

Las nuevas formas de actuación administrativa y la formulación clásica de la invalidez

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS NUEVAS HABILITACIONES PARA EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES.—III. LAS ACTUACIONES QUE CORRESPONDEN A LA ADMINISTRACIÓN EN LA ACTIVIDAD TOLERADA.—3.1. El control y la supervisión del acceso a la actividad.—3.2. El control y la supervisión ligada al ejercicio de la actividad.—IV. LA TRASLACIÓN DEL ESQUEMA PREVIO AL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN.—V. LA SUSPENSIÓN DE LA ACTIVIDAD.—VI. EL TRATAMIENTO DE LA INVALIDEZ DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.—6.1. Marco actual.—6.2. Proyección en el ámbito de la reforma de la LRJAP.—VII. LA TRASLACIÓN DE ESTE ESQUEMA AL ÁMBITO DE LAS NUEVAS FORMAS DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA Y, EN CONCRETO, SOBRE LA ACTIVIDAD TOLERADA.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo central analizar la incidencia que las nuevas formas de actuación administrativa y de habilitación para el ejercicio de actividades tiene en el procedimiento administrativo y en su producto final como es el acto administrativo. De futuro la actuación expresa —acto administrativo— debe convivir con la mera tolerancia que en tanto habilitación para el ejercicio de actividades puede incidir en la esfera de terceros y se precisa determinar la forma de incidir en dicha esfera y la de formalización de su invalidez.

★ Profesor Titular (Acred.) de Derecho Administrativo. Magistrado de lo contencioso-administrativo.

PALABRAS CLAVE: Autorización administrativa, invalidez, procedimiento administrativo, declaración responsable, comunicación previa, nulidad, acto administrativo.

ABSTRACT

The center of this paper is to analyze the effect that the new forms of administrative action and empowerment for the exercise of activities has in the administrative procedure and its final product is the future act expressly administrative. The performance —administrative act— must live with more tolerance that while entitlement to pursue activities in the field can affect third parties and is required to determine how to affect that area and the formalization of their disability.

KEYWORDS: Administrative authorization, disability, administrative procedure, responsible statement, advance notice, nullity, administrative act.

I. INTRODUCCIÓN

Los últimos años de la histórica normativa general y, específicamente, en lo que se refiere a la forma de realización de actividades económica han sido, ciertamente, convulsos y caracterizados por la introducción de categorías y esquemas jurídicos que aún no han encontrado un encaje general en nuestro Ordenamiento.

En este sentido hemos pasados de una técnica única y clásica como era la autorización administrativa en la que la Administración realizaba un control previo de la actuación administrativa a un conjunto de títulos jurídicos y habilitaciones para dicha actuación —especialmente cuando se refiere a las denominadas actividad económicas— en las que la actuación de la Administración Pública se produce a posteriori. Sobre esta cuestión realizamos un desarrollo más completo en los apartados siguientes del presente trabajo.

Sin embargo, no es objetivo central de este trabajo el analizar dichas nuevas formas ni su incidencia en el ámbito de la libertad personal y de actuación frente a los poderes públicos sino que tiene por objeto, en un momento en el que se anuncia un nuevo rumbo para el procedimiento administrativo con la aprobación de una norma que sustituya y actualice el marco de la LRJAP de 1992, plantear cómo recibe el conjunto del procedimiento administrativo y las categorías clásicas de invalidez aplicadas al acto administrativo¹.

¹ Nos referimos al Proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que fue presentado por el Gobierno el 11 de mayo de 2015 y calificado el 12 de mayo de 2015.

La primera sensación, que puede plantearse desde el principio, es que el legislador procedimental asume el cambio radical en los títulos de actuación administrativa pero que dicha asunción no tiene un reflejo claro y evidente en el ámbito del propio procedimiento y, por ende, de las causas de invalidez del acto administrativo. De alguna forma y, como primera aproximación, podríamos decir que el esquema del proyecto de ley es, esencialmente, continuista y, por tanto, muy apegado a que la actuación administrativa encuentra su reflejo en un actuación administrativa expresa e, incluso, en la ficción de la misma que supone históricamente el silencio administrativo sin que realmente se aclare la proyección que los nuevos títulos tienen sobre el procedimiento y las reglas de actuación administrativa y, por ende, por la proyección que sobre dichas actuaciones o admisiones de la actuación de los ciudadanos tiene la teoría general de la invalidez del acto administrativo.

De alguna forma parece que el legislador y los operadores jurídicos han transmutado los elementos clásicos en la exigencia y el valor central de la Administración de comprobar la legalidad y la validez de la actuación administrativa mediante las actividades de comprobación. Es cierto que, sin duda, este elemento —el de la comprobación— tiene un valor y un alcance que, sin duda, adquiere validez propia y realmente marca un ámbito de relaciones que tienen una dinámica propia que obliga a la Administración a la realización de la misma. Pero es cierto que la actividad de comprobación tiene una dinámica propia que no puede considerarse como excluyente de la existencia de otras relaciones.

En este sentido conviene indicar que la comprobación es una actuación adicional que opera sobre una realidad que, sustancialmente, se solapa sobre una relación adicional que debemos identificar como la relación de tolerancia que ciertamente produce efectos jurídicos y que permite el ejercicio de una actividad que afecta o perjudica a los propios interesados pero, también, a terceros que no pueden quedar únicamente pendientes de que la Administración ejerza o no la actividad de comprobación.

Esta actividad permitida o consentida produce efectos en la esfera interna del solicitante de la actividad pero produce, igualmente, efectos frente a terceros a los que es preciso buscar una solución a sus necesidades que vaya más allá de la exigencia de la actividad de comprobación. Los derechos reaccionales no pueden quedar condicionados a la actividad de comprobación ni a sus efectos sino que debe ir más allá y permiten que la esfera de libertad que se ha admitido pueda ser impugnada por los perjudicados. Para conseguir este efecto es preciso no trasladar miméticamente la habilitación a la actuación de comprobación como el único camino de imputación del acto en cuestión. Esta disociación ni se ha previsto en la LRJAP actual ni se ha proyectado en el ámbito del Proyecto de Ley que, en estos momentos, se debate en el Parlamento.

II. LAS NUEVAS HABILITACIONES PARA EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES

Como venimos indicando la referencia a este cambio de situación y de posición de la Administración en relación con el ejercicio de las funciones de habilitación para el acceso a actividades, servicios o, en general, para el ejercicio de actividades que las normas no configuran sobre la base de la libertad absoluta obliga a muchos cambios de actitudes, de criterios y, probablemente, cuando se hayan generalizado los nuevos instrumentos de ejercicio de la actividad la propia reformulación legal de las normas de control jurisdiccional y de control administrativo ya que habrá que “reconfigurar” totalmente la actividad de control.

A) El procedimiento autorizatorio²

La regulación del procedimiento administrativo común se contiene en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que constituye una pieza angular del funcionamiento y de la actividad administrativa. Su articulación se produce, también, en dos niveles que van desde la regulación sectorial más o menos general a la regulación territorial específica.

En el ámbito del procedimiento administrativo común referido a las autorizaciones y licencias es el Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto, el que adecua las normas reguladoras de los procedimientos administrativos para el otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones el que determina el régimen jurídico aplicable a las mismas. Su conceptualización es, por tanto, la de una norma de desarrollo sectorial (solo autorizaciones y licencias) pero de alcance general dentro de las mismas.

Con carácter general podemos indicar que esta norma reglamentaria encaja en el desarrollo previsto lo que indica la propia Exposición de Motivos del mismo cuando señala que “...La disposición adicional tercera de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, prevé que, reglamentariamente, en el plazo de dieciocho meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se lleve a efecto la adecuación a la misma de las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos, cualquiera que sea su rango.

² LAGUNA DE PAZ, J.C., *La autorización administrativa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006 y “La autorización administrativa: entre la Escala del dogmatismo y el Caribdis del relativismo”, en FERNÁNDEZ, T.R., LAGUNA DE PAZ, J.C., PIÑAR MAÑAS, J.L., GÓMEZ PUENTE, M., MARTÍN REBOLLO, L., “La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho Administrativo hoy”, Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 25 y ss.

En cumplimiento del referido mandato, este Real Decreto tiene por objeto adecuar a la Ley 30/1992, las normas reguladoras de los procedimientos para el otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, acogiendo una concepción amplia del citado término, del que se formula una definición sintética que pone el acento principal en la salvaguardia del ordenamiento jurídico y del interés público que corresponde a la Administración, con independencia del ámbito material en que se ejerce la potestad autorizatoria.

En consecuencia, el concepto utilizado permite entender incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento todos aquellos supuestos que, bajo diferentes denominaciones (autorizaciones, licencias, permisos, habilitaciones y otras), responden a las mencionadas características en el ordenamiento jurídico vigente...”.

De esta regulación nos corresponde señalar que no determina cual es el título habilitante para el ejercicio de cada actividad sino que, una vez determinado en la norma sustantiva, lo que hace es señalar algunos elementos comunes de homogeneización. De los más relevantes son los previstos en el artículo 3.º (Resolución)³ y, sobre todo, el artículo 4.º cuando determina los efectos de la falta de resolución expresa. El citado artículo establece que:

“... 1. Transcurrido el plazo máximo para resolver el procedimiento, sin que haya recaído resolución expresa, se producirán los siguientes efectos jurídicos:

- a) Las solicitudes de otorgamiento y modificación de autorizaciones podrán entenderse estimadas, salvo en los supuestos recogidos en el Anexo de este Real Decreto.
- b) Las solicitudes de extinción de autorizaciones podrán entenderse estimadas.
- c) En los procedimientos de modificación y extinción iniciados de oficio, se producirá la caducidad en los términos previstos en el artículo 43.4 de la Ley 30/1992.

2. Para la eficacia de las resoluciones presuntas a que se refieren los epígrafes a) y b) del apartado anterior se requiere la emisión de la certificación prevista en el artículo 44 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el plazo de veinte días desde que fue solicitada o que, habiéndose solicitado dicha certificación, ésta no se haya emitido transcurrido el citado plazo.

³ El artículo 3.º establece que “...1. El plazo máximo para la resolución de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones será el que establezca su normativa reguladora y, en su defecto, el de tres meses. 2. Las resoluciones de estos procedimientos serán siempre motivadas. 3. Las citadas resoluciones pondrán fin a la vía administrativa, excepto en los supuestos determinados en las normas correspondientes...”.

En el transcurso del plazo para la emisión de la certificación se podrá resolver expresamente sobre el fondo, de acuerdo con la norma reguladora de la **autorización**, y sin vinculación con los efectos atribuidos a la resolución presunta cuya certificación se ha solicitado...”.

Del acto autorizatorio se han dicho numerosas cosas en punto a su naturaleza y régimen jurídico. Con vocación de síntesis sobre dicho proceso de evolución y de análisis podemos indicar que la caracterización histórica se ha centrado en el carácter reglado o discrecional de la concesión y en la capacidad de la obtención por la vía del silencio administrativo.

En relación con la primera de las cuestiones —naturaleza reglada o discrecional— la doctrina del Tribunal Supremo podemos extraerla de la STSJ de Castilla y León de 21 de julio de 2000 que efectúa un correcto examen de dicha doctrina y señala que “...Y se ha de señalar en primer lugar lo que respecto de las licencias de obras recoge la STS de 14-4-1993 (RJ 1993, 2837), de la que fue Ponente D. Francisco Javier Delgado Barrio, y que dice textualmente:

“La licencia urbanística es un acto administrativo de **autorización** por cuya virtud se lleva a cabo un control previo de la actuación proyectada por el administrado verificando si se ajusta o no a las exigencias del interés público tal como han quedado plasmadas en la ordenación vigente: si es ésta la que determina el contenido del derecho de propiedad —art. 76 del Texto Refundido— es claro que este derecho ha de ejercitarse “dentro de los límites y con cumplimiento de los deberes” establecidos por el ordenamiento urbanístico. La licencia examinada de naturaleza rigurosamente reglada, constituye un acto debido en cuanto que necesariamente “debe” otorgarse o denegarse según que la actuación pretendida se adapte o no a la ordenación aplicable —art. 178.2 del Texto Refundido—. Va de suyo que esta ordenación ha de estar vigente lo que dada la naturaleza normativa de los planes exige no sólo que haya culminado su tramitación a través de la aprobación definitiva sino que se haya producido su publicación —arts. 93 CE, 45 y 46 TRLS y hoy muy especialmente 70.2 Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local—.

