

La comunicación previa como técnica preventiva ambiental

Mariola Rodríguez Font
Profesora de Derecho Administrativo
de la Universidad de Girona

1. Introducción.
2. La Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de intervención integral de la Administración ambiental.
3. La regulación de la comunicación ambiental y su aplicabilidad.
4. La sustitución de la licencia como técnica preventiva: el ejercicio libre del derecho del administrado.
5. El procedimiento: lagunas y privatización.
6. El fenómeno autorregulador presente en el nuevo régimen.
7. Conclusión.

1. Introducción

Las actividades industriales son las principales perturbadoras de nuestro entorno. Las emisiones a la atmósfera, los vertidos y los residuos emanan básicamente del sector industrial. En la actualidad, tanto particulares como instancias públicas realizan auténticos esfuerzos para evitar o, en su caso, reducir los efectos de estas agresiones mediante el desarrollo y cumplimiento de una normativa protectora.

La protección del medio ambiente ha sido tradicionalmente abordada por la Administración mediante la aplicación de medidas preventivas y represivas.¹ La autorización se ha erigido como la principal técnica interventora en las actividades industriales, junto con eventuales medidas de carácter sancionador. Asimismo, otros instrumentos de carácter anticipador y complementario –las evaluaciones de impacto ambiental o las ecoauditorías, por ejemplo– están cobrando, en la actualidad, un protagonismo creciente.²

1. Véase, en general, *Derecho del medio ambiente y Administración local* (coord., J. Esteve Pardo), Civitas-Diputación de Barcelona, Madrid, 1996, y ESTEVE PARDO, J., *Derecho del medio ambiente*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

2. Véase ESTEVE PARDO, J., *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999.

La evolución de las técnicas de policía administrativa en materia ambiental nos lleva a estudiar el régimen de la comunicación previa.³ Esta figura jurídica no es en absoluto desconocida para nuestro ordenamiento; sin embargo, como veremos en las páginas que siguen, sí cabe reconocer que su introducción en este ámbito constituye una novedad.⁴

2. La Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de intervención integral de la Administración ambiental

La Ley 3/1998, de 27 de febrero, de intervención integral de la Administración ambiental, introduce en la regulación de la intervención administrativa en la instalación y apertura de actividades industriales, la comunicación como técnica preventiva.⁵

Esta ley cumple legalmente con dos claros objetivos. El primero de ellos, la sustitución del sistema de intervención pública precedente contenido en el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas de 1961.⁶ El segundo, la consecución de un alto nivel de protección del medio ambiente en su conjunto, mediante el trato integrado de la contaminación. Este último objetivo resulta de la incorporación a la normativa ambiental catalana de las previsiones contenidas en la Directiva 96/61/CE, de 24 de septiembre, de control integrado de la contaminación, conocida como IPPC.

A pesar de su marcado carácter procedimental, la LIIAA es un auténtico instrumento dirigido a garantizar la coordinación institucional, el control integrado de la contaminación y el trato proporcional a las industrias en función del impacto que tienen sus actividades sobre el medio. De este modo, la LIIAA modifica el enfoque uniformista vigente sobre las actividades, clasificándolas en distintos grupos o anexos. Las consideradas de alta incidencia ambiental integran el primero de ellos y se someten al régimen de autorización previa. Las actividades medianamente contami-

3. Como apunta NOGUEIRA LÓPEZ, "La evolución señalada en las técnicas de policía en materia de medio ambiente es coincidente, o paralela si se quiere, con la experimentada en otros ámbitos como el de la industria. No hace falta más que observar el régimen de instalación y ampliación de industrias en España para comprobar que la tendencia fue la progresiva sustitución de las autorizaciones por un régimen de libre instalación supeditado a la entrega a la Administración de información técnica sobre la actividad" ("Evolución de las técnicas de tutela ambiental en la Unión Europea", en RAAP, núm. 12, julio de 1998, pág. 72).

4. Existen, desde el siglo XIX, numerosos antecedentes de la figura jurídica de la comunicación en nuestro ordenamiento; sin embargo, ejemplifican de un modo diverso el ejercicio de potestades administrativas y persiguen distinta finalidad. Pueden citarse, como antecedentes más relevantes, la regulación que de dicha técnica presenta el Real decreto 2135/1980, de 26 de septiembre, de liberalización en materia de instalación, ampliación y traslado de industrias (artículo 2); el Real decreto ley 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales (artículo 6.1); la Ley de industria 21/1992, de 16 de julio (artículo 13), o, también, en el propio ámbito catalán, el Decreto 179/1995, de 13 de junio, de obras, actividades y servicios (artículos 96 y 97). Como antecedentes comparados, resulta interesante observar el régimen de denuncia de inicio de actividad contenido en la Ley italiana de 7 de agosto de 1990, número 241, de nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos (artículo 19), o la Ley de edificación de Baviera de 4 de agosto de 1997. Sobre los ejemplos citados, véase RODRÍGUEZ FONT, M., *Régimen de comunicación e intervención ambiental. Entre la simplificación administrativa y la autorregulación*, Atelier, Barcelona, 2003, págs. 38 a 68. Un amplio análisis de los antecedentes generales de la figura puede encontrarse en la obra de NÚÑEZ LOZANO, M. C., *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

5. En adelante, LIIAA.

6. En adelante, RAMINP.

nantes se agrupan en el segundo anexo y se sujetan a una licencia ambiental; mientras que las del tercer anexo, las actividades consideradas de baja incidencia ambiental, quedan supeditadas a una mera comunicación a la Administración.⁷ Se establece así una suerte de correspondencia entre la mayor o menor incidencia ambiental y una más o menos intensa intervención administrativa, de modo que, a tenor de la propia ley, la intervención pública puede llegar a desaparecer en las actividades de incidencia ambiental baja. Se pretende articular, para este último grupo de actividades –las numéricamente más representativas– una tramitación ágil y resumida.

En el ámbito estatal, el control integrado de la contaminación descansa en la figura de la autorización ambiental integrada, y la técnica de la comunicación no se prevé, por lo menos explícitamente, en el marco dibujado.⁸ La Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, cuyo objetivo es la incorporación al ordenamiento interno de la Directiva IPPC, sigue más fielmente las previsiones de la norma comunitaria y no procede a una clasificación de las actividades en el sentido expuesto.

