

El principio de cooperación en el Derecho medioambiental

¿Principio jurídico o encubrimiento
del déficit de ejecución?

SUMARIO: I. ADVERTENCIA PREVIA. II. LA COOPERACION EN PROCEDIMIENTOS CUYA INCOACION DEPENDE DE INICIATIVA DE PARTE. 1. Peculiaridades estructurales. 2. Las formas de cooperación en procedimientos cuya incoación depende de iniciativa de parte. *a)* Determinaciones previas de carácter cooperativo. *a')* Las negociaciones previas. *b')* Determinación previa mediante compra del suelo. *b)* Cooperación sin compromiso previo. *a')* Puras ayudas informativas. *b')* Ayudas a la planificación. 3. Dependencia de las ventajas estructurales de la ejecución administrativa condicionada por iniciativa de parte del reconocimiento práctico de los correspondientes requerimientos para la autorización. III. LA COOPERACION EN LOS PROCEDIMIENTOS CUYA INCOACION NO DEPENDE DE INICIATIVA DE PARTE. 1. Peculiaridades estructurales. 2. Formas de la ejecución independiente de la iniciativa de parte. 3. Límites jurídicos de la cooperación en la ejecución independiente de la iniciativa de parte.

I. ADVERTENCIA PREVIA

En la literatura y las declaraciones oficiales se menciona regularmente el «principio de cooperación» como tercero de los principios fundamentales del Derecho medioambiental, junto con los de previsión y del causante (quien contamina paga) ¹. Con la indicada coope-

Artículo traducido por Luciano PAREJO ALFONSO.

¹ Véase, por ejemplo, *Umweltbericht der Bundesregierung*, 1976, BT-Drs. 7/5684, p. 9; Bodenschutzkonzeption der Bundesregierung (1985), BT-Drs. 10/2977, p. 10; BENDER/SPARWASSER, *Umweltrecht*, 1988, número marginal 26; BREUER, «Umweltschutzrecht», en: v. Münch (editor), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 8.ª ed., 1988, pp. 601 y ss. (614); KETTELER/KIPPELS, *Umweltrecht*, 1988, p. 82; SCHMIDT, *Einführung in das Umweltrecht*, 1987, pp. 5 y ss.; SENDLER, «Grundprobleme des Umweltrechts», *Jus*, 1983, pp. 255 y ss. (257); STORM, *Umweltrecht*, 2.ª ed., 1988, p. 14; en detalle, recientemente, RENGELING, *Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht*, 1988. En

ración se quiere significar la cooperación entre «Estado y Sociedad»². Y naturalmente se trata en primer término, como casi siempre que se analiza la relación entre Estado y sociedad, de la relación entre Estado y economía.

No está en modo alguno claro en qué sentido puede hablarse del principio de cooperación como un principio: aquí, ¿se describen regularidades fácticas o se trata de una máxima normativa de comportamiento? Y en este último caso: ¿se trata de un principio jurídico-político o bien obliga a la cooperación un imperativo jurídico vigente, que rebasa las exigencias de cooperación contenidas en disposiciones jurídicas concretas? O más bien: ¿se ha elevado un eufemismo, una forma bienpensante de hablar, a la condición de principio, con el que un poder estatal venido a menos oculta su incapacidad o su falta de voluntad para imponerse al interés industrial en una utilización barata del medio ambiente?³.

Estos son los interrogantes que deben acotar el objeto de las reflexiones que siguen, sin que pueda prometerse una respuesta completa y comprensiva de todos los detalles. Desde la perspectiva de las preguntas formuladas, quisiera reproducir, explicar e intentar encuadrar jurídicamente experiencias prácticas en la Administración medioambiental con formas cooperativas. En la medida en que, en lo sucesivo, se hagan referencias a la praxis administrativa sin especiales indicaciones a investigaciones empíricas o a otra literatura, descansan en experiencias propias o, en su caso, consisten en interpretaciones de experiencias en un órgano municipal medioambiental, que tiene atribuidas fundamentalmente competencias de protección de las aguas. Estas experiencias incluyen el intercambio de experiencias con otros órganos y centros de la Administración medioambiental. Quiere esto decir naturalmente que no pueden tener pretensión de segura representatividad científica. En la medida de su comparabilidad, sin embargo, cuadran bien con los resultados de investigaciones empíricas, que pueden

relación con la praxis de la actuación administrativa cooperativa, véase recientemente BULLING, «Kooperatives Verwaltungshandeln in der Verwaltungspraxis», *DÖV*, 1989, pp. 277 y ss. Pertinente también ARNOLD, «Die Arbeit mit öffentlich-rechtlichen Verträgen im Umweltschutz beim Regierungspräsidium Stuttgart», *VerwArch*, 1989, pp. 125 y ss.

² SCHMIDT, en el lugar indicado (nota núm. 1), p. 6; véase también RENGELING, en el lugar indicado (nota núm. 1), p. 1. Con carácter más general, sin referencia especial al Derecho ambiental, véase también E. H. RITTER, «Der kooperative Staat, Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Wirtschaft», *AÖR*, 104 (1978), pp. 389 y ss.

³ Cfr. sobre la puesta en relación de la afirmación del principio de cooperación con el reconocimiento —no necesariamente valorado negativamente— de debilidades ejecutivas del Estado, las consideraciones de BREUER, en el lugar ya indicado (nota núm. 1), p. 601, sobre el principio de cooperación: la protección ambiental precisaría «... en gran medida la cooperación del Estado con las fuerzas sociales, especialmente las económicas. El necesario conocimiento técnico se encuentra más bien en el ámbito socioeconómico. Sobre ello, falta al Estado de Derecho la capacidad de ejecución de una orden comprensiva en todos los ámbitos vitales relevantes medioambientalmente».

formular mejor una tal pretensión ⁴, lo que otorga fundamento a la oposición de que, en todo caso, se trata de experiencias no del todo atípicas.

El alcance del tema ha de limitarse, en congruencia con el aludido «ámbito de experiencia», mediante la diferenciación de dos campos o fases de la cooperación y el tratamiento detenido en lo sucesivo sólo de uno de ellos: la primera fase de la cooperación, que aquí sólo se abordará brevemente por razón de complitud de la perspectiva, es la *cooperación en el ámbito de la normación*. Las formas de cooperación abarcan aquí desde los más o menos tradicionales procedimientos de audiencia, tal como están previstos, por ejemplo, en los Reglamentos de funcionamiento de la Dieta federal y de los Ministerios ⁵ o en concretas disposiciones legislativas ⁶, pasando por todas las formas posibles de la participación directa de privados en la normación en Consejos, Comisiones y Asociaciones que elaboren reglas ⁷, hasta los llamados acuerdos de autolimitación, en los que sectores de la industria se obligan voluntariamente a desarrollar un determinado comportamiento. Lo interesante de estos acuerdos no es la autolimitación que se impone la industria, sino la autolimitación que, en ese contexto, se impone el poder estatal, en la medida en que, en contraprestación, renuncia al dictado de normas jurídicas vinculantes ⁸. Las diferentes formas de cooperación en la normación constituyen un vasto campo aún hoy demasiado poco trabajado, especialmente en el ámbito de las organizaciones gremiales y asociativas. Aquí queda también mucho por hacer en el plano de la teoría constitucional, sea en términos de oposición o de racionalización. En lo sucesivo, y por razón de la limitación a que necesariamente está sujeto este trabajo, se tratará no de esta

⁴ Véase MAYNTZ (editor), *Vollzugsprobleme der Umweltpolitik*, 1978. Como investigador ejemplar, véase WINTER, *Das Vollzugsdefizit im Wasserrecht*, 1975.

⁵ Véase parágrafo 70 GOBT. Parágrafos 24 y 27 GGO BMin.

⁶ Véanse, por ejemplo, parágrafos 4, apartado 1, párrafo 3; 7 y 48, cada uno de ellos en conexión con el parágrafo 58 BImSchG.

⁷ Las innumerables Comisiones públicas de elaboración de reglas —desde la Comisión de calderas de vapor, pasando por los grupos de trabajo establecidos conforme al parágrafo 7a WHG para la determinación de reglas técnicas, hasta la Comisión para la energía nuclear— hace tiempo que dejaron de ser enumerables. Entre las asociaciones privadas, cuyas obras normativas acostumbran a ser «recibidas» por asunción intraadministrativa o en sede de la interpretación de cláusulas generales («reglas generales de la técnica generalmente reconocidas», «estado de la técnica»), las más conocidas son la DIN y la VDI; en la literatura, véase NICKUSCH, *Die Normativfunktion technischer Ausschüsse und Verbände als Problem der Rechtsquellenlehre*, 1964; MARBURGER, *Die Regeln der Technik im Recht*, 1979; BREUER, «Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln durch Rechtsordnung», UPR, 1986, pp. 241 y ss.

