría que haber regulado claramente la Ley, entre otras cosas porque el terreno de las actividades comunicadas, en el que ha de florecer la transparencia y la buena fe recíproca, no es precisamente el más adecuado para que abunden las rectificaciones, enmiendas o aclaraciones posteriores, puesto que éstas son contrarias por naturaleza al rigor que *ab initio* deben revestir las declaraciones de los interesados. Por tanto, si bien parece razonable que haya un margen posible a la subsanación<sup>86</sup>, éste debe ser estricto pues lo contrario pondría en riesgo la fiabilidad misma de estos mecanismos.

### b) La carencia de reglas procedimentales.

El art. 71 bis LRJAP-PAC se limita a referirse a dos momentos o situaciones procedimentales.

En primer lugar, dispone que la concurrencia de una causa determinante del cese

“determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constatación de tales hechos”.

---

<sup>85</sup> Algunas disposiciones autonómicas sí lo han hecho; así, el Decreto 356/2009 de 20 octubre (art. 15. Diez) -Andalucía-: “Se considera de carácter esencial aquella inexactitud, falsedad u omisión en cualquier dato, manifestación o documento incorporado a la declaración responsable que afecte a la clasificación de los establecimientos de alojamiento turístico en cuanto al tipo, grupo o categoría así como a las garantías o seguros que, en su caso, sean exigibles...”. Igualmente, la Ley 12/2009 de 23 diciembre de la Comunidad Valenciana (Disposición Adicional): “Se considera falsedad u omisión de carácter esencial en datos, manifestaciones o documentos aquella que: 1. Afecte a la acreditación de la personalidad física o jurídica del interesado. 2. Afecte a la declaración responsable y comprometa la clasificación de los establecimientos de restauración en cuanto al grupo o disponibilidad del local en el que se implantará la actividad”.

<sup>86</sup> Si la contempla la Directiva de servicios para las solicitudes de autorizaciones, art. 13.6: “Si la solicitud está incompleta, se deberá informar a los interesados lo antes posible de que deben presentar documentación adicional y de los posibles efectos sobre el plazo contemplado en el apartado 3”. Claro es que la *ratio* del precepto no es trasplantable por entero y sin más al ámbito de las actividades comunicadas. Pero sí contempla la subsanación de declaraciones responsables el Decreto andaluz 80/2010 de 30 de marzo, de simplificación de trámites administrativos.

Seguidamente, el propio artículo se refiere a un posterior momento procedimental, señalando que:

“La resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias podrá 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, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado”.

Por tanto, el precepto alude literalmente a un primer trámite consistente en la paralización inmediata de la actividad, o sea, una medida provisional que debe adoptarse tan pronto la Administración tenga conocimiento de la irregularidad. Omite el precepto cualquier referencia a actos de comprobación o a la audiencia del interesado, lo cual no deja de ser anómalo. Y también omite toda referencia al procedimiento que ha de preceder a esa “resolución que declare tales circunstancias”.

Tan “económica” regulación abre un abanico de incógnitas, la principal de las cuales es la de cuándo ha de ordenarse la paralización de la actividad; si en ese primer momento en el que la Administración detecta la irregularidad, de inmediato e inaudita parte; o si por el contrario ha de esperarse a esa resolución final de la que habla el precepto. Éste aboga por la primera solución: la suspensión automática de la actividad “*desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos*”, o sea, se trataría de la imposición *ope legis* de una medida provisional que la Administración debe adoptar inexorablemente. Pero aunque esto sea lo que resulte de la literalidad de dicho precepto no es razonable que la solución quede planteada en tales términos y la prueba de ello es que la propia Ley 25/2009, en otros pasajes de su texto, se aparta del esquema de lo que ella misma establece como norma común. Es más la propia Ley –“paraguas”– 17/2009 contiene en su artículo 7.2 una redacción mejor que la que ha pasado a la Ley 30/1992 al introducir la palabra “comprobación”, lo que indudablemente apunta a la realización de diligencias dirigidas a esclarecer la situación.

En efecto, en el artículo mediante el cual se modifica la Ley de Industria (art. 13. Uno), ya la paralización de la actividad no aparece tan automática, puesto que el incumplimiento de los requisitos ha de ser “verificado” por la autoridad competente, y la actividad ha de cesar “salvo que pueda incoarse un expediente de subsanación de errores”. Seguidamente, el precepto habla de la apertura de “*un expediente informativo al titular de la instalación, que tendrá quince días naturales para aportar las evidencias o descargos correspondientes*”. Como se ve, la Ley 25/2009 aporta soluciones procedimentales necesarias que sin embargo no incorpora a la LRJAP-PAC como hubiera sido lógico y conveniente.

