

LA ADAPTACION DE LAS LICENCIAS A LA MEJOR TECNOLOGIA DISPONIBLE

Por
JOSÉ ESTEVE PARDO

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LAS LÍNEAS DE EVOLUCIÓN: 1. *La apertura permanente al progreso tecnológico. ¿De la condición al modo? 2. Del conocimiento medio de la Administración al conocimiento experto sobre nuevas tecnologías.*—III. LA CLÁUSULA TÉCNICA. SU EXPLICACIÓN.—IV. LA UTOPIA DE LA REGULACIÓN NORMATIVA DE LA TÉCNICA. LA OPERATIVIDAD DE LA CLÁUSULA ALLENDE EL ORDENAMIENTO: 1. *¿Concreción por normas jurídicas? 2. ¿Concreción por normas técnicas?*—V. LA CLÁUSULA TÉCNICA COMO VÍA DE COMUNICACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA TÉCNICA.—VI. LA OBLIGACIÓN DE ADAPTACIÓN A LA MEJOR TECNOLOGÍA. DELIMITACIÓN DE SUPUESTOS: 1. *Las más recientes tecnologías aún en fase de experimentación: a) La carga de la investigación. b) ¿Mayor exigencia tecnológica a mayor riesgo? 2. Las tecnologías disponibles. Supuestos de obligada incorporación: a) La distinción jurisprudencial entre industrias de nueva instalación e industrias autorizadas con anterioridad. b) ¿Retroactividad de la técnica? 3. El problema de la ponderación de los costes. La mejor tecnología disponible que no implique costes excesivos: a) La ponderación de costes...y de beneficios. b) La incorporación de técnicas utilizadas en cualquier Estado de la Comunidad. La opción por el mercado tecnológico europeo.*—VI. NUEVA ACTITUD Y NUEVO INSTRUMENTARIO. DE LAS MEDIDAS DE POLICÍA A LAS FÓRMULAS DE COLABORACIÓN Y GESTIÓN DE RIESGOS.

I. PLANTEAMIENTO

El régimen de las licencias de actividades conoce últimamente novedades de cierto calado que afectan de forma más directa a las actividades con posibles efectos ambientales, tradicionalmente agrupadas, las más características, como actividades clasificadas. La novedad que me propongo tratar aquí es la obligación que ya de forma muy generalizada se impone a los titulares de las instalaciones autorizadas de incorporar las nuevas tecnologías que, según el estado de la técnica, pudieran resultar eficaces en la reducción de riesgos o la corrección de los efectos contaminantes de la actividad.

La adopción de medidas correctoras por los titulares de las instalaciones no es, en cualquier caso, una rigurosa novedad. El propio Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (en adelante, RAMNIP), de 30 de diciembre de 1961, contempla con normalidad la introducción de tales medidas, que pueden ser examinadas por la Administración en el momento de otorgar la licencia para comprobar «la garantía y eficacia de

los sistemas correctores propuestos y su grado de seguridad» (art. 33.1).

Diez años más tarde, la Ley 38/1972, de Protección del Ambiente Atmosférico, exige también «la adopción por los titulares de los focos emisores de los sistemas o medidas correctoras que, de acuerdo con el estado de la técnica, aseguren la reducción del vertido de contaminantes a la atmósfera» (art. 3.2).

Otro exponente —hay muchos más— en esa misma línea se encuentra en el régimen de Evaluación de Impacto Ambiental. Así, el Real Decreto 1131/1988 establece que «las condiciones a que se refiere el apartado 1 de este artículo deberán adaptarse a las innovaciones aportadas por el progreso científico y que alteren la actividad autorizada» (art. 18.3).

La exigencia que en estas normas se impone, para lo que son sus respectivos ámbitos de aplicación, se generaliza en la Comunidad Europea en virtud de lo dispuesto por la «Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación». En su artículo 3 —que lleva por rótulo «Principios generales de las obligaciones fundamentales del titular»— se establece que «los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las autoridades competentes se cercioren de que la explotación de las instalaciones se efectuará de forma que: a) se tomen todas las medidas adecuadas de prevención de la contaminación, en particular mediante la aplicación de las mejores tecnologías disponibles».

Como bien puede advertirse, la obligación de incorporar técnicas correctoras de la contaminación que pudieran derivarse de la actividad autorizada no es en modo alguno una innovación: se conoce desde el primer momento en que el régimen de las licencias se mostró sensible por los posibles efectos ambientales, si por tal se tiene, como es frecuente, la aprobación del RAMNIP.

¿Dónde radica entonces la novedad, si es que la hay? Pues tampoco en rigor puede hablarse de un cambio súbito, de una tajante solución de continuidad. Lo que sí puede apreciarse es una evolución que se acelera en los últimos tiempos y que nos introduce de lleno en un nuevo marco del que parece haberse enseñoreado la técnica y en el cual el Derecho, y las instancias por él habilitadas, habrán de recomponer sus posiciones si no quieren perder del todo el ámbito de dominio que les corresponde (1).

(1) Sobre los problemas que al Derecho le plantea la creciente complejidad y desarrollo de la técnica, J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho*, Barcelona, 1999; en él se tratan con mayor desarrollo algunas cuestiones que aquí sólo se apuntan o insinúan.

II. LAS LÍNEAS DE EVOLUCIÓN

Esa evolución discurre por dos vías. La primera es la que abandona el momento inicial del otorgamiento de la licencia para abrirse hacia el futuro de la actividad. La segunda es la que transita desde el conocimiento medio al conocimiento experto y, por ello, tiende a desplazar el centro decisorio desde la Administración competente hacia otras instancias supuestamente habilitadas por sus conocimientos sobre las tecnologías disponibles y su eficacia. Reparemos en estas dos tendencias.

1. *La apertura permanente al progreso tecnológico.* *¿De la condición al modo?*

En un primer momento, que de forma un tanto convencional situamos en torno al RAMNIP, las medidas correctoras se proponen por el solicitante de la licencia en el proyecto que presenta a la Administración y que ésta podrá aceptarlas o rechazarlas (art. 33.2), o exigir la introducción de otras medidas como condición para el otorgamiento de aquélla. En cualquier caso, esas medidas correctoras se aprecian y se valoran —especialmente su grado de eficacia y seguridad (art. 33.1)— en el procedimiento que precede a la concesión de la licencia, y por ello constan ordinariamente en el proyecto que se propone (2). Esa previa consideración de las medidas correctoras ha determinado que la jurisprudencia tienda a caracterizar su naturaleza jurídica como la de una condición para el otorgamiento de la licencia (3). Otra cosa es —volveremos sobre esta cuestión— que con posterioridad al otorgamiento de la

(2) STS 12-II-1994 (Ar. 2259): «existe un informe técnico de 23 de julio de 1987, en el que se refleja que la chimenea no cumple lo reflejado en el proyecto». Para apreciar previamente la efectividad de las medidas es por lo que en ocasiones se distingue entre licencia provisional y definitiva; así, STS 14-VII-1995 (Ar. 5999), al referirse a la «licencia de apertura provisional, que permite en cualquier momento y antes del ejercicio de la actividad la comprobación de la eficacia de las medidas correctoras, para después, en su caso, conceder o denegar la licencia definitiva». Esta distinción entre licencia provisional y definitiva reconoce implícita y claramente la naturaleza de condición previa que se atribuye a las medidas correctoras; la distinción no tendría sentido si se admitiese con normalidad que el titular debería introducir en el futuro las medidas correctoras necesarias: lo que es estrictamente el otorgamiento de la licencia sería en un solo tracto y su perfil se iría dibujando en función de posibles medidas correctoras que pudieran imponerse o retirando, en su caso, las que se mostrasen ineficaces.

(3) STS 20-I-1998 (Ar. 242): «sin la adopción de las medidas correctoras acordadas, cuya procedencia no ha sido discutida, es imposible la concesión de la licencia controvertida».

licencia se dicten normas que impongan con carácter general la introducción de determinadas técnicas (4).

