

CASADO CASADO, Lucía, FUENTES I GASÓ, Josep Ramon, JARIA I MANZANO, Jordi, PALLARÈS SERRANO, Anna, *La externalización de las funciones de control e inspección en materia de protección del medio ambiente*, Atelier, Barcelona 2010, 197 pp.

El libro objeto de recensión, que lleva por título “La externalización de las funciones de control e inspección en materia de protección del medio ambiente”, aborda un tema de la más absoluta actualidad, al referirse al uso por parte de la Administración de terceros, para la realización de determinadas funciones que, tradicionalmente, se realizaba en el seno de la misma, por sus funcionarios; en concreto se refiere a las labores de control e inspección ejercidas por particulares -las denominadas entidades colaboradoras de la Administración (ECA’s)- con el fin de garantizar una mayor eficacia en el cumplimiento por parte de los actores económicos del Derecho ambiental. La causa de este fenómeno no es otra, como se anuncia en la presentación, que un cambio en las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos, que no sólo afecta al ámbito del medio ambiente, sino que es conveniente dejar constancia en esta nota crítica que también afecta y se extiende al momento actual de incertidumbre y de metamorfosis en el que se encuentra el Derecho Administrativo, sobre el que se propugna, de acuerdo con la doctrina alemana, la función de dirección de la Administración¹, de tal manera que ésta se compromete con el fin último de la satisfacción del interés general, pero en tanto no posee los medios ni estructuras adecuadas para ello, debe, en ocasiones, valerse de otros agentes.

La obra se estructura en cinco partes de las que sintéticamente vamos a dar noticia. Así, el capítulo I explica el *Fundamento de la externalización de las funciones públicas de control e inspección de protección del medio ambiente* con una vinculación clara del mismo y el principio democrático que recoge nuestra Constitución en los arts.1.1 y 9.2 y que exige la participación y colaboración entre las esferas de lo público y de lo privado, de manera que como señalan los autores se pasa de la colaboración del ciudadano en la toma de decisiones, a una implicación que alcanza también la

¹ Schmidt-Assmann, E. *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons-INAP, Madrid, 2003.

implementación de esas decisiones, como es la intervención de las entidades colaboradoras en la protección del medio ambiente, siempre teniendo en cuenta, y ello es imperativo, los límites derivados propiamente del Estado de Derecho y por tanto de la vinculación a la ley de los colaboradores privados, no obstante debe resaltarse el carácter eminentemente técnico y asistencial de las tareas desempeñadas por las ECA's, que no por ello debe descuidar la necesidad de control de sus actuaciones con el fin de garantizar que ellas, en la tarea de coadyuvación con la Administración, satisfacen también de acuerdo con sus principios, eficacia y objetividad, los intereses generales, en este caso la protección del medio ambiente, que, en definitiva, de acuerdo con el art.45 CE, corresponde a los poderes públicos (apartado segundo), pero se instaura también como un deber de todos (apartado primero) .

Sobre *La evolución histórica de las entidades colaboradoras en materia de protección del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español* trata el capítulo segundo. En él se advierte que el fenómeno de las ECA's no es tan reciente como pudiera parecer. En efecto, la primera normativa de ámbito estatal fue el Real Decreto 735/1979, de 20 de febrero, en el que se establecen las normas generales que deben cumplir las entidades colaboradoras, desarrollado por el Real Decreto 2584/1981, de 18 de septiembre. A estas normas le siguieron otras que fueron actualizando el régimen de estas entidades, sobre éstas debe destacarse que el ámbito inicial para el cual fue pensado su funcionamiento era el del sector industrial, ello acorde con las circunstancias sociales y económicas de España en aquellos momentos, pues si bien es cierto que la Constitución recogía en el artículo 45 desde el año 1978, la protección del medio ambiente como uno de sus valores, también es verdad que las preocupaciones ambientales no han sido en nuestro país objeto de interés hasta un tiempo relativamente reciente, y ello, sobre todo, desde que España forma parte de la Unión Europea, en el año 1986, ya que la condición de estado miembro exige el cumplimiento de una serie de obligaciones, de entre las que la Unión incluye las de tipo medio ambiental. El primer sector en el que aparecen las ECA's en el campo de la protección del medio ambiente es en el sector hidráulico, mediante la regulación por la Orden de 16 de julio de 1987, de las funciones de las empresas colaboradoras de los Organismos de Cuenca en materia de control de vertidos de aguas residuales, aprobada en desarrollo de las previsiones del art.253 del

Reglamento del Dominio Público Hidráulico², hoy sustituida por la Orden MAM/985/2006, de 23 de marzo, destacando en todo caso el carácter asistencial de las entidades colaboradoras³.

