

LA VIEJA CLÁUSULA «SIN PERJUICIO DE TERCERO» Y LA ADMINISTRACIÓN DEL PORVENIR*

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

RESUMEN

La cláusula «sin perjuicio de tercero» ha operado históricamente como una garantía implícita —una *conditio iuris*— en favor de quienes tienen títulos otorgados o derechos reconocidos, frente a la concesión de nuevos derechos, autorizaciones o privilegios que vienen a perturbar las situaciones consolidadas con anterioridad. Paulatinamente, el sentido de dicha garantía ha ido transformándose hasta el punto de haberse convertido en una excusa liberatoria que facilita a la Administración evadirse de mediar en el conflicto *interprivatos* generado, precisamente, por el otorgamiento del nuevo título administrativo e incluso en una pretendida causa de exoneración de responsabilidad. Como apoyo empírico para comprobar la evolución antes dicha se analiza el juego de la «garantía» en el ámbito de las aguas y el urbanismo. El estudio postula un cambio sustancial en la posición de la Administración ante el problema, el abandono de actitudes nihilistas y desacordes con la exigencia de una «buena Administración».

Palabras clave: derechos adquiridos; seguridad jurídica; concesiones administrativas; licencias urbanísticas; responsabilidad de la Administración; cláusula «sin perjuicio de tercero»; cuestiones prejudiciales.

ABSTRACT

The clause «notwithstanding the rights of a third person» has historically operated as an implied guarantee in favor of those with awarded or recognized legal rights, against the granting of new rights, licenses or privileges that come to disturb consolidated situations previously. Gradually, the meaning of that guarantee has been transformed to the point of becoming an excuse that allows Administration to escape from the mediation in the *interprivato* conflict generated precisely by the granting of the new administrative right and even an alleged ground for excluding its accountability. As an empirical support for monitoring the aforesaid this study analyses the role of the «guarantee» in the field of water and urbanism. The study posits a substantial change in the position of the Administration to the problem, the abandonment of nihilistic attitudes and discordant with the requirement of «good administration».

* Texto de la versión oral del discurso leído, el día 26 de abril de 2013, en el acto solemne de recepción como académico numerario en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia. Fue contestado por el ilustre académico Alfonso Pérez Moreno, catedrático de Derecho Administrativo.

Key words: acquired rights; legal certainty; administrative concessions; planning permissions; the accountability of government; «notwithstanding the rights of a third person»; prejudicial questions.

AGRADECIMIENTOS

En un acto como éste —un obsequio que el destino me regala— mi impulso primero es el de expresar las gratitudes debidas, pues es mucho el honor que significa estar aquí, en el umbral del acceso a esta Real Corporación. Pero mejor se entenderá mi gratitud si antes hablo de sentimientos, los que ha despertado en mí la aprobación de mi candidatura y la licencia para realizar este discurso de ingreso. Seré comedido y sobre todo muy sincero, sin concesión alguna a formulismos ni a nada que no surja de mis adentros, pues no me perdonaría el error de disfrazar con oropeles la joya que para mí supone este momento singular.

Prima la ilusión de este administrativista de usufructuar vuestros saberes, de beber de unas fuentes de conocimiento del Derecho tan diverso como el que sólo puede darse en un Foro como éste, y por ello tan capaz de rellenar esa *terra incognita* que crece y crece alrededor del jurista atrapado en los confines de su propia especialidad. Y siento, desde luego, el comprensible orgullo de poder tener por compañeros a quienes han sido y son mis maestros y colegas de profesión, amén de juristas tan admirables como los que aquí se congregan.

En estos últimos meses he librado ese pulso interno que sin duda conocéis: de una parte, la felicidad por la distinción recibida, fruto de vuestra benevolencia; de otra, el sentimiento de responsabilidad, la inquietud por no desmerecer demasiado al lado de juristas tan selectos; pues siento que mi llegada a esta Real Academia no es sólo una meta gozosa, sino una nueva singladura que reclama deberes y servicios, y que prometo cumplir, aunque sólo fuere en pago de la gratitud que os debo.

He escuchado a ilustres oradores expresar desde esta misma tribuna su dicha porque su vinculación a la Academia les daba carta de naturaleza como hijos de esta ciudad enamoradora. Me atreveré a contar una intimidad; mi placer no es menor pues, aunque soy sevillano, este lugar me retorna al barrio donde nací. Remedando al poeta que nació no lejos de esta casa, diré que *mi infancia son recuerdos... de una plaza de Sevilla*. Jugué y crecí en la de San Lorenzo, que está, como todo el mundo sabe, no sólo en el centro, sino en el corazón de Sevilla. Y cada

día, al ir y venir de mi colegio, pasaba por esta calle de San Miguel y observaba la noble fachada de esta casa, entonces enigmática para mí, y lo hacía como miran los niños, entre arrobado y medroso ante la evidencia de que había mundos que aún no comprendía. Me parece que fue ayer y bien podréis adivinar lo que supone para mí la vivencia de ser recibido en ella: algo imposible de expresar. Por ello, entended el agradecimiento que guardo a los ilustres académicos que promovieron mi candidatura, a los muchos que la secundaron y a todos en general por vuestro afecto y confianza.

Especial mención debo hacer del ilustre académico y mentor de esta iniciativa, Alfonso Pérez Moreno, mi maestro. Después de tan largo tiempo juntos no sé qué ha crecido más, si mi cariño hacia su persona o mi admiración y sorpresa constante por su incansable espíritu y sus virtudes como jurista creativo y singular.