En este sentido existe una muy reiterada jurisprudencia —SS. 19 enero 1987 (RJ 1987, 1778), 8 julio (RJ 1989, 5592), 22 septiembre (RJ 1989, 6609), 16 octubre (RJ 1989, 7366) y 13 noviembre 1989 (RJ 1989, 8186), 29 enero (RJ 1990, 356) y 19 febrero 1990 (RJ 1990, 1322), 2 marzo (RJ 1991, 1968) y 25 mayo 1991 (RJ 1991, 4295), 8 julio (RJ 1992, 6157) y 25 septiembre 1992 (RJ 1992, 6985), etc.—.

Y es de advertir que este carácter reglado de la licencia urbanística aparece hoy terminantemente recogido en el nuevo TR de la Ley 26 junio 1992 del Suelo incluso de forma reiterativa pues, por una parte, el art. 242.3 advierte

que las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones de la legislación y planeamiento urbanísticos y, por otra, el art. 243.3 concluye destacando expresamente “el carácter reglado de las licencias urbanísticas...”.

No obstante lo anterior es lo cierto que el problema no es únicamente el de su naturaleza reglada o discrecional sino que inmediatamente se proyecta sobre su régimen jurídico y, dentro del mismo, sobre la posibilidad de entender estimada/desestimada la solicitud por la vía del silencio administrativo. En este punto conviene indicar que es en la autorización para el ejercicio de la actividad donde se produce una evolución general más rápida en la admisión del silencio administrativo positivo. Suele ser común, en este punto, atribuir al famoso “Decreto-ley Boyer” la primera tendencia de inversión de la regla, vigente hasta ese momento con carácter general, de que el tiempo producía la desestimación de la solicitud por silencio administrativo y se situaba, por tanto, en un plano más procesal (de habilitación del proceso) que en el plano individual de obtención de facultades como consecuencia de la actuación administrativa o, en este caso, la falta de dicha actuación.

A partir de 1985 (Decreto-Ley Boyer) se han producido diversos intentos de modificación del régimen anterior y, desde luego, la LRJAP debe considerarse uno de ellos cuando, en su redacción inicial, señalaba en su artículo 43 que:

“... 2. Cuando en los procedimientos iniciados en virtud de solicitudes formuladas por los interesados no haya recaído resolución en plazo, se podrán entender estimadas aquéllas en los siguientes supuestos:

- a) Solicitudes de concesión de licencias y autorizaciones de instalación, traslado o ampliación de empresas o centros de trabajo.
- b) Solicitudes cuya estimación habilitaría al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes, salvo que la estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, en cuyo caso se entenderán desestimadas.
- c) En todos los casos, las solicitudes en cuya normativa de aplicación no se establezca que quedarán desestimadas si no recae resolución expresa.

3. Cuando en los procedimientos iniciados en virtud de solicitudes formuladas por los interesados no haya recaído resolución en plazo, se podrá entender desestimada la solicitud en los siguientes supuestos:

- a) Procedimientos de ejercicio del derecho de petición del artículo 29 de la Constitución.
- b) Resolución de recursos administrativos. Ello no obstante, cuando el recurso se haya interpuesto contra la desestimación presunta de una

solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el recurso si llegado el plazo de resolución de éste el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo....”.

Una vuelta de tuerca posterior se produce con la publicación de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación parcial de la LRJAP. Según esta modificación, el artículo 43 quedaba redactado en la siguiente forma:

“... 1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legítima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 4 de este artículo. 2. Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario. Quedan exceptuados de esta previsión los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio.

No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo...”.

El régimen de silencio, sin embargo, ha sido modificado como consecuencia del proceso de transposición de la Directiva de Servicios y señala, en la actualidad —desde la LRJAPS un régimen que podemos resumir en la siguiente forma:

“... 1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legítima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario.

Asimismo, el silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo.

2. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente.

3. La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 42 se sujetará al siguiente régimen:

- a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.
- b) En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio.

4. Los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver. Solicitado el certificado, éste deberá emitirse en el plazo máximo de quince días...⁴.

⁴ En este sentido, BALLESTEROS MOFFA, L.A. señala que "... Se trata de un interesante capítulo de europeización indirecta de la LRJPC, con la codificación a partir de la convergencia de las autorizaciones de servicios, normadas desde Europa... en el marco de la permanente influencia del Derecho europeo sobre esta Ley rituaría general... El origen del nuevo hito favorable al silencio positivo se remonta al art. 13.4 de la Directiva de Servicios, según el cual, "a falta de respuesta en el plazo fijado [...] se considerará que la **autorización** está concedida. No obstante, se podrá prever un régimen distinto cuando dicho régimen esté justificado por una razón imperiosa de interés general, incluidos los legítimos intereses de terceros". Disposición transpuesta para los procedimientos de **autorización** de servicios, ámbito de liberalización de la Directiva, por el artículo 6 de la llamada Ley "Paraguas" 17/2009, de 23 de noviembre, al establecer con carácter previo a la evaluación de toda la normativa sectorial reguladora del acceso y prestación de actividades de servicios, que "los procedimientos y trámites para la obtención de las autorizaciones a que se refiere esta Ley [...]"

Es cierto, sin embargo, que la aplicación del silencio administrativo ha estado, históricamente, muy condicionada. La STSJ de Andalucía de 30 de diciembre de 2005 contiene una referencia general a dicha facultad cuando señala que "...Así las cosas, la sentencia apelada se hace eco de una nutrida y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, de las que, a mayor abundamiento esta Sala cita las de 24 de julio de 2003 (RJ 2003, 5984), 8 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8045), 17 de noviembre de 2003 (RJ 2004, 27),

deberán garantizar la aplicación general del silencio administrativo positivo y que los supuestos de silencio administrativo negativo constituyan excepciones previstas en una norma con rango de ley justificadas por razones imperiosas de interés general". Lo que, lejos de quedar constreñido a dicho sector, acabó introduciéndose por la Ley "Omnibus" 25/2009, de 22 de diciembre, en el artículo 43 LRJPC, de manera que hoy se reconoce el silencio positivo para todas las solicitudes "excepto en los supuestos en que una norma con rango de ley (exigencia formal) por razones imperiosas de interés general (exigencia material) o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario". En "... La ausencia de respuesta a las solicitudes y reclamaciones de acceso a la información pública...". Revista Española de Derecho Administrativo. Núm. 161. enero-marzo 2014 (Versión digital).

La STS de 24 de mayo de 2011 analiza esta problemática y señala que "...En este sentido, sostenemos que el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la redacción introducida por el artículo 2. Dos de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que, en su apartado 1, prescribe que "en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario", debe cohonestarse en su aplicación con la disposición adicional cuarta de la Ley 25/1009, que delimita el alcance aplicativo de los requisitos previstos para el silencio administrativo desestimatorio regulado en normas preexistentes, en los siguientes términos: "A los efectos previstos en el primer párrafo del artículo 43.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de acuerdo con la redacción dada por la presente Ley, se entenderá que concurren razones imperiosas de interés general en aquéllos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley por normas con rango de ley o de Derecho comunitario, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto".

De ello, se desprende que el legislador español ha pretendido, al trasponer la Directiva 2006/123/CE (LCEur 2006, 3520) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, en nuestro ordenamiento jurídico, estimar que concurren razones imperiosas de interés general, incluidos los legítimos intereses de terceros, que justifica que la falta de respuesta administrativa debe entenderse como denegación de la autorización, en aquellos procedimientos regulados en normas con rango de Ley, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 25/2009, en que se prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa, lo que no resulta ilegítimo en este supuesto, en que el régimen jurídico de las Escuelas Particulares de Conductores persigue asegurar objetivos estratégicos de la Unión Europea, vinculados a la salvaguarda y reforzamiento de la seguridad vial, con la finalidad de garantizar un alto nivel de protección de todos los usuarios de la carretera.

Así lo entendió el Consejo de Estado, en el referido informe de 18 de marzo de 2010, al sostener la corrección jurídica del artículo 22.6 del proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento de las Escuelas Particulares de Conductores, en los siguientes términos:

"En especial, se considera correcta la previsión contenida en el apartado 6 del artículo 22 del reglamento, que establece el plazo de tres meses como plazo máximo de tramitación del procedimiento para otorgar la autorización de apertura de las escuelas y el sentido negativo del silencio en el caso de no haber resolución expresa.

26 de marzo de 2004 (RJ 2005, 2268) y 14 de julio de 2004 (RJ 2004, 5728), que, en base a una interpretación conjunta del artículo 242.6 del TRLS/1992 (C, el artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 7 de junio de 1955 y el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, declara la imposibilidad de que se adquiriera licencia de obra por silencio administrativo cuando contravenga lo dispuesto en la normativa urbanística. Por su parte la mercantil apelante junto con la invocación explícita del contenido de la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, niega la vigencia de la solución legal adoptada por el Juzgador de Instancia, desde el punto y hora que la Ley 4/1999, de 13 de enero, modificó el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, en unos términos tan absolutos y contundentes, que no propician el mantenimiento de una doctrina jurisprudencia que descansaba en la redacción anterior de esa norma, y que por ello debe ceder ante aquélla conforme a la que, una vez transcurrido el plazo sin que se haya dictado resolución expresa, el acto presunto ya ha surgido y además con el contenido del silencio positivo, salvo que, lo que no ocurre en el caso de autos, una norma con rango de Ley establezca lo contrario, de tal manera que si la Administración quiere dejarlo sin efecto por su contradicción con la normativa urbanística, debe acudir a los procedimientos que para ese fin establece la

El artículo 43.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, prevé que, “en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, (...) el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario”. Ahora bien, la disposición adicional cuarta de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, establece por su parte que “a los efectos previstos en el primer párrafo del artículo 43.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de acuerdo con la redacción dada por la presente Ley, se entenderá que concurren razones imperiosas de interés general en aquéllos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley por normas con rango de ley o de Derecho comunitario, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto”.

En el caso previsto en el mencionado artículo 22.6 del Reglamento de Escuelas Particulares de Conductores concurre una razón imperiosa de interés general en los términos legalmente señalados, toda vez que la disposición adicional 29.^a de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, dispuso que, en el caso de solicitudes de autorización de apertura y funcionamiento de las citadas Escuelas, el silencio tendría carácter negativo. Por todo ello, no procede formular observación de legalidad alguna al texto elaborado”.

Conforme a los criterios expresados, descartamos el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre la presunta incompatibilidad de la disposición adicional cuarta de la Ley 25/2009, de 21 de diciembre, con el Derecho de la Unión Europea, y, concretamente, con el artículo 13.4 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, en cuanto que, en el supuesto analizado, referente al régimen jurídico autorizador de las Escuelas Particulares de Conductores, cabe una interpretación aplicativa de dicha disposición legal, conforme al ordenamiento jurídico comunitario, que promueve la libre prestación de servicios y el derecho de ejercer esta actividad vinculada a la regular habilitación de los ciudadanos para conducir vehículos de motor, que garantiza la eliminación de barreras procedimentales que obstaculicen o entorpezcan el desarrollo de un mercado interior en este concreto ámbito...”.

LRJ-PAC, y no, como pretende la Administración apelada, entender que ese acto presunto no ha llegado a surgir con el sentido perseguido por la solicitante por contravenir la normativa urbanística.

Es por ello que la cuestión y problema que se somete a la consideración de esta Sala estriba en determinar el alcance del silencio administrativo en un ámbito del Derecho Administrativo, concretamente en el urbanístico, a la luz de las disposiciones legales vigentes en el momento en que solicitó la licencia. Cuando la Administración obligada a resolver un expediente de concesión de licencia urbanística no lo resuelve en plazo, existen varias tendencias sobre la concreción de la consecuencia de esa inactividad, que sin embargo por su grado de aceptación, podríamos reducir, básicamente, a dos. Así se puede considerar que se obtiene la licencia independientemente de si lo proyectado es conforme o no a la legalidad urbanística aplicable, distinguiendo, a su vez entre aquellos para los que sólo se produce el acto presunto cuando la contravención no es constitutiva de infracción grave, y quienes consideran que cuando el acto presunto contraviene el ordenamiento urbanístico de manera grave o leve, se estaría ante un acto presunto, nulo o anulable, susceptible de revisión a través de los sistemas previstos en el art. 102 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 noviembre de 1992, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento de Administrativo Común, en adelante LRJ-PAC. Frente a esa primera tendencia está la que podríamos valorar como mayoritaria y que entiende que nunca se podrá, cuando el acto es contrario a la legalidad urbanística, conseguir presuntamente nada que no hubiera sido posible obtener expresamente. En estos casos no se aplica la técnica del silencio administrativo, es decir, no hay acto presunto...”. Esta misma determinación podría plantearse cuando los documentos exigidos para el acceso a la licencia no están completos.