⁸ Sobre ello, BECKER, «Informales Verwaltungshandeln zur Steuerung wirtschaftlicher Prozesse im Zeichen der Deregulierung», DÖV, 1985, pp. 1003 y ss.; BOHNE, «Informales Staats Handeln als Instrument des Umweltschutzes», en: *Dokumentation zur 7 wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht*, Berlín, 1983, pp. 97 y ss. (126 y ss.); OEBBECKE, «Die Staatliche Mitwirkung an gesetzesabwendenden Vereinbarungen», DVBl, 1986, pp. 793 y ss., con ulteriores referencias.

primera, sino de la segunda fase, la cooperación en la *ejecución de la norma*.

Por lo que hace al ámbito de la ejecución medioambiental tiene sentido establecer, a su vez y por razón de algunas diferencias generales y relevantes, dos subgrupos. Las condiciones marco jurídicas y fácticas y, en consecuencia, también las posibilidades y formas de la cooperación son, en efecto, parcialmente distintas según que la cooperación esté en discusión en procedimientos cuya incoación dependa (II) o no (III) de iniciativa de parte.

II. LA COOPERACION EN PROCEDIMIENTOS CUYA INCOACION DEPENDE DE INICIATIVA DE PARTE

1. PECULIARIDADES ESTRUCTURALES

En el Derecho de policía o intervención, en el que ha de subsumirse lamentablemente en su mayor parte el Derecho medioambiental, dependen, en su incoación, de iniciativa de parte, los procedimientos en los que se trata del dictado de un acto administrativo favorable; por regla general, la eliminación en el caso de una prohibición general con reserva de autorización. La estructura de la prohibición con reserva de autorización es relativamente propicia, bajo determinadas condiciones (sobre las que he de volver inmediatamente), a la ejecución de las correspondientes exigencias relativas a derechos. Y ello por dos motivos:

En primer lugar, la prohibición con reserva de autorización desplaza la carga de la iniciativa y la carga de la exposición y determinación del supuesto de hecho desde el órgano controlador al peticionario o solicitante. Este precisa una licencia de construcción, una autorización conforme a la Ley federal de protección frente a inmisiones, una autorización de canalización según la legislación de aguas, una aprobación de proyecto en materia de residuos, o lo que en cada caso sea pertinente, para llegar siquiera a poder empezar con la utilización del medio ambiente que tenga prevista, y es incumbencia suya en principio acreditar la concurrencia de los presupuestos reales para que su proyecto sea susceptible de ser autorizado, mediante la presentación de documentación técnica, informes, etc. Es claro que ya sólo este desplazamiento jurídico hacia el solicitante incrementa considerablemente las posibilidades para la imposición efectiva de los estándares medioambientales previamente existentes respecto de un procedimiento en el que la iniciativa deba partir y la determinación del supuesto de hecho ser efectuada primariamente por los órganos administrativos; y

ello sencillamente por razón de las ventajas que en punto a economía de trabajo representa para los órganos ejecutivos competentes.

En segundo lugar, no obstante —y esto es para la ejecución del programa legislativo quizás aún más importante que las aludidas ventajas de economía de trabajo—, la forma jurídica de la prohibición con reserva de autorización impone a la ejecución de la Ley por la Administración la forma de una *actuación positiva*: el órgano administrativo puede estimar o desestimar la solicitud, pero normalmente, y prescindiendo de posibilidades limitadas de dilación, sencillamente no puede hacer nada en absoluto. De esta suerte, queda excluida⁹, por regla general, la más sencilla y, simultáneamente, más difícil de controlar de entre las formas de deficiente ejecución de la Ley. En vez de ello, ha de lanzarse al mundo una resolución y de asumirse la responsabilidad de su conformidad a Derecho, de un lado, ante el solicitante, pero también, de otro lado, ante los superiores jerárquicos, órganos de control, Tribunales, terceros afectados o una opinión pública interesada.

La probabilidad de que entre órganos administrativos y empresas se desarrollen cooperaciones cuyos resultados contradigan claramente los programas normativos del Derecho medioambiental es, bajo tales circunstancias, mucho menor que allí donde exista para el órgano administrativo posibilidad también no ya de terminar, sino, incluso, ni siquiera instruir procedimientos administrativos mediante simple inactividad. Por supuesto que, a pesar de ello, el Derecho medioambiental no está en modo alguno asegurado, ni siquiera en los procedimientos autorizatorios y otros dependientes en su incoación de iniciativa de parte, frente a infracciones que descansen en una colaboración cooperativa o colusoria entre solicitantes y Administración. La creciente complejidad y diferenciación de los requerimientos medioambientales hace difícil, en muchos casos, incluso para los órganos administrativos competentes, la comprobación de la idoneidad de un proyecto para ser autorizado. Y esta complejidad pone límites también a las funciones de control de una opinión pública interesada. Tampoco el interés de con-

⁹ En el supuesto normal, la necesidad de actuar resulta para el órgano administrativo del interés del solicitante, que depende de la resolución sobre su solicitud de autorización para la construcción o la apertura o puesta en funcionamiento de su establecimiento o instalación, y de la posibilidad para el solicitante de hacer efectivos estos intereses, en caso de necesidad, incluso por la vía de la demanda por inactividad. Otros son los términos de la cuestión, cuando se deduce una solicitud de autorización para una instalación construida o puesta en servicio sin autorización únicamente por consecuencia de la presión ejercida por la Administración, es decir, de medidas ejecutivas *independientes de toda iniciativa de parte*. Aquí y si la solicitud deducida no es susceptible de ser estimada, puede existir interés tanto de parte del interesado como de la Administración en mantener el asunto en la indefinición gracias a la no decisión expresa sobre la solicitud y evitar, así, ulteriores consecuencias conflictivas derivadas de la en otro caso inexcusable desestimación de dicha solicitud. Tal estrategia, en contra de la opinión de RANDELZHOFFER/WILKE, *Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungsbandelns*, 1981, no es conforme a Derecho (en este sentido también BOHNE, en el lugar ya indicado, nota núm. 8, p. 119).

rol está desarrollado en la opinión pública por igual en todos los ámbitos del Derecho medioambiental¹⁰. Las posibilidades de control de los órganos de tutela tienen límites fácticos y las de los Tribunales tienen fijados, además y sobre ello, también límites jurídicos. Como regla, sólo cabe desencadenar la acción de los Tribunales cuando se trata de la infracción de disposiciones que estén reconocidas como protectoras de los vecinos. Dado que la jurisprudencia y la doctrina califican¹¹ como no protectoras de los vecinos todas aquellas disposiciones medioambientales que tienen por fin no la defensa frente a peligros concretos, sino «sólo» la *prevención* contra daños medioambientales, la ejecución administrativa del Derecho medioambiental está en la práctica exenta de control judicial en todo el ámbito de la prevención. De esta suerte, queda excluido en la práctica, para el ámbito de la prevención en su conjunto, un instrumento de control de excelente eficacia preventiva. Es claro sin más que tales debilidades de los sistemas de control incrementan las posibilidades de cooperaciones entre solicitantes y órganos administrativos, en las que padecen los requerimientos jurídicos medioambientales. Y para ello no es preciso siquiera suponer que en las cooperaciones entre solicitantes y Administración conducentes a una deficiente materialización de los requerimientos medioambientales, ello sea en cada caso conscientemente buscado o incluso conscientemente asumido. Habrá ocasión de examinar ejemplos.

2. LAS FORMAS DE COOPERACIÓN EN PROCEDIMIENTOS CUYA INCOACIÓN DEPENDE DE INICIATIVA DE PARTE

Por de pronto, la cooperación, conforme a su naturaleza, es cuestión de procedimientos. Y a este respecto, las normas jurídico-administrativas generales, al igual que las regulaciones procedimentales medioambientales, dejan espacios abiertos, en la medida en que, en principio, no pretenden regular acabadamente las formas admisibles de la cooperación. Se acostumbra a subsumir en la categoría de la «actuación administrativa informal» aquellas formas de cooperación que no

¹⁰ Sobre el dato de que, por ejemplo, la protección de las aguas disfrute, respecto de la protección frente a inmisiones, de una comparativamente menor atención, con correlativa menor frecuencia de reclamaciones o recursos formulados por particulares ante los órganos administrativos, véase MAYNTZ, en el lugar ya indicado (nota núm. 4), pp. 69, 78 y 632.