La evolución que en este punto se observa dinamiza la licencia en el sentido de que, por expresa determinación legal, sus titulares habrán de ir introduciendo en el futuro las innovaciones que el progreso técnico vaya poniendo a su alcance y que resulten efectivas en la reducción de la contaminación, de las molestias o en el reforzamiento de la seguridad de las instalaciones. No es ya, conviene destacar, que el titular quede colocado en una situación legal y reglamentaria, sometido a la regulación de la actividad que vaya definiendo la Administración según la caracterización de la licencia como acto-regla, que en su momento desarrollara ENTRENA (5). Las medidas que ahora habrá que incorporar no serán sólo las que precise la normativa posterior, ni las que en un supuesto de riesgo inminente determine singularmente la Administración, sino las que el progreso tecnológico ponga a disposición del titular. Esta determinación legal de adaptación a la mejor tecnología disponible se configura así como una cláusula incorporada a la licencia, la llamada cláusula técnica, cuya cobertura última estaría en la norma que exige de las licencias su adaptación a la mejor tecnología disponible (6). El régimen de la licencia se emancipa así del momento inicial de su otorgamiento y rebasa incluso el marco del acto-regla: las técnicas correctoras no son sólo las entonces existentes, ni las que puedan establecerse con carácter general por la regulación posterior, sino, también, las que vaya ofreciendo el progreso tecnológico mientras dure la actividad autorizada.

La evolución en esa línea es evidente en nuestro Derecho, y una

(4) En este supuesto, la obligación de introducir las medidas técnicas derivaría de la norma que expresamente las impone, y no de la licencia misma, que es el caso que aquí nos interesa. Sobre el impacto que puedan tener nuevas exigencias fijadas en normas sobre licencias otorgadas con anterioridad, vid. M. CUCHILLO FOIX, «Nulidad y revocación de licencias por motivos relacionados con la protección del medio ambiente», en AA.VV., *Derecho del medio ambiente y Administración Local*, Madrid, 1996, págs. 491 y ss.

(5) R. ENTRENA CUESTA, *Las licencias en la legislación local*, «REVL», núm. 107, págs. 641 y ss. La concepción dinámica de la licencia, que inicialmente se apuntó en este trabajo, se acelera ahora y se sitúa en otras dimensiones, pues ya no sólo se trata de adaptar la licencia a las futuras regulaciones legales o reglamentarias, sino de adaptarla a la mejor tecnología, algo que no define ni ofrece el Derecho —ley o reglamento, por mencionar dos expresiones convencionales—, sino la técnica y sus organizaciones. Sobre la evolución de las licencias de «tracto único» y «tracto continuo», en materia ambiental, vid. D. J. VERA JURADO, *La disciplina ambiental de las actividades industriales*, Madrid, 1994, págs. 131 y ss.

(6) Una cláusula que en cierta manera podría considerarse como modal. Sobre la cláusula modal en relación con los actos administrativos, F. VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Madrid, págs. 266 y ss.; en cualquier caso, la aplicación de la categoría del modo a la órbita del Derecho público no deja de suscitar reservas (en ese sentido, G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, 1983, págs. 263 y ss.) que no impiden que sea una referencia significativa.

muestra de ella son las normas citadas al principio de este artículo: en el RAMNIP las medidas correctoras se exigen con carácter previo al otorgamiento de la licencia, sin alusión alguna a futuros avances técnicos; diez años después, en la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico de 1972, ya se impone la adaptación «a las innovaciones aportadas por el progreso científico y técnico»; ahora, la Directiva sobre prevención y control integrados de la contaminación exige como primer deber de las instalaciones «la aplicación de las mejores técnicas disponibles».

2. *Del conocimiento medio de la Administración al conocimiento experto sobre nuevas tecnologías*

Tal como son contempladas en el RAMNIP, las técnicas correctoras son accesibles al conocimiento del funcionario técnico del Ayuntamiento, y «en el caso de que no dispusiere el Ayuntamiento de tal funcionario, podrá solicitarlo del correspondiente Organismo provincial» (art. 34). Fácilmente se advierte que estos funcionarios operan, y han operado de hecho, con un conocimiento medio, propio de cualquier persona instruida, con alguna especialización en su caso. Un conocimiento con este alcance era de ordinario suficiente para valorar las medidas correctoras de carácter artesanal, muy simples en la mayor parte de los casos y en muchos de ellos de elaboración casera, que comúnmente se presentaban como condición para el otorgamiento de la licencia (7).

Pero ahora estas técnicas correctoras no son las que se presentan en el proyecto de la actividad que se somete a licencia, sino las que presenta el progreso científico y tecnológico. No hay que prestar atención a la propuesta del solicitante, sino a los foros en los que ese progreso se desarrolla y, en su caso, al mercado de la tecnología en el que esos productos se ofrecen. Se requiere así un conocimiento específico de ese último estado del progreso científico y técnico que, por lo general —habrá que matizar luego este punto—, sólo concurre en quienes, como agentes directos, están implicados en ese progreso: los expertos, en definitiva. Por lo demás, ese conocimiento experto se hace del todo necesario si se tiene en cuenta el grado de complejidad técnica que concurre ya en mu-

(7) Típicas y frecuentes medidas correctoras han sido —como queda en evidencia en la jurisprudencia que a título ejemplificativo se cita en este artículo— las chimeneas, a las que, en todo caso, se exigía que sobresalieran algunos metros sobre las edificaciones circundantes. Otras medidas son tan elementales como la instalación de un extintor de incendios (STS 5-VI-1998) o no instalar los altavoces de un bar musical en el patio interior de un edificio (STS 9-I-1998).

chas modernas instalaciones y la cada vez más abierta dispersión de sectores industriales, que requiere un conocimiento especializado y singular de cada uno de ellos. Como juristas, nos basta con asomarnos a cualquier anexo de una ley o reglamento sobre actividades industriales para alcanzar la inmediata convicción de nuestra total ignorancia sobre las tecnologías disponibles en cada uno de ellos para reducir o eliminar sus posibles efectos contaminantes. Una ignorancia que se extiende, desde luego, a funcionarios y responsables de las Administraciones (8); también a jueces, por supuesto, y a los propios expertos y técnicos más allá de lo que es el ámbito específico en el que operan. Todo ello sin olvidar que cuando estos expertos se pronuncian sobre las materias en las que se les reconoce autoridad no es infrecuente la controversia entre ellos.

III. LA CLÁUSULA TÉCNICA. SU EXPLICACIÓN

Las dos líneas evolutivas apuntadas confluyen y desembocan en el mundo de la técnica; a él se acaba trasladando, parece, la definición de las obligaciones de los titulares de las licencias, en algo que puede tener tanta significación —no sólo, desde luego, para el medio ambiente, sino también para la economía de la propia empresa— como es una buena parte de la tecnología a utilizar por una instalación mientras permanezca activa.

La explicación de este traslado, cuyas consecuencias están por calibrar, se encuentra, por supuesto, en la creciente complejidad de la técnica, que cotidianamente supera a las normas jurídicas y a quienes están más directamente implicados en su aplicación. Pero en el caso que aquí contemplamos, el de las licencias, existe otra explicación adicional de este encontronazo con la técnica en la que conviene parar mientes.

El planteamiento tradicional, adoptado por el RAMNIP, consistía en alejar las actividades molestas y contaminantes. Operando con un criterio tan rudimentario como la distancia, no se entraba en rigor a conocer en qué consistía realmente la actividad autorizada, sus métodos, materias y potencial de riesgo. El conocimiento que sobre estos aspectos se tenía era muy superficial, pero pare-

(8) Sobre esas limitaciones al conocimiento de las Administraciones que la creciente complejidad técnica plantea, J. ESTEVE PARDO, «El componente técnico del Derecho del medio ambiente. Limitaciones y posibilidades de los entes locales», en AA.VV., *Derecho del medio ambiente y Administración Local*, Madrid, 1996, págs. 451 y ss.

cía suficiente para adoptar la medida fundamental y decisiva con relación a estas licencias: su ubicación a una determinada distancia —que variaba en cada caso en función de la peligrosidad o efectos nocivos de la actividad— de los núcleos de población (9).