En este ámbito incluimos, por tanto, las referencias generales a la autorización como acto administrativo (expreso o presunto) de habilitación para el ejercicio de un derecho preexistente o la de comprobación del cumplimiento de requisitos para el ejercicio de una actividad⁵ que, adicionalmente, se

⁵ En este sentido, la STS de 27 de julio de 2002 cuando señala que “...Como ya declaramos en nuestra citada sentencia de 27 de junio de 2002, no se trata con la exigencia de una fianza para proceder a la inscripción en el correspondiente Registro de empresas de seguridad privada de la adopción de medidas cautelares en un procedimiento sancionador sino de un requisito legalmente previsto en atención a que la prestación de servicios de seguridad queda sujeta a control administrativo por ser complementaria del servicio público de seguridad, que es una competencia esencial del Estado (art. 149.1.29.ª de la Constitución), sin que tal requisito suponga una negación del derecho de libertad de empresa, reconocido por el artículo 38 de la Constitución, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden, entre ellas las licencias y autorizaciones administrativas, que constituyen una intervención pública en el ejercicio del derecho de los ciudadanos a desarrollar sus actividades empresariales, tolerable siempre que no haga impracticable ese derecho o lo despojen de su contenido esencial (Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de julio de 1984 [RTC 1984, 83]).

El que la fianza exigible deba responder, en su caso, del pago de las sanciones pecuniarias, no afecta al principio de presunción de inocencia proclamado por el artículo 24 de la Constitución,

convierte en condicionante de su propio ejercicio futuro⁶. En algún otro momento, la jurisprudencia admite, incluso, que pueda ser (la autorización) una

puesto que no tiene carácter sancionador, según declaramos en nuestra repetida Sentencia de 27 de junio de 2002 (recurso de casación 857/1998), sino que constituye una garantía en orden a evitar que dichas empresas de seguridad privada puedan eludir, so pretexto de insolvencia, las multas que eventualmente pudieran serles impuestas con el fin de lograr el correcto funcionamiento de una actividad desarrollada en la esfera privada, que complementa el servicio público de seguridad que corresponde al Estado, requiriendo el interés general que se adopten cuantas medidas puedan contribuir a su correcto funcionamiento, razones todas por las que este último motivo de casación debe ser desestimado....”.

En el mismo sentido, la STSJ de Cantabria de 19 de julio de 2006 cuando señala que “...No resulta en modo alguno cuestionada, desde luego, la potestad municipal de fiscalizar o de controlar el establecimiento, la apertura y el funcionamiento de instalaciones y actividades y de subordinarlas al cumplimiento de las condiciones o la adopción de las medidas correctoras o preventivas que exijan la salvaguarda de la seguridad o la protección de la salud y el ambiente. Siendo inherente a la titularidad de las competencias que legalmente se reconocen a los municipios en materia urbanística, ambiental o sanitaria (arts. 25.2.d.f y h Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local), dicha potestad está genéricamente reconocida por la legislación general de régimen local (art. 84 Ley 7/1985 y Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales —Decreto de 17 de junio de 1955—) y por la legislación sectorial (por ejemplo, art. 42.3.b Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; o art. 186 Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo) y tiene específica expresión preventiva a través de las licencias municipales de actividad y de apertura, cuyo otorgamiento ha de sujetarse a las disposiciones y exigencias procedimentales del RAMINP cuando se refieran a alguno de los establecimientos, instalaciones o actividades contemplados en el mismo...”.

Al tema se refiere el trabajo de SALVADOR ARMENDARIZ, M.A.: *La Directiva de Servicios y su transposición: ¿Una ocasión para repensar el derecho a la libertad de Empresa? En “Mercado Europeo y reformas administrativas”*. Dir. RIVERO ORTEGA, R. Madrid, 2009.

⁶ Sobre la posibilidad de revocación de las autorizaciones de actividad, la STS de 5 de mayo de 2004 establece que “...Retomando de nuevo cuales fueron los contenidos del acto de requerimiento, ninguno de ellos tenía por qué ser notificado a todos y a cada uno de los accionistas, individualmente, sino que siendo una conminación, un ofrecimiento de ayuda para el saneamiento de la entidad y una constatación de que podía encontrarse, como se encontraba, la sanidad en una de las situaciones que conforme a la norma permitirían —eso sí, tras el trámite adecuado—, la revocación de la **autorización** por causas objetivas, la comunicación se hizo a los órganos sociales de la misma a la que iba dirigida —artículo 5.º ya citado del Real Decreto 567/1980, de 20 de marzo—, teniendo la sociedad sus propios órganos sociales (artículos 128 y 129 de la Ley de Sociedades Anónimas). No existía razón alguna para notificar individualmente a los accionistas aquel requerimiento y, en cualquier caso, tuvieron conocimiento del mismo en el momento oportuno, según consta como extremo declarado probado por la sentencia de instancia, que al propio tiempo que establece que “resulta de la documentación obrante en autos y se reconoce expresamente en la sentencia dictada por la jurisdicción civil unida a estos que los accionistas tuvieron cumplido conocimiento del requerimiento en el momento oportuno, la correspondiente Junta General Extraordinaria de accionistas” (sic), —la sentencia a que se refiere es la de fecha 9 de septiembre de 1996, dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia número 46 de los de Madrid, en el Juicio de Menor Cuantía número 272/1975, que desestimó la demanda interpuesta, pretendiendo la anulación de la Junta General Extraordinaria de Accionistas de 26 de marzo de 1994, sentencia hoy confirmada por la dictada con fecha 10 de enero de 2000, en el Rollo 744/1996, de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, hoy pendiente de Recurso de Casación— añade: “Por las mismas razones, no puede prosperar la pretensión de nulidad de pleno derecho del requerimiento por falta de audiencia individual a los accionistas en cuanto que la Sociedad Anónima es la titular de los derechos y obligaciones frente a la Administración, por mucho que el valor de las acciones se pudiera ver afectado por los actos administrativos”, e incluso el propio recurrente, en la demanda viene a reconocer que en la Junta General se Leyó el texto íntegro de la comunicación. En todo caso, como también afirma la sentencia de instancia, “la falta de notificación a los accionistas individualmente cuando el requerimiento va dirigido a una persona jurídica, la Sociedad Anónima y se notifica a su representante legal, no es causa de nulidad;

forma de coordinación administrativa para la prestación de servicios públicos llamados a entenderse en el marco prestacional⁷.

El nuevo régimen nos sitúa, por tanto, ante una regla general: el silencio administrativo de carácter positivo; y una regla excepcional: el silencio negativo. La opción por este segundo exige, con carácter general, una habilitación legal expresa fundada en criterios nacionales que, como se ha visto, exigen, adicionalmente, una motivación expresa en términos de la finalidad y de la opción y finalidad perseguida o amparada con aquella que puede, a su vez, tener una justificación puramente interna o de Derecho comunitario.

Esto nos permite afirmar, por tanto, que el régimen autorizatorio de conformación clásica y general es algo ciertamente residual en términos numéricos y que las nuevas formas de habilitación de la actividad son las llamadas a convertirse en los instrumentos centrales de la ordenación y de la posición de las Administraciones Públicas.

B) Formas adicionales de ejercicio de la actividad⁸

Como consecuencia del proceso al que nos acabamos de referir el nuevo artículo 71 bis de la LRJAP se refiere a las dos figuras que enlazan directamente con el esquema de transposición de la Directiva de Servicios y, por tanto, con la posibilidad de ejercicio de actividades en dicho ámbito sin necesidad de tramitar la autorización convencional que sería la que se identifica con el procedimiento completo al que se refiere el apartado anterior. El objetivo, como recuerda Sánchez Morón, “de esta legislación es facilitar el desarrollo de las actividades económica en el sector servicios —de largo el más importante para la economía europea— eliminando o reduciendo al máximo las trabas administrativas o burocráticas que lo condicionan...”⁹.

El artículo 71 bis de la LRJAP ¹⁰ es el que establece, como acabamos de indicar, las figuras de la declaración responsable y la comunicación previa. En relación con las mismas indica Sánchez Morón que “hay que decir que este tipo de intervención administrativa, tradicionalmente denominada entre

la Ley de Sociedades Anónimas establece detalladamente quien ostenta la representación de la misma frente a terceros, en los artículos 128 y 129...”

⁷ La STS de 17 de abril de 2000 señala que “...El requisito de la previa **autorización** es una de esas técnicas de coordinación, que tiene su justificación en la afectación del nuevo servicio a uno interurbano de competencia autonómica ya establecido, cuyo amparo se encuentra en el artículo 55 de la Ley de Bases del Régimen Local...”

⁸ LÓPEZ MENUDO, F.: La transposición de la Directiva de Servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa. Revista española de la función consultiva, ISSN 1698-6849, n.º 14, 2010, pp. 111-150.

⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M.: Comentarios a la Ley 30/1992. Dir. SÁNCHEZ MORÓN, M., y MAURANDI GUILLEN. Valladolid. 2013, p. 475.

¹⁰ Añadido por art. 2.3 de Ley 25/2009, de 22 de diciembre.

nosotros “actividades comunicadas” (por todos M.C. Núñez Lozano 2001) existía ya en nuestro Derecho, en otros, si bien limitado a supuesto muy concretos regulados en la legislación sectorial del Estado y de algunas Comunidades Autónomas...”¹¹.

Conforme a esta regulación podemos señalar:

a) Declaración responsable

Señala el artículo 71 bis de la LRJAP que se entiende por tal “...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 período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio. Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable...”.

Sobre este extremo, González García, J.V. señala que “Las declaraciones responsables presuponen un derecho previo al ejercicio de la actividad que no precisa de comprobación previa. Por ello, ninguno de los instrumentos usuales para demorar el comienzo de la actividad —inscripción en registros u otorgamiento de ratificación administrativa— se pueden utilizar en este ámbito. A los efectos de la Directiva serían considerados autorizaciones y, en consecuencia, habría que aplicar el régimen derivado de ellas...”¹².

Ciertamente la incorporación al derecho español (como en general a todos los Ordenamientos de corte francés) de este tipo de técnicas supone un importante contraste con las técnicas habituales de nuestro Ordenamiento jurídico que se había centrado, hasta el momento, a una actuación previa de comprobación y aseguramiento frente a todos de que el interesado cumple con los requisitos que el Ordenamiento jurídico establece.

La perspectiva ahora es diferente: las Administraciones Públicas —en esta materia— asumen la declaración del interesado como elemento constitutivo de la habilitación para la realización de la actividad y, consecuentemente, trasladan su actividad de la comprobación previa a la comprobación a posteriori.

En este sentido, el artículo 71 bis al que nos acabamos de referir la declaración responsable es un acto de iniciación de un procedimiento *sui generis* que tiene como característica especial el habilitar al ejercicio de la actividad siempre

¹¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., Ob. cit. p. 476.

¹² GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., Ob. cit. p. 278.

que asuma la carga de indicar que cumple con todos los requisitos necesarios para dicho ejercicio y que, además, posee los documentos que acreditan dicho cumplimiento. Esto le lleva a Sánchez Morón a señalar que “la diferencia textual más significativa sea que mediante la declaración responsable se puede acceder al reconocimiento de un derecho o una facultad y no solo al ejercicio de un derecho o actividad. Esto es, la declaración responsable podría ser un requisito para obtener el reconocimiento de derechos de prestación por parte de las Administraciones competentes ...cuyo ejercicio o ejecución no implica una actividad del interesado sino de la Administración misma...”¹³.

Esta declaración inicial se basa en lo que se necesita y lo que se posee en el momento de iniciar el ejercicio de la actividad pero a ello añade el artículo 71 bis el compromiso de futuro de mantenerse en este entorno de legalidad que permite el ejercicio de la actividad en cuestión.

Pero más allá de las generalidades a las que nos acabamos de referir en los apartados anteriores cabe indicar:

- Contenido de la declaración: los requisitos en el momento de efectuarla.

La declaración responsable se conforma como un elemento de cumplimiento de unos requisitos previamente establecidos. De esta forma es el propio artículo 71 bis el que establece que “...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...”.

- La declaración como un compromiso de futuro.