¹¹ Véase, en relación con el principio de prevención según el parágrafo 5 BImSchG, BVerwGE, 65, 313 (320). En términos críticos, JARASS, «Rechtsschutz bei der Genehmigung von Anlagen», NJW 1983, pp. 2844 (2845 y ss.), con ulteriores referencias. En cuanto a la discusión sobre posibilidades de una ampliación (también) del control judicial más allá del ámbito acotado por esta jurisprudencia, véase, por muchos, SCHOMERUS, «Ein Ombudsmann mit Klagebefugnis statt Verbandsklage», NuR, 1989, pp. 171 y ss., con ulteriores referencias, incluso en relación con la legitimación para demandar de las asociaciones.

están expresamente previstas en regulaciones legales o cualesquiera otras vinculantes y, por tanto, no están moldeadas en una forma jurídica¹². Precisamente las formas de cooperación informales son realmente de especial interés en relación con la cuestión de si y en qué medida la cooperación entre Administración y sujetos económicos amenaza defraudar la ejecución del Derecho medioambiental.

a) *Determinaciones previas de carácter cooperativo*

a') *Las negociaciones previas*

En el ámbito de los procedimientos cuya incoación depende de la iniciativa de parte, la literatura trata sobre todo la forma de cooperación integrada por las denominadas «negociaciones previas»¹³. Se alude con esta expresión a negociaciones dirigidas a sondear, con anterioridad al procedimiento administrativo propiamente dicho derivado de la solicitud, las condiciones para una terminación con éxito de dicho procedimiento. El sentido oficial de estas negociaciones previas consiste en mantener lo más bajo posible el riesgo que para el solicitante supone el desarrollo del procedimiento administrativo formal. Es comprensible que al solicitante le interese saber, antes de la inversión en gastos de proyecto para la instalación de una empresa, por ejemplo, de la industria de transformación del metal (gastos que pueden ascender a los cientos de miles), si un emplazamiento en la localización prevista es siquiera admisible, cuáles sean los requerimientos medioambientales que deben ser tenidos en cuenta a la hora de la elaboración del proyecto y con qué costes ha de contar la empresa —especialmente por razón de condicionamientos medioambientales— en caso de instalación en la aludida localización.

Informaciones previas de este tipo reducen, por tanto, el riesgo de proyectos fallidos sin sentido. El interés en esta reducción del riesgo, desde la perspectiva tanto de la economía de la empresa como de la economía en su conjunto, es tan evidente, que puede estarse tentado de querer fijar jurídicamente la predisposición de la Administración a facilitar tal tipo de informaciones previas. Se discute, por ejemplo, si una obligación en tal sentido se deriva de los deberes de asesora-

¹² Sobre el concepto de actuación administrativa informal, véase BAUER, «Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht», *VerwArch*, 1987, p. 244; BOHNE, *Der Informale Rechtsstaat*, 1981, pp. 43 y ss.; el mismo, «Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes», *VerwArch*, 1984, pp. 343 y ss.; RENGELING, en el lugar ya indicado (nota núm. 1), pp. 64 y ss., siempre con ulteriores referencias.

¹³ BOHNE, *Rechtsstaat*, en el lugar ya indicado (nota núm. 12), pp. 50 y ss.; el mismo, «Informales Handeln», en el lugar ya indicado (nota núm. 12), pp. 347 y ss.; RENGELING, en el lugar ya indicado (nota núm. 1), pp. 143 y ss.

to previstos en el parágrafo 25 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el parágrafo 2, apartado 2, del 9.º Reglamento de la Ley federal de Protección frente a las Inmisiones ¹⁴.

Las informaciones facilitadas con carácter previo sobre los requerimientos para que el proyecto sea susceptible de autorización sólo cumplen, empero, su finalidad si van unidas a un compromiso, siquiera sea sólo informal, de la Administración; punto donde radica el problema. Con el compromiso previo informal en negociaciones preparatorias o refractarias a la publicidad y el control se defraudan las regulaciones del Derecho procedimental formal y, con ello, supuesta la existencia de una relación entre el procedimiento y su resultado, posiblemente también las exigencias sustantivas del Derecho ambiental. Tanto más, cuanto que, en la práctica, las negociaciones preliminares tienen, además de su función de clarificación previa, también otras funciones. No es casual que se hable de *negociaciones preliminares o previas* y no simplemente de informaciones previas. El espacio informal de las conversaciones previas se utiliza no sólo para la interrogación, sino, por supuesto, también para la influencia en los órganos administrativos. De esta suerte, el poder negociador de empresas dispuestas a instalarse o ampliarse puede conducir a promesas informales por parte de dichos órganos, que, de acuerdo con los requerimientos sustantivos del Derecho ambiental, no deberían haber sido hechas, y ni siquiera ha de suponerse —por más que casuísticamente tal suposición pueda estar justificada— que el desprecio de las exigencias jurídico-ambientales se ha producido intencionadamente. En el contexto del efecto de arrastre del interés económico y bajo la impresión de las —en tales ocasiones normales— confesiones de la mayor sensibilidad en los asuntos ambientales, que sólo cede ante ciertos límites impuestos por la libre competencia, la Administración puede haberse dejado llevar, absolutamente de buena fe, a una interpretación de las determinaciones legales favorables para la empresa, pero objetivamente errónea, o a un ejercicio de su discrecionalidad que cae ya fuera de las posibilidades de cobertura por el fin de la norma atributiva de dicha discrecionalidad ¹⁵. Para la empresa, el éxito en las negociaciones previas puede consistir, asimismo, en que se le asegure una instrucción extraordinariamente acelerada del correspondiente procedimiento. Pues las empresas son, ciertamente, extremadamente sensibles al riesgo, cuando

¹⁴ En contra, BOHNE, *Rechtsstaat*, en el lugar ya indicado (nota núm. 12), pp. 61 y ss. (63), con ulteriores referencias.

¹⁵ Véase sobre ello también la comprobación de BOHNE (*Rechtsstaat, op. cit.*, nota núm. 12, p. 149) según la cual los resultados de negociaciones previas frecuentemente caen en una «zona gris de la adecuación a Derecho». La zona gris no tiene, por su parte y lamentablemente, unos límites fijos. Según ello, el problema radica primariamente en que la praxis de negociaciones previas tiende a un sistemático desplazamiento de dichos límites, lo que se entiende que vale como jurídicamente correcto o, al menos, como no claramente disconforme a Derecho.

se trata de asumir planes sin que la Administración haya dado luz verde, de forma previa e informal, al proyecto previsto. Por contra, y sorprendentemente, no rehuyen el riesgo de aceptar encargos por cuantía de cientos de miles de marcos antes de que esté clarificado, incluso si quiera si puede llegar a construirse la nave de trabajo en la que deberán ser ejecutados dichos encargos.

Aquí se confía preferentemente mucho más en la disposición amable de la Administración, a movilizar precisamente en las negociaciones previas, para evitar la amenaza de suspensión de pagos en caso de incumplimiento mediante un desarrollo, en primer término, positivo, y, en segundo término, y de ser necesario, incluso acelerado, de los pendientes procedimientos de autorización. Estos compromisos tienen por consecuencia la colocación de las personas competentes para el despacho de los asuntos bajo una presión por razón del tiempo que no posibilita ya un examen detenido desde las perspectivas medioambientales. Es posible entonces que los jefes de las correspondientes unidades y el personal técnico adscrito a las mismas puedan *intuir* que algo no está bien en la autorización otorgada puntualmente, pero no parece que pueda necesariamente reprochárseles que lo *hayan sabido*.

La literatura ha tratado jurídicamente las negociaciones previas hasta ahora primariamente desde el punto de vista de la defraudación por las mismas de las posibilidades de participación de terceros previstas para el procedimiento administrativo formal¹⁶. Sobre todo BOHNE ha intentado, en respuesta a este problema, desarrollar en este punto vinculaciones jurídicas de la discrecionalidad procedimental administrativa (parágrafos 10 y 40 de la Ley de Procedimiento Administrativo): los terceros afectados, cuyos intereses puedan verse lesionados por el proyecto, deben ser informados, en la medida de lo posible, de la apertura de negociaciones previas y, caso de que lo soliciten, ser llamados a ellas. En el supuesto de proyectos para los que esté prescrita una información pública formal, deben, además, hacerse públicos y, a petición de parte, explicarse los objetivos del proyecto ya durante las negociaciones previas y no sólo después en el estadio ulterior del procedimiento formal¹⁷. Sin embargo, tales principios procedimentales parecen en todo caso difícilmente realizables mientras falten sanciones efectivas para el caso de su infracción¹⁸.

¹⁶ Véase BOHNE, «Informales Handeln», en el lugar ya indicado (nota núm. 12), pp. 347 y ss.; RENDELING, *op. cit.*, pp. 152 y ss.

¹⁷ BOHNE, *op. cit.* (nota núm. 14), pp. 150 y ss. (153 y ss.).