Pero lo realmente paradójico es que sea un precepto aislado y singular de la Ley, referido a la modificación de la Ley General de Telecomunicaciones (art. 27. Uno), el que contenga un procedimiento digno de tal nombre, claro y razonable, con-

forme al clásico esquema iniciación-desarrollo-terminación, con audiencia, obviamente, del interesado<sup>87</sup>, precepto éste que incluso resuelve el supuesto de los incumplimientos sobrevenidos, cuestión que brilla por su ausencia en la norma del procedimiento común<sup>88</sup>, al igual que otros supuestos más matizados<sup>89</sup>.

En conclusión, resulta muy chocante que algo tan básico como el procedimiento de inhabilitación o cese de la eficacia de esas actividades comunicadas carezca de previsiones en el LRJAP-PAC y la solución haya que ir a buscarla en la Ley General de Telecomunicaciones o en otra cualquiera otra que ofrezca unas reglas procedimentales razonables. Tan lógico es que el cese deba ser normalmente decretado tras la tramitación de un procedimiento, como que la Administración pueda adoptar medidas cautelares cuando resulte necesario. Lo que no es lógico es esa paralización inmediata —y en todo caso— de que habla la Ley.

#### D. CONSECUENCIAS DE LA ACTUACIÓN IRREGULAR DEL INTERESADO.

Ya quedaron dichas *supra* algunas reflexiones sobre las “responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar” (art. 71 bis.4 LRJAP), ello al margen de la consecuencia principal: la “imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos”, sobre lo cual también quedaron hechas algunas consideraciones. Dos nuevos tipos de consecuencias quedan por examinar.

De una parte, la posible “obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al inicio de la actividad correspondiente”. Se trata simplemente de la clásica obligación de restitución de las cosas a su primitivo estado, cuando a ello hubiere lugar (por ejemplo, instalaciones en el dominio público) que normalmente se impondrá junto a una multa, pero que no tiene carácter de sanción<sup>90</sup>. Más problemática es la segunda de las consecuencias posibles: que la resolución que declare las irregularidades cometidas por el titular pueda determinar.

<sup>87</sup> Básicamente el procedimiento es el siguiente: a) constatada la irregularidad, se dirigirá al interesado una notificación para que subsane, en el plazo de diez días, los defectos o errores en que haya podido incurrir la declaración responsable, b) se dictará una resolución motivada que podrá resolver teniendo “por no realizada” la declaración responsable; resolución que habrá de recaer en el plazo máximo de 30 días a contar desde el conocimiento de la irregularidad, plazo cuyo cómputo se interrumpirá mientras se sustancia el trámite de subsanación (nuevo art. 42.2. de la Ley de Industria).

<sup>88</sup> El propio artículo 27 de la Ley 25/2009, añade al artículo 42 de la Ley de Industria: “Igualmente, cuando se constate el incumplimiento sobrevenido de alguno de los requisitos determinados reglamentariamente, se le dirigirá al interesado una notificación para que subsane dicho incumplimiento en el plazo de quince días. Transcurrido dicho plazo sin que la subsanación se hubiera producido, se procederá a dictar resolución privando de eficacia a la declaración y se cancelará la inscripción registral”.

<sup>89</sup> Así, la mutación posible de una actividad sujeta a declaración responsable a la necesidad de autorización. Se contempla el supuesto en el artículo 38 de la Ley 25/2009, modificadorio de la Ley de Sanidad animal, respecto de la comercialización de productos zoonosológicos.

<sup>90</sup> Es inequívoca jurisprudencia al respecto: STC 98/2006 de 27 de marzo. SSTS. 5 junio 1998 (Ar. 6143), 25 febrero 1999 (Ar. 1719), 21 febrero 2000 (Ar. 796), 4 noviembre 2002, entre otras muchas.

“la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación”.