Frente a lo que se indicaba en el apartado anterior que cifra la declaración en la adveración del cumplimiento de una serie de requisitos en el momento en el que se produce la declaración y, por tanto, en el momento en el que se pretende iniciar el ejercicio de la actividad la virtualidad de la declaración es de otro tenor: asegurar o comprometer el cumplimiento de los requisitos a lo largo de todo el momento en que se ejerza la actividad.

Este requisito es, no obstante, confuso en su formulación si partimos de la caracterización de este tipo de autorizaciones desde una perspectiva histórica y según las cuales el titular de la misma está obligado a actualizar los requisitos exigidos para acceder a la actividad. Esta cuestión se complica en el momento presente porque no queda claro si genera una nueva declaración o si el compromiso de “mantenerlos” en el futuro al que se refiere, textualmente, el

¹³ SÁNCHEZ MORÓN, M. Ob, cit. p. 477.

artículo debe entenderse abierto a los eventuales cambios que se pudieran ir estableciendo en la normativa¹⁴.

- Interdicción de las declaraciones genéricas: la concreción de los requisitos sobre los que opera la declaración.

Este aspecto está, expresamente, indicado en el inciso final del artículo 71 bis cuando indica 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...”.

Realmente esta referencia final a la concreción de los requisitos sobre los que opera la declaración responsable es ciertamente interesante en orden al ejercicio de las facultades de comprobación porque supone un punto de equilibrio. La declaración habilita únicamente en tanto en cuanto lo declarado se ajuste estrictamente a lo exigido procedimentalmente y se convierte, por tanto, en un instrumento central para el ejercicio de comprobación que se centrará,

¹⁴ El carácter abierto está reflejado en la STS de 21 de diciembre de 2001 establece que “...Se basa esta última alegación, partiendo siempre de la existencia comprobada de una primera licencia para el ejercicio de la industria de bar, en que la doctrina de esta Sala ha considerado procedente el requerir, previamente a la clausura del local, al titular de la actividad molesta que en el mismo se desarrolla para que solicite la oportuna autorización para el ejercicio de la misma, adoptando en su caso las medidas correctoras que sean procedentes, y tan sólo cuando se desatienda el requerimiento cabría optar por la medida de clausura.

Realmente los artículos 36, 37 y 38 del RAMINP se refieren a la necesidad de previo requerimiento de adopción de las medidas correctoras pertinentes en relación con las industrias que, aun teniendo la calificación de molestas, gocen de la licencia para este tipo de actividades y no se ajusten a las condiciones exigidas o demanden nuevas medidas correctoras que garanticen el sosiego del resto de los ciudadanos. En el caso contemplado, si bien es cierto que el anterior titular disponía de una licencia municipal de apertura de establecimiento para bar de 2.ª categoría expedida en el año 1984, y que el actual demandante —cuya nueva titularidad figura comunicada al Ayuntamiento de Arona con fecha 7 de diciembre de 1993— solicitó en la fecha indicada la expedición de una nueva licencia a su nombre, también lo es que esa nueva petición se sigue refiriendo exclusivamente a un bar de 4.ª categoría, que no se acredita el otorgamiento de la nueva licencia, ni tampoco la tramitación del expediente y el cumplimiento de las formalidades a que se refieren los artículos 30 y siguientes del Decreto de 30 de noviembre de 1961.

Ahora bien: pese a no poder considerarse infringidos los artículos 36 a 38 del RAMINP por el acto administrativo impugnado, lo cierto es que este Tribunal ha venido manteniendo el criterio de que no se adecua al principio de proporcionalidad y congruencia con los fines justificativos de la resolución a adoptar (artículo 84.2 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985) el acuerdo de cierre de un establecimiento, que goza de la correspondiente licencia de apertura, por la simple razón de que la actividad que en el mismo se venga ejerciendo no se ajuste a los términos de la licencia que le había sido otorgada, si es que no se le ha otorgado un plazo razonable para subsanar el defecto, solicitando y obteniendo en su caso la nueva licencia que corresponda. Así lo han declarado últimamente dos resoluciones de esta Sala de 11 de octubre de 2000 (recursos 213/1995 [RJ 2000, 8190] y 1275/1995 [RJ 2001, 435]), añadiendo la segunda de las mencionadas —en un caso en todo análogo al presente— que no cabe pretender al amparo de exigir el cumplimiento de la legalidad, vulnerar el ordenamiento jurídico a través de un cierre que significa la anulación de la licencia de apertura anteriormente concedida sin seguir el procedimiento adecuado para ello, ya que lo procedente en todo caso sería ordenar el cese de la actividad indebidamente ejercida, con los apercibimientos legales que fueren precisos...”.

como más adelante se señala, en si los documentos o requisitos son legales, si realmente se poseen y si con ellos se produce el cumplimiento de lo que determine la legislación vigente.

b) Comunicación previa¹⁵

Señala González García que la comunicación previa “...entroncaría con lo que doctrinalmente se ha definido como simple “comunicación previa sin control”, en donde lo razonable consiste en que la norma en que se desarrolle no prevea “el desarrollo de procedimientos de control administrativo caso a caso vinculados a la práctica de la comunicación...”¹⁶. La esencia, por tanto, es que se trata de una actividad que no tiene elementos adicionales derivados de la regulación sino que, únicamente, los requisitos de control se centran en la mera comunicación previa al ejercicio de la actividad.

Según el mismo artículo 71 bis se entiende 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...”.

Esta segunda figura se presenta como de menor intensidad respecto de la declaración responsable ya que en ella es suficiente con la aportación de los datos identificativos y el señalamiento de la intención de realizar la actividad. En consecuencia la actividad en cuestión debe estar rodeada de menores requisitos y el ciudadano no asume la obligación de aportación y mantenimiento documental que, como hemos visto, es consustancial a la declaración responsable a la que se refiere el apartado anterior. La comunicación no se sitúa, por tanto, en el ámbito de la admisión del cumplimiento de requisitos, sino esencialmente de la función de conocimiento de que la actividad se está realizando (se va a realizar) con la trascendencia registral y de orden interno que conlleve la declaración en cuestión.

c) Régimen jurídico de cara al ejercicio de la actividad

Este régimen jurídico común a ambas modalidades de iniciación de la actividad está previsto en el apartado 3 del artículo 71 bis cuando señala que “... Las declaraciones responsables y las comunicaciones previas producirán los

¹⁵ El precedente de esta regulación puede encontrarse en NÚÑEZ LOZANO, M.C., *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 2001.

¹⁶ GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Ob. cit.* p. 277.

efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente y permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente...”.

Desde la perspectiva de lo que aquí se analiza cabe indicar que la declaración es —al margen de las vicisitudes de control y comprobación— el acto de finalización del procedimiento. Formalmente su presentación habilita para la realización de la actividad. La ausencia de un acto administrativo finalizador del procedimiento exige algunas referencias convencionales que, en el momento presente, no encuentran una explicación sencilla por ejemplo cuando se trata de procedimientos triangulares en la que pueden existir terceros interesados que se oponen —en términos de legalidad— a la realización de la actividad por el declarante. En este mismo sentido, señala Sánchez Morón que “al no ser una solicitud o petición sino un acto de comunicación o manifestación, las declaraciones o comunicaciones previas no dan lugar a ningún procedimiento administrativo que haya de concluir por una resolución expresa o tácita...”¹⁷.

En este punto y teniendo en cuenta que no existe acto finalizador del procedimiento la posición del tercero interesado será más complicada. Así, la pregunta es ¿es impugnabile por un tercero interesado una declaración responsable o la habilitación para el ejercicio de derechos que la misma supone? Teniendo en cuenta que las autorizaciones podían ser discutidas en orden a la demostración de su legalidad el instrumento legal que las ha sustituido también podrá serlo. El problema es cómo y, sobre todo, como encaja esta impugnación con lo que establece la Ley Jurisdicción contencioso-administrativa.

Recordemos, en este punto, que el artículo 25 de la Ley Jurisdiccional establece que “...1. El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración Pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos...”.

La impugnación que planteamos tiene un encaje complejo en la definición de la actividad impugnabile por parte de los interesados en el ámbito del recurso contencioso-administrativo ya que formalmente no hay acto —desde luego no expreso—, no estamos ante una vía de hecho ni ante una situación de inactividad de la Administración.

¹⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M., Ob. cit. p. 478.

Lo más cercano conceptualmente sería la de entender que se trata de una actuación presunta aunque ni las reglas del silencio operan aquí con su conceptualización general (positivo-negativo, transcurso del plazo legalmente fijado, etc.) ni realmente puede decirse que exista una situación de inactividad de la Administración. Lejos de esto la Administración puede haber actuado, ha comprobado que se cumplen los requisitos pero como no se explicita la actuación de control no hay realmente más que una declaración-comunicación previa y una actuación fáctica de desarrollo de la actividad. Sin embargo, la posición del TC parece dejar claro que no hay analogía con el silencio. Así lo señala en la STC 49/2013, de 28 de febrero cuando indica que "...En cuanto a la regulación del carácter positivo del silencio que, en opinión de la recurrente, impone este precepto, debemos poner de manifiesto, antes de nada, que la técnica de intervención regulada en este apartado obedece a una figura, la notificación o comunicación previa, bien distinta de la autorización. Una figura a la que se refiere el artículo 71 bis LPC, en la redacción que le dio la Ley 25/2009, de 22 de diciembre. Con la notificación o comunicación previa el interesado pone en conocimiento de la Administración sus datos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, momento a partir del cual, con carácter general, se permite su ejercicio, sin perjuicio de las facultades de control, comprobación e inspección de la Administración. Por ello, a diferencia del procedimiento autorizatorio que, necesariamente, debe terminar con un acto definitivo expreso que enerva la prohibición contenida en la norma, la notificación previa no requiere tal cosa, pues, con carácter general y sin perjuicio de lo que establezcan las regulaciones específicas, la prohibición del ejercicio del derecho o de la actividad en la que se basa la denominada actividad administrativa de "policía" se dispensa con la presentación de la correspondiente notificación o comunicación previa. Y si no existe obligación de dictar un acto administrativo expreso, tampoco puede entrar en juego la institución del silencio, ficción jurídica que solo actúa una vez transcurrido el plazo para resolver y notificar la resolución sin que esta obligación se haya cumplido por la Administración..."

A partir de esta consideración y retomando la cuestión relativa a la impugnabilidad por terceros habrá que entender que se centra en la actuación material de realización de la actividad —admitida (previo control) o tolerada por la Administración. El recurso, por tanto, sería contra la "admisión de la realización de la actividad" como actividad administrativa impugnabile lo que, claro está, plantea problemas adicionales en relación con los plazos de impugnación ante la inexistencia de una certeza o evidencia como es el acto matriz. Sin lugar a duda esto debe llevar a flexibilizar la interpretación del artículo 58.3 de la LRJAP cuando señala que "...3. Las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la

resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda...”.

Esto nos permite indicar que la impugnación de terceros obliga o a provocar una notificación formal mediante la intimación a la Administración de una certificación de si el titular de la actividad presentó la declaración o comunicación y que sobre la misma se proyecta la actividad admitida por la Administración, intimación que tendría como objetivo central el de carácter reaccional de habilitar plazos procedimentales y procesales que, de otra, forma estarían constantemente abiertos o, como mucho, matizados por la referencia a la que nos hemos referido de realización de actos que supongan el conocimiento del acto en cuestión.

d) Una perspectiva adicional y complementaria: La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado

Aunque, formalmente, no tiene una regulación diferente a la propuesta en los apartados anteriores es lo cierto que condiciona el régimen de reglamentación cuando, por ejemplo, el artículo 17 establece el principio de instrumentación del principio de necesidad y proporcionalidad y los requisitos que, eventualmente, pueden considerarse discriminatorios en el ámbito de las limitaciones al acceso a la libertad económica prevista en el artículo 16 del propio Texto.

Es, sin embargo, el artículo 19 de la Ley el que se refiere a los efectos de la libertad a la que nos hemos referido cuando señala que “...Desde el momento en que un operador económico esté legalmente establecido en un lugar del territorio español podrá ejercer su actividad económica en todo el territorio, mediante establecimiento físico o sin él, siempre que cumpla los requisitos de acceso a la actividad del lugar de origen, incluso cuando la actividad económica no esté sometida a requisitos en dicho lugar ...”. Este precepto hay que, ponerlo en relación, a su vez, con la eficacia para el conjunto del territorio nacional que se contempla en el artículo 20 cuando establece que “...Tendrán plena eficacia en todo el territorio nacional, sin necesidad de que el operador económico realice ningún trámite adicional o cumpla nuevos requisitos, todos los medios de intervención de las autoridades competentes que permitan el acceso a una actividad económica o su ejercicio, o acrediten el cumplimiento de ciertas calidades, cualificaciones o circunstancias. En particular, tendrán plena eficacia en todo el territorio nacional sin que pueda exigirse al operador económico el cumplimiento de nuevos requisitos u otros trámites adicionales...”.