Por otra parte, las distintas comunidades autónomas han ido completando y modernizando, a lo largo de los años, el contenido del RAMINP. Durante mucho tiempo, la tendencia general ha sido la de dictar normativa complementaria que adaptara el viejo régimen a las nuevas necesidades. Sin embargo, hoy por hoy, y debido sobre todo a la introducción de nuevos principios y objetivos medioambientales comunitarios, se ha visto como una necesidad la elaboración de normativa que incorpore conceptos tales como el trato integrado de la contaminación o de las autorizaciones, el de mejor técnica preventiva, etcétera.

Lo cierto es que, salvo una excepción, no se encuentra en la normativa ambiental del resto de comunidades autónomas una figura afín a la de la comunicación tal como se prevé en la ley catalana. La excepción viene dada por la Ley 11/2003, de 8 de abril, de prevención ambiental de Castilla y León. Igual que la catalana, ésta no debe considerarse una ley ambiental de protección abstracta del medio. Combina acertadamente el cuidado de éste a través de diferentes medidas de prevención, integrándolo en el proceso de otorgamiento de autorizaciones y licencias para la apertura de establecimientos.⁹

Esta ley también divide las actividades en función de su grado de incidencia sobre el medio ambiente, la seguridad y la salud, sometiénolas respectivamente a un régimen de autorización ambiental, licencia ambiental o comunicación. La comunicación es destacada en esta ley como una de las novedades legales dignas de reseña, considerando que las actividades sometidas a ella –las del anexo V– no ocasionan “impactos directos considerables sobre el medio en el que se desarro-

7. Véase PONCE SOLER, J., “Prevención, precaución y actividad autorizatoria en el ámbito del medio ambiente. A propósito de los regímenes de autorización ambiental, licencia ambiental y comunicación previa de la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración ambiental”, en RDUyMA, núm. 183, enero-febrero de 2001.

8. Si bien cabe indicar que la disposición adicional quinta de la Ley 16/2002 recoge lo que podría interpretarse como una tímida aproximación a un eventual régimen de comunicación, cuando establece que el Gobierno puede someter determinadas actividades (distintas de las enumeradas en el anexo 1) a un régimen de notificación y registro por parte de la comunidad autónoma competente.

9. El objeto de esta ley, como establece su primer artículo, es la prevención y el control integrado de la contaminación con el fin de alcanzar la máxima protección del medio ambiente en su conjunto, estableciéndose para ello los correspondientes sistemas de intervención administrativa.

llan, excluyéndolas, por ello, de una autorización o licencia ambiental previa".¹⁰ La regulación de esta figura la encontramos en el título VII de la ley, siendo la previa comunicación al ayuntamiento correspondiente el único requisito ambiental para su puesta en funcionamiento. Cabe decir que la regulación de esta figura es ciertamente escueta y que la ley –inspirada, sin lugar a dudas, en la ley catalana– no ha sido reglamentariamente desarrollada todavía.¹¹

Puesto que no aporta novedad alguna en relación con la configuración de esta figura en el ámbito ambiental más allá de lo dispuesto por la normativa catalana, nos centraremos en las disposiciones de esta última para articular su análisis.

3. La regulación de la comunicación ambiental y su aplicabilidad

El particular que desee iniciar una actividad del tercer anexo queda eximido de la obtención de una licencia, siendo suficiente la comunicación previa al ayuntamiento del término municipal donde pretenda llevarla a cabo. Debe acompañar a la comunicación una certificación técnica de adecuación a la legalidad emitida por un técnico o una entidad colaboradora, que puede ser comprobada por los servicios técnicos municipales en el plazo de un mes. Transcurrido dicho período sin una manifestación expresa de la Administración, el particular se halla legitimado para dar curso a la actividad proyectada.

La comprobación de la certificación técnica adjunta se configura como una facultad de la Administración y no como una obligación. Si realizada ésta resulta favorable, la actividad puede iniciarse sin más preámbulos. Si, por el contrario, las actas municipales denotan una discrepancia con las proporcionadas por el interesado, la corporación debe resolver sobre el inicio y sobre la actuación de la entidad colaboradora emisora.¹²

El reducido potencial agresor de estas actividades es lo que determina que su ejercicio no requiera, en principio, de un título administrativo habilitante en su sentido más tradicional. El control ejercido a través de la técnica de la autorización se reserva para aquellas iniciativas que, por su mayor envergadura, sean susceptibles de afectar, en gran medida, los intereses generales ambientales.¹³

Las del tercer anexo, según datos ofrecidos por el propio gobierno catalán, ascienden a un ochenta por ciento de las actividades desarrolladas en cada localidad: bares, restaurantes, discotecas, panaderías, carnicerías, talleres mecánicos, etc.¹⁴ Si bien se

10. Véase la exposición de motivos de la ley.

11. Un solo artículo, el 58, es el integrante del título VII que regula el régimen de comunicación.

12. Artículo 78.2 del Reglamento de desarrollo de la ley, aprobado por el Decreto 136/1999, de 18 de mayo. En adelante RIIAA.

13. DE LA CUÉTARA, J. M.: "Sobre la base de que determinadas actividades la posibilidad de interaccionar con la esfera colectiva es muy intensa, el ordenamiento establece un control previo de su realización, control que sitúa en manos de las administraciones públicas, al imponer el requisito de la autorización" (*La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 258). NÚÑEZ LOZANO, M. C.: "Las actividades que pueden iniciarse de modo inmediato tras la comunicación han de tener muy escaso potencial de lesión de los intereses públicos o de tercero o revestir características tales que, *a priori*, induzcan a primar los intereses del particular frente a cualquier otro interés contrapuesto [...]" (*Las actividades comunicadas...*, *op. cit.*, pág. 205).