Por la forma en que el legislador ha redactado este pasaje –en el mismo párrafo donde contempla la obligación de restituir las cosas– puede inducir a la creencia de que se trata de una posible obligación más, no constitutiva de sanción. Y así lo han entendido algunas disposiciones del proceso de adaptación a la Directiva, diciendo expresamente que esta medida “no constituye sanción”. Pero ello es más que dudoso, pues si bien es cierto que no constituyen sanción las órdenes que tratan sólo de restablecer la legalidad (cierre de establecimientos o cese de actividades carentes del correspondiente título o por otras causas legales)<sup>91</sup>, esto no es extensible sin más al supuesto de la inhabilitación que nos ocupa, que tiene todos los visos de constituir una sanción<sup>92</sup>. Si esto es así, es evidente que el precepto comentado estaría haciendo una tipificación insuficiente del supuesto (fundamentalmente falta el “período de tiempo” que podría abarcar la inhabilitación) y que esa remisión que hace a las “normas sectoriales de aplicación”, han de ser necesariamente disposiciones con rango de Ley. En suma, la imposición de esta medida ha de respetar el conjunto de garantías que dimanar de la Constitución para el ámbito sancionador.

## **VI. FINAL. OTROS ASPECTOS DE RÉGIMEN JURÍDICO NECESITADOS DE REGULACIÓN.**

A las insuficiencias de regulación que presenta el art. 71 bis de la LRJAP-PAC hay que sumar las ausencias de tratamiento de otros aspectos del régimen jurídico de estas figuras, que quizás habrán de esperar a una “segunda vuelta” cuando el proceso de adaptación a la Directiva vaya madurando en todas sus facetas y cuando el propio funcionamiento de estas técnicas demande respuestas legales a los problemas que la práctica plantea.

Los aspectos a los que aquí nos referimos pueden clasificarse actualmente en dos grupos; por un lado, los que están ausentes del art. 71 bis e incluso del conjunto de la propia LRJAP-PAC, pero cuya solución sí está preconfigurada en el cuerpo de la Directiva, o aludida más o menos frontalmente en las Leyes 17 y 25 de 2009, o incluso resuelta por alguna disposición especial de adaptación de las muchas que han sido dictadas; por otro lado están los aspectos absolutamente carentes de toda regulación, cuyas soluciones han de buscarse por vía de analogía con lo previsto para las autorizaciones.

---

<sup>91</sup> STC 119/1991 de 3 de junio; SSTs. 17 diciembre 1977 (Ar. 308/1998), 20 mayo 1999 (Ar. 4159); 7 mayo 2002. Para dilucidar sobre el carácter sancionador o no de este tipo de medidas, vid importante estudio jurisprudencial en la obra de REBOLLO PUIG, M. (y otros), *Derecho Administrativo Sancionador*, edit. Lex Nova, Valladolid, 2010, págs. 57 y ss.

<sup>92</sup> Así se infiere de SSTs de 18 mayo 1983, 15 julio 1988, 30 enero 1990, referidas a los contratos administrativos. Vid. planteamiento de la cuestión en BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, edit. Lex Nova, Valladolid, págs. 294 y ss.

En cuanto a la primera categoría, constituida realmente por un solo supuesto, existe un régimen, aunque fragmentario, de la *validez territorial* de declaraciones responsables y comunicaciones previas. La Directiva proclama el consabido principio de que la eficacia del título es para todo el territorio, si bien lo refiere a la figura de referencia, o sea, a la autorización (art. 10.4)<sup>93</sup>. Pero la Ley 17/2009 traduce correctamente tal principio y lo extiende a las declaraciones responsables y comunicaciones (art. 7.3)<sup>94</sup>. Sin embargo, la Ley 25/2009, sólo incorpora tal principio a algunas leyes concretas<sup>95</sup> sin que explique la razón del por qué no lo aplica también a otras leyes sectoriales de las muchas que modifica.

En el segundo grupo han de incluirse supuestos o figuras tales como la validez temporal de estos instrumentos (si contemplada por la Directiva para las autorizaciones en su art. 11. c); subsanación de comunicaciones y declaraciones responsables; revocación por motivos de oportunidad (que la Directiva admite implícitamente para las autorizaciones en su art. 11.4); transmisibilidad de estas habilitaciones; suspensión de la actividad por orden administrativa, amén del elenco de causas de extinción que fueren aplicables (muerte del titular, caducidad por inactividad<sup>96</sup>, etc.) cuyas soluciones no podrían formarse prescindiendo de todo el acervo doctrinal y jurisprudencial creado en torno a la figura de la autorización e incluso la concesión, siempre *servata distantia*.