A nivel autonómico son tres las Comunidades Autónomas que poseen una regulación relevante sobre las ECA's, destacando el caso de Murcia. No obstante, otras tres Comunidades han regulado también esta figura se tratan de Andalucía, Cataluña y, más recientemente, la Comunidad Valenciana. En definitiva, la regulación e inclusión de estas entidades en el ámbito autonómico responde a la necesidad de suplir la carencia de medios humanos y técnicos de la Administración competente en materia de protección del medio ambiente, fundamentada su existencia en el principio de eficacia.

El *Régimen jurídico de las entidades colaboradoras* es objeto de estudio en los capítulos tercero y cuarto, dedicándose cada uno de ellos, respectivamente, al ámbito estatal y autonómico. El capítulo tercero, sobre la normativa estatal, comienza con unas reflexiones sobre las entidades colaboradoras en el ámbito industrial, que se justifica por ser éste el sector en el que nacen originariamente estas entidades y que presenta una relación evidente con la protección del medio ambiente, en tanto, como señala la propia Ley 21/1992, de Industria, una de las finalidades de la ordenación del sector industrial es la de contribuir en la protección del medio ambiente. Seguidamente estas entidades se expanden al ámbito medioambiental en diversos sectores: contaminación atmosférica, control de vertidos de aguas residuales y en materia de residuos. Debemos mencionar brevemente el régimen jurídico instaurado en el ámbito de la calidad y seguridad industrial, para así poder compararlo con el sistema vigente en el ámbito propio del medio ambiente. La primera nota que merece ser destacada es la relativa al grado de desarrollo de las entidades colaboradoras en este ámbito, con elevado perfeccionismo en cuanto al control efectivo que la Administración pública realiza de las actividades desempeñadas por agentes privados, y ello, en aras a que esa participación privada, necesaria, goce de las máximas garantías públicas. En efecto, explican los autores como a pesar de que se introduce una doble externalización de

² Real Decreto 849/1986, de 11 de abril.

³ Sobre este tema, OLLER RUBERT, M., *Saneamiento de aguas residuales y reforma del Derecho administrativo*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 302-305.

funciones, a dos niveles, de un lado en relación con las entidades acreditadas para otorgar la acreditación necesaria a los órganos de control, que son de carácter privado, y de otro, del lado de los órganos que realizan el efectivo control, también de naturaleza privada, la Administración no pierde el control sobre sus actuaciones, pues se establecen mecanismos eficientes que permiten a la misma intervenir para comprobar que las funciones externalizadas se ejercen de manera satisfactoria. El modelo desarrollado aunque en esencia se mantiene para el sector ambiental, presenta alguna divergencia, que es necesario comentar. Así, la participación de las ECA's se articula, de manera mayoritaria, sobre la base de una necesaria autorización por parte de la Administración pública –caso de la Administración que controla la contaminación atmosférica y de la Administración hidráulica-, de manera que el sistema es más simple que en el caso de la industria, si bien para el caso del régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero –también más reciente en cuanto a su aparición, por Ley 1/2005- se prevé la posibilidad de que la entidad acreditadora, de los verificadores –que también son privados-, sea privada (art.4 RD 1315/2005).

En relación con el régimen jurídico en la normativa autonómica, el capítulo cuarto comienza señalando las diferentes posiciones adoptadas por las Comunidades Autónomas en referencia a la intervención de entidades colaboradoras en ejercicio de funciones de control e inspección en materia de protección del medio ambiente, y se abunda en el régimen de las Comunidades Autónomas anteriormente citadas. Como primera nota a destacar, tanto la comunidad andaluza, como la valenciana y la murciana cuentan ya con un regulación general, frente a la caso de Cataluña en la materia. Por lo que respecta a Andalucía el régimen se basa en una acreditación previa, y en la necesaria autorización a obtener y que otorga la Administración. El aspecto más discutido es la inclusión entre las funciones de las ECA's de la tarea de inspección. En cuanto al tema de las reclamaciones se articula la posibilidad de reclamar previamente ante la entidad colaboradora y posteriormente ante la Administración, si bien se guarda silencio sobre la posibilidad de acudir al contencioso-administrativo.