14. Según el artículo 74 del RIIAA, el régimen de comunicación se aplica sobre las actividades industriales, incluidas las productoras de energía y minería y las de alimentación (con algunas excepciones); las ganaderas; actividades de almacenaje, comerciales y de hotelería; los talleres y establecimientos públicos y de espectáculos.

trata de actividades de poca incidencia ambiental, sí gozan de cierta trascendencia por cuanto son susceptibles de perturbar la vida cotidiana de los habitantes de los municipios, de manera directa. Éste es, entre otros, uno de los motivos por el cual, haciendo uso de las previsiones de la propia ley, muchos ayuntamientos han sustituido el régimen de comunicación por el de licencia de apertura de establecimientos para la mayor parte de actividades del tercer anexo.

La regulación de esta figura en la ley adolece de precaria y ello, unido al indiscutible arraigo de la técnica autorizatoria, ha propiciado una aplicación un tanto limitada del régimen de comunicación, no llegando a adquirir el estatus de auténtica alternativa a la licencia de apertura.¹⁵ Lagunas en la propia sistematización de la figura –como puede ser la ausencia de previsión de un trámite de información vecinal–, han conducido a que los ayuntamientos observaran en la licencia municipal la posibilidad de organizar y disponer de un mejor control de las actividades.

En el trámite de discusión parlamentaria de la ley no cejaron de oírse críticas a la usurpación de competencias locales y a la falta de tradición en nuestro país –de siempre intervencionista– de un modelo de liberalización prácticamente total; motivo por el cual una enmienda transaccional logró convertir un régimen en principio obligatorio en un régimen susceptible, bajo ciertos condicionantes, de sustitución.¹⁶ El régimen de licencia de apertura de establecimientos se previó como sustituto del régimen de comunicación en el mismo texto de la ley, quedando patente la falta de confianza hacia este último.

A pesar de todo, aunque pueda acusarse a la figura de la comunicación de encontrarse poco regulada, no debe subestimarse su capacidad para garantizar una adecuada protección de los intereses ambientales. Se trata de una técnica preventiva más, cuya aplicación puede resultar tanto o más eficaz que la de la clásica autorización. La prevención en este contexto tiene por objeto evitar la contaminación desde el origen y generalmente implica una actuación previa al ejercicio empresarial. La gestión de este instrumento preventivo que resulta ser la comunicación se ejerce como novedad desde manos privadas y su titular no es la Administración, como ocurre con las autorizaciones o licencias, sino el propio administrado. Y lo cierto es que esta externalización del control previo de las actividades no tiene por qué suponer una menor protección de nuestro entorno; antes al contrario, puede suponer una verificación previa más exhaustiva que la realizada por una desbordada Administración. El control de la legalidad asumido por la entidad certificante puede ser, en palabras de Tornos Mas, “un mecanismo

15. En Cataluña, el régimen de comunicación sí se aplica de forma generalizada, pero en relación con las actividades inoivas, siguiendo las prescripciones del Reglamento de obras, actividades y servicios de 1995, cuyo régimen difiere levemente del previsto en la Ley 3/1998.

16. El artículo 43.3 de la LIIAA prevé la posibilidad que “los ayuntamientos, en el ámbito de sus competencias, pueden sustituir el régimen de comunicación por el sistema de establecer la licencia de apertura de establecimientos para determinadas actividades del anexo III”. Para acogerse a este régimen, cabe aprobar previamente “un reglamento municipal que se ha de sujetar a las bases siguientes: a) ha de establecer las tipologías de actividades incluidas; b) ha de regular la documentación que ha de acompañar la solicitud de la licencia urbanística; c) ha de establecer el trámite específico de información vecinal, y d) en lo que no regulen las letras a, b y c, rige la legislación de régimen local”. Esta misma posibilidad se regula en el artículo 58.3 de la Ley 11/2003, de 8 de abril, de prevención ambiental de Castilla y León.

igualmente eficaz para asegurar que no se iniciará actividad alguna sin cumplir los requisitos legales”.¹⁷

La comunicación introduce simplemente una nueva filosofía interventora, de modo que su propia naturaleza presupone un control administrativo indirecto, que no un traslado competencial. La comunicación –o las actividades sujetas a ella– continúan circunscribiéndose al ámbito municipal conservando, cada ayuntamiento, las facultades de control sobre dichas actividades.¹⁸

4. La sustitución de la licencia como técnica preventiva: el ejercicio libre del derecho del administrado

El régimen de comunicación pretende sustituir, en las actividades del tercer anexo, al de la autorización como técnica preventiva por excelencia. Las semejanzas entre una y otra figura son ciertamente patentes. Atendiendo a sus efectos sobre la esfera jurídica del particular, tanto la autorización como la comunicación facultan la puesta en funcionamiento de una iniciativa empresarial. Las diferencias, por otro lado, se manifiestan sobre todo en relación con el papel y las potestades de la Administración en el procedimiento autorizadorio.

En las actividades sujetas a autorización, se exige a la Administración una intervención de control y una resolución expresa en forma de acto denegatorio o propicio a la solicitud presentada. Todo el procedimiento se orienta a la obtención de un título habilitante para ejercicio de la actividad y la presencia de la Administración en el procedimiento es esencial y constante. Por contra, en el régimen de comunicación, puesto que no es obligatoria la verificación o control administrativo en los términos expuestos, no existe obligación de dictar una resolución expresa. El procedimiento empieza y acaba con la comunicación del particular y no con la obtención de un título habilitante. El protagonismo del sujeto empresario es absoluto. El peso del procedimiento recae sobre él, debiendo la Administración manifestarse únicamente en el supuesto de que decida oponer su veto, y permaneciendo silente en caso contrario.

En este régimen, la no-intervención y manifestación administrativa durante el plazo previsto no impide al particular el ejercicio de su derecho, sino todo lo contrario: puede iniciar la actividad sin previa resolución administrativa en forma de acto autorizadorio. Este resultado no es, en esencia, nada desconocido en nuestro ordenamiento, puesto que la protección de los intereses de los administrados ante la falta de actuación administrativa se ha articulado tradicionalmente a través de la

17. Según TORNOS MAS, si este nuevo régimen “se acompaña de un planteamiento eficaz de la función inspectora de la Administración, puede comportar una mejora en la defensa de los intereses generales” (“La simplificación procedimental en el ordenamiento español”, en RAP, núm. 151, enero-abril de 2000, pág. 74).