Como es bien sabido y se ha destacado con reiteración (10), este planteamiento quedó desbordado por la realidad: por un lado, los núcleos de población se expandieron, acortando las distancias que les separaban con las instalaciones molestas, cuando no llegaron a envolverlas, integrándolas en el paisaje urbano; por otro, la acumulación por sinergia de los efectos contaminantes de las muy numerosas industrias ha rebasado del todo el limitado enfoque de las primeras normas.

La experiencia del RAMNIP es un buen exponente de una orientación del Ordenamiento que no entraba en las interioridades de las industrias y focos contaminantes. Cuando esa orientación se ve superada y el Derecho reacciona con la pretensión de controlar los procesos que se desarrollan en las instalaciones autorizadas para imponer las necesarias tecnologías correctoras, se da entonces de bruces con una complejidad técnica absolutamente inabarcable. Imposible ofrecer entonces una regulación normativa, y la única opción es la cláusula en virtud de la cual se remite a lo que en cada momento ofrezca el estado de la técnica y de los conocimientos científicos.

Es así como, aunque resulte paradójico, la generalizada presencia de la cláusula técnica no se debe a un propósito desregulador, sino justamente a lo contrario: lo que se pretende es conocer la tecnología de las instalaciones para exigir así su constante mejora y adaptación. Ocurre, sin embargo, que ésa es una pretensión del todo inalcanzable para el Ordenamiento, las Administraciones y el común de los operadores jurídicos, por puro y total desconocimiento de la mayoría de las técnicas disponibles en los cada vez más diversos y especializados sectores industriales, desconocimiento que se agudiza si de lo que se trata es de precisar cuál de entre esas técnicas es la mejor en ese momento. La remisión que a través de la llamada cláusula técnica se opera es así la única cris-

(9) Una elemental medida que tampoco suponía una novedad: venía impuesta ya por el propio Código Civil, en cuyo artículo 590 se prohíbe la construcción de obras o realización de actividades «que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar».

(10) T. R. FERNÁNDEZ, *El medio ambiente urbano y las vecindades industriales*, Madrid, 1973; más recientemente, percibiendo más nitidamente esa realidad —con un tejido urbano más desarrollado y un problema ambiental más agudo—, «Las vecindades industriales y su impacto en el medio ambiente», en *Ordenación del territorio y medio ambiente*, Oñati, 1988, págs. 601 y ss.

talización posible en el Ordenamiento de ese inequívoco propósito regulador. Desregulación —o falta de regulación, pues no había nada o muy poco que desregular— era, y sigue siendo en muchos casos, el alejar las instalaciones y mirar para otro lado, sin entrar a conocer los procesos que en ellas se desarrollan o, a lo sumo, fijar unas medidas correctoras externas y normalmente rudimentarias que muy pronto quedaban obsoletas. Al más elemental conocimiento medio, también al del jurista, le resulta evidente que los efectos contaminantes de una instalación serán menores cuanto más alejada se encuentre. Si el criterio operativo es este de las distancias, sin atención a la tecnología utilizada, no es en modo alguno necesaria esa cláusula que nos arroja al mundo de la complejidad técnica en el que nuestra ignorancia se hace patente pero del que ya no podemos desentendernos.

IV. LA UTOPIÍA DE LA REGULACIÓN NORMATIVA DE LA TÉCNICA. LA OPERATIVIDAD DE LA CLÁUSULA ALLENDE EL ORDENAMIENTO

Ese es el sentido y la funcionalidad de la comúnmente llamada cláusula técnica, que, como ya puede desprenderse de las referencias aportadas, tiene, en las muchas normas en que se contiene, enunciados diversos en su tenor literal —«mejor tecnología disponible», «sistemas o medidas correctoras de acuerdo con el estado de la técnica», «innovaciones aportadas por el progreso científico» y otras—, pero todos ellos coincidentes en su remisión y traslado al mundo de la técnica, fuera ya del Ordenamiento jurídico. La referencia determinante sobre las técnicas que habrá de incorporar en su caso el titular de la licencia no se contiene así en el conjunto de normas que integran el sistema de fuentes del Ordenamiento jurídico, ni tampoco se espera que la fije la Administración mediante determinaciones singulares. Habrá que buscar esa referencia extramuros del Ordenamiento, a través, precisamente, de la remisión que en una norma jurídica se establece —cuando toma como referencia «la mejor tecnología disponible u otras similares»— y que con esta cláusula se opera.

1. *¿Concreción por normas jurídicas?*

Podrá tal vez suscitarse la pretensión, justificada en atendibles razones de seguridad jurídica, de precisar mediante normas cuáles sean las mejores técnicas disponibles. Al respecto hay que destacar

que el sentido último y la mayor operatividad de la cláusula técnica está, precisa y justamente, en remontar el Ordenamiento, emancipándose de sus normas, pues, de seguro, la mayor parte de ellas, si no todas, están desbordadas o superadas por el progreso y la complejidad de la técnica; desde luego, ninguna determina con precisión cuál es la mejor técnica aplicable a una instalación y, si lo hiciera, quedaría pronto superada por el progreso técnico y los avances del conocimiento. Por ello mismo, las normas recientes citadas acaban por claudicar, reconociendo su incapacidad para regular el complejo mundo de la técnica, aún menos para determinar cuáles sean sus mejores soluciones, y así, ante lo inabarcable, concluyen por entregarse —no hay otra alternativa— a ese concepto jurídico indeterminado en el que, en definitiva, la cláusula técnica consiste (11).

2. *¿Concreción por normas técnicas?*

Podría entonces plantearse una segunda pretensión: que ante la incapacidad de las normas jurídicas para determinar las técnicas de obligada incorporación por las instalaciones autorizadas se acabe por encomendar esta determinación a las llamadas normas técnicas; podrían ser éstas, cabría pensar, la expresión del estado de la técnica en cada momento.

No procede ahora, desde luego, una exposición sobre la naturaleza y funcionalidad de las normas técnicas, que ya he desarrollado en otro lugar, en relación con el cerco tecnológico que, en las sociedades postindustriales, se va estrechando en torno al Ordenamiento jurídico (12). Estas normas, elaboradas por comités o gru-

(11) Esta pretensión de regulación normativa de la tecnología a incorporar por las instalaciones autorizadas no es, desde luego, hipotética: se dio ya respecto a las medidas correctoras que, tal como aquí se ha destacado, contempla el RAMNIP; de ella da cuenta MARTÍN MATEO cuando refiere que «las medidas correctoras en las que tanto énfasis pone la normativa de actividades clasificadas vigente, dan lugar en su aplicación práctica a cierta confusión. Por ello, se postuló en su día la aprobación de una Ordenanza Nacional de Protección Ambiental u Ordenanza Técnica Nacional, que debería clasificar los instrumentos de corrección con unos criterios técnicos más precisos y depurados, lo que era, desde luego, discutible e incluso peligroso, pues es difícil prever toda la casuística de la aplicación práctica de las correcciones precisas en cada caso; es imposible ahora» (*Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, Madrid, 1991, pág. 359). A destacar la conclusión final —«es imposible ahora»—, constatación del final de la creencia en la utopía normativa. En el Derecho alemán se contempla, en especial en el artículo 7.1 de la *Bundes-Immissionschutzgesetz*, la posibilidad de concreción normativa, pero aun así se mantendría la obligación de adaptación a la mejor tecnología que pudiera ofrecerse en el futuro. Sobre este planteamiento en la doctrina alemana, F. VELASCO, *Las cláusulas accesorias...*, cit., pág. 290.