Nos limitaremos, en este punto, a señalar que, desde la concepción clásica de la actividad de intervención como previa al ejercicio de otras actividades puramente administrativas como la de inspección o, incluso, la sancionadora, la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado introduce una problemática

específica al producir el efecto de apertura de la entrada sin que el régimen jurídico total sea, igualmente, común lo que, claro está presenta una problemática novedosa que se une a la que con carácter común se analiza en este trabajo.

III. LAS ACTUACIONES QUE CORRESPONDEN A LA ADMINISTRACIÓN EN LA ACTIVIDAD TOLERADA

En el marco precedente a la normativa procedimental común que se nuclea actualmente en el entorno del artículo 71 bis de la LRJAP podríamos convenir que la facultad de supervisión y control de las actividades de los particulares exigía una habilitación legal como consecuencia de la actividad de regulación.

De alguna manera podríamos decir que allí donde había una actividad de ejercicio libre, la facultad de supervisión del ejercicio de la actividad carece realmente de sentido y finalidad porque al no haberse establecido un marco previo ni para el acceso a la actividad ni para su propia realización lo razonable es pensar que tampoco hay un régimen sancionador asociado al incumplimiento de las obligaciones.

Desde esta perspectiva podríamos intentar diferenciar dos presupuestos que son, en sí mismos, diferentes a los efectos de lo que aquí se analiza. En concreto:

3.1. El control y la supervisión del acceso a la actividad

Frente a lo que ha sido, hasta ahora, el régimen común ligado —como se indicaba— a la potestad sancionadora pero controlado en origen por la existencia de una licencia que acreditaba el cumplimiento de los requisitos, ahora, nos vamos a encontrar con que la función de supervisión no afecta al ejercicio —en sí mismo e inicialmente— sino al acceso a la actividad cuando esta actividad está rodeada de la obligación de cumplir determinados requisitos sobre los que opera la “declaración” responsable.

El presente supuesto parte de la existencia de una actividad que no se considera libre en su ejercicio sino para la que hay que cumplir una serie de requisitos y cuyo incumplimiento tiene, de común, una traducción en un régimen sancionador previsto en la norma como forma de intimación para que el ejercicio de la actividad se ajuste al marco previamente establecido. Es cierto que se trata de un régimen o un planteamiento completo (requisitos de acceso —requisitos de actividad— régimen de incumplimiento) que no siempre se visualiza con este esquema en el ámbito de la actividad administrativa en la que alguno de los tres tramos teóricos que hemos diseñado pueden no darse pero es, también cierto que la composición inicial que ahora proponemos debe contar con el panorama completo.

Pues bien, llegados a este punto cabe indicar que, ahora, tras la publicación del artículo 71 bis de la LRJAP existe una facultad de control y supervisión que opera en función del título habilitante. De esta forma si el título habilitante para el ejercicio de la actividad puede mantenerse, conforme al esquema diseñado, en la autorización clásica, la facultad de control operará en la misma que lo ha hecho hasta el presente momento y, sobre todo, en clave de potestad sancionadora por el incumplimiento de las condiciones de ejercicio o de las que se consolidan en la licencia o autorización correspondiente. Sin embargo el esquema teórico es más claro porque realmente podemos indicar que la licencia constituye un acto de reconocimiento de derecho que habilita para el ejercicio pacífico del mismo de forma que la incidencia en dicha esfera personal-patrimonial solo puede hacerse mediante la revisión de oficio o, eventualmente, mediante la potestad sancionadora que puede llegar a incidir en la capacidad de utilización pacífica que habilita la licencia como consecuencia, precisamente, del incumplimiento de las condiciones que para su ejercicio establece la legislación reguladora de la actividad.

Al lado de esto si la normativa reguladora se sitúa en el ámbito de los nuevos títulos habilitantes aparece el régimen específico del artículo 71 bis de la LRJAP que permite comprobar si el acceso a la actividad se ha realizado conforme dispone la regulación correspondiente y, finalmente, la actuación del interesado, plasmado en la declaración responsable o en la comunicación previa, se ajusta estrictamente a los caracteres de la misma.

En este punto surge una duda importante en lo que se refiere al “momento” temporal de ejercicio de la función de control. De alguna forma la sensación que producen los nuevos títulos habilitantes es que esa función de control se realiza siempre a posteriori, esto es, cuando la actividad está siendo desarrollada. Es lo cierto, sin embargo, que esto no es más que una impresión porque realmente puede darse un supuesto diferente: que se reciba la comunicación (declaración responsable o comunicación previa) y la Administración pueda actuar antes del comienzo de la actividad su propia función de control.

El supuesto, desde una perspectiva práctica, es claro aunque la forma y las consecuencias de su habilitación sean ciertamente complejas. Lo relevante para resolver si en el marco de la actuación de control la Administración puede impedir el ejercicio de la actividad no es el momento sino, sobre todo, la naturaleza de la función. Desde esta consideración es perfectamente posible que, en el marco de la actividad de control y supervisión, pueda negarse el acceso a la actividad como puede impedirse el ejercicio de la actividad o como puede obligarse a cesar en la actividad.

Lo relevante para impedir el ejercicio de la actividad no es sino que la Administración competente actúe en el marco de la función de supervisión y control. Es cierto que esta función —cuyos contornos y facultades no aparecen suficientemente claros en la actualidad— exige algunas concreciones en relación

con el propio margen de actuación de la Administración. En este ámbito de las concreciones necesarias de orden procedimental se encuentran cuestiones como las de si caben requerimientos de subsanación, si puede pedirse que se completen los requisitos y, en general, si la actuación únicamente se centra en los documentos o requisitos declarados o puede establecerse un “cierto” debate sobre el alcance de los mismos. En el plano práctico la opción por un sistema rigorista con una normativa que, a menudo, no es nada sencilla de interpretar puede llegar a conformar la actividad de comprobación como arbitraria o, simplemente, desproporcionada.

Desde nuestra consideración lo relevante no es, por tanto, el momento sino el alcance de la función de comprobación que podrá ejercerse desde el momento en el que el interesado presenta su comunicación a la Administración. Si la Administración comprueba que no cumple los requisitos podrá no admitir el acceso a la actividad u obligar a cesar en la misma en los términos que se exponen en el apartado final del capítulo.

Finalmente no es, por tanto, el momento lo que marca la competencia ni alcance de las facultades de la Administración, lo determinante es que se trate de facultades control y supervisión en los términos y con el alcance que se precisa en los apartados siguientes y como función de adveración frente a la actitud y las declaraciones de los interesados.

3.2. El control y la supervisión ligada al ejercicio de la actividad

Es cierto que más allá del momento inicial podemos indicar que el ejercicio de la actividad puede quedar, de hecho queda, igualmente sometido al cumplimiento de los requisitos que habilitan el ejercicio de la actividad. Nos encontramos —en un segundo momento— y en un segundo estadio de la actuación de los nuevos títulos habilitantes que, eso sí, quedan sometidos a la condición de mantener la situación y los requisitos sobre los que ha operado la admisión previa al ejercicio de la actividad.

A partir de aquí caben diferentes posiciones con un reflejo y unas condiciones jurídicas diferenciadas en lo que podríamos denominar la patología del sistema.

La primera actitud posible es, claro está, la de no declarar (o no presentar la comunicación previa) teniendo que hacerlo lo que subsume en el supuesto de omisión que se analizan posteriormente y que van encontrar como efecto jurídico casi inmediato el de privación del efecto querido, esto es, el mantenimiento en el ejercicio pacífico de la actividad.

La segunda posibilidad es que la declaración sea correcta pero que la insuficiencia sea sobrevenida, esto es, que cumpliéndose los requisitos inicialmente se haya producido una “decadencia” en los mismos. Esta no actualización

puede ser, por ejemplo, por dejar de renovar alguno de los requisitos o documentos que estuvieran sometidos a plazo o bien porque se produzca una actualización (modificación) de los requisitos que no vaya seguida de la correspondiente adaptación en el cumplimiento de los que permiten el ejercicio de la actividad. Realmente aunque los acabamos de agrupar se trata, de dos supuestos netamente diferenciados. En el primero es la propia actitud del recurrente la que permite el ejercicio de la actividad control y supervisión y es su propia actitud la que conduce, en su caso, al cese de la actividad por pérdida del presupuesto objetivo para el desarrollo de la actividad teniendo en cuenta que, como se ha visto, la declaración responsable cubre no solo el acceso a la actividad sino el compromiso de mantener los requisitos durante el periodo que ejerza la actividad. El segundo es, claro está, una cuestión diferente que arranca de un presupuesto diferente: el cambio en la normativa reguladora que genera la obligación de adaptarse desde la entrada en vigor de la modificación regulatoria. En este supuesto y frente al anterior se trata en el de insuficiencia sobrevenida del título habilitante provocada por hechos posteriores que, por tanto, solo habilitaría para la adopción de medidas suspensivas siempre que se mantuviera la situación de falta de adaptación y desde que la norma de regulación así lo establezca. El elemento central que debe valorarse es la propia necesidad de adaptación que, como se ha indicado, surge como consecuencia de la modificación de la normativa reguladora previa¹⁸.

Finalmente un último elemento dentro de este capítulo está en lo que pudiéramos denominar como “mal ejercicio”, esto es, se trata de un actuación correcta en el inicio pero que devine incorrecta como consecuencia de que, durante la fase de ejercicio se pierden los requisitos previos o no se renuevan —si se trata de elementos temporales— o no se mantienen en los términos que exigía la normativa inicial.

Las consecuencias comunes, en los términos que se expondrá, son los de privar (inicial o subsiguientemente) a los interesados del pacífico ejercicio de los derechos que se habían obtenido con las declaraciones presentadas más otros adicionales en orden a la posibilidad de ejercicio de su función.

IV. LA TRASLACIÓN DEL ESQUEMA PREVIO AL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

Una vez situado en sus estrictos términos el ámbito de la comprobación a la que se quiere referir el artículo 71 bis de la LRJAP podemos analizar la forma en la que articula su propia ordenación jurídica partiendo de la base de que ya hemos indicado que es la norma de cada procedimiento la que determina cual

¹⁸ Un planteamiento general, en ESTEVE PARDO, J.: La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible. Revista de Administración Públicas. Núm. 149, mayo-agosto 1999, Madrid.

es el título habilitante que permite el ejercicio de la actividad o del derecho en cuestión.

Por tanto, partimos en este momento, de que las respectivas normas ya aclaran en qué supuestos se produce la exigencia de uno u otro título habilitante. Cuando este título habilitante sea la licencia nos situaremos en el esquema previo y, probablemente, enlacemos directamente con el régimen sancionador (si está previsto) que normalmente prevé las consecuencias de la no solicitud de la licencia o, en general, del ejercicio de la misma actividad sin el título correspondiente.

Fuera de este supuesto y para el caso de que nos encontremos ante un título habilitante de los previstos actualmente en el artículo 71 bis de la LRJAP las consecuencias son diferentes porque, como hemos visto, también es diferente la propia actuación administrativa y, por ende, la documentación y las posibilidades de recurso. En este sentido, Sánchez Morón señala que "...si, a resultas de los controles ejercidos se comprueba que la actividad comunicada no es conforme a Derecho o afecta negativamente a los intereses generales, lo lógico será que, de conformidad con la normativa aplicable, la Administración competente pueda dictar una resolución por la que se prohíba o modifique la actividad en cuestión..."¹⁹.

El artículo 71 bis LRJAP, en su apartado 4, establece que "...4. 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, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar..."

Esta regulación nos obliga a diferenciar entre supuestos que claramente tienen una configuración no idéntica:

- a) Inexactitud, falsedad u omisión respecto de lo declarado

Se trata de tres conductas que tienen una referencia común: operan sobre lo ya declarado y, por tanto, en este punto, quedan al margen otras conductas que, aunque tengan reflejo en la supervisión e, incluso, en la sanción no se correspondan con la actitud previa del interesado que se plasma en la realización de su actividad.