### RESUMEN

El estudio analiza, principalmente, el régimen jurídico de la comunicación previa y de la declaración responsable. Dos nuevas figuras jurídicas que han alcanzado una notable relevancia en nuestro ordenamiento a partir de la transposición de

<sup>93</sup> “La autorización deberá permitir al prestador acceder a la actividad de servicios o ejercerla en la totalidad del territorio nacional, incluido mediante la creación de agencias, sucursales, filiales u oficinas, salvo que haya una razón imperiosa de interés general que justifique una autorización individual para cada establecimiento o una autorización que se limite a una parte específica del territorio”.

<sup>94</sup> “La realización de una comunicación o una declaración responsable o el otorgamiento de una autorización permitirá al prestador acceder a la actividad de servicios y ejercerla en la totalidad del territorio español, incluso mediante el establecimiento de sucursales.

No obstante lo anterior, las Administraciones Públicas podrán otorgar autorizaciones o solicitar comunicaciones o declaraciones responsables a los prestadores cuya eficacia esté limitada a una parte específica del territorio cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente, resulte proporcionado y no discriminatorio y de forma suficientemente motivada. Asimismo, podrá exigirse una autorización, una comunicación o una declaración responsable individual para cada establecimiento físico cuando esté justificado por una razón imperiosa de interés general, resulte proporcionado y no discriminatorio. Cuando el prestador de servicios ya esté establecido en España y ejerza legalmente la actividad, estas autorizaciones o declaraciones responsables no podrán contemplar requisitos que no estén ligados específicamente al establecimiento físico a partir del cual pretende llevar a cabo dicha actividad”.

<sup>95</sup> Art. 13. Tres: Ley 21/1992 de 16 de julio, de Industria: “Las comunicaciones o declaraciones responsables que se realicen en una Comunidad Autónoma serán válidas, sin que puedan imponerse requisitos o condiciones adicionales, para el ejercicio de la actividad en todo el territorio español”. Art. 15. Ley 38/1999, de 5 noviembre, de Ordenación de la Edificación. Art. 27. Uno: Ley 32/2003, de 3 noviembre, General de Telecomunicaciones. El Real Decreto 249/2010 de 5 marzo sobre instalaciones térmicas contiene cláusula análoga.

<sup>96</sup> Supuesto que contempla, por ejemplo, el Real Decreto 198/2010 de 26 febrero (art. Tercero) relativo al sector eléctrico.

la Directiva de servicios. Su regulación principal, residenciada en el nuevo artículo 71 *bis* de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común es objeto de detallada crítica por el autor desde diversas perspectivas.

Nos encontramos ante figuras que guardan una notable similitud con otras de antigua presencia en el ordenamiento español, como es el caso de la declaración jurada. Sin embargo, el autor destaca las notables diferencias y, sobre todo, evidencia que la deficiente actuación del legislador resta a estas dos figuras gran parte de la potencialidad que pretende atribuirles la Directiva de Servicios y, con ello, se introducen elementos de inseguridad jurídica en las relaciones entre los administrados y las Administraciones en el control de la realización de ciertas actividades inicialmente sometidas al régimen de comunicación.

También se analizan en estas páginas otros aspectos derivados de la transposición de la Directiva de Servicios operada por las Leyes 17 y 29/2009 tales como la posibilidad que abre a los Consejos Consultivos de asumir nuevas funciones.

**PALABRAS CLAVE:** Procedimiento administrativo. Autorización administrativa. Garantías. Declaración responsable. Comunicación previa.

### **ABSTRACT**

This study essentially analyses the law and jurisdiction of both advance notice and responsibility statement. These are two new legal notions that have gained considerable relevance in our system after the implementation of the Services Directive. They are ruled mainly under Article 71 *bis* of Act 30/1992 of the 26 November on the Legal System of the Public Administrations and the Common Administrative Procedure, which will be discussed extensively by the author from different perspectives.

Here we are faced with two notions that have a great resemblance with others that have long been present in the Spanish legal system, as is the case of the sworn statement. The author, however, highlights the remarkable differences between them, and above all, he puts forward the effect that the poor action of lawmakers has had on these two legal concepts, denying part of the potentiality that the Services Directive meant to attribute them. As a result, legal insecurity elements arise in the relationship between the citizens and the Administrations when it comes to controlling certain activities that were initially subject to the communication scheme.

Another aspect to consider in these pages about the implementation of the Services Directive, operated by Laws 17 and 29/2009, is the possibility that opens up for Advisory Councils to acquire new capacities, among others.

**KEY WORDS:** Administrative procedure. Administrative authorisation. Guarantees. Responsibility statement. Advance notice.