Sobre don Manuel Clavero Arévalo, maestro de todos nosotros, sería empeño inútil trazar en diez palabras su enorme dimensión jurídica, política y social. Quienes tienen la suerte de conocerle y de tratarle quedan cautivos de su elegancia y sencillez, que son los atributos de los hombres especiales. Quiero felicitarle especialmente en el día de hoy por su modo de ser y su modo de estar, tan aleccionadores para todos.

Y quiero expresar mi gratitud a mis compañeros del Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Hispalense, y a los colegas de otras universidades e instituciones que han hecho el esfuerzo de estar aquí presentes. Señaladamente, agradezco al Instituto García Oviedo su ayuda económica para la edición de este discurso, y lo hago en la persona de su directora, la profesora Concepción Barrero Rodríguez.

Quiero recordar ahora a personas que estarían hoy aquí pero ya se fueron. La moderación me impone que sólo evoque, además de a mi madre, a tres amigos que también lo fueron vuestros.

A quien fue presidente de esta Corporación, el Excmo. Sr. D. Ángel Olavarría Téllez, con quien mantuve en la última etapa de su vida una larga amistad, que él dispuso que fuera íntima y risueña, ajena a las diferencias de la edad y de tantas cosas como él tenía a su favor sobre mí. Sabéis bien que era un hombre tan enamorado del Derecho como noble y caballero.

Durante veinte años he convivido en el mismo Departamento con Juan Antonio Carrillo Salcedo, en una comunión de afecto y colaboración perfecta, sin la menor fisura. Confiaba en que la enorme fortaleza de su espíritu, tan ejemplarmente demostrada cuando ya se nos despedía, vencería sobre sus males físicos y que hoy estaría aquí, como

comentábamos los dos unos días antes de su adiós. Me duele hondamente que no esté con nosotros en esta hora.

Y tuve la suerte de tratar personalmente al Ilustrísimo Sr. D. Francisco de Paula Piñero Carrión, excelente magistrado en las diversas Audiencias a las que sirvió en su largo periplo profesional. Su desaparición ha abierto un hueco en esta Real Academia que el azar lo ha puesto a mi disposición. Era un hombre recto, religioso y bueno a carta cabal. Me apoyaré en su recuerdo y trataré de cuidar la huella que nos dejó.

Y, ya con la venia del señor presidente, me dispongo a entrar en la materia del discurso.

I

El gran jurista SANTI ROMANO, en su célebre obra *L'ordinamento giuridico*, habla de los perjuicios que para muchos conceptos del Derecho público ha supuesto el hecho de haber nacido del seno del Derecho privado, cuando la ciencia jurídica pública no existía o estaba aún en sus balbucesos.

Mucho tienen que ver con esta apreciación dos obras cruciales de la doctrina española. La del inolvidable Sebastián MARTÍN-RETORTILLO titulada *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo*, que apunta en la dirección del jurista italiano, y la del ilustre miembro de esta Corporación el profesor CLAVERO ARÉVALO llamada *Consecuencias del Derecho Administrativo como ordenamiento común y normal*, en la que certificaba el cese de esa dominación de lo civil y el surgimiento de un nuevo *ius commune* independiente y capaz de cubrir sus lagunas con sus propios principios.

El Código Civil aún contiene medio centenar de preceptos de Derecho público, inoperantes ya en su mayoría. Pero en medio de este gris horizonte de preceptos caducos se yergue como una espiga fresca una regla inderogada, de corte breve, que «*fabla llano e claro*», como decía Alfonso X que tenían que hablar las leyes. Se halla en su artículo 410, que dice: «*Toda concesión de aprovechamiento de aguas se entiende sin perjuicio de tercero*», regla que constituye un excelente ejemplo de ese tránsito de lo privado a lo público y que aborda un problema de siempre, tan vivo hoy como lo fuera en Derecho romano, sobre el que cabe preguntarse: ¿ese tránsito hacia lo público ha robustecido o ha debilitado tal garantía?

Este artículo 410, precepto bisagra de dos épocas históricas, conecta con valores y principios atemporales: el respeto a los derechos ad-

quiridos, regla *prior tempore potior in iure*, principio de irretroactividad, seguridad jurídica... Por tanto, aunque el precepto hable de aguas y de concesiones administrativas, es anterior *en el ser* a la figura misma de la concesión y trasciende del sector de las aguas, los montes, las minas, el urbanismo, etc.

Ningún sector de los citados constituye por sí mismo el objeto de esta disertación; aunque bien es cierto que las aguas, por su propia condición física «fugitiva» y volátil, y las relaciones de vecindad son campos especialmente propicios para observar en toda su intensidad la dinámica práctica del *salvo iure tertii* y, por tanto, para aminorar el riesgo de andarnos sólo por las ramas de las abstracciones.

Este discurso tiene mucho de homenaje al «tercero administrativo», notoriamente olvidado por la doctrina especializada, pues «tercero» no equivale a «interesado», del que tanto se ha escrito. Tercero no es el afectado por cualquier decisión administrativa, sino quien siendo ajeno en principio a una relación jurídica entre la Administración y un sujeto «segundo», puede acabar entrando en dicha relación cuando ésta altere la situación de la que aquél antes gozaba. Por tanto, «terceros» no son meros *poenitus extraneus*, ajenos por completo a la relación jurídica básica, ni desde luego «parásitos jurídicos», como jocosamente los llamara el mismísimo IHERING, llevando la broma quizás un poco lejos. La práctica demuestra que los terceros son más bien las víctimas de una Administración frecuentemente ineficaz y negligente que ha llegado a tergiversar el sentido originario de la garantía, instrumentándola en su propio favor, convirtiendo así la cláusula en algo sin sustancia para los terceros.