¹⁸ El parágrafo 46 de la Ley de Procedimiento Administrativo, así como, en su caso, la interpretación dominante de este precepto, impiden en gran medida una sanción efectiva de vicios procedimentales. Por lo demás, véase también BOHNE, «Informales Handeln», *op. cit.* (nota núm. 12), p. 354.

De *lege ferenda* cabría esperar una optimización de las ventajas e inconvenientes de las negociaciones previas, preferentemente de la institución de un Abogado del Medio Ambiente, cuya llamada a todas las negociaciones previas fuera establecida como obligatoria, con sanción de su omisión con inconvenientes procedimentales apreciables. Para un tal Abogado del Medio Ambiente sería de desear tanto la mayor independencia posible del aparato administrativo, como un excelente conocimiento técnico del medio ambiente y un conocimiento de las competencias internas administrativas y de los problemas de funcionamiento y de procedimiento. Este conocimiento debería quedar asegurado, entre otras cosas, por experiencia administrativa, que, de todas formas, no debería haber sido adquirida en aquellas organizaciones administrativas frente a las cuales asuma en cada caso el correspondiente Abogado del Medio Ambiente su función. Familiaridad con la organización de la Administración medioambiental, en el doble aspecto constructivo y de funcionamiento, sería esencial, porque una de las tareas más importantes del Abogado del Medio Ambiente debería ser la de carácter organizativo. No sólo, e incluso ni siquiera primariamente, debería introducir por sí mismo exigencias medioambientales en las conversaciones previas, sino que habría de velar sobre todo porque desde el principio sean llamados a dichas negociaciones previas *todos* los órganos y las unidades administrativas que deban participar en el ulterior procedimiento formal. En este punto son constatables en la práctica déficit que, según mi apreciación, se oponen a una incorporación oportuna al proceso de toma de decisión de todos los requerimientos medioambientales, cuando menos en igual medida, si no en mayor aún, que la omisión en las negociaciones previas de la participación de terceros afectados o de una opinión pública interesada.

Si, por ejemplo, tras largas deliberaciones previas entre empresarios deseosos de implantarse y las oficinas municipales de fomento de la economía, planificación y control de la construcción, se ha puesto en marcha el planeamiento urbanístico negociado e incoado el procedimiento formal de autorización de la construcción, sería ilusorio creer que un órgano inferior competente en materia de naturaleza y paisaje —llamado a intervenir quizás sólo seis semanas antes del comienzo de las obras— podría llegar a hacer valer eficazmente los puntos de vista de la protección de la naturaleza y del paisaje, posiblemente contradictorios con el proyecto o que habrían exigido un planteamiento totalmente distinto del planeamiento urbanístico. Algo parecido sucedería al órgano inferior competente en materia de aguas, llamado a participar quizás en conexión con el anterior por situarse el proyecto en territorio de protección de las aguas y operar la empresa que pretende instalarse con sustancias lesivas para la pureza del agua. De acuerdo con el Derecho de aguas del correspondiente *Land*, el órgano compe-

tente debe comprobar aquí, desde el punto de vista jurídico, si quiere o no otorgar la autorización que sea precisa según la reglamentación del ámbito objeto de protección o la, en otro caso, también preceptiva, conformidad con la correspondiente autorización de construcción¹⁹. En un territorio de protección de las aguas, en el que éstas ya están gravadas considerablemente por la construcción industrial y de otro tipo, un correcto ejercicio de la discrecionalidad relativa a la economía del aprovechamiento del agua sólo podría conducir a rechazar todo nuevo incremento del potencial de afección de las aguas. En la expuesta fase del procedimiento, sin embargo, consideraciones de este tipo se quedan, en la duda, en teoría verde-gris²⁰. Hace tiempo que ha pasado el tren para tomas de posición de rechazo principialista y sólo resta la imposición de condiciones según los parágrafos 19g y siguientes de la Ley de Aguas, cuya ulterior ejecución tarde o temprano cae presa de un déficit en la ejecución derivado de la falta de medios personales. Un Abogado del Medio Ambiente que pudiera evitar semejantes, en mayor o menor medida deliberadas, limitaciones, sería más útil a la efectividad del Derecho ambiental que la introducción de ulteriores y complementarios trámites procedimentales bajo el rótulo de «evaluación del impacto ambiental».

b') *Determinación previa mediante compra del suelo*

Finalmente, debe llamarse la atención aún sobre una forma especial de la determinación previa cooperativa, que con frecuencia tiene lugar incluso antes del comienzo de negociaciones previas concretas y referidas a la autorización entre promotores y Administración ambiental: la compra del suelo. Las ventas municipales de suelo a empresas deseosas de instalarse o ampliarse ejercen lógicamente la mayor presión imaginable sobre el examen necesariamente posterior del proyecto desde las perspectivas medioambiental y, en su caso, del planeamiento urbanístico; y ello, al menos en cuanto se trata de decidir sobre el «sí» de la instalación o ampliación. La decisión previa es prácticamente inamovible, especialmente cuando en ciudades «libres de Distrito» (*Kreisfreie*) las unidades encargadas del examen ambiental son unidades adscritas al mismo Director municipal, cuya unidad de ges-

¹⁹ Véase parágrafo 14 de la Ley de Aguas del *Land* de Renania del Norte-Westfalia, así como el modelo de una reglamentación protectora según la disposición administrativa de dicho *Land* sobre la declaración de territorios de protección de las aguas y de territorios de protección de los manantiales. RdErl de 24 de abril de 1975 (MBINW, p. 1010), publicado en WUSTHOFF/KUMPF, *Handbuch des deutschen Wasserrechts*, tomo 4, D 720, anexo 2.

²⁰ Véase también MAYNTZ, *op. cit.* (nota núm. 4), pp. 618 y ss.; compárese asimismo, *op. cit.*, p. 76.

ción de patrimonio ha facilitado con anterioridad la venta del suelo correspondiente. En tal supuesto ya no es prácticamente posible un ejercicio, orientado incondicionalmente por el sentido y fin de las disposiciones pertinentes, de los márgenes de discreción y apreciación administrativas que estén atribuidos, en la medida en que dicho ejercicio hubiera de dirigirse contra la instalación como tal. Por ello, la temprana actividad de coordinación, aseguradora de la participación de un Abogado del Medio Ambiente, debería comenzar ya en el escalón de tales negociaciones materiales, posiblemente precedentes a las negociaciones previas propiamente referidas a la autorización.

b) *Cooperación sin compromiso previo*

a') *Puras ayudas informativas*

Por supuesto que, en los procedimientos cuya incoación dependa de iniciativa de parte, también es imaginable un comportamiento administrativo cooperativo sin asunción de compromiso previo alguno. Para nuestro tema, sin embargo, tal tipo de cooperación sólo es interesante en la medida en que suscite cuestiones sobre su conformidad con una ejecución consecuente del Derecho ambiental. Desde este punto de vista, carecen en absoluto jurídicamente de interés las ayudas puramente informativas facilitadas sin compromiso previo, como las que frecuentemente se proporcionan a los solicitantes —en la fase inmediata al procedimiento administrativo formal— bajo la forma de indicaciones para transitar por la jungla de la organización administrativa, ilustraciones sobre posibilidades de obtención de ayudas y supuestos análogos. Todo lo más cabría buscar justificaciones para, cuando menos, un deber jurídico objetivo de prestaciones cooperativas de esta clase por parte de los órganos administrativos en las disposiciones que establezcan ²¹ un deber procedimental de asesoramiento de la Administración, sobre la base de consideraciones relativas al principio de proporcionalidad o, incluso, del principio de Estado social.