¹⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M.: Comentarios a la Ley 30/1992. DIR. SÁNCHEZ MORÓN y MAURANDI GUILLEN. Valladolid, 2013. p. 480.

A partir de esta referencia introductoria se trata de señalar algunas características relativas a la tipicidad de las conductas. Se incluyen en el apartado:

1) Inexactitud

El juicio de inexactitud se centra, por tanto, en la inclusión en la declaración de algún dato o requisito o, incluso, de la forma de demostración de los mismos que no se ajuste estrictamente a la norma de cobertura.

La inexactitud es realmente difícil de deslindar de las dos categorías que sucesivamente se incluyen en el mismo apartado ya que la inexactitud lo razonable es que se produzca por una falsedad o bien porque existe una omisión respecto de lo que debería declararse en función de la respectiva reglamentación que legitima el acceso y el ejercicio de la actividad. En todo caso y acudiendo a una interpretación puramente gramatical podríamos indicar que la inexactitud es o se plasma en una declaración-o comunicación que no se corresponden con la verdad. A partir de esta simple referencia nos correspondería indicar si dicha característica es consecuencia del dolo o de la negligencia o del error lo que realmente suele tener un componente evidente en la graduación de la responsabilidad pero que se presenta como más discutible cuando se trata de una actividad de comprobación no sancionadora en la que realmente lo que importa es si la declaración realizada se ajusta o no a lo exigido por el Ordenamiento y por la regulación sobre la que gira la acción del particular.

2) Falsedad

Ciertamente los problemas de utilización de expresiones que, finalmente, pueden llegar a tener referencia, incluso, penal no es nueva en nuestro derecho y plantea no pocos problemas de interpretación y de colisión de responsabilidades.

Para facilitar la cuestión podríamos indicar que la falsedad a la que se alude en el presente supuesto es una falsedad que no debería tener una reflejo penal pero que supone la “declaración” sobre requisitos que no se poseían en el momento del acceso a la actividad o que, teniéndose, no cumplían los requisitos que se detallaban en la norma de regulación que habilitaba el acceso a la actividad en cuestión.

Lo razonable es pensar que la falsedad a la que se quiere referir el artículo 71 bis de la LRJAP es la de la declaración y no, claro está, a los documentos que acreditan el cumplimiento de los respectivos requisitos donde es, ciertamente, complejo pensar que no existe incidencia penal.

Es evidente, no obstante, que si la actuación del particular tiene reflejo penal opera la regla común de la suspensión del procedimiento administrativo hasta

que se resuelva el penal y, finalmente, la previsión que se contiene en el artículo 137 de la LRJAP cuando señala que "...2. Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien...".

3) Omisión

Sin duda esta es, probablemente, la conducta más sencilla de interpretar y no es otra que la elusión en la declaración del cumplimiento de alguno de los requisitos previstos en la correspondiente reclamación. Ciertamente esto es lo que explica la insistencia del artículo 71 bis en que en la correspondiente declaración previa se deje constancia expresa de los requisitos sobre los que opera y, por tanto, es sobre este ámbito específico y concreto de la declaración sobre el que opera la potestad que ahora analizamos ya que el resto de conductas que pueden ser subsumidas en la expresión omisión —cuando no se refieren a la declaración— se subsumen en el supuesto a que se refiere el apartado siguiente.

Lo que debe quedar claro es que la referencia final y común de los tres supuestos analizados es que su vinculación se produce respecto de la declaración realizada. Cuando no es la declaración sino la conducta, los hechos tienen encaje en el supuesto siguiente.

b) Insuficiencia y omisión sobre lo necesario para el ejercicio de la actividad

Como señalábamos este es el apartado centrado en que lo declarado es insuficiente respecto de la normativa reguladora de carácter general. En concreto, se trata de dos conductas a las que se asocia el mismo efecto: insuficiencia y omisión. Realmente aunque, como se indica, el efecto es el mismo, las conductas no tienen la misma entidad ya que la omisión denota un mayor "ilícito" frente a la insuficiencia. En esta segunda hay un intento de cumplir que se plasma en la declaración de algunos elementos que justifican el cumplimiento del requisito exigido por la norma de regulación general.

A partir de simple constatación caben, sin embargo, diversas cuestiones. La primera, a la que ya nos hemos referido en otro momento, a la necesidad de que la Administración explicita de forma clara los requisitos para el ejercicio de la actividad como elemento de objetivación de la propia actuación de los interesados y como elemento de certeza sobre las exigencias que puede establecer la Administración.

La segunda, el grado de proporcionalidad en la valoración de la insuficiencia y en la omisión. Recordemos, en este punto que la doctrina general del procedimiento administrativo había convertido el mismo en un instrumento

esencialmente antiformalista como una forma indirecta de protección de los derechos de los ciudadanos. Nada ha cambiado en dicha interpretación y, por tanto, la valoración final de la concurrencia de los elementos de insuficiencia y omisión deberán girar sobre la diferencia entre requisitos subsanables y los que no son que, recordemos es la esencia del propio procedimiento administrativo. De alguna forma el principio de antiformalidad nos lleva a considerar que el ejercicio del derecho a ejercer la actividad solo decae cuando el documento o el requisito tiene la entidad suficiente para producir el efecto de impedir el acceso a la actividad.

A partir de esta afirmación que plantea, claro está, un problema adicional en relación no tanto con la interpretación de lo que es realmente constitutivo y lo que no que, ciertamente., no encuentra un apoyo explícito en la norma general aunque es cierto que sí puede encontrarse en el ámbito de la norma procedimental concreta lo que realmente obliga a una interpretación de conjunto.

La tercera, no es el ejercicio únicamente sino el acceso y el ejercicio sin cumplir los requisitos teniendo en cuenta que la dicción literal del artículo 71 bis de la LRJAP establece la obligación de “mantenerse” en el pleno ejercicio y operatividad de los requisitos que justifican la pacífica tolerancia de la Administración porque se trata, claro está, de una actividad que se ajusta al Ordenamiento Jurídico.

Con carácter general podemos indicar que la opción legislativa ha pasado por utilizar expresiones ciertamente amplias que deben de dar cobertura a un conjunto de actuaciones que tienen como premisa esencial la de no ser válidas para producir el efecto de la “tolerancia pacífica” al que nos venimos refiriendo. La diferenciación de motivos y de causas obliga, eso sí, al órgano que debe efectuar la función de control y supervisión a justificar la subsunción en alguno de los enunciados y, claro está, a diferenciar unas conductas de otras. Es cierto que, como inmediatamente se verá, la graduación de la responsabilidad que podría deducirse del planteamiento expuesto no encuentra, después, un reflejo nítido en las medidas de inhabilitación de la tolerancia pacífica y eso, claro está, complica el esquema y, sobre todo, la operatividad de la distinción propuesta.

V. LA SUSPENSIÓN DE LA ACTIVIDAD

Como se ha dicho y en una formulación que exige algunas aclaraciones en su conformación jurídica clásica el artículo 71 bis utiliza una expresión —ciertamente poco técnica— cuando señala que las omisiones e inexactitudes “determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos...”.

Nótese en la expresión utilizada por el legislador que no es otra que “la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad”. Sobre esta referencia cabe, por tanto, indicar que se cesa en el ejercicio pacífico y ordenado de la actividad iniciada como consecuencia de la declaración responsable o de la declaración previa.

No obstante estas referencias generales podemos intentar un desglose de mayor entidad en relación con el apartado 4 del artículo 71 bis que es el que regula los efectos de las situaciones patológicas que hemos analizado en el apartado anterior.

A) Suspensión convencional

Como acaba de decirse una de las características centrales del artículo 71 bis de la LRJAP es la consecuencia que anuda al incumplimiento de requisitos para el ejercicio de la actividad o el reconocimiento del derecho en la imposibilidad de seguir realizando la función. Esta expresión por más que de la misma pueda decirse que es gráfica determina, en su traducción jurídica, algunas consideraciones adicionales en orden a la comprensión de la forma en la que la misma puede ser ejercida.

De esta forma podemos comenzar por precisar que la imposibilidad deriva —como señala el propio artículo 71 bis— de la constatación de que concurre alguna de las siguientes circunstancias “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...”. Como anticipábamos se trata de un conjunto de actuaciones a las que se anuda una única consecuencia: la suspensión cuando la intensidad de la responsabilidad es ciertamente diferente según los respectivos casos.

Desde esta perspectiva y por más obvio que parezca podemos indicar que el cese de la posesión pacífica se configura como causal: la Administración tiene que demostrar que se da alguna de las causas previstas y que acabamos de transcribir.

Adicionalmente y como consecuencia de lo anterior: la Administración tiene que desarrollar una actividad de comprobación suficiente que permite acreditar que se ha producido la situación indicada y, por tanto, que no tienen o son insuficientes los documentos y requisitos que se dice poseer para el ejercicio de la actividad o el reconocimiento del derecho. Esta constatación exige un procedimiento y la adopción final de una decisión administrativa por el órgano competente para hacer decaer en los derechos a quienes acceden a la misma.

En este sentido, en el procedimiento, es donde ciertamente el modelo legal es parco en detalles. No define ni el procedimiento ni los requisitos procedimentales de cómo adoptar la decisión que se enmarca por tanto en la facultad de comprobar los requisitos declarados. Esto nos reconduce a la problemática expuesta sobre la necesidad de la formulación detallada sobre las actividades de comprobación. No obstante y con el carácter limitado y diferenciado de las funciones de inspección al que nos hemos referido cabe ahora indicar que la comprobación es esencialmente fáctica: se han producido o no la declaración o la comunicación, se han declarado todos los requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad, se mantiene su actualización, etc... Cuando como consecuencia de esto se produce una pérdida de los derechos derivados y que hemos convenido en denominar “posesión pacífica” la actuación administrativa exige formalización. La Administración debe dictar un acto de “contrario imperio” que constate los hechos y determine la imposibilidad de mantenerse en el ejercicio del derecho o en el desarrollo de la actividad.

Por tanto, las normas procedimentales deberían asegurar algún procedimiento de contradicción y de audiencia antes de la pérdida de los derechos contemplada. En todo caso si no fuera así lo que es evidente es que se precisa es una resolución administrativa, dictada por el órgano competente, que declare la imposibilidad de continuar en el pacífico ejercicio de la actividad en cuestión. Esta resolución administrativa es, claro está, impugnabile en los términos comunes tanto en vía de recursos administrativos como jurisdiccionales. Desde una perspectiva exegética es claro que la necesidad de resolución viene recogida en el inciso inicial del párrafo segundo del apartado 4 cuando indica que “Asimismo, la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica...”.

Adicionalmente esta resolución produce un efecto evidente: constituye al pacífico ejerciente en el sujeto eventual en el responsable de una acción ilegal si decide desobedecer la decisión y continuar en lo que, hasta ese momento, era un ejercicio pacífico y, posteriormente y desde la resolución, una acción que contraviene el régimen regulatorio y que razonablemente se asimila al ejercicio de la actividad sin haber efectuado la declaración o la comunicación exigida.

Es necesario, sin embargo, reinterpretar la redacción del artículo 71 bis de la LRJAP en el plano temporal. De este modo, la dicción literal del artículo 71 bis de la LRJAP según la cual “determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos...” parece apuntar a que la acción administrativa se produce siempre con carácter secuencial posterior, esto es, cuando se ha accedido a la actividad. No cabe negar, sin embargo, que un correcto funcionamiento de la organización administrativa puede generar una decisión administrativa, fruto de la comprobación, cuando ni siquiera se ha accedido a la actividad. Es cierto que la comprobación en este punto opera sobre los

requisitos precisos para el ejercicio de la actividad y, por tanto, el efecto real de la comprobación es realmente el no poder acceder a la actividad o al reconocimiento del derecho propuesto. Si esto fuera tan rápido como es deseable para evitar situaciones de facto de ejercicio de la actividad, el efecto real de la decisión es puramente impeditivo del ejercicio de la actividad y no, por tanto, del ejercicio pacífico de lo amparado por la declaración o la comunicación previa.

Desde nuestra consideración y a modo de conclusión podríamos indicar que se trata una resolución, dictada tras el procedimiento de comprobación, que impide o hace decaer el derecho de los interesados en relación con las actividades que no precisan licencia y que se amparan en una declaración responsable y/o comunicación previa.

B) Suspensión con obligación de reposición de las cosas al estado anterior

El artículo 71 bis ap. 4 de la LRJAP admite una variante de carácter adicional en relación el cese en el pacífico desarrollo de la actividad o del derecho al que nos referíamos en el apartado anterior.