(12) Las normas jurídicas, sobre todo las que contemplan la compleja realidad industrial y sus repercusiones ambientales, tienden en efecto a retraerse, concentrándose en as-

pos de expertos, contienen muy diversas especificaciones técnicas sobre productos y procesos industriales; especificaciones que normalmente recaen sobre condiciones de seguridad, de calidad o, simplemente —y éste ha sido un cometido tradicional de las normas técnicas—, fijan tamaños estándar (estandarización) de piezas y productos al objeto de posibilitar su intercambio y facilitar su comercialización. En cualquier caso, estas normas no son objetivamente vinculantes (13), no forman parte del ordenamiento jurídico, a no ser que de algún modo a él se incorporen en virtud de una expresa y específica remisión de una norma jurídica a las determinaciones de una norma técnica.

Este tipo preciso de remisión, remisión nominada, es el que deliberadamente se excluye de la cláusula técnica: señala ésta como referencia genérica el estado de la técnica y de los conocimientos científicos y no lo que las normas técnicas dispongan. De lo que se trata es de abrir el régimen de la licencia a las ventajosas y eficaces innovaciones que ofrezca el progreso tecnológico, aunque no exista una regulación de las mismas en normas técnicas, entre otras razones porque este tipo de normas no contemplan, ni mucho menos, todas las incidencias que pueden plantearse en las muy diversas instalaciones autorizadas (14). Todo ello no impide

pectos procedimentales —por ejemplo, trámites para el otorgamiento de licencias—, mientras que la determinación de los aspectos sustantivos, en concreto la frontera entre el riesgo permitido y el riesgo rechazado, determinante en estos casos para el otorgamiento o denegación de una licencia, tiende a trasladarse a las normas técnicas. Es así como, en su ya clásico estudio, destacara MARBURGER con relación a las normas técnicas en materia de seguridad que su principio y eje fundamental es el del riesgo calculado (*Die Regeln der Technik in Recht*, Heidelberg, 1979). Una muestra significativa —hay muchas más— de esa retirada de la regulación jurídica cuyo espacio viene a ocupar la regulación, autorregulación técnica, se encuentra en el artículo 6.2 de la «Ley catalana de la intervención integral de la Administración ambiental», en el se establece que las instalaciones serán proyectadas, instaladas y controladas de acuerdo con la reglamentación vigente y las instrucciones de la Administración y, en su defecto —que en muchos casos, cada vez más, será el supuesto normal—, «habrán de ajustarse a las normas técnicas de reconocimiento general». Sobre ese cerco, ese terreno que gana la técnica al Derecho, las normas técnicas a las jurídicas, en una sociedad saturada por la técnica, una sociedad de riesgo, me ocupo en *Técnica, riesgo y Derecho*, Barcelona, 1999, en especial págs. 153 y ss. Sobre normas técnicas, recientemente, V. ALVAREZ, *Introducción a los problemas jurídicos de la normalización industrial: normalización industrial y sistema de fuentes*, en el núm. 147 de esta REVISTA, 1998, y M. TARRÉS, «La politique européenne de normalisation et son effet sur la réglementation espagnole», en *Influence et impact du procès de construction européenne*, Toulouse-Gerona, 1998.

(13) Ese carácter no vinculante es destacado por el artículo 9 de la Ley de Industria de 1992, al definir la norma técnica como «la especificación técnica de aplicación repetitiva o continuada cuya observancia no es obligatoria, establecida con participación de todas las partes interesadas, que aprueba un organismo reconocido, a nivel nacional o internacional, por su actividad normativa».

(14) Un caso elocuente y ejemplificativo de las cuestiones que aquí se tratan y del nuevo escenario en el que nos adentramos es el que resuelve la Sentencia de 18 de junio de 1996 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. A una empresa se le había otorgado li-

que las normas técnicas puedan ser una referencia muy a tener en cuenta para concretar la cláusula y determinar así las medidas que el estado de la técnica ofrece y exige en un momento dado, pero no tienen por qué ser la referencia determinante.

La cláusula técnica no se materializa, pues, en una remisión normativa, sino que apunta a un concepto jurídico indeterminado como es el que se expresa con los términos «estado de la técnica», «mejor tecnología disponible», «mejores técnicas conocidas» u otros semejantes. Para su concreción, las normas técnicas, de haberlas, pueden ser un elemento indiciario de gran valor, pero no han de ser la referencia determinante: debe tenerse en cuenta que no se trata de una remisión, de conectar con un nuevo escalón normativo, sino de definir y adaptar una situación singular definida por un acto administrativo —abierto, ciertamente, a la evolución tecnológica— como es la licencia o autorización. No se trata, en definitiva, de dar con una regulación general, sino de precisar cuál es la tecnología exigible a una instalación en un momento dado.

La utopía de la regulación normativa se hace así patente y, como tal utopía, del todo inalcanzable. No puede vivirse más de la nostalgia de la seguridad jurídica y la precisión normativa: es ya ineludible encararse con la incerteza. La cláusula técnica es un exponente de esta inflexión y lo procedente no es la espera de normas que la concreten, sino apurar el sentido, funcionalidad y criterios de aplicación de esta cláusula.

V. LA CLÁUSULA TÉCNICA COMO VÍA DE COMUNICACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA TÉCNICA

Lo que, en definitiva, la caracteriza es que a su través se produce el flujo y reflujo, la interacción, entre técnica y Derecho. Su calado sobrepasa en mucho el de un concepto jurídico indetermina-

cencia de actividad y en la propia licencia se dispuso que «se instalarán equipos automáticos de medida en continuo para el control de emisiones». El caso es que, por resolución de 4 de marzo de 1994, la Consejería de Medio Ambiente impuso a la empresa una sanción de 530.000 pesetas al apreciar infracción grave por incumplimiento de la normativa sobre protección del medio ambiente atmosférico, al entender que la obligación derivada de la licencia respecto al equipo a instalar se concretaba en dar cumplimiento a la norma UNE 77-209-89 (emisiones gaseosas características de los monitores en continuo para la medida de la opacidad). El Tribunal anuló la sanción al entender que vulneraba el principio de tipicidad: era la propia resolución sancionadora la que, impropriadamente, especificaba la medida técnica a incorporar. Aunque el Tribunal no es más explícito, se desprende que si la licencia, como era el caso, no especifica la medida técnica a incorporar, entonces la referencia que pueda ofrecer una norma técnica (norma UNE en este supuesto) no es en absoluto vinculante, sin perjuicio de que pueda resultar un indicio significativo.

do, pues con ella se tiende un puente entre Derecho y técnica que pone en contacto dos cosmos con diferente lógica y sistema de articulación (15). La validez de los actos y normas jurídicas descansa básicamente en valores apriorísticos, como el procedimiento, instancias habilitadas para dictarlas o su correcta inserción en el sistema de fuentes; su contenido no puede, en principio, cuestionarse si se dan estas condiciones previas. El programa de la técnica se basa, por contra, en la constante comprobación empírica, el análisis y revisión de los resultados y la inmediata corrección de las medidas y fórmulas en función de aquéllos. Así, por ejemplo, una norma técnica de seguridad quedará invalidada si se comprueba que las medidas que propone resultan ineficaces, por muy esmerado que haya sido el proceso de elaboración.

La cláusula técnica incorporada a las licencias supone así un cambio sustancial de orientación en su régimen jurídico, puesto que ya no se atiende sólo a las normas, resoluciones y otras determinaciones jurídicamente formalizadas, normalmente previas y condicionantes del otorgamiento de la licencia, sino que se prestará también atención al desarrollo de la actividad autorizada, valorando la real eficacia de las medidas correctoras de la contaminación, que deberán ser en su caso reemplazadas por otras más efectivas si el progreso tecnológico las pone al alcance de la empresa. Y esa orientación hacia la comprobación empírica —que es propia de la técnica y a la que el Derecho llega a través de esta cláusula— puede tener otra consecuencia que también habrá de considerarse: que se compruebe, al incrementarse los conocimientos científicos, que ciertas medidas correctoras, aceptadas en un primer momento, resulten en realidad escasamente eficaces, o mucho menos de lo que se estimaba entonces.