²¹ Véanse párrafos 25 de la Ley de Procedimiento Administrativo, 2, apartado 2 y 9 del Reglamento federal para la protección frente a inmisiones. Sobre ello, ya el texto de la nota núm. 14.

b') *Ayudas a la planificación*

En el caso de una, también muy difundida, forma de fomento o incentiación, que quisiera denominar *ayudas a la planificación*, se trata, por contra, de una acción de cooperación que, si igualmente amable desde el punto de vista ciudadano y, en su caso, empresarial, resulta mucho menos problemática. En los procedimientos cuya incoación depende de la iniciativa de parte, la presentación de la documentación técnica precisa para la resolución administrativa sobre la solicitud de autorización o aprobación en cualquier otra forma es, tal como ya ha quedado establecido más arriba, cuestión del solicitante²². En los procedimientos de autorización de construcciones y según las disposiciones de las reglamentaciones de los *Länder* sobre construcción, este solicitante debe, incluso, encomendar la confección de la documentación técnica de la solicitud a un proyectista con especiales cualificaciones y legitimado para presentar proyectos de construcción²³. Por lo que hace al campo del Derecho de la construcción, estos requerimientos están tan establecidos pacíficamente desde hace tiempo que ningún promotor de construcción caería en la idea de esperar la firma de los planos de su construcción por parte del órgano administrativo de control o de considerar suficiente la presentación —en sustitución de la completa documentación técnica— de una declaración de que proyecta construir un edificio de dos plantas en conformidad con las disposiciones legales. Pero justamente con expectativas de este tipo quedan confrontados los órganos administrativos medioambientales, que deben gestionar requerimientos jurídicos con escaso grado de determinación y no cuentan, para ello, con la protección de disposiciones que les garanticen, como a los órganos de control de la construcción, proyectistas competentes. En la mayoría de los casos, el empresario que pretende explotar una instalación no sabe nada o nada en concreto sobre la técnica de las instalaciones y los requerimientos legales que son aplicables, por ejemplo, a las instalaciones de tratamiento de aguas residuales o a las instalaciones que operan con sustancias peligrosas para la pureza del agua, y el Derecho de aguas de la mayoría de los *Länder* no establece una obligación de encomendar el proyecto de tales instalaciones a profesionales que estén habilitados en cualquier forma para ello. Es cierto que, conforme al parágrafo 19, apartado 1, de la Ley de Aguas, las instalaciones que operan con sustancias peligrosas para la pureza del agua sólo pueden ser construidas, mantenidas y limpiadas

²² Véase, por ejemplo, parágrafo 63, apartado 2 LBO NW; con carácter general, SCHINK, *Alllasten im BauR*, 1987, pp. 397 y ss. (407), con ulteriores referencias.

²³ Véase parágrafo 54 LBO NW.

por empresas especializadas²⁴. Por contra, las Leyes de aguas no contienen en la mayoría de los casos una disposición equivalente para la presentación de la documentación técnica en los procedimientos de autorización o comprobación de la idoneidad de la instalación²⁵. Por ello, las empresas que precisan la construcción de una instalación para la operación con sustancias peligrosas para la pureza del agua se dirigen frecuentemente a los órganos administrativos competentes para la autorización²⁶ o, en su caso, comprobación de la idoneidad²⁷, no con documentación susceptible de examen, sino con la simple petición de información acerca de cómo debe ser la instalación a construir para que sea susceptible de autorización o, en su caso, de ser extendida la comprobación de su idoneidad. Caso de aportarse alguna concreta documentación técnica, resulta por lo común incompleta.

En tales supuestos, y de quedar incumplido el requerimiento de presentación de una documentación completa, la Administración podría ciertamente rechazar la solicitud, sin perjuicio del deber de abono de las pertinentes tasas. En la práctica, sin embargo, tenderá realmente más bien a un comportamiento cooperativo. Teniendo en cuenta que la ejecución administrativa del Derecho de aguas está aún muy lejos de estar a la par con la realidad práctica empresarial, esto guarda relación, no en último término, con el hecho de que, en la mayoría de los casos, las solicitudes de autorización de instalaciones de tratamiento de aguas residuales o las solicitudes de comprobación de la idoneidad de las instalaciones para la operación con sustancias peligrosas para la pureza del agua se refieran a instalaciones que ya están en funcionamiento. La Administración que, en esta situación y ante solicitudes planteadas de forma deficiente o ante peticiones informales de información acerca de cómo hacer para que la instalación sea autorizable, remita simplemente a la exigencia de aportación de documentación técnica completa, estaría con toda probabilidad únicamente ahogando en germen una iniciativa para la generación en el caso de circunstancias conformes con la legalidad.

Pero, de otro lado, el comportamiento administrativo cooperativo, es decir, la aceptación comprensiva por parte del órgano competente

²⁴ Con la 5.ª reforma de la Ley de Aguas ha desaparecido la exigencia de autorización, que existía antes conforme al parágrafo 19.1 de dicha Ley. Compárese, frente a ello, los requerimientos actuales del parágrafo 19.1, apartado 2 del citado texto legal.

²⁵ Véase, sin embargo, el parágrafo 110, apartado 2 LWG RP, así como el Reglamento para su desarrollo sobre la acreditación de la habilitación para la elaboración de proyectos y documentación técnica en el campo del aprovechamiento del agua, de 25 de julio de 1984, *GVBl*, p. 179, publicado en *WUSTHOFF/KUMPF, op. cit.* (nota núm. 19), tomo 4, D 817b.

²⁶ Sobre la preceptividad de autorización de las instalaciones de tratamiento de aguas residuales, véase parágrafo LWG NW, así como las disposiciones correspondientes de las restantes Leyes de aguas de los *Länder*.

²⁷ Véase parágrafo 19h de la Ley de Aguas.

de los deseos de los promotores de asesoramiento y ayuda en la elaboración del proyecto, conduce a la miseria de una ejecución de la Ley, que consume en recurrentes conversaciones de asesoramiento y acuerdo, correspondencias y negociaciones con empresarios y productores de instalaciones, los recursos de tiempo demandados por la ejecución del Derecho ambiental en otro lugar. Tratamos aquí, pues, con una forma de cooperación que no produce déficit de ejecución en los procedimientos en los que se ejercita la cooperación, sino en otros procedimientos, actuales o potenciales, cuya instrucción conforme a programa fracasa por razón del consumo de recursos generado por la cooperación. La, en principio, quizás sin restricciones, positiva valoración jurídica de un comportamiento administrativo dispuesto de esta forma a la ayuda no puede ser mantenida a la vista de la precedente comprobación. Es exigible una praxis que opte por el camino menos cómodo para todos los intervinientes: el que solicita una autorización o una constatación de la idoneidad de la instalación debe presentar a tal fin una completa documentación técnica y el que, como solicitante, no tenga un interés propio suficiente en que ello sea así, por cuanto se trata «tan sólo» de una autorización para una instalación ya en funcionamiento, debe ser compelido, mediante el empleo de medios de policía o intervención, a deducir una solicitud de autorización susceptible de ser examinada. Una semejante descarga de la praxis cooperativa de esfuerzos cooperativos objetivamente innecesarios podría imponerse preferentemente con disposiciones legales, que conecten la legitimación para la presentación de documentación técnica correspondiente a solicitudes en procedimientos en materia de aguas y quizás también en otros procedimientos medioambientales con cualificaciones profesionales pertinentes del autor del proyecto ²⁸.

3. DEPENDENCIA DE LAS VENTAJAS ESTRUCTURALES DE LA EJECUCIÓN ADMINISTRATIVA CONDICIONADA POR INICIATIVA DE PARTE DEL RECONOCIMIENTO PRÁCTICO DE LOS CORRESPONDIENTES REQUERIMIENTOS PARA LA AUTORIZACIÓN

Se dijo al comienzo de este apartado que la figura jurídica de la prohibición con reserva de autorización —aquella forma del control jurídico, por tanto, que exige del promotor la obtención de una autorización antes de la realización de un proyecto— favorece tendencialmente (habiéndose indicado también la razón de que ello sea así) la ejecución de los requerimientos sustantivos del Derecho ambiental. Aquí es *relativamente* difícil que puedan instalarse cooperaciones ver-

²⁸ Véase el ejemplo mencionado en la nota núm. 25.

daderamente colusorias, que tengan por objetivo un claro incumplimiento de las exigencias medioambientales. Esta constatación vale con independencia de que, como ha quedado señalado, también en los procedimientos cuya incoación dependa de iniciativa de parte sean posibles y usuales formas de cooperación en las que se fuerzan sistemáticamente los márgenes de discrecionalidad y apreciación en favor de las exigencias económicas y, según el punto de vista del ordenador, incluso se fuerzan demasiado.

El efecto tendencialmente favorable de los procedimientos previos de autorización o aprobación en cualquier otra forma se manifiestan sólo allí donde el correspondiente requerimiento de autorización, en cuanto tal, es conocido y está reconocido e incorporado a la práctica.