Soy consciente de que las reflexiones que aquí haré van a contrapelo de doctrinas tradicionales consagradas como intocables. No obstante, asumo el riesgo desde la convicción de que sólo la discrepancia es capaz de mover la ciencia hacia adelante y de que esta ilustre Academia merece ese riesgo y este esfuerzo.

II

La cláusula «sin perjuicio de tercero» tiene la significación histórica de ser un principio rector del otorgamiento de toda suerte de títulos, grandezas y privilegios. Como primera piedra, es obligado citar la sentencia de ULPIANO: «*No se debe permitir edificar de modo que esto se haga con perjuicio de alguno*».

El mismo principio regía en Roma para el aprovechamiento de las aguas. El Derecho romano tenía un amplio concepto del domi-

nio público ya que abarcaba toda *acqua profluens*, o sea, agua corriente o que fluye aun sin ser navegable o flotable. Ya desde la República, los aprovechamientos se otorgaban por los magistrados locales (*dunviros*) mediante la figura de la *locatio conductio*, antecedente de las concesiones actuales. Así, el concesionario quedaba investido de una especie de derecho real, de un *ius aquae*, protegido estrechamente por la cláusula *salvo iure tertii* y por un sistema de acciones interdictales *ad hoc* contra quien perturbara su derecho; todo lo cual ha quedado plasmado en el *Digesto*.

Ocioso es decir que en nuestro Derecho histórico remoto no existió una Administración hidráulica, ni una economía agraria como la de Roma, ni un interés especial por los riegos. Por ello, el dominio público no era tan amplio, sino limitado a los ríos navegables, ya que entonces el interés prevalente era la pesca fluvial, el transporte y la flotación.

En el Derecho de Castilla se fue asentando el principio de que las aguas podían ser aprovechadas por los propietarios adyacentes al cauce, en virtud del derecho civil de accesión, incluidas las aguas públicas, sólo con la limitación de que sus molinos, presas, batanes, estacadas u otros artefactos no dificultaran la libre navegación o la pesca, colisión que no era infrecuente, según cuenta JOVELLANOS en su Informe de 1794.

Este sistema castellano, llamado *ribereño o ripariano*, se vio enturbiado a veces por las llamadas Cartas desaforadas, o cláusulas *non obstantibus*, aparecidas en los momentos históricos caracterizados por los excesos en el ejercicio del poder, Cartas que se expiden en contra de los derechos constituidos y cuyos frenos aparecen ya en las Partidas, cuando éstas dicen que «*las concesiones de regalías sólo se pueden hacer sin perjuicio del derecho que los dueños llevasen en las cosas*», principio que quedó transcrito en la Nueva Recopilación.

En suma, en las Partidas y el Fuero Viejo quedó plasmada una especie de «Estatuto de la propiedad ribereña», regido todo él por la cláusula «*sin perjuicio*». De sus muchos pasajes al respecto, valgan estas dos muestras:

«*Cada uno puede fazer en lo suyo lo que quisiere pero dévelo fazer de manera que non faga daño ni tuerto a otro*».

«*Cualquiera puede hacer un molino o aceña, con tal de que el corrimiento del agua no embargue la de otro anterior*».

En fin, todo ello supone la exaltación del *salvo iure tertii* y del respeto a los derechos adquiridos, porque se entiende que son la previsora re-

compensa de la inteligencia y del trabajo. Ocioso es decir que este sistema castellano abocaba a un entramado muy espeso de relaciones de índole civil, dado que la gran mayoría de los derechos sobre las aguas, incluidas las subterráneas, eran de naturaleza privada, siendo la jurisdicción civil la encargada de resolver los conflictos en esta materia.

Frente a este sistema ribereño o castellano funcionó el sistema regaliano propio de la Corona de Aragón y el Reino de Valencia, donde se otorgaban autorizaciones para el disfrute de las aguas mediante contratos de censo enfitéutico, entendiéndose siempre que la cesión del agua hecha por el príncipe era, como dicen los textos, «*sin perjuicio del derecho de tercero que lo tuviese adquirido con anterioridad*».

Así, bien patente resulta que tanto en el sistema ribereño como en el regaliano la cláusula «sin perjuicio» era el principio rector de las redes de aprovechamientos, siempre tan intrincadas y complejas.

III

Mas no todo era pacífico ni positivo en el sistema ripariano; los textos históricos hablan y con profusión de abuso de derecho de los ribereños, por encastillarse en sus predios, impidiendo a extraños el acceso al cauce, con grave perjuicio a los intereses de la agricultura y a los emprendedores de nuevas industrias, situación esta que, lógicamente, fue atacada por la Ilustración.

Puntos fundamentales en este devenir fueron las famosas Ordenanza e Instrucción de Corregidores de 1749 y 1788. Y en la cima de este impulso de los ilustrados, una decisiva Real Orden de 14 de marzo de 1846 impuso la exigencia de concesión administrativa para los nuevos aprovechamientos, lo que supuso *de facto* la demanialización de casi todas las aguas superficiales. Muy poco después quedó demolido el sistema ribereño por una Ley de 1849 suscrita por el ministro Bravo Murillo, instaurando la servidumbre forzosa de acueducto, que ya había sido establecida varios siglos antes por el Rey don Jaime I en el Fuero XX del Reino de Valencia.