VI. LA OBLIGACIÓN DE ADAPTACIÓN A LA MEJOR TECNOLOGÍA. DELIMITACIÓN DE SUPUESTOS

¿Cuál es en cada caso y en cada momento la mejor tecnología disponible? ¿Qué medidas son las que pueden exigirse según el es-

(15) Un planteamiento general de las interacciones entre ciencia y Derecho, cuestión por lo demás ya central en muchos intrincados y relevantes procesos judiciales en Estados Unidos, a los que se presta especial atención en ese estudio, es el de Sheila JASANOFF, *Science at the Bar (Law, Science, and Technology in America)*, Harvard University Press, 1995. Por lo demás, también allí están muy arraigados los conceptos introducidos por la legislación ambiental de la, en esta materia decisiva, década de los setenta, y entre los que destacan los referidos a la incorporación de la mejor tecnología, BACT (*Best Available Control Technology*), o a las medidas de reducción de la contaminación, LAER (*Lowest Achievable Emissions Rate*).

tado de la técnica? Las normas que apelan a estas fórmulas u otras con similar enunciado no establecen mayor precisión al respecto, como es propio por lo demás de los conceptos jurídicos indeterminados ante la incapacidad de las normas para ofrecer una regulación definida.

Pero ante la relevancia, no exenta de complejidad, que adquirirá la exigencia de adaptación tecnológica, la «Directiva para la prevención y control integrados de la contaminación» ha pretendido clarificar con efectos unificadores y, a tal efecto, caracteriza como «mejores técnicas disponibles: la fase más eficaz y avanzada de desarrollo de las actividades y de sus modalidades de explotación, que demuestren la capacidad práctica de determinadas técnicas para constituir, en principio, la base de los valores límite de emisión destinados a evitar o, cuando ello no sea practicable, reducir en general las emisiones y el impacto en el conjunto del medio ambiente».

Esta definición, una de las pocas ensayadas, tampoco aporta precisión alguna a lo que habrá de concretarse en cada caso y de manera variable en el tiempo. Cualquier intento en esa línea será un esfuerzo semántico con escasa efectividad real, puesto que la cuestión con verdadera trascendencia jurídica tiene, en el orden de cosas en que nos hallamos, un alcance más acotado: no se trata tanto de precisar en cada caso las medidas de orden técnico con efectos correctores o reductores de contaminaciones y riesgos ambientales que el desarrollo tecnológico introduce en su permanente progresión, sino de fijar con la mayor seguridad los criterios en virtud de los cuales la incorporación de tales medidas resulta obligatoria —y, en tal caso, en qué condiciones— para actividades e instalaciones que fueron autorizadas cuando tales medios técnicos no existían, o eran desconocidos, o simplemente —es un supuesto que conviene ya delimitar y retener— no se habían comercializado y no resultaban así asequibles a las empresas.

Planteada así la cuestión, su respuesta no ha de ser en modo alguno unívoca, sino gradual y matizada, en función, básicamente, de dos variantes: una repara en el estado de la técnica, en el nivel de eficacia y grado de aceptación de las medidas que se presentan como novedosas; la otra variante se sitúa en el lado de la actividad o instalación autorizada que puede tener una diferente capacidad de acople o incorporación de las nuevas técnicas y un coste también muy variable en función de la facilidad de adaptación: hay técnicas cuya incorporación no exige modificación añadida alguna, mientras que otras requieren profundas reformas de la instalación, especialmente si ésta tiene cierta antigüedad.

Hay que realizar, primero, una apreciación de orden técnico: cuáles son en un caso concreto las técnicas existentes y realmente eficaces. Y, en segundo lugar, una apreciación de contenido económico: qué viabilidad tiene para la concreta instalación de que se trate la introducción de esas tecnologías.

Para encuadrar estas valoraciones en sus justos términos parece conveniente diferenciar diversas fases del desarrollo tecnológico para plantear a cuál de ellas alcanza, y en qué medida, la obligación de las empresas para incorporar nuevas técnicas.

1. *Las más recientes tecnologías aún en fase de experimentación*

a) *La carga de la investigación.*

Las más avanzadas técnicas, las que aún podrían encontrarse en fase de investigación y experimentación, no serían de incorporación obligada. Lo contrario sería hacer de las empresas e instalaciones autorizadas centros punteros de investigación, una actividad que no les resulta exigible. Aunque esta última proposición debe matizarse en el siguiente sentido: no puede obligarse, ciertamente, a las empresas e instalaciones a llevar avanzados procesos de investigación para introducir medidas correctoras, pero siempre y cuando ello no conlleve que se investigue y se prueben los posibles riesgos y efectos dañosos con la salud de los vecinos o de los consumidores, o que se conozca que la actividad puede causar daños cuando éstos ya se han producido. Este es justamente uno de los problemas centrales de la sociedad actual, que se ha dado en llamar por ello mismo sociedad de riesgo: el ritmo de los avances tecnológicos y el amplio margen de desconocimiento de sus posibles efectos dañosos, hace que en muchos casos se tome conciencia de los mismos no en procesos experimentales, sino en sus efectos sobre la salud de las personas o el medio ambiente.

Hay que considerar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de una actitud rigorista y exigente en exceso por parte de la Administración, reclamando la inmediata incorporación de las más novedosas tecnologías, haciendo abstracción de su coste. Si ello es así podría tener un efecto desincentivador de la investigación en las tecnologías de seguridad y anticontaminación. Debe tenerse en cuenta que cuando se consigue una nueva tecnología —por ejemplo, unos paneles para reducir la contaminación acústica—, el coste de ese producto es muy elevado. Con su producción en masa, ese coste se reduce ostensiblemente.

Si la Administración exigiera a las industrias la incorporación inmediata de una nueva tecnología a los pocos momentos de su aparición, esa tecnología tendría, sin duda, un coste muy alto. La reacción de la industria podría ser, primero, la de ocultar esas nuevas técnicas para que la Administración no se las pueda exigir y, segundo, desactivar los programas de investigación sobre tecnologías anticontaminantes y de seguridad.

Se debe conceder aquí, por tanto, una especial relevancia a la ponderación económica: valorar en qué momento de la producción de una determinada tecnología alcanza ésta un coste que permite sea accesible por —y, por tanto, exigible a— las instalaciones industriales que operan en ese sector.

b) *¿Mayor exigencia tecnológica a mayor riesgo?*

Esa ponderación económica podría luego matizarse en función de otra variante: el nivel de riesgos que generan los diferentes sectores industriales. Parece lógico entonces exigir una más pronta incorporación de las técnicas de seguridad y corrección de la contaminación en aquellos sectores que producen un mayor riesgo.

Ciertamente, de una forma u otra, la gradación de riesgos está recogida en el Ordenamiento: normas muy diversas establecen una diferenciación de régimen sobre instalaciones o actividades en función del nivel de riesgo que se les reconoce (16); en muchos casos esa escala o tipología se relaciona en detallados anexos de leyes o reglamentos. Sin embargo, no parece necesariamente acertado adscribir a esa gradación de riesgos una paralela exigencia de celeridad en la incorporación de nuevas técnicas, en el sentido de que a mayor riesgo, más rápida e inmediata incorporación de la nueva tecnología. Y ello, básicamente, por dos razones: la primera derivada del Derecho positivo, que no refuerza la obligación de adaptación tecnológica en función del riesgo (17); la segunda ra-

(16) Una muestra evidente de esta gradación de riesgos la ofrece la normativa de residuos, que dispensa tratamientos legislativos diferenciados en función de la peligrosidad o toxicidad de aquéllos, o de su origen industrial o doméstico.

(17) El Derecho positivo alemán emplea diversas expresiones que han alcanzado ya un notable arraigo en la práctica jurídica y que en algún momento se han pretendido adscribir a situaciones de riesgo diferenciadas. Hay tres fórmulas bien conocidas. La primera es las «reglas de la técnica generalmente reconocidas» (*allgemein anerkanntem Regeln der Technik*), que tiene un lejano origen gremial y se refiere de ordinario a los procedimientos de actuación en el ámbito técnico comúnmente aceptados por los profesionales y técnicos del específico sector de que se trate; se asemejarían así a las *regulae artis*. La segunda, el «estado de la técnica» (*Stand der Technik*), es la comúnmente empleada por la legislación ambiental (es así una referencia crucial en la importante, y muy influyente en foros

zón es que la temprana o precipitada incorporación de técnicas correctoras, tal vez no debidamente experimentadas, pudiera tener efectos contraproducentes y generar mayores riesgos que los que se pretendieron evitar.