Lamentablemente éste no es en modo alguno el caso normalmente. Mientras son relativamente raros los supuestos en los que se realiza un proyecto de construcción de alguna importancia sin la preceptiva licencia de construcción o un proyecto de instalación de los previstos en el parágrafo 4 de la Ley federal de protección frente a inmisiones sin la autorización en ella establecida²⁹, en la práctica los requerimientos legales de autorización en materia de aguas en modo alguno están aún implantados con carácter general. Muchos empresarios ni siquiera saben que sus instalaciones de tratamiento de aguas residuales, que pueden consistir en sencillas balsas de neutralización o en simples balsas de acumulación y compensación, precisan de autorización, y que sus instalaciones para operar con sustancias peligrosas para la pureza del agua requieren, en determinadas circunstancias, una constatación oficial de su idoneidad. Incluso cuando ello es sabido, la conciencia de ilegalidad en caso de infracciones se mantiene dentro de límites. El conocimiento y la moral de las empresas resultan aquí fomentados por una opinión pública sensibilizada en menor medida que en otros ámbitos más expuestos a la observación pública³⁰. El hecho de que tampoco el Derecho penal proporcione aquí apoyo —el parágrafo 327 del Código penal sólo penaliza el funcionamiento no autorizado de instalaciones de energía nuclear, instalaciones de eliminación de residuos e instalaciones precisadas de autorización conforme a la Ley federal de protección frente a inmisiones—, debe valorarse más como expresión de este estado de la conciencia que como causa de éste. De ello resulta para la praxis que la ejecución del Derecho de aguas frecuentemente *no* tiene lugar en procedimientos cuya incoación depende de la iniciativa de parte, incluso allí donde la Ley la prevé. Si las necesarias soli-

²⁹ No obstante, véase respecto del caso relativamente frecuente de modificaciones esenciales de instalaciones autorizadas en empresas conforme a la Ley federal de protección frente a inmisiones, realizadas sin la necesaria autorización para ello, BOHNE, *Rechtsstaat*, *op. cit.* (nota núm. 14), p. 85.

³⁰ Véase nota núm. 10.

citades de autorización no llegan siquiera a deducirse, la Administración queda emplazada a procurar, por propia iniciativa, la efectividad de los requerimientos de la legislación de aguas. De ahí que, en la medida en que llegue siquiera a decidirse por el ejercicio de facultades de autoridad, procederá por de pronto a la incoación de oficio de un procedimiento. Esta hipótesis nos lleva de la mano al tema de la cooperación en los procedimientos cuya incoación es independiente de toda iniciativa de parte.

III. LA COOPERACION EN LOS PROCEDIMIENTOS CUYA INCOACION NO DEPENDE DE INICIATIVA DE PARTE

1. PECULIARIDADES ESTRUCTURALES

Allí donde la actividad de ejecución de la Administración ambiental no sea excitada por una solicitud previa de autorización o aprobación en cualquier otra forma, la trasposición de las exigencias medioambientales depende de que los órganos administrativos actúen de propia iniciativa. Puede tratarse bien de la inspección en ámbitos para los que no están establecidos requerimientos algunos de autorización, bien de la ejecución de exigencias medioambientales concretadas mediante condiciones accesorias impuestas a autorizaciones o aprobaciones de cualquier otra clase ya otorgadas, así como también, finalmente, de la ya mencionada actuación de prohibiciones legales con reserva de dispensación en los casos en que las instalaciones precisadas de autorización han sido construidas o puestas en funcionamiento sin dicha autorización.

Aquí, a diferencia de los procedimientos que se incoan por solicitud de autorización o aprobación en cualquier otra forma, pueden producirse déficit de ejecución de apreciable entidad mediante simple inactividad administrativa. El empresario interesado está ausente como motor del procedimiento. Esto dificulta la ejecución incluso en los supuestos en los que los órganos administrativos se decidan a instruir éste activamente. El titular de la instalación no sólo no tiene interés alguno en fomentar la ejecución mediante prestaciones cooperativas propias, sino que, al contrario, normalmente procurará evitar en lo posible aquellas cooperaciones que puedan facilitar y acelerar la ejecución.

En la praxis administrativa ocurre que la Administración procura evitar esta dificultad cargando los procedimientos cuya incoación depende de iniciativa de parte con cuestiones que, en realidad, deberían ser resueltas realmente en procedimientos incoados de oficio.

Ejemplo: una empresa existente proyecta construir una instalación precisada de autorización conforme a la Ley federal de protección frente a las inmisiones. En el marco del procedimiento de autorización correspondiente y conforme al parágrafo 10, apartado 5, de la referida Ley, debe hacerse intervenir también al órgano competente en materia de aguas, en la medida en que el proyecto afecte a sus competencias. Entonces, ese órgano competente en materia de aguas aprovecha la ocasión que le brinda su intervención para intentar introducir en el procedimiento de autorización *todas* las exigencias que para la empresa se deriven del Derecho de aguas, demandando para ello del órgano competente para la autorización la asunción en la resolución sobre esta última de las correspondientes condiciones o cargas. La ventaja para el órgano competente en materia de aguas, caso de que el órgano competente para la autorización conforme a la Ley de protección frente a inmisiones acepte colaborar, es evidente: informaciones y documentos sobre el sistema de evacuación de aguas residuales, sobre el contenido de depósitos existentes, etc., que, en otro caso, sólo podrían haberse obtenido con esfuerzo mediante el empleo de instrumentos de intervención, resultan suministrados ahora voluntariamente en interés del desarrollo del procedimiento, y la responsabilidad jurídica por las exigencias hechas valer por el órgano competente en materia de aguas (así como su ulterior ejecución) es transferida con éxito al órgano que incorpora tales exigencias a su resolución autorizatoria en materia de protección frente a inmisiones. Tal procedimiento no es, sin embargo, conforme a Derecho, pues el Derecho de protección frente a inmisiones no proporciona cobertura para la sobrecarga de la autorización otorgada en su aplicación con condiciones referidas a cuestiones sin relación directa con el objeto de la solicitud de autorización. El intento del órgano competente en materia de aguas de escapar de las dificultades de la ejecución independiente de cualquier iniciativa de parte mediante la introducción de las cuestiones correspondientes en procedimientos ajenos, cuya incoación depende de iniciativa de parte, tampoco tendrá normalmente ningún éxito. Con entera independencia de que se le considere o no representativo³¹, el ejemplo suscita la cuestión acerca de cuáles sean los espacios libres que deja el Derecho vigente para el cumplimiento reforzado de tareas de ejecución en el contexto de procedimientos dependientes de la iniciativa de parte, así

³¹ Véase, en relación con la pretensión de la Administración de facilitar la ejecución independiente de iniciativa de parte mediante conexión con procedimientos dependientes de dicha iniciativa, también el procedimiento de acuerdo de saneamiento conforme al «principio de trueque», que BOHNE, *Rechtsstaat, op. cit.*, nota núm. 14, pp. 72 y ss., expone como generalizado: el órgano administrativo conecta su disposición a otorgar la autorización solicitada, por ejemplo, para una segunda instalación con la exigencia de que las instalaciones ya existentes sean saneadas.

como de si tendría sentido ampliar aún más de *lege ferenda* tales eventuales posibilidades.

Las dificultades de la ejecución independiente de iniciativa de parte comienza con el hecho de que la Administración, cuando el supuesto que requiere la ejecución no le es planteado en forma de una solicitud, ha de procurarse por de pronto conocimiento de los supuestos respecto de los que exista una demanda de ejecución ambiental. En modo alguno existe en todos los órganos administrativos la dotación de personal que podría posibilitar una investigación sistemática de la demanda de ejecución existente³².

El celo administrativo investigador existente resulta frenado también por el hecho de entenderse poco oportuna la acumulación de conocimientos sobre deficiencias existentes en empresas, cuando tales deficiencias no pueden ser corregidas al mismo ritmo requerido por la ejecución. El surgimiento en cualquier lado de un verdadero escándalo medioambiental es, en cualquier caso, embarazoso para la Administración competente, pero siempre será mejor para ella no haber sabido nada de ello que haber sabido y no haber hecho nada. Por lo demás, ocurre lamentablemente que también los titulares de órganos y funciones de la Administración ambiental son sólo personas, lo que significa, por tanto, seres que tienden por lo general a considerar suficiente la cantidad de trabajo ya de por sí existente. Por ello, salvo que las fuerce una presión exterior, no se realizan sin más y, en todo caso, no sin más con la necesaria consecuencia, reflexiones acerca de cómo podría recomponerse el despacho del cúmulo de por sí existente de solicitudes de autorización, procedimientos de toma de posición, elaboración de reclamaciones de ciudadanos y análogos para crear espacios libres para una ejecución sistemática independiente de la iniciativa de parte. En todo caso, una presión de tal tipo podría ser ejercida en parte fácilmente mediante disposiciones legales. Por lo que hace al campo del Derecho de aguas cabría pensar aquí, por ejemplo, en la previsión legal de una obligación de la Administración de llevanza de catastros de aguas residuales y catastros de la operación empresarial con sustancias peligrosas para la pureza del agua³³. Con ello se impondría a la Administración la determinación sistemática de la demanda de ejecución

³² Véanse los datos establecidos, entre otros, por MAYNTZ (*op. cit.*, nota núm. 4, pp. 38 y 60), según los cuales la actividad de inspección independiente de procedimientos administrativos en curso sólo representa un 17 por 100 (órganos de protección frente a inmisiones) y un 20 por 100 (órganos de protección de las aguas) de la programación del tiempo. Según mi experiencia, estas cifras son aún muy altas para el campo de la inspección de la industria en materia de protección de las aguas; campo en el que las tareas de despacho de las solicitudes de autorización sólo limitadamente pueden ser rutinizadas y consumen, por ello, mucho tiempo.