El movimiento codificador de la segunda mitad del XIX acabó ubicando el Derecho de aguas en la esfera de lo público, en todas sus vertientes. Pero hay que destacar cómo tan incisivas medidas jurídico-públicas se hicieron sin olvido de los derechos adquiridos. Puede hablarse de una auténtica ansiedad por lograr el equilibrio entre lo que fue considerado entonces como «la más grande y beneficiosa conquista del derecho moderno» y el respeto a las situaciones legítimas preexistentes; obsesión por los «buenos principios» que machacona-

mente luce en las disposiciones de la época y en los escritos de Cirilo FRANQUET Y BERTRÁN y Antonio RODRÍGUEZ DE CEPEDA, personajes extraordinarios que fueron para las dos monumentales Leyes de Aguas de finales del XIX lo que Florencio GARCÍA GOYENA fue para el Código Civil. Junto a los citados es justo mencionar a SÁNCHEZ ROMÁN, DANVILA COLLADO y ALONSO MARTÍNEZ.

La irrupción de la Administración como gran protagonista del sistema supuso para ella una carga imponente, dado su gran desconocimiento de los aprovechamientos previamente constituidos y por títulos tan diversos: el dominio, la accesión, la usucapión, los privilegios reales y señoriales..., y más teniendo en cuenta el arcaísmo de los conocimientos de la época sobre la técnica hidráulica.

Por ello, estas nuevas concesiones a otorgar ya por la incipiente Administración interventora se concibieron como provisionales o interinas, no entendiéndose como definitivas hasta que fuera evidente la inexistencia de perjuicios para el Estado ni para los particulares, es decir, *«cuando las certificaciones de los ingenieros, el silencio de los particulares y el tiempo, viniesen a demostrar lo inofensivo de los proyectos»*, como dijeron sentencias coetáneas y posteriores a las Leyes de Aguas de 1866 y 1879, imbuidas de un claro espíritu protector hacia las situaciones jurídicas consolidadas. En suma, una filosofía claramente decantada en favor de los terceros, que obligaba a la Administración a cerciorarse concienzudamente de que la nueva concesión no causaría perjuicios, o bien que dejara en suspenso su otorgamiento hasta que los tribunales fallasen sobre la legitimidad de la posición de cada parte.

En fin, resultaba patente que la acepción primaria y nuclear de la cláusula «sin perjuicio» era el deber de mantener el estado posesorio preconstituido; éste sería el «bien jurídico protegido», como se diría en términos penalísticos. La Administración debía extremar su celo en no otorgar lo que pudiera ser lesivo para terceros con mejor derecho.

Junto a esta doctrina, tan cabal, coexistía una regla complementaria y plenamente lógica, ínsita en la propia cláusula «sin perjuicio»: si la Administración llegaba a otorgar la concesión indebidamente, los terceros tenían abierta la posibilidad de accionar ante la jurisdicción civil. Por tanto, «cara y cruz» o doble función de la garantía: una primaria o preventiva y otra secundaria o paliativa.

Lo cierto es que esta última faceta o función secundaria de la cláusula fue difuminando poco a poco la garantía principal, desplazándola desmesuradamente, vaciándola así de su sentido y contenido protector. Así, se llegará a jugar con la ficción de que la concesión otorgada indebidamente nunca daña *de iure*, aunque produzca daños reales, palpables y comprobables, puesto que el tercero lesionado siempre puede

defender su derecho ante los tribunales. Desde esta posición, inevitablemente se generan dos consecuencias decisivas: primera, la creación de una cláusula general de exoneración de responsabilidad de la Administración; segunda, el desplazamiento hacia los terceros lesionados de la carga de accionar y de probar los daños, ya en los breves plazos que las leyes procedimentales generales otorgaban para ello.

La apoteosis de esta espuria reducción de la garantía viene respaldada por no pocas sentencias que proclaman que la Administración «cumplió» por el solo hecho de incluir la cláusula «sin perjuicio» en el texto de la concesión, razonamiento censurable por su fondo y, desde luego, por su forma, si tenemos en cuenta que dicha cláusula no es más que una *conditio iuris*, siendo por ello indiferente que esté recogida o no en el texto del título concesional.

IV

Llegados a este punto del discurso, inconsecuente sería decir una palabra más sin aludir al estudio que en 1951 hizo sobre la cláusula en cuestión el jurista excelso y deslumbrante que fue José Luis VILLAR PALASÍ, que, como ha dicho de él Alejandro NIETO, fue «*un ser privilegiado de los que nacen cada cien años, que demostró que el Derecho también puede ser un arte*». Se trata de un ensayo celeberrimo que constituye la aportación doctrinal señera y casi única de todo el siglo xx y lo que va del presente. Pocos estudios habrán sido tan influyentes en la doctrina y la jurisprudencia; sus ecos siguen resonando en las sentencias actuales. Permitidme confesar mi admiración por el insigne profesor, que no merma un ápice por el hecho de que aquí discrepe de sus postulados.

Como en todos sus estudios, el que me refiero está henchido también de ambición conceptual. Son tres los puntos fuertes de su propuesta: 1.º La cláusula «sin perjuicio» es la idea clave, el punto de apoyo capaz de sustentar la unicidad de la concesión administrativa como categoría jurídica. 2.º La cláusula expresa el neutralismo de la Administración concedente. 3.º La Administración es irresponsable tanto frente al concesionario como frente a los terceros perjudicados.

V

En cuanto al primer punto, defiende VILLAR que el *salvo iure tertii* es el cimiento sobre el que se erige todo el inmenso edificio concesio-

nal; o sea, la pieza común, el elemento aglutinante y explicativo de esa realidad tan diversa; y aún más, tendría casi el mágico poder de trazar limpiamente la frontera entre ese universo y el mundo de las autorizaciones administrativas, donde la cláusula no tendría sentido dado que éstas, según el autor, no otorgan realmente ningún derecho que el interesado ya no tuviera en potencia, razón por la que el conflicto de éste con un tercero caería fuera de la órbita administrativa.