Este efecto adicional permite a la resolución que declara la imposibilidad de continuar en el pacífico ejercicio de la actividad que "...Asimismo, 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 periodo de tiempo determinado, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación...".

Como puede verse se trata de un contenido posible pero no obligado ni aplicable de forma inexorable y según el cual, en función de las circunstancias que se den con carácter específico, podrá determinarse la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho en cuestión.

Ciertamente debe indicarse que estamos ante una perspectiva de actuación potestativa, esto es, la Administración decide en qué momento, en qué circunstancias es preciso o necesario obligar al interesado a reponer las situación al momento anterior teniendo en cuenta que lo que es la transformación pura del suelo y las edificaciones tienen una reglamentación propia y adicional que se solapa sobre la del ejercicio de la actividad. Es claro, por tanto, que un acto de transformación urbanística puede ser legal pero el ejercicio de la actividad que se pretende sobre el mismo puede devenir ilegal en los términos que venimos exponiendo. Es la actividad en cuestión la que pierde su título jurídico y la que no puede ejercerse aunque, desde una perspectiva de la ordenación de la propiedad urbanística la actividad sea correcta.

En consideración a lo anterior la facultad de imponer la restitución deberá ser ponderada desde la perspectiva del interés público de forma que se imponga, precisamente, cuando el interés público precise o justifique esa restitución. Más allá de entender que se trata de un acto de gravamen y que, por tanto, debería hacerse con un carácter proporcional al sacrificio que supone y teniendo en cuenta, claro está, que tanto desde la perspectiva urbanística como desde la legitimidad de la actuación ésta se produce en un espacio físico de propiedad o utilización legítima.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que la previsión a la que acabamos de referirnos es complementaria —en el plano de las potestades— a la que prevé el artículo 130 de la LRJAP en el ámbito puramente sancionador cuando señala en su apartado segundo que “...2. Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente...”.

C) La inhabilitación para instar un nuevo procedimiento por un periodo determinado

El tercero de los factores asociados a la función de comprobación que se analiza en este apartado es la imposibilidad de ejercicio de la actividad por un periodo determinado. En concreto, el artículo 71 bis de la LRJAP establece que “... Asimismo, 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 periodo de tiempo determinado, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación...”.

Desde una perspectiva exegética podemos indicar que la medida afecta a la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante el periodo de tiempo que se determine. Se trata, por tanto, de una inhabilitación temporal y centrada únicamente en el ámbito territorial de la resolución que la adopta sin que, claro está, suponga una habilitación general para el ejercicio de la actividad.

Las inhabilitaciones en cuanto afectan directamente al ejercicio de los derechos deben tener una interpretación restrictiva y limitada y, sobre todo, deben encontrar un reflejo directo en una norma con rango de ley. En este sentido,

el propio inciso final del artículo 71 bis de la LRJAP deja claro que la imposibilidad de iniciar procedimiento con el mismo objeto debe realizarse en los términos que señalen las normas sectoriales de aplicación. Esta referencia final nos lleva directamente a indicar que se trata de una medida impeditiva del ejercicio de derechos que sólo procede cuando aquella lo establezca expresamente y con el alcance que la misma determine que, en todo caso y con carácter natural, deberá afectar al ámbito territorial de la Administración que la declare o la imponga de conformidad con la citada norma sectorial.

VI. EL TRATAMIENTO DE LA INVALIDEZ DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

6.1. Marco actual

La invalidez de los actos administrativos es, sin duda, uno de los temas más relevantes en el ámbito del procedimiento administrativo porque afecta al fruto final de aquel: el acto administrativo. La invalidez es la consecuencia del contraste entre la legalidad del Ordenamiento Jurídico y su aplicación al caso concreto además de la consecuencia de la producción del acto sobre la base de los trámites previstos en el Ordenamiento Jurídico.

Con carácter general podríamos indicar que, como señalan García de Enterría y TR. Fernández “la teoría de las nulidades de los actos administrativos sea tributaria, en principio, de la dogmática iusprivatista, que era el modelo con el que inicialmente contaba el juez de lo contencioso...”²⁰. Esta misma consideración la realiza Santamaría cuando señala que “...el régimen de la invalidez de los actos administrativo se encuentra construida, en sus líneas fundamentales, sobre los principios clásicos que esta teoría ha adquirido en el Derecho Civil a lo largo de la historia... Sin embargo, el concreto régimen jurídico que se halla implícito en dicha teoría sufre muy importantes distorsiones y matizaciones en su aplicación a los actos de la Administración habida cuenta de los privilegios que ostenta...”²¹.

En este contexto señala Santamaría que la presencia de la posición privilegiada de la Administración se traduce por la vía de la presunción de validez de los actos administrativos en tres consecuencias inmediatas: la inversión de los esquemas civiles y el predominio de la anulabilidad como regla de invalidez, la presencia de las irregularidades no invalidantes y la existencia de un conjunto de técnicas tendentes a sanar o excluir parcialmente la invalidez.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TR., *Curso de Derecho Administrativo*, 13 Ed., p. 615.

²¹ SANTAMARÍA PASTOR, J., *Principios de Derecho Administrativo General II*. Madrid. 2004.

Lo que es constatable, en efecto, es que la posición de la Administración al dictar los actos administrativos acaba afectando a la estructura de éstos. Sobre esta base se ha ido articulando un conjunto de instituciones que diferencian la incidencia que, sobre el acto administrativo, tiene la concurrencia de determinados motivos que afectan a su configuración o a su propio ajuste a la legalidad. Esto nos permite diferenciar entre la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad.

Señalan García de Enterría y TR. Fernández que “se dice que un acto o negocio es nulo, con nulidad absoluta o de pleno derecho, cuando su ineficacia es intrínseca y por ello carece ab initio de efectos jurídicos, sin necesidad de una previa impugnación. Este supuesto máximo de invalidez o ineficacia comporta una serie de consecuencias características: ineficacia inmediata, ipso iure, del acto, carácter general erga omnes de la nulidad e imposibilidad de sanarlo por confirmación o prescripción...”²².

Es cierto que la apreciación de estas causas —por su propia esencia— ha sido modulada por la jurisprudencia. Muestra de esta doctrina puede encontrarse en la STS de 21 febrero 2000 RJ 2000\795 cuando señala que “...que la teoría jurídica de la nulidad radical de los actos administrativos ha de ser apreciada con especial moderación y cautela, de suerte que no basta sólo que se produzcan infracciones, sino que los trámites omitidos sean esenciales y que, en todo caso, su omisión o infracción acarree la indefensión del administrado, teniendo en cuenta que ésta consiste en la situación en que queda el titular de un derecho o interés discutido cuando se ve imposibilitado para ejercer los medios legales para su defensa, siendo preciso para saber si se ha producido indefensión con la omisión del trámite de audiencia del interesado, el influjo que haya podido tener en el acto resolutorio tal omisión, esto es, si hubiese o no variado por la omisión del trámite de audiencia, dada la improcedencia de anular actuaciones, en aras del principio de economía procesal, cuando por la naturaleza de la situación en su conjunto establecida, el resultado, a la postre, vaya a ser el mismo, puesto que en definitiva la finalidad sustancial del trámite aparece cumplida...”.

La perspectiva que presenta esta definición es ciertamente clara: la invalidez es estructural y el acto realmente no llega a producir efectos jurídicos. Es cierto, sin embargo, que la eficacia de la invalidez está, en gran medida y desde una perspectiva práctica, condicionada por la actuación del interesado que busca en vía de recurso administrativo o jurisdiccional la declaración de tal circunstancia y la evitación de que se produzcan efectos que de otra forma se producirán inexorablemente.

Al lado de esto y en la misma definición de García de Enterría y TR Fernández “...la anulabilidad o nulidad relativa tiene, por el contrario, unos efectos

²² GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TR., *Curso. Ob. Cit.* p. 616.

mucho más limitados. Su régimen propio viene delimitado por dos coordenadas: el libre arbitrio del afectado y la seguridad jurídica. De acuerdo con estos presupuestos el o los afectados por un acto anulable y solo ellos, pueden pedir la declaración de nulidad dentro de un cierto plazo, transcurrido el cual, si no se produce reacción, el acto sana y el vicio de nulidad queda purgado. El inejercicio de la acción de nulidad y el consentimiento expreso o tácito de quien puede ejercitarla producen el efecto sanatorio...”.

A estas dos categorías se añade la de las “irregularidades no invalidantes”. Ciertamente se trata de una categoría cuyos perfiles no aparecen seriamente definidos en el ámbito de la LRJAP y ha sido la jurisprudencia la que ha venido estableciendo los perfiles concretos de su aplicación. Como muestra de ésta la STS de 8 junio 2004 RJ 2004\3683 en la que se afirma que “...que se recoge en la sentencia es de la clase de aquellas que no pueden ser invalidantes del acto recurrido, conforme al criterio, reiteradamente mantenido por esta Sala, de que las formas —salvo en las exigencias indicadas— son de carácter adjetivo, secundario y contingente frente a lo que es sustantivo, principal y nuclear del fondo de la cuestión, sin que, en principio, puedan obstar a una decisión sobre este fondo, con las salvedades destacadas que aquí no concurren...”.

Finalmente puede indicarse que en el límite aparece, incluso, la categoría de los errores materiales que admite la modificación de los mismos sin contar con un procedimiento privilegiado. La cuestión es, claro está, delimitar el propio concepto de error materiales. La STS de 31 octubre 2000 RJ 2000\9045 intenta esta modificación indicando que “... La facultad atribuida a la Administración, por el artículo 111 de la Ley de Procedimiento Administrativo, para poder corregir o rectificar, sin ningún apremio temporal, los simples errores materiales apreciados en un acto administrativo, tiene como exclusiva finalidad que un simple error de esa naturaleza, pueda pervivir, o produzca efectos desorbitados, como los que supondría que para corregir esa simple equivocación de hecho o material, intrascendente para el acto administrativo, fuera necesario acudir a los largos trámites de los procedimientos de revisión. Ahora bien, es claro que esa simple y directa rectificación, sin más trámites, ha de limitarse a los supuestos en que el propio acto administrativo sea revelador de una equivocación manifiesta y evidente por sí misma, sin afectar a la idéntica pervivencia del mismo —sentencias del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1984 (RJ 1984, 4248), 27 de febrero de 1990 (RJ 1990, 1521) y 21 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 6935), entre otras—.

No puede, pues, calificarse como error material de un acto administrativo, cuando la rectificación del mismo, implique un juicio valorativo, o cuando represente claramente una alteración del sentido del acto, de tal modo que si la rectificación implica en realidad, un sentido y alcance contrario o diferente del acto originario, modificando su contenido en la descripción y valoración de datos, la rectificación se convierte en realidad en revocación de oficio que requiere el procedimiento específico de los artículos 109 y 110 de la Ley de

Procedimiento Administrativo, sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero (RJ 1990, 1521) y 25 de —mayo de 1990, 16 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 9877) y 9 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 8824) —...”²³.

Este esquema podemos completarlo en el plano teórico con una referencia a los efectos de cada una de las categorías a las que nos acabamos de referir. En este punto, la nulidad de pleno derecho se caracteriza por la imposibilidad de producir efectos alguno y, esencialmente, a la imposibilidad de su convalidación. Sus efectos son, por tanto, *ex nunc* y la acción y la

²³ Este concepto se ratifica en la STS de 13 junio 2000 RJ 2000\6531 en la que se señala que “...sí, al enfrentarnos al problema capital que surge en relación a aquella noción, cual es el de marcar la frontera o las diferencias entre el error material, de hecho o aritmético y el error de derecho, hemos negado que estemos en presencia del primero siempre que su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica, entendiendo que aquél, el error material, de hecho o aritmético, se caracteriza por poseer una realidad independiente de lo opinable; por ser evidente; hasta el punto de negar la facultad de rectificación prevista en aquellos preceptos en los casos de duda o cuando la comprobación del error exija acudir a datos de los que no hay constancia en el expediente administrativo. Se trata, en fin, de una interpretación especialmente rigurosa de aquella noción, exigible para evitar que a través de una actuación no sujeta a formalidad alguna ni a límite temporal se modifique en lo más mínimo el significado jurídico de los actos administrativos...”.