³³ Véanse, por ejemplo, las correspondientes regulaciones en los párrafos 29 y 31 de la Ley sobre residuos del Land de Renania del Norte-Westfalia de 21 de junio de 1988, GVBl. p. 250, relativas a residuos en el ámbito de cargas antiguas (Altlasten).

y también se establecería no sólo una cierta presión para la acción, sino una compulsión interna llena de sentido para la fijación de prioridades en sustitución del simple trabajo según vaya éste surgiendo.

Hasta aquí los déficit de la ejecución administrativa independiente de la iniciativa de parte, que descansan no en una cooperación problemática con empresas poco proclives a la ejecución, sino en insuficiente conocimiento administrativo de la demanda de ejecución.

2. FORMAS DE LA EJECUCIÓN INDEPENDIENTE DE LA INICIATIVA DE PARTE

Supongamos que, sea por investigación sistemática, sea de una forma más casual, el órgano administrativo competente ha tenido conocimiento de una concreta situación deficiente y contraria a Derecho, por ejemplo, la consistente en que una determinada empresa explota, sin autorización, una instalación de tratamiento de aguas residuales. El órgano administrativo puede reaccionar frente a dicha situación de formas distintas y, con tal motivo, implicarse en mayor o menor medida en una cooperación con la correspondiente empresa.

La primera posibilidad —que representa el proceder más incisivo— consistiría en que el órgano administrativo, apoyado en los instrumentos de policía o intervención a su disposición en tanto que órgano administrativo de policía especial, ordene mediante acto administrativo el cese de la producción en la medida en que ésta dependa de la utilización de la instalación de tratamiento de aguas residuales³⁴. Teóricamente, la cooperación entre el órgano administrativo y la empresa puede limitarse al desarrollo del trámite de audiencia previsto en las Leyes de procedimiento administrativo. Aquí no se va a analizar la cuestión relativa a las condiciones en las que una orden de este tipo resulta materialmente compatible con el principio de proporcionalidad. Pues en la práctica sólo se recurrirá abruptamente a armas tan pesadas en casos extremos, toda vez que no se requiere de ningún dilatado suministro cooperativo de información para que sea reconocible para el órgano administrativo el significado de tal medida para la empresa afectada.

La segunda posibilidad consiste en que el órgano administrativo competente, apoyado de nuevo en instrumentos de policía o intervención, requiera mediante acto administrativo a la empresa la legalización, en plazo determinado, de la situación contraria a Derecho; lo que significa en el caso del funcionamiento no autorizado de una ins-

³⁴ A este respecto, el Derecho de aguas, al contrario que, por ejemplo, el Derecho de protección frente a inmisiones (parágrafo 20 de la Ley federal de protección frente a inmisiones), no contiene disposiciones especiales, de suerte que aquí debe recurrirse a facultades de intervención generales.

talación de tratamiento de aguas residuales: presentación, hasta una determinada fecha, de documentación técnica susceptible de examen y referida a una instalación apta para ser autorizada. El requerimiento administrativo puede ser reforzado con la amenaza de perjuicios para el caso de incumplimiento (multas, multas coercitivas, prohibición de la ulterior explotación). En vez de la orden de un determinado comportamiento, practicada mediante acto administrativo, cabe también, conforme a los parágrafos 54 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, la fijación mediante contrato jurídico-público de las correspondientes obligaciones de hacer.

En tercer lugar, existe la posibilidad de arreglar la cuestión por la vía de las negociaciones informales: la empresa asegura el cumplimiento de las exigencias medioambientales sin mayor precisión temporal o con determinación exacta de plazo y la Administración promete, en contrapartida y de forma más o menos expresa, tolerar provisionalmente la situación contraria a Derecho.

En cuarto lugar, finalmente, es imaginable que el órgano administrativo se decida a tolerar la situación contraria a Derecho sin haber negociado siquiera la promesa informal de algunas mejoras futuras. En tal caso, puede ser que el intento de conseguir los correspondientes compromisos o fracasó o ni siquiera llegó a hacerse. Por tanto, la cuarta vía puede ser el resultado de una cooperación entre Administración y empresa de desarrollo muy favorable para ésta, pero tener lugar también sin que haya precedido cooperación alguna entre Administración y empresa.

3. LÍMITES JURÍDICOS DE LA COOPERACIÓN EN LA EJECUCIÓN INDEPENDIENTE DE LA INICIATIVA DE PARTE

No es un secreto que, en la práctica y lamentablemente, se opta también, una y otra vez, por la cuarta vía. Aquí es necesario, ante todo, determinar claramente los límites de la legalidad de esta opción. Las leyes vigentes y, en el marco del alcance de su respectiva eficacia vinculante, las regulaciones de desarrollo de las mismas, contienen, por principio, en la medida en que requieran una actuación administrativa aplicativa, la correspondiente encomienda de ejecución a los órganos administrativos competentes. Así sucede no sólo, pero sí de forma especialmente evidente, en los casos en los que las regulaciones legales —cual sucede desde luego en el Derecho ambiental— se dictan en cumplimiento de una obligación constitucional de protección de las bases naturales de la vida, la salud y la propiedad de los ciudadanos. Por ello, la ejecución o no de los requerimientos medioambientales no está principalmente en la disposición de la Administración.

Tampoco el denominado principio de oportunidad, esgrimido una y otra vez para justificar la renuncia administrativa a la ejecución, proporciona aquí libertad de elección alguna³⁵. El principio de oportunidad tiene por objeto, en primer término, permitir una fijación de prioridades acorde con el fin de las regulaciones legales para el caso de que la demanda de ejecución exceda de su capacidad de ejecución³⁶. Desde este punto de vista, es posible que pueda justificarse, en cierta medida, la tolerancia de situaciones contrarias a Derecho por la Administración ambiental crónicamente sobrecargada de trabajo. Pero en la realidad es usual que la Administración ambiental no tolere dichas situaciones contrarias a Derecho por razón de carencia en el caso concreto de capacidad de ejecución, sino sobre la base de una ponderación entre exigencias medioambientales y económicas: se trata de no poner en peligro la capacidad de subsistencia y la decisión de localización de la empresa y, con ello, puestos de trabajo e ingresos por impuestos a la actividad económica³⁷. Pero precisamente esa ponderación entre economía y ecología —así debe reconocerse con toda energía— no está ya en la disposición administrativa en el plano de la ejecución medioambiental. Pues ha sido decidida previamente por el legislador o, en su caso, las instancias reguladoras derivadas de él, las cuales habrían de ponderar y ponderaron recíprocamente justamente tales exigencias a la hora de la fijación de los estándares medioambientales a respetar. No existe ya espacio alguno para una reproducción de dicha ponderación por la Administración, que en el escalón de la aplicación de las normas otorga a los puntos de vista económicos una primacía que conscientemente no les fue reconocida en el escalón de la normación. La tolerancia motivada económicamente, con renuncia definitiva a la imposición de requerimientos medioambientales es, en otras palabras, contraria a Derecho y no resulta tampoco legitimada por el principio de oportunidad.

Por las mismas razones, tampoco criterios de la proporcionalidad, que se aducen frecuentemente en este contexto³⁸, pueden justificar, ni demandar una renuncia, motivada en razones económicas, a la ejecución de claros requerimientos medioambientales³⁹. La derogación de estándares medioambientales dados a través de la renuncia a la ejecución, caso a caso y motivada económicamente, no sería compatible ni con el principio de la igualdad de trato, ni con la neutralidad

³⁵ En principio esto es pacífico: véase, por muchos, GOETZ, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 9.ª ed., 1988, número marginal 267.

³⁶ Véase HERMES/WIELAND, *Die staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens*, 1988, p. 37.

³⁷ Véase MAYNTZ, *op. cit.* (nota núm. 4), pp. 559 y ss., 776 y ss.

³⁸ Cfr. RANDELZHOFFER/WILKE, *op. cit.* (nota núm. 9), pp. 80 y ss., y *passim*.

³⁹ En este sentido, también BOHNE, *op. cit.* (nota núm. 8), pp. 118 y ss.; HERMES/WIELAND, *op. cit.* (nota núm. 21), p. 49.

respecto de la libre competencia (por lo demás, exigida con gusto precisamente en la ejecución medioambiental); todo ello, con independencia de que contradice la pretensión de eficacia de las normas medioambientales ⁴⁰.