Pero, una vez más, la realidad se encarga de probar cuán ilusorio es empeñarse en sustentar el mundo sobre un alfiler. Una distinción neta entre concesión y autorización no es posible, como afirma la doctrina más autorizada y la realidad demuestra sobradamente; aunque bien es cierto que algunos tipos concretos de concesiones o autorizaciones se ajustan a los viejos arquetipos acuñados, señaladamente en las clásicas obras de Otto MAYER y RANELLETTI, que son las que el autor invoca.

Pero no es preciso abundar sobre esto. La apuesta del eximio jurista se derrumbó muy pronto con la aparición, en 1955, de los Reglamentos de Bienes y de Servicios de las Entidades Locales, pues éstos refieren el *salvo iure tertii* indistintamente a concesiones y licencias. Y, paradójicamente, ha sido en el terreno de las licencias donde dicha cláusula ha tenido y tiene su mayor predicamento.

Por todo ello, el tratamiento de la cláusula «sin perjuicio» no debe hacerse desde la distinción entre concesiones y autorizaciones, negándola para estas últimas, como quiso el profesor VILLAR, sino que el criterio más correcto estriba en distinguir entre conflictos entre títulos administrativos de cualquier clase y conflictos entre títulos administrativos nuevos y derechos puramente civiles, es decir, situaciones libres no necesitadas de concesión ni autorización administrativa.

VI

El llamado «neutralismo» de la Administración es el punto fuerte de la tesis de VILLAR y el que ha hecho mayor fortuna, tanto que la doctrina y las resoluciones judiciales suelen aplicarlo a cualquier conflicto, como un patrón válido para todos ellos. Por tal motivo, no es extraño que este principio «neutralista» venga posándose desde entonces de libro en libro y de sentencia en sentencia, brindando a la Administración una coraza prácticamente impenetrable. La consecuencia última de esta postura se condensa en la afirmación según la cual no debe exigirse al solicitante que acredite su propiedad sobre la cosa para la que pide el título, ni la Administración debe examinar, previamente a su otorgamiento, la situación de los sujetos que pueden resultar lesionados.

No me parece aceptable tal posición. Estimo que cada tipo o clase de conflicto exige una mayor o menor dosis de intervención administrativa, debiendo llegar a ser plena en unos casos y escasa o nula en otros. Considero que ese neutralismo a ultranza, equivalente a inhibición, no debe existir cuando son títulos administrativos los que colisionan entre sí, ya sean concesiones o autorizaciones. En estos casos no es lícito que la Administración adopte una cómoda posición nihilista o indolente ante un conflicto a cuya creación ella misma ha contribuido, sino que debe seguir una actitud beligerante contra todo lo que venga a perturbar una situación de estabilidad lograda por medios legítimos.

Por ello entiendo que no es aceptable llevar el «neutralismo», por ejemplo, a un campo como el de las aguas, en el que, por cierto, ha logrado arraigarse muy firmemente. Ese neutralismo podía tener sentido en los inicios de la Administración interventora, cuando aquellas primigenias concesiones solían toparse con una mirada de situaciones jurídicas de naturaleza civil. En ese contexto, lógica era la prohibición general de que la Administración dirimiese los conflictos. Pero este neutralismo está fuera de lugar en un marco como el vigente, en el que todo está publicado por la ley, donde se declara demanial todo el «ciclo hidrológico», donde todo es mensurable desde la ciencia moderna y donde toda la competencia jurisdiccional es del orden contencioso-administrativo. En este nuevo contexto la Administración no puede permanecer ciega, sorda y muda, parapetada en la cláusula «sin perjuicio» ante la situación de terceros lesionados por concesiones o autorizaciones indebidamente otorgadas. Por el contrario, debe desplegar todo su celo en proteger; antes que nada, los derechos anteriormente otorgados o reconocidos por ella misma.

Pero la realidad es que esta no ha sido precisamente la tendencia seguida en el ámbito de las aguas, sino el otorgamiento un tanto pródigo o excesivo de concesiones, como se induce de un análisis profundo de la jurisprudencia, que ahora no puedo describir verbalmente. Gran parte de culpa hay que achacarla, sin duda, a la ignorancia que la Administración siempre ha tenido sobre la masa hídrica disponible, lo que ha propiciado una suerte de principio *pro actione* a favor del nuevo peticionario y el correlativo abandono del deber de proteger a los terceros. Especialistas han señalado que los derechos concesionales no se respetan desde hace muchos años, y el propio Libro Blanco del Agua dice que hay más títulos concesionales que agua disponible y que en las cuencas intercomunitarias existe más de medio millón de aprovechamientos y sólo están declarados la mitad.

Tan caótica situación ha resultado posible precisamente por el uso de la «cláusula sin perjuicio» en calidad de patente de corso para en-

cubrir el descontrol administrativo, convirtiéndose, a la postre, en una exigente abusiva en favor de la Administración y en un auténtico azote para los terceros a quienes la cláusula dice proteger. De este modo, todo queda invertido, tergiversado. En estas condiciones la cláusula «sin perjuicio» no supone una garantía para los terceros titulares de derechos preexistentes, sino que los sume en la inseguridad y desprotección. Dicho sea plásticamente, mientras los terceros son empujados a escalar el muro de los procedimientos, los plazos y las cargas probatorias, la Administración, «mirando hacia el tendido», se desentiende del asunto. ¿Acaso es esto aceptable?