Cataluña carece, como se ha señalado, de un régimen común de las ECA's de manera que los autores han desarrollado en el libro esta figura en los diversos ámbitos sectoriales. El primero de ellos, es el de la contaminación integrada en el que las ECA's

actúan bajo el sistema de acreditación (Ley 3/1998, de 27 de febrero –derogada por la Ley 20/2009, como se comenta más adelante- y Decreto 170/1999). Entre las tareas asignadas a las entidades debe diferenciarse entre las de control y aquellas de inspección, pues como ha sido comentado la trascendencia de cada una de ellas es diferente, sobre todo en el caso de la segunda que implica el ejercicio de una función material pública y que supone, como establecía la Ley 3/1998, un sistema de control diferente. En este caso el gran interrogante afecta al sistema de responsabilidad, pues nada se establece en la normativa, únicamente se exime a la Administración de la producción de daños por la entidad colaboradora. De la misma manera se incluyen las entidades colaboradoras en el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (Decreto 397/2006) que se denominan “verificador acreditado” y que actúan bajo régimen de acreditación. Otros subsectores en los que intervienen las entidades colaboradoras y que demuestran el amplio espectro de actuación de las mismas son el de la contaminación acústica, la contaminación lumínica, vertidos al sistema público de saneamiento y en materia de residuos, así como en el ámbito de la contaminación atmosférica. Destaca en todo caso, en una línea avanzada adoptada por Cataluña, la atribución, previa acreditación, a las entidades colaboradoras de funciones de inspección y de control, en el caso de la contaminación acústica y lumínica si bien el desarrollo normativo está todavía por realizar. Finalmente creemos conveniente comentar la entrada en vigor en agosto de 2010 de la Ley 20/2009, de 4 de diciembre de prevención y control ambiental de las actividades que ha supuesto la derogación de la Ley 3/1998. En relación con las entidades colaboradoras la Disposición transitoria tercera establece un régimen jurídico transitorio que mantiene la aplicación del Decreto 170/1999, de 29 de junio en tanto no se apruebe una regulación general de las entidades colaboradoras de la Administración que establece la Ley.

En el caso murciano se advierte de la entrada en vigor de la Ley 4/2009, de 14 de mayo que deroga la Ley 1/1995, de 8 de marzo y de donde surge la figura de las entidades colaboradoras en materia ambiental. La nueva norma dedica escasos artículos a las ahora denominadas “entidades de control ambiental”, cuyo desarrollo reglamentario se regirá por el Decreto 27/1998 en todo lo que no se oponga a la dicha norma. Dado que la normativa en vigor es la Ley de 2009 creemos necesario comentar las cuestiones más

relevantes sobre las mismas. Así, de manera continuista con la norma de 1998 el requisito necesario para realizar la asistencia en materia de medio ambiente es estar “debidamente inscritas conforme a la normativa aplicable”. En cuanto a las funciones a desempeñar básicamente son de asistencia a los titulares de las actividades e instalaciones en el cumplimiento de sus obligaciones de control y vigilancia y la prestación de servicios específicos a la Consejería, en aquellos ámbitos que no impliquen ejercicio de la autoridad. Asimismo, se prevé como método de control la capacidad de verificación que posee la Consejería competente sobre las funciones realizadas y la de conocer los casos de desacuerdo entre el particular y la ECA.

El modelo valenciano se contiene en el Decreto 229/2004, que permite que sean ECA's tanto personas privadas como públicas, acotando sus funciones a las de vigilancia, seguimiento, control medición e informe. La condición de entidad colaboradora se adquiere, en el caso valenciano, de la concurrencia de tres requisitos: condiciones de tipo técnico que deben estar acreditadas por el órgano competente, inscripción en el Registro de Entidades Colaboradoras y la constitución de determinadas garantías. Sobre el tema de control debe destacarse algunas divergencias con los modelos anteriores, pues de manera clara el reglamento establece que el responsable y controlador último de la actuación de estos entes es la Administración pública.