Desde luego que la valoración jurídica puede ser distinta en la medida en que la desatención de la pretensión de efectividad del Derecho ambiental se produzca principalmente no en favor de intereses económicos, sino por la procedencia de la aceptación de una situación irregular de forma transitoria hasta la conclusión de las necesarias medidas de saneamiento. La consideración de la motivación económica en la fijación de plazos de legalización podría quedar cubierta en este caso, dentro de ciertos límites (cuya determinación exacta no es posible sin algún elemento de arbitrariedad), por el principio de proporcionalidad, puesto que los resultados de la ponderación efectuada en sede normativa no son cuestionados, ni transformados en su contrario ⁴¹.

Precisamente porque el espacio de juego que para la consideración ponderativa y, con ello, también para la negociación cooperativa deja aquí el principio de oportunidad es, en la forma descrita, pequeño, debe exigirse jurídicamente que tal espacio de juego se utilice por principio sólo de una manera jurídicamente controlable y aseguradora frente a excesos ⁴². La posibilidad de ruptura, en todo tiempo, del consenso de las negociaciones informales de saneamiento, es decir, la tercera de las vías que acaban de exponerse, no responde a estas exigencias. Sólo la fijación formal de concretos requerimientos y plazos de saneamiento por acto administrativo o contrato jurídico-público es apta para impedir que una disposición administrativa a la tolerancia, existente y admisible jurídicamente, acabe desbordando involuntariamente, a pesar de todo, los límites del principio de oportunidad. Esto significa concretamente que, en principio, la Administración ambiental, en la ejecución independiente de la iniciativa de parte, depende y está limitada a los instrumentos del Derecho de policía o intervención y, en su caso, del contrato de subordinación, es decir, a las dos primeras de las más arriba enumeradas posibilidades de actuación, para el tratamiento de las situaciones conforme a Derecho.

Es conocido que, frente a ello, la Administración ambiental prefiere una ejecución cooperativa, en el sentido de la no aplicación en ab-

⁴⁰ En relación con la radicación en los derechos fundamentales de la exigencia mencionada en el texto, véase LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, 1988, pp. 293 y ss.

⁴¹ Véase también BULLING, *op. cit.* (nota núm. 1), pp. 282 y ss. Cfr., por contra y en cuanto a dudas sobre la admisibilidad de la fijación de plazos de este tipo y, en su caso, de la tolerancia provisional vinculada a ésta, MAYNTZ, *op. cit.* (nota núm. 4), p. 37.

⁴² Cfr. en este contexto y sobre el problema de la insuficiente controlabilidad de la actuación administrativa informal, BOHNE, *op. cit.* (nota núm. 12), pp. 232 y ss.

soluto, en la medida de lo posible, de instrumentos de policía o intervención para la ejecución de exigencias de saneamiento (o también de requerimientos de legalización puramente formales). Para justificar tal preferencia se aducen, incluso por parte de la propia Administración, dos razones: en primer lugar, se trata de procurar evitar el esfuerzo que, con sus conflictos y formalidades, exige la ejecución imperativa⁴³, y, en segundo lugar, esta ejecución perturba la en todo caso deseada relación cooperativa con las empresas⁴⁴.

La primera de las expuestas razones merece, a mi juicio y sin rodeos, la calificación de afirmación defensiva que, posiblemente con toda buena fe, se antepone a los verdaderos problemas y motivos. En realidad, nada es más costoso que la ejecución «puramente cooperativa». Conforme a su carácter libre de toda intervención, la ejecución acordada adopta siempre los rasgos de una verdadera Administración prestacional. En sustitución de los trámites procedimentales «requerimiento de saneamiento/proyecto de saneamiento por el titular de la instalación/aceptación autorizatoria o aprobatoria en cualquier otra forma del proyecto por parte de la Administración», tiene lugar, en el caso más favorable, el proyecto acordado de las instalaciones necesarias con empleo de un considerable esfuerzo cooperativo por parte del órgano competente, y, en el caso más desfavorable, el interminable póquer negociador, que luego no acaba conduciendo a pesar de todo a resultado alguno. También en el caso del desarrollo más favorable, las repetidas negociaciones, los emplazamientos en el lugar, etc., cuestan, sobre todo por el generoso aprovechamiento en la ejecución cooperativa por parte de las empresas de las ayudas administrativas a la elaboración del proyecto⁴⁵, más tiempo que el que pueda llegar nunca a emplearse en un tratamiento procedimentalizado de la cuestión, la elaboración de resoluciones de policía o intervención, resoluciones de recursos o tomas de posición en el proceso judicial. Sin embargo, el tipo de trabajo y la clase de riesgos que deben ser asumidos son, en la ejecución acordada, distintos a los de la propia del Derecho de policía o intervención y esto explica, mejor que cualesquiera otros motivos, la razón por la que se prefiere la forma acordada de ejecución: ¿Quién prefiere la preparación de resoluciones administrativas en la mesa de trabajo a sentarse a la mesa de negociación con los señores de la industria? ¿Quién prefiere ser, en las empresas a controlar, inspector indeseado, al que a ser posible se hace esperar en la puerta, a

⁴³ Sobre medios de coacción y sanciones administrativas, véase MAYNTZ, *op. cit.* (nota núm. 42), pp. 780 y ss.

⁴⁴ Cfr. MAYNTZ, *op. cit.* (nota núm. 4), p. 756. La investigación citada no ha perdido actualidad por lo que respecta a las fundamentaciones usuales en la práctica de la preferencia de comportamientos informales.

⁴⁵ Véase apartado II, b), b').

huésped tratado amablemente? ¿Quién no evita de buena gana la redacción de escritos oficiales, en la que cabe incurrir en y probarse la comisión de errores, si existe la posibilidad de conseguir algo sin necesidad de dejar huellas tan peligrosas? Es posible que aquí juegue también un papel el hecho de que, para los funcionarios o los empleados del servicio público, las condiciones de trabajo y los sistemas de promoción aconsejan más una estrategia de evitación de faltas que una estrategia de persecución de altas prestaciones plagadas de riesgos. A ello se añade el dato de la frecuente actuación en la ejecución medioambiental, y no sólo en el escalón profesional, de personas de formación técnica, a las que, incluso por razón de su cualificación profesional, es más cercano el asesoramiento *in situ* propio de la ingeniería que el más bien burocrático de las formas de la ejecución medioambiental.

Los puntos aquí tratados están estrechamente vinculados con la segunda justificación oficial para la predisposición a una ejecución puramente cooperativa e informal-acordada: la suposición de que el empleo de instrumentos de policía o intervención perturba la relación cooperativa entre Administración y empresas. En la medida en que por tal relación cooperativa se entienda aquí *exclusivamente* la relación cooperativa propia de la ejecución informal y acordada, dicha fundamentación tiene un contenido puramente tautológico. La ejecución imperativa aparta, desde luego, del camino de la cooperación puramente formal. La pérdida en disposición a la cooperación y de colaboración por parte de las empresas en cada caso afectadas que de ello resulta debería poder ser asumida, en la medida en que la demanda de cooperación disminuye precisamente como consecuencia de la aplicación de instrumentos de intervención.

No por ello es menos indiscutible que la Administración debe estar interesada en la más amplia disposición a la cooperación por parte de las empresas. Para la eficacia con la que puedan imponerse los requerimientos jurídicos medioambientales no es indiferente, por supuesto, si las necesarias prestaciones de cooperación por parte de la empresa afectada —autorización de acceso, suministro de informaciones, facilitación de documentación— deben o no obtenerse cada vez con medios de policía o intervención. Pero no existe motivo para que la Administración, con, por así decir, precipitada resignación, espere que las empresas reaccionen frente al empleo de instrumentos imperativos con el cese de toda cooperación. En general y, por tanto, también en la relación con las empresas, debería ser posible crear claridad sobre el grado de cooperación esperable y jurídicamente admisible. Lo preceptivo es la cooperación *en* la ejecución imperativa, no así la cooperación *en vez de* dicha ejecución. El Derecho medioambiental no conoce un principio de cooperación que exija de la Administración la re-

nuncia a los instrumentos de policía o intervención, siempre que por parte de los afectados se insinúe una disposición cualquiera a soluciones cooperativo-informales. Antes bien, la pretensión de eficacia del Derecho medioambiental excluye un principio de cooperación entendido en tales términos.

Es cuestión de la Administración impedir que esta clara situación jurídica sea defraudada por una moral definida por las empresas, que sólo admite la ejecución cooperativa acordada como verdadera relación entre Estado y economía y rechaza, por contra, el empleo de instrumentos imperativos en tanto que «prusianos», «autoritarios» e inadecuados a la dignidad del destinatario.