VII

En cuanto a las licencias y autorizaciones —que el insigne profesor VILLAR excluyó de sus postulados—, éstas suelen topar con derechos de terceros de naturaleza civil, por lo que el neutralismo de la Administración no carece totalmente de sentido en esta sede; pero sí resulta rechazable el neutralismo a ultranza, que es lo que se viene postulando.

Esta postura tan negadora de la intervención administrativa en el conflicto entre el beneficiario de la autorización y el tercero ha llegado al paroxismo en el campo de las licencias urbanísticas —de obra, especialmente—, sin duda porque son el paradigma de la autorización de carácter reglado. Es más, esa dogmática posición ha crecido al calor de un tipo de licencia que, siendo la más frecuente, incide además sobre algo iusprivatístico por excelencia: el cerramiento de finca, que es la autoafirmación misma del propietario privado, el acto que hace ostensible, *erga omnes*, lo más esencial del dominio: el *ius excludendi alios*. Abundan también las licencias para obras y actividades que se realizan en el ámbito de las relaciones de vecindad, señaladamente las que tienen lugar en el seno de comunidades de propietarios. Pero claro es que los ámbitos que acabo de mencionar son sólo una parte del variopinto mundo de las autorizaciones, que sin embargo ha quedado todo él contaminado de «neutralismo», como el clásico cesto de manzanas.

Por tanto, en el vasto mundo de las autorizaciones campea a sus anchas la idea neutralista, se justifica la cláusula «sin perjuicio» como inhibición administrativa ante el conflicto, se reafirma la competencia del juez civil, la carga del tercero de accionar y probar, y la irresponsabilidad de la Administración. En fin, cae hecho trizas el espíritu protector del tercero que ULPIANO, PAULO, ALFONSO X, FRANQUET, SÁNCHEZ ROMÁN o ALONSO MARTÍNEZ defendieron con ardor en el pasado. Por lo demás, se trata de una de las posiciones dogmáticas más cerradas que

pueden encontrarse en la órbita del Derecho administrativo. La jurisprudencia y la doctrina que las avalan son abrumadoras, apareciendo como una verdad irrefutable.

En síntesis, los contenidos del dogma, que traen causa de la tesis de VILLAR PALASÍ, son los siguientes:

1.º La licencia urbanística es un acto estrictamente reglado, sin margen alguno para la discrecionalidad. Sólo es controlable desde la pura legalidad, pero no de la legalidad en general, sino exclusivamente de la urbanística; o sea, que sólo ésta es la que la Administración debe tener en cuenta al fiscalizar el proyecto.

2.º La licencia es neutral y, por ello, la Administración no debe erigirse en juez de estos conflictos con terceros, pues son cuestiones de Derecho civil que deben resolver los órganos judiciales de este orden.

3.º Por consiguiente, no corresponde a la Administración controlar la titularidad del terreno objeto de la licencia solicitada ni averiguar la situación de quienes pudieran resultar lesionados por el otorgamiento de aquélla.

A la vista de posiciones tan cerradas, las preguntas surgen solas: ¿es razonable aplicar a rajatabla todo lo anterior a todos los conflictos?; ¿ese neutralismo a ultranza de la Administración está justificado en algún principio de Derecho natural, como ha dicho con sutil ironía Antonio JIMÉNEZ-BLANCO?; ¿a tan poca cosa ha de quedar reducida la garantía ínsita en la vieja cláusula *salvo iure tertii*?... Pero difícil es que a un corsé tan estrecho no le estallen las costuras por algún lado.

En efecto, la primera gran fisura que presenta esa monolítica construcción se aprecia en los numerosos casos en que alguien pide licencia para un cerramiento o vallado que fricciona con bienes públicos municipales (caminos, aceras, terrenos demaniales o patrimoniales). En esos casos, toda esa dogmática queda arrumbada bajo el argumento de que en estos casos especiales sí es posible que la Administración valore no sólo el aspecto urbanístico del asunto, sino que pueda denegar la licencia valorando el problema jurídico-civil; o sea, se instrumenta una especie de recuperación de oficio atípica, canalizada por la vía de la denegación de la licencia. Mas hay que decir que esta solución, por muy lógica y funcional que pueda ser, y sin duda lo es, hoy no está respaldada por la ley como sí lo estuvo otrora, antes de que el Tribunal Constitucional arrasara el Derecho del Estado en materia urbanística, con acierto tan dudoso, dicho sea de paso.

Pero de todo lo dicho lo importante es resaltar cómo el dogma decae cuando se hace irrazonable. Y bien sabemos que una dispensa

lleva a otra y luego a otra, hasta que el dogma acaba siendo irreconocible. Ciertamente, a ese edificio le salen otras fisuras o excepciones igualmente comprensibles y que no relataré oralmente por respeto al reloj, pero que al cabo suponen el derrumbe del dogma como un castillo de arena. Y, lo más importante, vienen a desmentir rotundamente la idea de que la Administración esté absolutamente impedida para terciar en los asuntos donde estén involucrados problemas de propiedad o de posesión. Por ello, es necesario superar los prejuicios arraigados en esta materia.

En primer lugar, resulta estereotipada la apuesta por un control de las licencias estrictamente circunscrito a la legalidad urbanística, pues ello implica marginar la abundante legislación sectorial más o menos aledaña al urbanismo: protección del paisaje, seguridad, ruido, barreras arquitectónicas, etc., como ha señalado el profesor REBOLLO PUIG. Si ello viene motivado por la carencia en los ayuntamientos de medios personales capaces de realizar estas funciones, está claro que la cuestión se sale ya del razonamiento jurídico propiamente dicho y entra en otros terrenos.