18. El Dictamen núm. 204 del Consejo Consultivo de la Generalidad entendió en relación con el régimen de comunicación, que “se efectúa una desregulación de la intervención administrativa actualmente existente basada en la más reducida incidencia ambiental que en este caso tienen las actividades y en una actitud corresponsable de los ciudadanos; a pesar de mantenerse la competencia municipal para la intervención pública a que da lugar la comunicación. Puesto que la desregulación y la simplificación no son objetivos ajenos a la Constitución y que, además, el precepto sitúa alrededor de los ayuntamientos la tramitación inherente al régimen de comunicación que establece, entendemos que es constitucional”, pág. 80 y ss.

técnica del silencio positivo. No obstante, debe evitarse equiparar la eventual falta de manifestación administrativa expresa en el régimen de comunicación, con un supuesto de silencio administrativo. No existe en este caso el presupuesto técnico exigible, el requisito substancial e indispensable para que produzca sus efectos dicha institución, puesto que no media obligación administrativa de resolver.¹⁹

En la medida que las actividades del tercer anexo no se encuentran sujetas a previa autorización, pueden considerarse en cierto modo liberalizadas. La aplicación del régimen de comunicación a determinadas actividades supone reconocer el ejercicio libre del derecho del administrado o, por lo menos, un paso avanzado en su hipotética consecución.²⁰ La legitimación del interesado no deriva de una actuación administrativa previa sino que se confiere sencillamente *ex lege*. El ejercicio libre del derecho está sujeto a tres requisitos básicos e ineludibles. El primero de ellos es la existencia de un autocontrol, mediante el cual el particular deberá acreditar el cumplimiento de la legalidad a través de mecanismos que ofrezcan a la Administración garantía suficiente. El segundo, la presentación de la comunicación ante el órgano correspondiente, y el tercero, el silencio de la Administración durante el transcurso de tiempo brindado para ejercer su veto.²¹ La ausencia de oposición administrativa no es en ningún caso sinónimo de legalización, sino que debe interpretarse exclusivamente en el sentido que la declaración y autocontrol del particular ofrecen, en principio, garantías suficientes.

Se observa en la figura jurídica de la comunicación una patente voluntad de corresponsabilización del sector público con el privado por sus declaraciones y hechos. Se traslada al particular el deber de comprobar la adecuación a la legalidad de la actividad, con la imperatividad de que recurra al sector profesional habilitado. Y si la Administración decide no someter dicho autocontrol a una suerte de contraste, la actividad puede iniciarse con la sola declaración del interesado. La renuncia pública al ejercicio de un control *a priori* de la legalidad en favor de un control aplazado en tiempo y forma es una de las notas características del régimen jurídico de la comunicación.

5. El procedimiento: lagunas y privatización

Una de las mayores críticas suscitadas por el régimen de comunicación y motivo de profunda desconfianza en el mismo, es la falta de unas mínimas previsiones procedimentales; sobre todo, la inexistencia de un trámite de audiencia, de alegacio-

19. Como sabemos, el artículo 41.2 de la LRJPAC exceptúa de la obligación de resolución expresa a los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración. Véase TENA PIAZUELO, V., "Tipologia i règim jurídic de les llicències", en *Dret Local* (T. Font i Llovet, coord.), Marcial Pons, Barcelona, 1997, pág. 148.

20. Si se entiende la liberalización como la sustracción total al control público de determinadas actividades entonces dicha afirmación debe modularse. En este sentido, véase CERRULLI IRELLI, V., "Modelli procedimentali alternativi in tema di autorizzazioni", en *Diritto amministrativo*, 1/1993, pág. 65, para quien, en relación con la figura jurídica de la denuncia de inicio de actividad, el ejercicio de una actividad administrativa en sentido técnico excluye el concepto de liberalización entendido como sustracción de la actividad al régimen administrativo sin más.

21. Véase BIANCHI, A., "La denuncia di inizio di attività in materia di edilizia. Profili ricostruttivi dell'istituto con particolare riferimento alla tutela giurisdizionale del terzo", en *Rivista giuridica dell'edilizia*, vol. 4, julio-agosto de 1998, pág. 173 y ss.

nes o de información vecinal. La aplicación de las prescripciones del procedimiento común se hace imprescindible pero no suficiente para dar respuesta a ciertas incógnitas planteadas por el nuevo régimen. La más acuciante de ellas es el tipo de actividad que puede llevar a cabo la Administración durante el mes previsto.

La normativa se limita a establecer la posibilidad de que en el período de un mes la certificación expedida por la entidad colaboradora pueda ser comprobada. A nuestro parecer, la actividad de la Administración durante este período, no depende tanto de si decide establecer un plazo para la subsanación de la comunicación, como de su propia valoración de la información presentada.

La Administración debería en un primer momento limitarse a ejercer un control formal, documental, sobre la comunicación y no un control preventivo. Este control preventivo se encuentra ya realizado por el particular a través de la certificación emitida por el sector privado profesional. Esta certificación substituye la verificación de oficio administrativa típica del régimen de autorización y transforma la intervención pública en una supervisión formal del control presentado. Este “control-supervisión” realizado por la Administración debe orientarse meramente a observar la existencia y calidad del control particular previo y no convertirse en un “control-intervención” mediante la fiscalización directa de la legalidad de la actividad *in situ* o la exploración de la verdad de los documentos presentados.

El autocontrol particular se acreditará si se presentan todos los documentos, en especial la certificación técnica por parte de una entidad colaboradora o un técnico competente. Si la Administración constata la existencia y garantía del autocontrol, deberá tan sólo dejar transcurrir el plazo posibilitando el ejercicio de la actividad. Si por el contrario dicho autocontrol no se justifica o no ofrece garantía suficiente, ejercerá el veto prohibiéndola cuando las deficiencias observadas se juzguen insubsanables. En el procedimiento iniciado por la presentación de la comunicación, ésta adquiere el valor de prueba del cumplimiento de las exigencias legales y reglamentarias, sirviendo, en caso de una eventual responsabilidad, para trasladar ésta al técnico competente o a la entidad colaboradora.