2. *Las tecnologías disponibles.* *Supuestos de obligada incorporación*

Del análisis y delimitación de supuestos realizado hasta ahora puede concluirse que las técnicas exigibles a las instalaciones autorizadas serían aquellas que estuvieran generalmente aceptadas en el sector, ya experimentadas y operativas, con una eficacia probada y disponibles en el mercado (18).

Este criterio ha de afinarse aún más atendiendo a la diferente capacidad de asimilación de nuevas técnicas, y la consiguiente variación de costes, que puedan tener las industrias e instalaciones. Una diferencia a la que nuestra jurisprudencia ha sido sensible y que obliga a operar con una importante distinción.

europes, Ley Federal de Protección de Inmisiones, *Bundes-Immissionsschutzgesetz*), y con ella se alude a los medios que ofrece en cada momento el desarrollo tecnológico y que han demostrado ya su efectividad. El tercer enunciado, el «estado de la ciencia y de la técnica» (*Stand von Wissenschaft und Technik*), suele utilizarse para exigir un estándar técnico —normalmente de seguridad— superior al ordinario; es, significativamente, la fórmula empleada por la legislación sobre energía nuclear. En cualquier caso, la jurisprudencia, incluida la del Tribunal Constitucional Federal, se ha mostrado reacia —al margen de alguna insinuación ocasional muy ligada al caso debatido— a una gradación de estas fórmulas adscribiéndolas a situaciones de riesgo diferenciadas por su gravedad. Posiblemente, la consideración, sobre la que existe pleno acuerdo jurisprudencial, de estas fórmulas como conceptos jurídicos indeterminados (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) hace que los tribunales no arriesgen en una precisión generalizadora de los mismos.

(18) Por seguir con la anteriormente citada *Bundes-Immissionsschutzgesetz*, de 14 de mayo de 1990, puede significarse al respecto cómo en su artículo 3.6 caracteriza «el estado de la técnica (*Stand der Technik*) en el sentido de esta ley es el estado de desarrollo alcanzado por procedimientos técnicos, instalaciones, medios y sistemas de gestión que puedan ser eficaces en la limitación o reducción de inmisiones. Para la determinación del estado de la técnica han de considerarse los procedimientos, sistemas, medidas e instalaciones que han sido probados con éxito en las industrias». En su completo y riguroso comentario a esta Ley, concluye JARASS que lo determinante es que las medidas técnicas que se exigen con la remisión a este concepto jurídico indeterminado (no existe ninguna duda sobre esta caracterización, pág. 110) son las que se han experimentado suficientemente y están a disposición de las empresas en el mercado. También se debe destacar que en la interpretación más extendida de esta Ley el «estado de la técnica» no sólo se refiere a medios materiales (aparatos, filtros, paneles, etc.), sino también a sistemas de gestión empresarial que resulten más beneficiosos desde la perspectiva ambiental, y no sólo hacia el exterior (vecinos, consumidores, medio ambiente en general, por seguir con este vaporoso concepto); también las medidas orientadas a reducir molestias a los trabajadores, ruidos por ejemplo, deberían incorporarse por exigencias del *Stand der Technik* (Hans D. JARASS, *Bundes-Immissionsschutzgesetz Kommentar*, 3.ª ed., Munich, 1995, págs. 109 y ss.).

a) *La distinción jurisprudencial entre industrias de nueva instalación e industrias autorizadas con anterioridad.*

La cuestión que aquí se plantea tiene entre nosotros una mayor complejidad de la que presenta en otros Ordenamientos próximos, que han renovado —sobre todo en la década de los setenta— su normativa básica sobre establecimientos industriales con posibles efectos contaminantes. Se ha trazado en ellos una línea que permite mirar hacia atrás y, contemplando las instalaciones autorizadas con anterioridad, decidir o establecer criterios sobre la introducción de las nuevas tecnologías eficaces contra la contaminación aparecidas con posterioridad a la autorización (19). En el Derecho español, la falta de actualización de una norma como el RAMNIP o su derogación por otra con similar contenido (20) no permite, como sería deseable, un tratamiento normativo preciso y definido de las adecuaciones y correcciones tecnológicas de establecimientos e industrias con autorizaciones anteriores.

A falta de determinaciones legales precisas, el criterio habrá de ser, en último término, jurisprudencial, distinguiendo, tal como hace la STS 30-I-1987, entre: *a)* industrias que pretendan instalarse, ampliarse o trasladarse, y *b)* industrias ya instaladas y estables. Para las primeras, son plenamente exigibles las medidas y técnicas disponibles en ese momento; para las segundas, esas mismas medidas sólo son exigibles en tanto «sean técnica y económicamente viables», según expresión que en los mismos términos utiliza, casi diez años más tarde, la «Directiva para la prevención y el control integrados de la contaminación».

Es este segundo supuesto —el de las industrias autorizadas con anterioridad— el que plantea en verdad problemas sobre la obligatoriedad de la incorporación de los avances técnicos que se hayan

(19) Una visión panorámica sobre el tratamiento y regulación que en diferentes Estados europeos se ha dado al problema común que plantea la aplicación de la más reciente normativa ambiental, de una exigencia ostensiblemente superior, a instalaciones autorizadas con anterioridad a este nuevo régimen, en el libro de H. D. JARASS, *Die Anwendung neuen Umweltrechtes auf bestehende Anlagen*, Baden-Baden, 1987; en él se presta atención, por poner un ejemplo significativo, a la tradicional regulación francesa de actividades clasificadas, actualizada por la Ley de 19 de julio de 1976, que hubo de enfrentarse abiertamente con los problemas que su propia aplicación suscitaba a las industrias e instalaciones autorizadas con anterioridad.

(20) Como es bien sabido, las actividades clasificadas han sido objeto de regulación por varias Comunidades Autónomas, con lo que en algunos casos se ha producido una cierta confusión en torno a la vigencia de las determinaciones del RAMNIP. Sobre esta regulación estatal y autonómica, bien sistematizada y analizada, J. DOMPER FERRANDO, *El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas*, 2 vols., Madrid, 1992.

ido produciendo. Y la respuesta jurisprudencial no es en modo alguno unívoca, sino que la solución se deja abierta al contrabalance que en cada caso supongan los costes económicos y la viabilidad técnica de las nuevas medidas. Un criterio por el que también opta la Directiva citada y que, desde ella, pasará al Ordenamiento interno de los Estados miembros.

b) *¿Retroactividad de la técnica?*

En cualquier caso, aunque se produzca una nueva regulación legislativa de las licencias que establezca también previsiones para las otorgadas con anterioridad —que es lo que hace alguna legislación autonómica—, siempre se produciría un nuevo corte en el tiempo cuando se pusiera en el mercado una nueva tecnología que se demostrase efectiva en la eliminación o reducción de los efectos contaminantes. A partir de entonces, a las solicitudes de licencia de instalación que se produzcan se les exigiría en principio la iniciación de sus actividades con esta nueva y asequible tecnología. Se daría entonces —y cada vez que se presentara una nueva técnica— un antes y un después: el después es para las industrias que pretendan instalarse, a las que será exigible la nueva tecnología; pero ¿qué ocurre con las industrias de antes, las que ya disponían de licencia?; ¿hasta qué punto les será exigible la incorporación de las nuevas tecnologías? Debe tenerse en cuenta que en el Derecho ambiental el antes y el después no lo marcan sólo las normas, sino también, cada vez más, la técnica. El conocido problema de la retroactividad de las normas ha de replantearse también con la técnica: hasta qué punto las nuevas tecnologías son exigibles retroactivamente.