En fin, las licencias urbanísticas no pueden constituir una especie de mundo aparte, un enclave regido por principios distintos de los que funcionan en cualquier otra parcela del Derecho administrativo. Precisamente por ello, van apareciendo leyes autonómicas que cuando se refieren al control de las licencias ya no hablan de legalidad urbanística, sino de «legalidad aplicable», es decir, de su «ajuste a Derecho», con mayúsculas. Por consiguiente, un ayuntamiento no debe dejar de ponderar cualquier normativa que sea de aplicación, siempre que la competencia no corresponda a otra Administración de manera exclusiva; y siempre que no entre en aspectos jurídico-privados, para *definirlos o calificarlos*, pues esto y sólo esto es lo que en ningún caso debe hacer.

Por otra parte, ese neutralismo administrativo, surgido al socaire de la cláusula «sin perjuicio», es comprensible cuando al otorgar la licencia la Administración desconoce el problema civil subyacente entre el beneficiario del título y los posibles terceros dañados; pero ¿y cuando lo conoce perfectamente, e incluso tiene constancia fehaciente de ello? Hay que destacar al respecto que predominan las resoluciones judiciales que se inclinan porque la Administración se abstraiga del problema civil y actúe, sin más. Pero ¿es esto razonable cuando el ayuntamiento sabía perfectamente que el solicitante no era el propietario del local, que el edificio a demoler tenía un copropietario disconforme con la demolición, que la evacuación de humos se haría con daño a elementos comunes del edificio, que los aparatos a instalar privarían del sueño a los vecinos, que se trataba de una actuación visiblemente con-

traría a los estatutos de la comunidad de propietarios, que la controversia entre los vecinos ya estaba planteada ante un juzgado civil, o que el tercero perjudicado por la licencia estaba amparado por el Registro de la Propiedad?... Ante todas estas situaciones, ¿puede la Administración permanecer como si nada estuviera ocurriendo, precisamente en nombre de la cláusula «sin perjuicio de terceros»?

Salpicadamente, van surgiendo sentencias que se «rebelan» contra tan pesada tradición; así, la de 23 de septiembre 2010 de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Madrid declara que *«si la Administración sabe de antemano, antes del posible otorgamiento de una licencia, que existe conflicto sobre la titularidad dominical del suelo del inmueble... en ningún caso debe otorgar dicha licencia»*.

En este contexto de búsqueda de la medida y la justicia por encima de dogmas y apriorismos oxidados resultan hasta emocionantes las palabras que, ya en 1986, escribió el magistrado don Ángel Martín del Burgo: *«Una cosa es que la Administración no deba erigirse en juez de una situación de derecho civil entre particulares, y otra distinta es que, como medida de prudencia y en interés de los propios interesados, deniegue la concesión de la misma... y ello no significa injerencia en cuestiones de propiedad, siempre y cuando no se entre en el examen de fondo de los títulos... pues esto sí pertenece a la jurisdicción ordinaria»*.

VIII

Tanta insatisfacción o más produce el tercer punto de la tesis que combato, según el cual la Administración es irresponsable tanto frente al concesionario como ante el tercero lesionado. Este postulado ha tenido y sigue teniendo un seguimiento notable, pero me parece insostenible en el marco de la Constitución y del sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas que rige en la actualidad.

Centrándome en la posición del tercero, no hay duda de que éste pueda resultar dañado por el beneficiario de un título expedido por la Administración, por el ejercicio abusivo de éste. Pero cuando las lesiones al tercero estén causadas directamente por el contenido de tal título, no hay razón para excluir *ab initio* la responsabilidad de la Administración concedente por escudarse ésta en la cláusula «sin perjuicio», que es lo que ha venido ocurriendo. Y para ello se ha utilizado la ficción de que el título en sí, como es neutral, nunca es ilícito, pues siempre nace como «limpio de pecado», de tal modo que cualquier daño que se produzca será imputable a su beneficiario y nunca a la Administración.

Entiendo que ese planteamiento no es correcto y que las soluciones no deben diferir mucho de la establecida para los contratos administrativos y concesiones de servicio público; o sea, cada palo debe aguantar su vela, sin que quepa poner en juego en favor de la Administración exenciones o privilegios de corte mayestático que no tienen hoy cabida en un Estado de Derecho que se precie de serlo. La cláusula «sin perjuicio» no puede jugar como una exención general de responsabilidad administrativa.

Y la anterior conclusión sería aplicable no sólo a las concesiones de todo tipo, sino a las autorizaciones de cualquier clase, que es donde la cuestión ha sido vista con todo recelo. Creo que es así y que incluso nada impide que la Administración pueda ser corresponsable, a título de *culpa in vigilando* o *in eligendo*, por los daños causados directamente por sujetos autorizados. Aunque *prima facie* esta tesis pueda considerarse descabellada o escandalosa por el peligro de constituir a la Administración en un centro de imputación general de riesgos, no cabe descartar esa posibilidad cuando lo autorizado es especialmente peligroso y no se despliegan medidas proporcionadas de precaución y vigilancia. Son aleccionadores en este sentido sucesos como el del Madrid-Arena, local de este Ayuntamiento donde murieron cinco jóvenes en la ya tristemente famosa «noche de Halloween» de 2012; o el incendio de la discoteca «Alcalá 20» en 1983, en la que murieron 82 personas; y otros muchos ejemplos desgraciados.

Cierro este capítulo. Toda licencia ilegal o cuyo otorgamiento no tendría que haberse producido, ora por razones administrativas o por razones de orden civil, revela un funcionamiento anormal del servicio. Y si un tercero puede acreditar lesión derivada de una licencia dada en tales condiciones podrá reclamar también ante la Administración; ¿ante quién si no?