Cuando el artículo 78.2 del RIIAA establece que la certificación expedida por una entidad colaboradora de la Administración puede ser comprobada por los servicios técnicos municipales y la posibilidad de que las actas de éstos discrepen de la misma, está dando paso a la posibilidad de realización de un control más allá del control documental al que hemos aludido. El artículo se refiere a un auténtico procedimiento de comprobación, a un control preventivo, con una intervención, ahora sí, directa de la Administración sobre la legalidad acreditada. Del mismo modo, un resultado positivo o negativo como consecuencia de dicho examen determinará la actitud favorable o el veto a la misma.

La ley no alude en ningún momento a la obligación de la Administración de realizar este mínimo examen documental de modo que, dado que el procedimiento de comprobación se determina como meramente facultativo, podría suceder que la actividad se iniciase transcurrido el plazo sin siquiera una mínima toma de contacto con el expediente o la comunicación. Es por ello que, apelando a la razón y a la lógica, consideramos en todo caso de carácter obligatorio el procedimiento de supervisión, sin que condicione éste la existencia de un eventual procedimiento

de comprobación que podrá llevarse a cabo, en realidad, independientemente del resultado positivo o negativo del primer examen documental.

La renuncia al control *a priori* de la Administración en favor del control preventivo ejercido por el sector privado posibilita el traslado de responsabilidad erigido como una de las principales características del régimen analizado. Si la Administración decide ejercer por ella misma un control *in situ* de la legalidad, no sólo convierte a la técnica de la comunicación en una “pseudolicencia” sino que obstaculiza dicho traslado; frustrando así la finalidad por la que se introduce esta figura en el ámbito ambiental y la voluntad latente en la propia ley de que los particulares asuman la gestión del control y la responsabilidad de sus declaraciones.

Por lo que respecta a la actuación administrativa posterior al mes previsto, cabe recordar que la potestad de veto se halla limitada en el tiempo. Si bien ante un incumplimiento de la legalidad en el momento de la comunicación constituye la reacción administrativa prevista, esta potestad decae transcurrido un mes. Cualquier oposición posterior a la actividad requerirá la aplicación de otra técnica de intervención que, a pesar de su naturaleza eminentemente sancionadora, goza de autonomía respecto de lo que pudiera considerarse una sanción. Nos estamos refiriendo a las órdenes de clausura o cese²² dictadas en todo caso tras un procedimiento donde el administrado haya podido defender plenamente y sin matices su derecho.

Las actividades sometidas a un régimen de comunicación no están sujetas necesariamente a un control administrativo *a priori*, pero sí a un control público de carácter periódico que, a falta de ordenanza municipal expresa, se llevará a cabo cada cinco años. Esta verificación tendrá por objeto la comprobación que las instalaciones y la actividad se ajustan a la comunicación y a la documentación que la acompaña, poniendo especial énfasis en el lugar de las emisiones, la producción y gestión de residuos y las medidas y técnicas de prevención y protección contra incendios. Como expresa Torres Cobas, al no prever la ley un control público inicial, como lo prevé para el resto de las actividades, da paso a la posibilidad de que hasta la llegada del primer control periódico –cuya temporalidad variará en función de la concreta ordenanza municipal– no se realice una verificación administrativa completa del cumplimiento de la legalidad.²³

Esta verificación técnica periódica de carácter ambiental podrá ser realizada por el propio ayuntamiento o por una entidad colaboradora debidamente acreditada. En efecto, la ley introduce la figura de las entidades colaboradoras de la Administración como las encargadas de llevar a cabo las actuaciones de control de las actividades.²⁴ Se

22. El artículo 41.5 de la ley establece que “si una de las actividades del anexo III se ejerce sin haber dado cumplimiento a las obligaciones establecidas por los apartados 1, 2 y 4 o, si es el caso, sin disponer de la licencia a que se refiere el apartado 3, se considerará clandestina y podrá ser clausurada por el ayuntamiento”. Concretamente, la ley prevé el caso del ejercicio de la actividad sin previa comunicación, sin la documentación preceptiva y sin haber comunicado a la Administración cualquier cambio substancial en la actividad.

23. TORRES COBAS, F., “La licencia ambiental y el régimen de comunicación en la nueva normativa de intervención ambiental en las actividades”, en *Cuadernos de Derecho local*, enero-febrero-marzo de 1999, pág. 37 y ss.

24. Ver CANALS AMETLLER, D., *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación)*, Comares, Granada, 2003. También, entre otros, PADRÓS REIG, C., *Actividad administrativa y entidades colaboradoras. Especial referencia a su actuación en el Estado autonómico y a las implicaciones económicas de su régimen jurídico*, Tecnos, Madrid, 2001, y CARRILLO DONAIRE, J. A., *El Derecho de la calidad y la seguridad industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

produce un traspaso de funciones originariamente gestionadas por la Administración en favor de nuevos sujetos intervinientes; definiéndose la función de control como la externalización de la función pública de comprobación de las actividades reservada a la Administración a través de entidades colaboradoras de la misma.²⁵

En este punto, resulta interesante distinguir la naturaleza de las actuaciones de estas entidades en dos momentos diferenciados en relación con las actividades sujetas a comunicación: cuando actúan por cuenta del particular y cuando lo hacen por cuenta de la Administración. En el primer supuesto, el vínculo entre los dos sujetos se inscribe en la órbita relacional privada²⁶ y, como veremos, constituye un claro ejemplo de autorregulación. La declaración contenida en la comunicación no substituye a una resolución administrativa autorizatoria, pues el resultado del control privado no es asumido como propio por la Administración. El segundo supuesto, por el contrario, es una muestra del ejercicio privado de funciones públicas en la que los actos de estas entidades colaboradoras sí adoptan la forma y los efectos de actos administrativos de autoridad y son asumidos por la Administración –al margen de que ésta conserve, en todo caso, su potestad interventora.²⁷