3. *El problema de la ponderación de los costes.*

La mejor tecnología disponible que no implique costes excesivos

En último término, es el factor económico el que resulta decisivo. La viabilidad técnica de la incorporación a industrias ya instaladas de nuevos medios correctores de la contaminación ambiental —medios presentes ya de ordinario en las nuevas industrias— se reduce finalmente a un problema de costes: la incorporación de las nuevas medidas a viejas industrias, que operan con otros sistemas y tecnologías tal vez superados, tiene de ordinario unos costes

de adaptación que van más allá de la mera adquisición de esos nuevos medios.

Alguna normativa sectorial había introducido ya la referencia a los costes económicos como criterio modulador de la obligatoriedad de la introducción de nuevas tecnologías (21). Ese es el criterio que de manera general y decidida asume la Directiva sobre prevención y control integrados de la contaminación cuando precisa que han de tomarse «en consideración los costes y beneficios, tanto si las técnicas se utilizan o se producen en el Estado miembro correspondiente como si no, siempre que el titular pueda tener acceso en condiciones razonables».

Esta regulación suscita, básicamente, dos consideraciones, y en ambas el elemento económico resulta decisivo.

a) *La ponderación de costes... y de beneficios.*

La primera es la relativa a la ponderación de beneficios y costes, enmarcándola en el problema que nos interesa especialmente y se ha apuntado ya: la diferente situación en que se encuentran las industrias que solicitan licencia de apertura y las autorizadas con anterioridad. A estas últimas les resulta más costosa la incorporación de las nuevas tecnologías en el caso, muy frecuente, en que para ello se vean obligadas a modificar o adaptar sus instalaciones.

En principio, pues, estas industrias ya autorizadas podrían alegar que la incorporación de nuevas técnicas les supone costes excesivos, apoyándose en la normativa sectorial que ha venido reparando precisamente en esto, en que cuando los costes resultaran excesivos no habría obligación de incorporar las nuevas técnicas. Pero, ahora, la Directiva europea introduce certeramente un nuevo elemento a valorar: los beneficios. Explícitamente establece que habrán de tomarse en consideración «los costes y beneficios»: se ha de ponderar, obviamente, la proporción entre los costes de una tecnología determinada y su eficacia real en la reducción de riesgos; pero también esta referencia a los beneficios apunta a la ventajosa situación en que podrían quedar las industrias ya autorizadas con anterioridad que, alegando costes excesivos, pretendieran la no incorporación de nuevas técnicas, mientras que las nuevas

(21) Así, por ejemplo, ya en el Decreto 833/1975: «en los casos en que el Ministerio competente por razón de la actividad lo estime conveniente, y sea técnica y económicamente posible, podrá exigirse la instalación de aparatos de control con registro incorporado...» (art. 72.1).

industrias deberían incorporarlas obligatoriamente, con costes tal vez más reducidos pero costes, al fin y al cabo, que las antiguas no tienen.

Puede darse así una situación discriminatoria, contraria por un lado a ese principio tan primario y tan escasamente observado de que quien contamina paga: aquí pagaría menos —o nada, porque pretendería la no incorporación de las nuevas tecnologías— quien más contamina porque tiene unas instalaciones obsoletas.

Pero es que, además, la situación sería insostenible desde las reglas del Derecho de la competencia, puesto que unas empresas e instalaciones —paradójicamente, las más modernas y mejor equipadas técnicamente— habrían de cargar con los costes que supone la incorporación de las nuevas tecnologías eficaces para reducir la contaminación, mientras que las antiguas no habrían de asumir esos costes con el argumento de que para ellas serían excesivos. Por lo demás, si así se hiciere, el mercado podría revalorizar incluso, como interesante adquisición, a las antiguas instalaciones, que resultarían menos costosas por no tener que incorporar —o no en la misma medida que las nuevas— los avances tecnológicos que se vayan produciendo si éstos tienen costes excesivos. Sería éste también un elemento a considerar cuando la Directiva se refiere también a beneficios: exonerar a las viejas industrias de la incorporación de técnicas de costes elevados podría conducir a su revalorización y al aumento de sus beneficios.

- b) *La incorporación de técnicas utilizadas en cualquier Estado de la Comunidad. La opción por el mercado tecnológico europeo.*

La otra gran novedad de la Directiva está en la decidida opción por el espacio tecnológico europeo, superando el particularismo de los Estados miembros. Las instalaciones no han de introducir únicamente las técnicas que se produzcan y utilicen en el Estado donde se encuentren, sino que han de incorporar también las que se utilicen en cualquier otro Estado de la Comunidad Europea. Con ello se pretende evitar un proceso similar al apuntado con respecto a las viejas industrias: que los Estados con menor desarrollo tecnológico pudieran atraer las industrias de Estados con mayor nivel y rigor en esta materia, exigencias que se verían ostensiblemente rebajadas trasladando las industrias a zonas con una normativa y un entorno tecnológico menos atento a la protección ambiental y, por ello mismo, menos exigente.

Al mismo tiempo, se quiere fomentar la investigación en la búsqueda de técnicas correctoras de la contaminación, tratando de asegurar que los Estados donde estas técnicas se investigan y producen vean compensado su esfuerzo con la adquisición de esas tecnologías por las industrias situadas en otros territorios del espacio europeo. Lo que parece que se pretende es, en definitiva, evitar la desincentivación de la investigación sobre técnicas correctoras o reductoras de la contaminación, que sería un previsible efecto de permitir que la referencia tecnológica para las industrias fuera la de su entorno territorial o de mercado inmediato, pues entonces se podrían buscar, e incluso primar, las zonas tecnológicas menos desarrolladas, pues serían también las menos exigentes para las industrias.

En cualquier caso, la Directiva introduce un elemento modulador puesto que establece como condición para la concreta exigencia de introducir técnicas utilizadas en otro Estado en una instalación que «el titular pueda tener acceso a ellas en condiciones razonables». Nuevamente se aboca en una valoración de contenido económico en la que se trata de ponderar los beneficios —en este caso los efectos reductores de la contaminación— y los costes económicos que implican, en este caso los derivados del traslado e incorporación de técnicas utilizadas en otros Estados.

VI. NUEVA ACTITUD Y NUEVO INSTRUMENTARIO. DE LAS MEDIDAS DE POLICÍA A LAS FÓRMULAS DE COLABORACIÓN Y GESTIÓN DE RIESGOS

Como fácilmente se comprenderá, la efectiva incorporación por las empresas de la mejor tecnología dependerá también, y mucho, del estímulo y apoyo que reciban, pues no puede obviarse que ello habrá de suponerles costes importantes. La actuación de la Administración ha de orientarse así hacia la motivación, más que hacia la imposición. Los medios a utilizar pueden ser muy diversos: subvenciones, información y formación sobre tecnologías correctoras de la contaminación, asesoramiento técnico, convenios con las empresas de un determinado sector para acordar un programa de incorporación sucesiva de medios técnicos y reconvertir, en su caso, sus instalaciones.

Aunque el instrumentario jurídico más directamente implicado en la protección del medio ambiente se ha conformado bajo la influencia de las fórmulas autoritarias y unilaterales de la policía administrativa (sanciones, inspecciones, licencias, etc.), resulta necesario un cambio de actitud para afrontar procesos como este

de incorporación de nuevas tecnologías que requiere la cooperación de la Administración. No se trata de actuar con medidas de policía administrativa sobre industrias clandestinas que realizan actividades delictivas, sino afrontar y conducir con realismo y eficacia la reconversión ambiental de la industria, la espina dorsal de la economía de la moderna sociedad.

Una actitud rigorista e impositiva de la Administración podría provocar el retraimiento de las empresas, la opacidad y la desincentivación del progreso e investigación sobre tecnologías de seguridad y anticontaminación.

Por ello parece conveniente reconsiderar la razón o cobertura que ordinariamente ha venido reconociendo la jurisprudencia para exigir la incorporación de nuevas medidas correctoras a instalaciones autorizadas con anterioridad. Jurisprudencia que se produce en el cuadro definido por el RAMNIP, al que ya nos hemos referido al principio de estas páginas para destacar la importante transformación que está experimentando.