El último capítulo aborda *La problemática planteada por el ejercicio de funciones de control e inspección en materia de protección del medio ambiente por entidades colaboradoras*. Se reflexiona en estas páginas finales sobre aspectos muy interesantes a tener en cuenta en el desarrollo de la normativa ya existente y en la aparición de futuras regulaciones. Entre ellos: la fijación de requisitos y garantías a cumplir por las mismas en tanto las entidades colaboradoras van a ser las encargadas de ejercer funciones hasta ahora desempeñadas por la Administración; en segundo lugar, sobre el alcance y trascendencia de su función ya que puede considerarse como una actividad de complemento a la de la Administración o como sustitutoria de ésta. También es relevante la determinación de si se hace uso de una concesión o de una autorización en la cesión de funciones públicas a las entidades colaboradoras. En este punto debe partirse, a nuestro parecer, de la consideración sobre la naturaleza de las actividades realizadas por las ECA'S, ya que de ello pueden sustentarse posiciones a favor del uso

de la autorización o de la concesión. Parece ser que la posición mayoritaria está a favor de la concesión, pues este instrumento permite un mayor control de la actividad ejercida por parte el concesionario. Ello supone, además, dar la notoriedad que se exige a las tareas desempeñadas por las ECA's, ya que la concesión refuerza la sujeción de éste a la Administración. En todo caso, no existe una línea clara y por eso, la doctrina denuncia la falta de una categoría jurídica apropiada que permita explicar este traslado de funciones, si bien en el tratamiento del régimen catalán se hace referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de octubre de 1997 en la que se niega la concesión como instrumento adecuado, y donde se alude al carácter "quasi contractual" en el caso de colaboración de empresas privadas con el poder público. Por supuesto en relación con el control no es baladí el tratamiento de su régimen jurídico, esto es de la naturaleza de los actos emitidos, si son o no administrativos, o del valor probatorio de la actuación de las ECA's, sobre las que en cualquier caso se concluye presentan hechos objetivos, sobre los que se admite prueba en contrario. En el tema de su posición en relación con los terceros, debe aludirse a las carencias de su regulación, de manera que es del estudio de la jurisprudencia de donde se extrae la exención de responsabilidad de los particulares que superen la actividad de control de la entidad colaboradora, reclamándose por los autores la necesidad de establecer un sistema de recursos, en el que la Administración apareciera como controladora de la actuación de estas entidades privadas, y en el que finalmente se abriera la vía del acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. De gran interés son las alusiones que, en el tratamiento de la labor de control y vigilancia que realiza la Administración sobre las entidades colaboradoras, se realiza a la función de garante de la Administración. Se trata ésta de un influencia clara de la doctrina alemana en la que se habla de una Administración garante, que implica a pesar de la entrada de particulares en el ámbito de lo público, la necesidad inexcusable de que la Administración vele por la satisfacción del interés general, aún cuando éste esté encomendado a particulares. Retomando el tema de la responsabilidad de las entidades colaboradoras y de las administraciones públicas, aunque debe partirse de la responsabilidad inicial de la ECA, nos adscribimos a la posición mantenida por S. González-Varas en el que reclama es halo público en la privatización de la función de verificación, que se corresponde con las teorías acerca de la Administración garante a la que hemos hecho referencia anteriormente, lo que

conlleva sucintamente a la cuestión de si la actuación de estas entidades privadas vincula o no a la Administración.

En definitiva la obra nos muestra de manera clara y estructurada el panorama actual a nivel estatal y autonómico sobre esta, cada vez mayor, introducción de personas privadas en el desempeño de tareas públicas. Queda claro que el ámbito del medio ambiente es un campo propenso a esta práctica por la trascendencia que tiene una actividad correcta de control y por ser un campo en el que se exige un alto nivel de conocimientos técnicos de los que la Administración carece, a la par que de medios materiales y personales. La técnica es positiva en tanto suponga una mayor eficacia en la satisfacción del interés general, pero ello exige, y así queda manifestado en estas páginas, un desarrollo normativo más minucioso, que aporte seguridad jurídica y en el que se traten temas tan relevantes para los terceros y para la Administración, como son los aspectos analizados en el último capítulo. Sobre estas cuestiones es necesario ampliar el estudio, pues son las que efectivamente suponen el aspecto sustantivo de la figura de las ECA's y de las que dependen, en nuestra opinión, el éxito de su implantación y la efectividad de su actuación.

Marta Oller Rubert

Profesora Ayudante Doctora

Universitat Jaume I