6. El fenómeno autorregulador presente en el nuevo régimen

Es un rasgo común a los distintos autores que han analizado la técnica de la comunicación, su propósito de relacionarla con los objetivos de una actual tendencia a la simplificación administrativa, en concreto con una simplificación procedimental. En este sentido, lo cierto es que conviven posturas muy distintas. Hay quien identifica en ella un auténtico exponente de simplificación y hay quien relativiza que sirva, de manera premeditada y exacta, a sus objetivos.²⁸

Se considere o no por ella misma una medida de simplificación, lo cierto es que la comunicación favorece y materializa la tendencia, o el objetivo general fijado por la ley, de simplificación de los procedimientos. Se regula en un contexto legal que no sólo pretende la simplificación sino que introduce medidas concretas que

25. Según la definición dada por el Decreto 170/1999, de 29 de junio, por el que se aprueba el Reglamento provisional regulador de las entidades ambientales, modificado por el Decreto 267/2003, de 21 de octubre. Las EAC pueden participar en el control de las actividades de los tres anexos de la ley. En relación con las actividades del primer anexo y del segundo (apartado primero), pueden llevar a cabo las actuaciones de control inicial en el momento de su puesta en funcionamiento y las de control periódico de carácter ambiental cada dos y cuatro años respectivamente (excepto que se prevean otros plazos en la autorización o licencia). Lo mismo respecto las actividades del anexo II.2 en aquellos municipios donde el ayuntamiento no haya establecido, vía reglamento, un sistema propio, efectuándose periódicamente cada cinco años a falta de otra especificación en la propia licencia.

26. Véase SEIDEL, A., *Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 2000, pág. 196 y ss.

27. Véase CANALS AMETLLER, D., *El ejercicio por particulares...*, *op. cit.*, pág. 269 y ss.

28. TORNOS MAS, entiende que la comunicación es un claro ejemplo de simplificación en su sentido más tajante, pues supone la sustitución de la técnica de la autorización por la de la mera comunicación. Lejos de entenderse como simplificación procedimental en sentido estricto –supresión de trámites, acortamiento de plazos, etc.– la comunicación es considerada como uno de los máximos exponentes de simplificación, pues supone la supresión de la intervención administrativa previa (“La simplificación procedimental...”, *op. cit.*, pág. 71). Sin embargo, NÚÑEZ LOZANO reconoce que únicamente en la medida de la inexistencia de título habilitante y la no necesidad de notificación ni resolución, es posible relacionar la figura con las finalidades de la simplificación procedimental (*Las actividades comunicadas...*, *op. cit.*, pág. 200).

la cristalizan. Es más, en nuestra opinión, pueden hallarse en esta técnica rasgos tanto de simplificación procedimental en sentido estricto, como de simplificación en el bien entendido de una redefinición del papel de la Administración en las actividades de los particulares.

Por un lado, el procedimiento es rápido y los plazos son breves. Al margen de la falta de previsión, ya planteada, de determinados trámites, no existe obligación administrativa de resolver porque no es preceptivo el control de la legalidad *a priori* por parte de la Administración; desapareciendo o postergándose así los principales ejes de la actividad autorizatoria. El peso del procedimiento recae sobre el administrado que debe presentar la comunicación, siendo ésta el único título, en principio, necesario para iniciar la actividad.

Algunos autores como Bianchi han incidido en cómo determinados instrumentos, como la comunicación, contribuyen de manera efectiva a la simplificación administrativa entendida como la superación de la manifestación formal de la voluntad administrativa. Para este autor, la centralidad del procedimiento parece ceder paso a institutos de rápida definición de la relación entre la Administración y el ciudadano, desde una óptica que no ve como necesaria la presencia de un específico y formal acto administrativo. La libertad del ciudadano precede a la autoridad de la Administración, que únicamente es competente para confirmar el ejercicio de su actividad. De este modo, se pasa del principio autoritario según el cual el ciudadano puede realizar aquello para lo que está expresa y administrativamente autorizado, a un principio de autorresponsabilidad a tenor del cual éste actúa autónomamente a partir de su particular valoración de la existencia de los presupuestos y requisitos legales, asumiendo el riesgo de error en sus valoraciones. La filosofía de fondo es la restitución del ciudadano en la libertad de iniciativa y la asunción de responsabilidad por encima de la autoridad, que no constituye ya el fundamento de dicha libertad sino su mera confirmación.²⁹

Por otro lado, la comunicación contribuye mucho más que a una estricta simplificación procedimental. Esta figura propugna una proporcionalidad interventora y una redefinición del papel de la Administración en las actividades de los particulares. La intervención administrativa no desaparece ni se suprime pero si se prescinde de ella en un primer momento. Se produce una mutación en tiempo y causa, un aplazamiento de la intervención pública, pues el poder de autorización se sustituye por un poder de control y sanción. Del control inicial se pasa al control sucesivo, de modo que con dicha noción de simplificación no se pretende tanto la supresión como la redefinición del ejercicio del poder público.³⁰

En la línea de esta aparente desintervención que inspira la redefinición del papel de la Administración en las actividades, se da entrada y se potencia la autorregulación del sector privado.³¹ La comunicación constituye un auténtico exponente de

29. BIANCHI, A., "La denuncia di inizio di attività...", *op. cit.*, pág. 151 y ss.

30. Véase CASETTA, E., "La difficoltà di 'semplificare'", en *Diritto Amministrativo*, núm. 3-4, 1998, pág. 339, y TORCHIA, L., "Tendenze recenti della semplificazione amministrativa", en *Diritto Amministrativo*, núm. 3-4, pág. 404.

31. Tal como expresa la Comisión Europea en la Recomendación de 22 de abril de 1997 sobre mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas, "la simplificación de los trámites de autorización suele requerir un cambio en las prácticas de funcionamiento y en la cultura del servicio público, así como un movimiento hacia una mayor autorregulación por parte de las empresas".

dicha autorregulación, sobre todo por lo que se refiere a la complejidad técnica y la vertiente del control y gestión de los riesgos ambientales.³²

En el régimen de comunicación, la Administración renuncia a ejercer un control previo de la actividad en favor del autocontrol presentado por el particular realizado, en todo caso, por expertos. Un trámite tradicionalmente gestionado por la Administración queda en manos de una entidad privada, de modo que la adecuación de la actividad a la legalidad y a las prescripciones técnicas se somete inicialmente a juicio de ésta y no al de la Administración.