A todo cuanto sostengo podría objetarse que la Administración quedaría siempre en la picota, en medio de un fuego cruzado, pues tanto podría ser imputada por no otorgar la licencia o por hacerlo tardíamente como por haberla concedido. Pero ese riesgo es más aparente que real. Todos sabemos que la responsabilidad de la Administración, aun siendo de carácter objetivo, no funciona en la práctica de modo tan aplastante. Precisamente en estos casos, la teoría del «margen de tolerancia», cada vez más pujante, exculparía a la Administración de responsabilidad por sus errores *tolerables* a la hora de dar o no dar una licencia.

IX

Concluyendo. La cláusula sin perjuicio no es en la práctica lo que aparenta ser, pues sólo alcanza a dar al tercero lo que cualquier sujeto legitimado puede hacer: acudir a los tribunales. A esto ha quedado reducido un principio jurídico de tan hondas raíces históricas... Pero ¿hemos de rendirnos ante la evidencia y conformarnos con esto? ¿Cabe esa suerte de «mística del neutralismo», ciertamente exótica si se la compara con el intervencionismo invasor que la Administración, sin tantas cortapisas, despliega de ordinario en otros ámbitos de la vida privada; sus enormes potestades discrecionales, de investigación y de control, etc? En fin, ¿es admisible un abstencionismo tan contrario al pujante *principio de precaución* de procedencia europea?

Esta situación no es sostenible, como ahora se suele decir. La crisis económica ha puesto descarnadamente al descubierto la irracionalidad de las estructuras administrativas y su altísimo coste. Para que España logre salir a flote es necesario reconfigurar el modelo de Administración; hay que desechar tanto el burocratismo trasnochado como el modelo liberalizador descontrolado que ha acabado llevándonos a la crisis económica y a la corrupción.

La «Administración del porvenir» —es decir, la del mañana y próspera a la vez— debe responder a un modelo de nuevo cuño que sea realmente útil para el ciudadano; una Administración muy profesional, fiable y previsor de riesgos y conflictos sociales. Una Administración que no puede abdicar de la procura del bien común, pues ha quedado bien claro que el mercado se ocupa de otras cosas bien diferentes. Pero hay que huir del gigantismo orgánico y de embarcarse en empresas en las que el sector privado tiene todas las de ganar en los campos económico, financiero, científico y técnico. La Administración del porvenir debe concentrar su actuación en las funciones de vigilancia, control y garantía de calidad de sus propios cometidos y de los que gestionan los agentes privados. Y para ello necesita un personal experto que acredite cumplidamente el mérito y la capacidad, no la pertenencia a unos colores.

Un modelo de Administración en el que resplandezca el *salvo iure tertii* como garantía real y efectiva hablará por sí solo de su calidad y eficacia. Significará que la Administración al actuar no sólo atiende a quien se encuentra, aquí y ahora, al otro lado de la barra —con todo el riesgo que suelen conllevar las cercanías excesivas y las amistades peligrosas—, sino que vela igualmente por los derechos e intereses de esos terceros ausentes o anónimos que disfrutaban de lo que legítimamente consiguieron.

Pues bien, parece coherente que esa Administración garante y anticipativa asuma un papel activo y responsable en la resolución de estos conflictos y no pase de largo ante los problemas, incumpliendo ese «deber de socorro» por el que clama el tercero cuando es atropellado por alguien que, sin duda, se hace más fuerte cuando cuenta con un título administrativo.

No hay que escandalizarse ante el hecho de que la Administración tercie en conflictos entre privados; así lo predijo el eximio Federico DE CASTRO Y BRAVO, al decir que era «*signo de los tiempos, un fenómeno constante y ya inevitable*»; ni rasgarse las vestiduras por el hecho de que muchas relaciones jurídicas entre privados estén reguladas por el Derecho administrativo, algo tan corriente que incluso ha llegado a difuminar las fronteras de lo que sea una «cuestión civil», dada la mixtificación y entrecruzamiento de normas e intereses concurrentes en muchas materias.

Cuando mi querido maestro Alfonso PÉREZ MORENO escribió su *ópera prima* lanzó al espacio una luminaria para hacer ver algo entonces desconocido y casi herético: que la Administración realizaba a veces una función dirimente en conflictos entre particulares, es decir, lo que luego se ha confirmado como un instrumento imprescindible de la actuación administrativa.

Por supuesto, no se trata de invadir la competencia del juez civil para definir derechos de esta naturaleza, sino que la Administración actúe la suya propia sin vendas en los ojos y sin escapismos, examinando, por tanto, todos los elementos disponibles y decidiendo, si es preciso, con la mera «eficacia prejudicial» que permite el artículo 4 de la LJCA, ya que no se trata de definir derechos civiles, sino de dictar la resolución más razonable posible dentro de las circunstancias. No cabe descargar en los jueces la gestión de lo que pudo y debió haber hecho la Administración respetando la ley y el Derecho.

Últimamente no corren buenas noticias para los terceros. La aplicación de la Directiva Bolkestein supone la supresión de la autorización administrativa previa para ciertas actividades y su sustitución por controles *a posterius* (las llamadas declaraciones responsables y comunicaciones previas). Una Directiva que, amén de haber nacido a destiempo, desincronizada con la realidad económica de la mayor parte de Europa, de entrada ha puesto patas arriba nuestro ordenamiento jurídico. Ahora más que nunca se necesita una Administración preparada y vigilante que no deje a los terceros a merced de iniciativas voraces y descontroladas, para evitar que puedan llorar a coro añorando los sanos principios del Derecho histórico de España.

Muchas gracias por vuestra amable atención.