En un sentido similar, la STSJ de Madrid. 10233/2010 de 26 marzo RJCA 2010\489 en el que se indica que “...No debemos olvidar que esta Sala y Sección ya se ha pronunciado sobre la cuestión planteada en Sentencia de 26 de Diciembre del 2007 (JUR 2008, 100650) entre las mismas partes procesales resolviendo un recurso contencioso administrativo en los que se planteó idéntica cuestión, y en la que se afirmaba que “la TGSS procedió de plano a revisar de oficio el acto por el que se dio el alta y la baja de la apelante en fechas 1 de septiembre de 1989 y 31 de mayo de 1996, alegando que las mismas fueron mecanizadas erróneamente, es decir, procedió como si el alta y la baja hubieran obedecido a un error material ó de hecho, cuando ello no fue así por cuanto que el alta y la baja se realizaron tras solicitarlo —como hemos expuesto con anterioridad— la Oficina Española de Patentes y Marcas y dar traslado a la TGSS de su Resolución de fecha 21 de junio de 2000 en que así lo acordaba. Resolución que en aquél momento debió de ser valorada y entenderse correcta por la Tesorería ya que procedió a cursar el alta y la baja solicitada, por lo que, si con posterioridad mediante otro juicio valorativo, entiende que tal alta no procedía no puede revisarla de oficio sin más sino que tiene que acudir al procedimiento establecido en el artículo 56 del RD 84/1996 ó si los actos que se pretende dejar sin efecto se entiende son declarativos de derechos debe de acudir a la Jurisdicción Social, ya que tampoco nos encontramos ante una revisión motivada por la constatación de omisiones o inexactitudes en las solicitudes y demás declaraciones del beneficiario, único supuesto exceptuado de tal necesidad según el artículo 145-1 Real Decreto Legislativo 2/1995 (RCL 1995, 114, 1563). “Dicha Sentencia estima el recurso de apelación y anula las resoluciones administrativas impugnadas. La Administración inicia el correspondiente expediente de revisión de oficio, conforme a lo prevenido en el artículo 56 del RD 84/1996, anulando el periodo de alta de la Sra. Cristina en la OEPM en el periodo comprendido entre el 2/9/1989 al 31/5/1996. Dicha segunda revisión es objeto de recurso de alzada y contra la resolución desestimatoria del mismo se interpone el presente recurso contencioso administrativo, que es estimado por la Sentencia de 19 de Mayo del 2009, que sin entrar en el examen del fondo del asunto, condena a la Administración demandada a seguir el procedimiento correspondiente para la anulación de los actos declarativos de derechos.

La mencionada resolución judicial entiende que nos encontramos ante un acto declarativo de derechos, ya que determina o puede determinar en el futuro la pensión de jubilación y otras prestaciones devengadas por el demandante y a cargo de la Seguridad Social, por lo que el procedimiento de revisión no es el adecuado, condenando a la Tesorería General de la Seguridad Social a seguir el procedimiento de anulación de actos declarativos de derechos que corresponda (sin pronunciarse, por tanto, si la TGSS debe acudir a la Jurisdicción Social, 145-1 del Real Decreto Legislativo 2/1995, o seguir el procedimiento establecido en la Ley 30/1992 para la revisión de actos que sean declarativos de derechos).

posibilidad de su constatación y declaración pueden realizarse en cualquier momento.

Al lado de esto, la anulabilidad es la segunda de las referencias estructurales que pueden afectar al ámbito administrativo. Su configuración en este esquema opera a partir de una condición residual y una positiva. La residual parte de la consideración de que para que opere la anulabilidad es preciso que no concurra una causa de nulidad de pleno derecho ya que la mayor relevancia e importancia de éstas proscriben la posibilidad de incidencia de las de anulación que se sitúan en el plano de las infracciones comunes del Ordenamiento Jurídico. La positiva —como inmediatamente veremos— que tiene que declararse la existencia de una infracción del Ordenamiento Jurídico.

Sobre esta configuración no debe extrañar en el plano conceptual que su configuración sea abierta —cualquier infracción del Ordenamiento Jurídico— pero que su carácter secundario y vinculado justifique que la detección de las mismas no se mantenga indefinidamente en el aire o en la posibilidad de utilización y que, por tanto, el ejercicio y la propia expulsión del Ordenamiento Jurídico se someta a plazo.

En último término se ha introducido, como decimos, entre nosotros una tercera categoría que realmente no tiene una delimitación propia y que su propia denominación intenta la definición por sus efectos: irregularidades procedimentales que no afectan a la invalidez del acto, esto es, que no pueden ser subsumidas en cualquiera de las dos categorías a las que hemos aludido.

Sabida la consecuencia: no producen efecto invalidante solo queda la referencia a su propia delimitación que solo podemos realizar sobre la base de aquellas irregularidades —es decir defectos en la tramitación y aplicación de las normas a un procedimiento— que no puedan considerarse infracciones del mismo y que no estén en el marco de una causa de invalidez. Sus efectos se plantean, por tanto, sobre una relación jurídica a la del acto que normalmente no puede ser otra que la de eventual responsabilidad del funcionario tramitador o de la organización y su actuación frente a terceros. En suma, de una u otra forma, mecanismos de responsabilidad.

Sobre la base de esta aproximación conceptual que nos acompaña en nuestra legislación administrativa durante bastante tiempo podemos ahora profundizar un poco más en la configuración jurídica de las mismas no sin antes indicar, como se hace en el apartado siguiente, en la disección y delimitación de estas categorías se han producido, especialmente, en el ámbito de las formas jurídicas algunas aproximaciones claras en relación con las infracciones procedimentales y de forma que hacen que se diluyan los esquemas que tan nítidamente establecen las normas administrativas.

6.2. Proyección en el ámbito de la reforma de la LRJAP

El Proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas presenta un cierto sentido continuista que se refleja desde el artículo 1.º del mismo cuando señala que “...La presente Ley tiene por objeto regular los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos, el procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas, incluyendo el sancionador y el de reclamación de responsabilidad de las Administraciones Públicas, así como los principios a los que se ha de ajustar el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria...”. En este sentido el eje de la actuación administrativa sigue siendo el acto administrativo o su ficción cual es el silencio administrativo.

De hecho todo el Título III del Proyecto se refiere a los actos administrativo que sigue diciendo, en línea con la tradición común que “...1. Los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose a los requisitos y al procedimiento establecido...”. El resto de precepto que regulan esta materia se mantiene, igualmente, en el marco común y así, por ejemplo, el artículo 36 señala que “...Los actos administrativos se producirán por escrito a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia. 2. En los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede. Si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido. 3. Cuando deba dictarse una serie de actos administrativos de la misma naturaleza, tales como nombramientos, concesiones o licencias, podrán refundirse en un único acto, acordado por el órgano competente, que especificará las personas u otras circunstancias que individualicen los efectos del acto para cada interesado...”.

El resto de determinaciones se mantienen, igualmente, en el contexto clásico que incluye, asimismo, la notificación de los actos como condición de la eficacia de los mismos (art. 40). En el mismo sentido, el artículo 47 del Proyecto de Ley se refiere a la nulidad de pleno derecho y señala que “...1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- c) Los que tengan un contenido imposible.

- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.
- f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.
- g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal...”.

Pero, junto a estas determinaciones el artículo 69 contiene la declaración responsable y la comunicación como formas posibles de la iniciación del procedimiento administrativo²⁴.

Esto nos permite indicar, sin mayor análisis, que la posición del Proyecto de Ley es, ciertamente continuista: procedimiento administrativo —acto administrativo— invalidez del acto pese a que su regulación para la actuación y el desarrollo de las actividades es moderna, esto es, admite que puede no existir acto y que puede existir —sin perjuicio de la función de comprobación— una actividad meramente tolerada como consecuencia de una comunicación o de una declaración responsable. Esto nos permite indicar que el Proyecto de ley no resuelve ni analiza el problema central de lo que venimos denominando como actividad meramente tolerada bien porque la Administración no ejerce la función de supervisión bien porque la ejerce y considera que no existe oposición al Ordenamiento Jurídico de la actividad tolerada. Es cierto, que desde

²⁴ En concreto, establece que “...1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que éste manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio.

Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable. Las Administraciones podrán requerir en cualquier momento que se aporte la documentación que acredite el cumplimiento de los mencionados requisitos y el interesado deberá aportarla.

2. A los efectos de esta Ley, se entenderá por comunicación aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos o cualquier otro dato relevante para el inicio de una actividad o el ejercicio de un derecho.

3. Las declaraciones responsables y las comunicaciones permitirán, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente...”.

una perspectiva puramente procedimental la cuestión es nítidamente diferente en tanto en cuanto en la segunda existe una posibilidad de interposición de recurso contra la actuación de la Administración en vía de comprobación mientras que en la primera la mera inacción o tolerancia no tiene una vía procesal clara ni un esquema de invalidez definido.

VII. LA TRASLACIÓN DE ESTE ESQUEMA AL ÁMBITO DE LAS NUEVAS FORMAS DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA Y, EN CONCRETO, SOBRE LA ACTIVIDAD TOLERADA

La actividad, en tanto, produce la habilitación para el ejercicio de una actividad que tiene, incluso, reflejo en relaciones con terceros debe ser una actividad impugnabile por aquellos que resulten afectados y que puedan considerarse legitimados para la impugnación.

De alguna podríamos decir que la actividad impugnada es la actividad administrativa que habilita el ejercicio de la actividad en cuestión por la aceptación (con supervisión o no) de la declaración responsable o la comunicación previa que deba obtenerse conforme a la norma del respectivo procedimiento.

a) Actividad tolerada después o como consecuencia de la supervisión y comprobación

En este caso la actuación administrativa susceptible de impugnación se traslada o puede trasladarse al propio acto de comprobación. La documentación de la comprobación se convierte así en la actividad impugnabile aunque, desde luego, no dejan de reconocerse las dificultades que para un tercero ajeno a aquellos actos tiene el conocimiento de la actividad de comprobación y su propia documentación y que, probablemente, exigen personarse en el expediente, con carácter previo, para la articulación de la impugnación.

Este traslado de la actividad impugnada desde la tolerancia a la comprobación y la documentación de esta última en el curso de un expediente o una actividad administrativa clásica tiene, igualmente, algunos problemas conceptuales porque trata de equiparar el acto de comprobación con un acto clásico lo que ciertamente no es del todo correcto en tanto en cuanto la actividad de comprobación no tienen la misma estructura que el acto finalizador del procedimiento clásico, especialmente, porque se trata de una actividad que puede repetirse en el tiempo ya que la facultad de comprobación de las Administraciones Públicas no puede considerarse ni configurarse como limitada en su ejercicio. Siendo esto así es necesario reconstruir la doctrina del acto consentido y, probablemente, en el sentido de flexibilizarla en estos casos para

permitir que los afectados puedan ejercer los derechos que le corresponden como interesados.

b) La actuación reaccional del beneficiado inicialmente por la tolerancia

En este ámbito parece lo razonable es pensar que el beneficiado por la actuación administrativa actuará en el ámbito reaccional con motivo del ejercicio de la actividad de comprobación o supervisión y como consecuencia de las decisiones que en dicho ámbito se planteen. Desde esta consideración y sin perjuicio de la problemática a la que nos referimos en el apartado siguiente podríamos intuir que las posibilidades reaccionales se centrarán en una actuación administrativa clásica plasmada en el acto que se dicte como consecuencia de la actuación de supervisión o comprobación.

Desde nuestra consideración, la normalización de la actividad tolerada y, al margen de la obligación de supervisión y sus consecuencias, debe realizarse sobre la base de entender que la misma no es un área de impunidad que conduciría finalmente a grandes debates sobre la responsabilidad patrimonial derivada del no ejercicio de la función de supervisión, sino que es una actividad que tiene amparo administrativo en tanto habilita para el ejercicio de la actividad y que dicho amparo puede ser discutido por los interesados en vía de recurso y por la propia Administración en vía de revisión de oficio.

Es cierto que para que esta normalización se produzca es necesario superar algunos obstáculos jurídicos como son los requisitos procedimentales y, posteriormente, procesales de impugnación y, sobre todo, la literalidad de un esquema revisor que se refiere a actos administrativos que, como venimos repitiendo, no se producen —como tales— cuando operan aquellos títulos de habilitación del ejercicio de la actividad.

Esta necesidad de adaptación se proyecta sobre la revisión jurisdiccional que tampoco está pensada para la impugnación de la actividad tolerada y que deberá reformular el alcance y la interpretación literal del artículo 25 de la Ley Jurisdiccional.