Las limitaciones de conocimiento, de la capacidad de gestión y control, propician la toma en consideración por la Administración de los criterios y las decisiones asentadas en los distintos substratos profesionales. Se da entrada así a la participación de los agentes sociales en la satisfacción de los intereses generales, reconociendo implícitamente la incapacidad pública en determinados ámbitos y las ventajas de una articulada y controlada colaboración con el sector privado.

El particular acudirá a los servicios de la entidad o técnico especializado principalmente por dos motivos: el primero, porque en ellos reside el conocimiento experto que se le exige; el segundo, para trasladar a éstos una eventual responsabilidad. Es obvio que el traslado de responsabilidad es una de las características más atrayentes del régimen de comunicación y tal vez el motivo por el cual se ha potenciado su introducción en el orden ambiental. El particular puede ciertamente dar pronto inicio a su actividad, sin complicados trámites y sin dilaciones, debiendo a cambio, no obstante, asumir la responsabilidad de sus declaraciones y actos. El mencionado traslado se articula en dos secuencias: de la Administración al particular y del particular a la entidad colaboradora.

En la primera secuencia se observa cómo, al renunciar al control previo de la actividad, la Administración transfiere la responsabilidad del cumplimiento de las prescripciones normativas al particular, quedando éste sometido a la obligación de un autocontrol que deberá acreditar junto con la presentación de la comunicación. En la segunda secuencia, el administrado, consciente de su deber de responder y gestionar dicho autocontrol, se ve forzado a apelar a la colaboración de una entidad o persona especializada que acaba constituyendo el único mecanismo de autoprotección con el que cuenta. Mecanismo que le es brindado por la propia ley.

El resultado final es que la Administración traslada al sector privado el control inicial de las actividades del tercer anexo basándose en un criterio de confianza. Confianza en el saber y en la calidad y amplitud de los conocimientos expertos, que terminan siendo, en muchos casos, superiores a los de la propia Administración.³³ Se potencia la autorregulación de los particulares y se asumen los resultados de la misma desde las instancias públicas, por lo menos en un primer momento. Esteve Pardo advierte en el régimen de comunicación un efecto presuntivo de

32. Sobre los efectos habilitantes de la autorregulación para el inicio de una actividad, véase DARNACULLETA GARDILLA, M., *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 402 y ss.

33. En el caso del control de las actividades del tercer anexo, la experiencia demuestra que los propios técnicos de la Administración resultan mayormente capacitados para su gestión. Es por ello que las pretensiones de agilización y descongestión despuntan como el principal motivo por el cual se externalizan dichas funciones.

la autorregulación, en la medida que se otorga a la declaración privada cierta relevancia para el Derecho.³⁴

De las distintas manifestaciones de la autorregulación identificadas por este autor –normativa, resolutive y declarativa– es la última la que se hace patente en el régimen de comunicación. La Administración toma en consideración los resultados de la autorregulación presentados en la certificación emitida por la entidad acreditada. No obstante, la declaración del ámbito privado no goza de carácter o fuerza vinculante para la Administración, pues conserva intactas sus potestades de oposición. La Administración tiene en cuenta los resultados de la autorregulación, sí, pero sin asumirlos como propios. La autorregulación privada no substituye en todo caso a una eventual resolución pública pues no se asumen en ese grado y con esa intensidad las referencias o resultados dimanantes de la misma. A través de la potestad de veto la Administración puede ejercer la decisión última para reconducir, si es el caso, los efectos de dicha autorregulación. En función de la valoración pública de la información proporcionada, la Administración será propicia o no al inicio de la actividad. Éste es, sin duda, un límite a la autorregulación privada, como también lo es la preceptiva acreditación que las entidades colaboradoras deben obtener para el desarrollo de sus actividades.

La trascendencia pública que puede alcanzar la autorregulación presente en el régimen de comunicación es ciertamente notable. Es decir, en ausencia de oposición administrativa dentro del plazo previsto, la sola declaración del particular le faculta para el ejercicio de la actividad proyectada. La comunicación se erige, en la práctica, como el único título –de carácter privado– necesario y existente en la relación jurídico-administrativa. Pero también es el único título del que dispone el particular para acreditar la legalidad de sus actividades en el tráfico jurídico en general, en sus relaciones con terceros. Con todo, es preciso destacar que la autorregulación no sólo adquiere trascendencia en el ámbito del Derecho. La confianza depositada por la Administración en el control preventivo realizado por las instancias privadas obliga, en cierto modo, a que sea el propio mercado el que asuma también sus referencias. La información que aporta la autorregulación en el régimen de comunicación sobrepasa su propia trascendencia jurídica para alcanzar relevancia para la sociedad en general. Vuelve así, la autorregulación, a su ámbito de origen, y lo hace reforzada, pues es el propio sistema del Derecho el que la potencia y fomenta.

Los particulares asumen, en su práctica totalidad, el peso del escueto procedimiento iniciado por la comunicación. Recae sobre ellos un protagonismo inaudito siendo su propia comunicación y la certificación de la legalidad adjunta, la fase

34. “La certificación acreditativa del cumplimiento de la legalidad en sus instalaciones que corresponde presentar al solicitante –y que éste, a su vez, puede requerir de un tercero como pueda ser un auditor– puede ser revisada por la Administración competente. Quiere decirse con ello que todas esas declaraciones procedentes de la autorregulación participan de un común efecto presuntivo que viene a ser característico de la autorregulación toda, al menos en el concepto que aquí se maneja y del que es componente fundamental su toma en consideración por los poderes públicos y, como es ahora el caso, su incorporación lo es así *iuris tantum*: la validez y acierto de esas declaraciones de la autorregulación es algo que se presume y con ellas se opera mientras que por parte de la propia Administración no se produzca una intervención directa que pudiera contradecirlas o invalidarlas” (*Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 142). Véase también DARNACULLETA GARDELLA, M., *Autorregulación y Derecho público*, op. cit., pág. 359.

central del mismo. Puesto que es el particular quien gestiona íntegramente dicha fase sometido a un régimen de autocontrol, la conclusión no puede ser otra que la autorregulación impera y conquista el procedimiento. Hay autores que bautizan dicho fenómeno como privatización del procedimiento. Esteve Pardo, por su parte, lo considera un efecto integrador de la autorregulación; efecto que se produce cuando se remite a ella un trámite o una parcela del procedimiento.³⁵

7. Conclusión

A modo de conclusión, podríamos decir que en el régimen de comunicación la Administración se sitúa en un discreto segundo plano. Conserva sus potestades de control, sí, pero aplazadas en tiempo y modo, y al ejercer una mera supervisión del control presentado, adopta una posición estratégica y de resguardo. Una posición, en suma, vigilante y sólo desde ésta asume responsabilidades.