Ese cuadro característico se percibe en muchos conflictos judiciales; por tomar uno de ellos a modo de ejemplo, valga el que resuelve la STS de 9 de junio de 1998 (Ar. 5025): solicitud de licencia para instalar un horno de una panadería. Como condición para su otorgamiento se fijan unas medidas correctoras del todo elementales y plenamente accesibles al conocimiento medio de cualquier operador jurídico: una chimenea que sobresalga tres metros por encima de las edificaciones circundantes. Se producen quejas de los vecinos por humos y molestias. La Administración exige entonces la efectiva realización de las medidas previstas en el proyecto —la chimenea— y una nueva, elemental también, no contemplada entonces: un filtro. No se plantea ningún problema en torno a la primera medida correctora, exigida ya como condición previa al otorgamiento de la licencia. El interés está en la justificación que el Tribunal encuentra a la imposición de una nueva medida correctora, el filtro en este caso, exigida con posterioridad. La sentencia apelada —cuyo razonamiento es reafirmado por el Tribunal Supremo— afirma que «a propósito de las licencias de apertura y funcionamiento, la jurisprudencia ha reconocido que “la posibilidad de actuación en esta materia de los Ayuntamientos, como titulares de policía de seguridad, no se agota con la concesión y la revocación de las licencias de apertura, sino que, más bien, disponen de unos poderes de intervención de oficio y de manera constante con la finalidad de salvaguardar la protección de personas y bienes” (STS de 9 de diciembre de 1964), pudiendo imponer, en consecuencia, cualesquiera correc-

ciones y adaptaciones que estimen necesarias (STS de 17 diciembre 1956; de 5 de noviembre 1986, etc.); sin que ello suponga una ilícita vuelta contra los propios actos».

Se invoca, pues, un título que parece omnipotente: el de la policía administrativa, al que se apela también en otra significativa sentencia del Tribunal Supremo (STS 3-VII-1991) en la que a una instalación autorizada con anterioridad se le requería para que incorporase una escalera de incendios: «las medidas de policía responden, de este modo, a su condición de técnicas variables, de acuerdo con los avances de la técnica y de la ciencia, espoloadas por las exigencias sociales de una mayor comodidad y seguridad. Lo que se ve sumamente claro en el sector de las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, en las que por la concesión de las licencias no se convierten en situaciones petrificadas e inamovibles. En definitiva, si la Administración dispone de una potestad modalizadora interna de los servicios públicos, con más razón debe disponer de facultades para, en actuación de policía, velar por la seguridad de las personas y los bienes de la forma en que técnicamente mejor se pueda conseguir».

La policía administrativa —más específicamente, la policía de seguridad— se presenta como un poderoso título, capaz de obligar al titular de una licencia a introducir las medidas técnicas que la Administración considerara necesarias para mantener la seguridad. Pero parece evidente que esa potestad de policía ha de tener unos límites: no pueden imponerse a la instalación medidas de seguridad desproporcionadas o que alteren sustancialmente su actividad, o que la inutilicen, simplemente.

Lo que ocurre es que esa invocación del poder de policía se ha venido limitando a intervenciones muy puntuales en el sencillo entorno tecnológico que normalmente envuelve las licencias de actividades clasificadas. En los casos de autos, un filtro para una chimenea y una escalera de incendios.

Pero si lo que se pretende es —como se advierte en la reciente normativa, en especial la europea— la permanente adaptación de la industria al progreso tecnológico para incorporar las técnicas eficaces que reduzcan los riesgos de aquélla, no parece entonces que sea la policía administrativa el instrumento adecuado para alcanzarla. Sin entrar en detalles que ahora no proceden, la policía se acaba caracterizando, tras un largo proceso de depuración conceptual, como una actividad orientada a evitar y repeler en su caso perturbaciones o molestias (*storungen*, en la terminología de la clásica definición de Otto MAYER), actividad que se descompone en

intervenciones singulares y unilaterales como son, típicamente, autorizaciones (22) y sanciones. Pero la que parece irreversible tendencia del Derecho en la sociedad postindustrial no apunta ya a las perturbaciones desde la ilegalidad, sino a los riesgos que genera el tejido industrial más consolidado, generador de progreso, ciertamente, pero también de riesgos. No son ahí, desde luego, las medidas de policía, con su carácter unilateral, singular y su autoritaria impronta, las más adecuadas y parece que deben dar paso a fórmulas persuasivas, de apoyo y de cooperación. Si el riesgo tecnológico de la industria es el objeto de atención, parece entonces que desde la policía habría que evolucionar hacia la gestión de riesgos, un tránsito que aquí sólo procede apuntar (23).

Por lo demás, la cláusula técnica que aquí consideramos no centra su atención prioritaria en los riesgos o molestias, sino en los avances de la técnica. El supuesto que entonces adquiere una relevancia de la que antes carecía por completo es el siguiente: no se producen grandes molestias, ni se da una aguda situación de riesgo que justifique la adopción de medidas correctoras por razones de seguridad, pero se comercializa una nueva tecnología que reduce las molestias o riesgos que hasta entonces se consideraban inherentes a la actividad, que se había autorizado, no obstante, por considerarse —esos riesgos y molestias— tolerables. Es entonces esa nueva tecnología disponible —no el riesgo o las molestias— la que se erige por sí misma en objeto de consideración, con los criterios de ponderación ya expuestos, como de obligada incorporación por parte de las instalaciones autorizadas.

He dicho que la atención prioritaria de la cláusula está en la técnica, pero el objetivo último —no se trata, evidentemente, de incorporar las novedades técnicas porque sí— es la reducción de riesgos. Lo que ocurre es que hasta ahora la valoración de riesgos se circunscribía a la actividad autorizada. El cambio de panorama lo propicia la saturación industrial, que sitúa los problemas del riesgo y deterioro ambiental en radios mucho más amplios, planetarios en algún caso. El problema de la contaminación para el Derecho no se contrae sólo, como era preferente antaño, a la que

(22) Autorizaciones en su originaria caracterización dogmática circunscrita al control inicial de la actividad como remoción de obstáculos al ejercicio de un derecho. Como es bien sabido, esta figura evoluciona, se emancipa en cierto modo de la teoría clásica de la policía administrativa, y en la actualidad el régimen de la autorización tiende a dominar el desarrollo de la actividad, rebasando de lleno el momento inicial. Sobre esta perspectiva y la correlativa consideración de los deberes de la industria, vid. Bernard-Frank MACERA, *El deber industrial de respetar el ambiente*, Madrid, 1998, en especial, págs. 152 y ss.

(23) Y que expongo y analizo con detalle en *Técnica, riesgo y Derecho*, cit., en especial págs. 59 y ss.

produce una instalación, sino a la que todas ellas y otros muchos agentes acumulan y el efecto de sinergia aumenta (24). El objetivo del Derecho no es entonces únicamente el de controlar los riesgos de una concreta actividad, sino reducir en lo posible el nivel general de riesgos. Si se consigue una tecnología capaz de reducirlos, entonces se ha de considerar la posibilidad de exigir su incorporación. La técnica, que ha saturado de riesgos a la sociedad postindustrial, habría de ser ahora el instrumento para reducirlos.

(24) Una típica medida correctora, del todo común y reiterada en el radio de aplicación del RAMNIP, tal como hemos tenido ocasión de comprobar en la jurisprudencia aquí analizada, es la instalación de una chimenea que sobresalga por encima de las edificaciones circundantes. Lo que con ella y la legislación que la postula se pretende es la eliminación singular de molestias y riesgos en un ámbito muy localizado. La tendencia que ahora se percibe apunta, en cambio, a la reducción general de contaminación y riesgos que acumulan los innumerables focos emisores. Y las medidas técnicas habrán de orientarse así a la reducción general de riesgos haciendo abstracción del entorno inmediato. No es ya sólo que la chimenea contamine tres metros por encima de las edificaciones circundantes, sino que se apliquen los medios técnicos para que esa contaminación se reduzca.