Ciertamente, los distintos autores que han tenido ocasión de referirse a la responsabilidad de la Administración en estos casos, han coincidido en atribuir a ésta una supuesta responsabilidad *in vigilando*.³⁶ Los perjuicios ocasionados a terceros como consecuencia del ejercicio de las actividades del tercer anexo serán, en la mayor parte de los casos, imputables al propio titular de la actividad o a la actuación de la entidad colaboradora en la que éste haya delegado el control exigido. No obstante, en la medida que la eventual acción perniciosa se ha desarrollado en un terreno entregado a cierta vigilancia o control público, la Administración, a pesar de la inexistencia de nexo causal entre su actividad y el daño producido, conserva su cota de responsabilidad por no haber impedido el daño o no haber actuado en el desempeño de sus tareas de policía o vigilancia.

35. Para BIANCHI, el legislador ha transferido al privado todo el procedimiento en relación con la autorización y, con este nuevo instrumento, más que liberalizarse en sentido estricto la intervención en dicha materia, lo que sucede en realidad es que se transfieren todos los poderes procedimentales e instructorios de la autorización al privado ("La denuncia di inizio di attività...", *op. cit.*, pág. 158 y ss.). Según ESTEVE PARDO, "Sin duda el efecto integrativo de mayor alcance se produce con el régimen de comunicación [...]. Prácticamente todo el procedimiento, muy sumario ciertamente, está ocupado por la comunicación del solicitante, pero ésta no es en sí misma suficiente. El solicitante no decide, no se autoconcede la autorización o figura asimilada. Hay una decisión implícita de la Administración que, por lo demás, podría perfectamente manifestarse en contra de la solicitud. Lo característico y llamativo de este expediente es que lo remitido a la autorregulación privada, del solicitante o comunicante, no es un trámite muy acotado, sino la práctica totalidad de la tramitación que se concreta en la comunicación misma" (*Autorregulación...*, *op. cit.*, pág. 140).

36. ESTEVE PARDO, considerando la comunicación como un supuesto de autorregulación, entiende que "ello supone que quien se responsabiliza de lo que allí consta es el titular de la instalación que comunica su apertura. No habría entonces responsabilidad de la Administración más allá de una responsabilidad *in vigilando*, que estaría reforzada en este caso al recibir una comunicación sobre el inminente inicio de una actividad" (*Autorregulación...*, *op. cit.*, pág. 107). TORNOS MAS, por su parte, enmarcando la técnica de la comunicación dentro de la tendencia simplificadora, considera que ésta "supone trasladar al particular, o a la entidad privada colaboradora, la responsabilidad que pueda derivarse como consecuencia de los daños que pueda ocasionar el ejercicio de esta actividad comunicada, ya que no hay acto administrativo, expreso o presunto, que sirva de causa de imputación para la Administración. La responsabilidad administrativa no desaparece, sin embargo, de forma absoluta, pues el título de imputación puede encontrarse en el no ejercicio de funciones inspectoras que corresponden a la Administración en el momento de la comunicación y, posteriormente, una vez la instalación está en funcionamiento. Pero en todo caso el título de imputación ya es otro, no el acto administrativo expreso o presunto que reconoce la corrección de la actividad, sino el no ejercicio de modo adecuado de la función inspectora sobre la actividad que se va a desarrollar o que ya se lleva a cabo" ("La simplificación procedimental...", *op. cit.*, págs. 71 y 72).

A nuestro parecer, puesto que la única actividad exigible a la Administración es la de supervisión formal, entendemos que su responsabilidad no debería extenderse, en este caso, más allá de donde llegan dichos deberes. Sin embargo, la actual configuración del régimen de responsabilidad de la Administración, de carácter objetivo, puede matizar dicho planteamiento. El análisis casuístico es el que acabará por determinar sus límites, teniendo en cuenta que la propia doctrina del Tribunal Supremo trata, en ocasiones, de desmarcarse de dicho criterio de responsabilidad objetiva recuperando, a hurtadillas, el criterio de la culpa en el contexto de las actividades privadas autorizadas.³⁷

En ocasiones, la falta de título administrativo puede ciertamente dificultar las posibilidades de defensa de los terceros en la vía administrativa e incluso contencioso administrativa. Las distintas opciones expuestas por la doctrina no resultan del todo satisfactorias; cuestión que, en cierto modo, nos lleva a plantear la necesidad de explorar las ventajas que puede ofrecer la vía civil. Las actividades sujetas al régimen de comunicación son por definición libres, cualquier ciudadano puede ejercerlas si previamente demuestra el cumplimiento de los requisitos antes expuestos. Desde este punto de vista, el empuje impugnador no debería necesariamente dirigirse contra la Administración sino contra el propio comunicante. En este régimen, es el interesado quien gestiona, por él mismo, el control de la legalidad. Al perpetrarse y formalizarse desde el ámbito privado, dentro de estos límites debería también desarrollarse su impugnación, discusión y en su caso, refutación. Se tratará en muchas ocasiones de un auténtico litigio entre particulares, y la jurisdicción administrativa no parece la mejor sede de resolución de los mismos.

37. Véanse, entre otros, JIMÉNEZ-BLANCO, "Responsabilidad administrativa por culpa *in vigilando o in omitendo*", en PJ, núm. 2, pág. 123, y LAGUNA DE PAZ, J. C., "Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado", en RAP, núm. 155, mayo-agosto de 2001, pág. 44 y ss.

